

Table des matières

Introduction.	3
Section 1. Une économie des données dominée par des géants	3
Section 2. Les manquements dans l'application du régime juridique de la protection des données	4
Section 3. Structure : une typologie d'attitudes possibles pour les autorités de la concurrence	6
Chapitre 1. La protection des données personnelles : un enjeu séparé, intégré ou directeur du droit de la concurrence	7
Section 1. La voie traditionnelle : séparation nette des enjeux de concurrence et de protection des données	7
A. La vision traditionnelle des objectifs de la politique de concurrence	7
B. Articulation avec la question de la protection des données	9
C. Appréciation critique	10
Section 2. La voie modérée : les données comme un paramètre pertinent en droit de la concurrence	11
A. Les données personnelles comme « prix » d'un service	11
(1) Présentation du mécanisme	11
(2) Appréciation critique	12
B. Les données personnelles comme niveau de qualité des biens ou services offerts	15
(1) Présentation du mécanisme	15
(2) Appréciation critique	16
C. Les données personnelles comme niveau de choix du consommateur et de variété des biens ou services offerts	17
(1) Présentation du mécanisme	17
(2) Appréciation critique	17
Section 3. La voie ambitieuse, radicale ou paternaliste : le droit de la concurrence comme levier pour une plus grande protection des données	18
A. Présentation du mécanisme	18
B. Appréciation critique	21
Chapitre 2. L'impact des données personnelles sur le contrôle des concentrations	22
Section 1. Une approche préventive complémentaire à l'art. 102	23
Section 2. La prise en compte des questions liées aux données comme critère substantiel d'évaluation de la transaction	25
A. Etat des lieux: la jurisprudence de la Cour et les décisions de la Commission	25
(1) Un embryon de jurisprudence de la Cour: Asnef-Equifax	25
(2) Décisions de la Commission	26
a) Google/DoubleClick	26
b) Facebook/WhatsApp	27
c) Microsoft/LinkedIn	27

d) Apple/Shazam	28
B. Appréciation critique et perspectives futures	30
(1) Pratique américaine	30
(2) Une doctrine européenne divisée	31
(3) Vers une collaboration entre les autorités de concurrence et de protection des données	33
a) La déclaration du CEPD	33
b) Le rapport de l'Inspection Générale des Finances française	35
Section 3. Juridiction de la Commission : vers une refonte des seuils de notification actuels ?	37
(1) L'insuffisance du cadre légal actuel	38
(2) Les différentes voies de réforme	40
a) Les réformes proposées et mises en oeuvre au niveau national	40
b) La proposition de BEUC : un seuil non financier	43
c) Le récent rapport de la Commission	44
Chapitre 3. Les pratiques liées aux données personnelles comme fondement de l'abus de position dominante	46
Section 1. L'extraction abusive de données - un abus d'exploitation ?	47
A. Les données comme prix excessif	48
(1) Transposition de la théorie des prix excessifs dans le contexte numérique	48
(2) Une analogie insatisfaisante	49
B. Les conditions contractuelles non équitables - une piste plus prometteuse	51
(1) Un mécanisme rarement mobilisé en droit de la concurrence classique	51
(2) La voie ambitieuse : la décision Facebook du Bundeskartellamt	53
a) Les faits et la décision du Bundeskartellamt dans l'affaire Facebook	53
b) A la frontière du droit de la concurrence et de la protection des données	55
(3) La voie modérée : l'application du régime classique des conditions contractuelles inéquitables	58
Section 2. L'extraction abusive de données - un abus d'exclusion ?	59
Conclusion	62
Bibliographie	65

Introduction.

Le contexte dans lequel s'inscrit ce mémoire est celui d'une économie numérique, dominée par des géants (section 1). Les inquiétudes qui naissent de ce contexte ne semblent pas pouvoir être apaisées efficacement par le régime juridique de la protection des données, qui souffre de manquements dans son application (section 2). Dès lors, nous proposons une typologie d'attitudes possibles pour envisager le traitement des interactions entre droit de la concurrence et protection des données personnelles (section 3).

Section 1. Une économie des données dominée par des géants

Les dernières décennies ont vu se développer un nouveau modèle économique digital, dominé par de grandes entreprises actives dans le numérique. Ces plateformes, auxquelles l'on fait souvent référence sous la forme d'acronymes tels que « GAFAM » (pour Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft), proposent des services, payants ou non, qui leur permettent de récolter les données des utilisateurs. Ces millions de données, la plupart du temps après traitement, sont monnayées à prix d'or par les grandes plateformes numériques, qui laissent entrevoir à leurs clients — d'autres entreprises — de nouvelles perspectives commerciales lucratives (publicités ciblées, offres et produits personnalisés...). Ce nouveau modèle économique est souvent caractérisé comme opérant sur des marchés « à double face »¹ : d'une part, la partie liant utilisateurs et plateforme, face qui repose généralement sur des services en ligne offerts en échange des transferts de données, d'autre part, la partie liant plateforme et publicitaires, face qui constitue la source principale de revenus des plateformes². Les données récoltées et traitées par les plateformes numériques ont donc une valeur commerciale réelle et tangible. A ces éléments propres à l'économie numérique s'ajoute une autre particularité : l'existence des effets de réseau. Ceux-ci sont particulièrement évidents sur le marché des réseaux sociaux, qui ne sont utilisés par les internautes qu'en raison de la présence simultanée, sur ces réseaux, de leur cercle social³. En d'autres termes, les géants des marchés numériques tels que Facebook doivent leur hégémonie à l'existence d'une masse critique d'utilisateurs qui rendent la plateforme suffisamment attirante. Cette configuration explique que les marchés numériques

¹ Voy. E. Hovenkamp, « Antitrust Policy for Two-Sided Markets », 2018, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3121481.

² B. Edelman et D. Geradin, « An introduction to the competition law and economics of 'free' », *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, 2018, p. 1.

³ B. Edelman et D. Geradin, *op. cit.*, p. 1.

soient souvent caractérisés par une concurrence « pour le marché » plutôt que « sur le marché », et qu'on y parle de « *'winner takes all'-effect* »⁴.

Il ne peut être contesté que ces évolutions créent de belles opportunités de développement économique, que les autorités européennes ont notamment décidé de favoriser au travers du développement d'un marché unique numérique⁵. Qu'il s'agisse de réseaux sociaux, de sites permettant des achats ou d'applications pour smartphones, l'économie numérique a permis le développement de nombreux services utilisés au quotidien par tout un chacun. Ce mémoire n'a donc pas vocation à remettre en cause le bien-fondé et l'utilité de nombreuses avancées rendues possibles par l'économie des données. Toutefois, ces conséquences positives ne pourraient occulter les nombreuses questions et inquiétudes que suscite ce nouveau modèle économique dominé par quelques géants, en particulier en ce qui concerne la protection des données personnelles des utilisateurs. Ces questions devraient, en théorie, ressortir en priorité au droit de la protection des données. Cependant, il semble que le régime juridique encadrant la protection des données souffre de quelques lacunes.

Section 2. Les manquements dans l'application du régime juridique de la protection des données

Le droit de la protection des données personnelles a fait l'objet de développements majeurs au cours des dernières années. En mai 2018, le législateur européen a adopté le Règlement Général sur la Protection des Données (ci-après « RGPD »)⁶. Ce Règlement devait permettre un traitement plus efficace et plus uniforme des nombreuses questions posées par l'avènement de l'économie numérique. Il semble néanmoins que les dispositions nouvelles ne soient pas mises en oeuvre avec toute l'ampleur et la portée que l'on aurait pu espérer. Deux exemples illustrent ces manquements que le droit de la concurrence paraît pouvoir pallier avantageusement.

Premièrement, l'autorité de la concurrence allemande a récemment pris une décision à l'encontre de Facebook condamnant les pratiques de récolte et de traitement de données opérées par le réseau social en Allemagne (v. *infra*)⁷. Ces pratiques illicites au regard du droit de la protection des

⁴ Pour un travail pionnier sur le sujet, voy. T. Noe et G. Parker, « Winner Take All: Competition, Strategy, and the Structure of Returns in the Internet Economy », *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol. 14, n°1.

⁵ Voy. J.-C. Juncker, « State of Play of the Digital Single Market », Discours aux chefs d'Etat et de gouvernement, Tallinn, 29 septembre 2017, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_17_3605.

⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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, et abrogeant la directive 95/46/CE, J.O.U.E., L 119/1, 4 mai 2016 (règlement général sur la protection des données).

⁷ Bundeskartellamt, « Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing », décision du 6 février 2019.

données existaient depuis un certain temps, mais l'autorité allemande de la protection des données n'a jamais pris l'initiative d'en examiner la conformité avec le RGPD. Le gendarme allemand de la concurrence a fait preuve de créativité en assimilant ce qu'il a considéré comme une violation du RGPD à une pratique constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Deuxièmement, l'autorité américaine chargée de la protection des données a récemment condamné Facebook à une amende record de cinq milliards de dollars⁸. Celle-ci fait suite aux violations de ses engagements en matière de vie privée par le réseau social dans le cadre du scandale « Cambridge Analytica ». Il est paradoxal que Facebook soit condamné aux Etats-Unis, dont la législation en matières de données personnelles est moins sévère que le RGPD, pour des agissements dont les conséquences ont pourtant touché le territoire européen dans le cadre du référendum pour le Brexit⁹. En réalité, cette absence d'enquête et de décision européennes analogues s'explique probablement par l'inexistence d'une autorité européenne unique pour la protection des données. Le réseau des diverses autorités nationales de protection des données n'apparaît pas comme étant suffisamment efficace, à l'heure actuelle, pour réagir avec suffisamment de vigueur vis-à-vis des géants du numérique. En revanche, au cours des dernières années, la Commission européenne a, dans son rôle de gendarme de la concurrence, montré à de nombreuses reprises qu'elle avait les moyens d'imposer aux géants américains le respect des normes européennes de droit de la concurrence¹⁰.

Il y a donc des imperfections et manquements dans l'application par les autorités de protection des données des normes de protection des données personnelles. Dans ces conditions, et alors que la structure même de l'économie numérique multiplie les interactions entre les enjeux de protection de données et le droit de la concurrence, les autorités de la concurrence sont appelées, ces dernières années, à traiter un nombre croissant de dossiers comprenant des questions liées à la protection des données. La difficulté de ces autorités réside notamment dans la définition de l'attitude qu'elles se doivent d'adopter vis-à-vis de ces considérations étrangères à leur champ d'expertise d'origine.

⁸ A. Moutot, « Vie privée : Facebook condamné à 5 milliards de dollars d'amende par la FTC », Les Echos, 13 juillet 2019, disponible sur <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/vie-privee-facebook-condamne-a-5-milliards-de-dollars-damende-par-la-ftc-1037731>.

⁹ S. Delesalle-Stolper, « 'Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit' », Libération, 26 mars 2018, disponible sur https://www.liberation.fr/planete/2018/03/26/sans-cambridge-analytica-il-n-y-aurait-pas-eu-de-brexit_1638940.

¹⁰ E. Schulze, « If you want to know what a US tech crackdown may look like, check out what Europe did », CNBC, 7 juin 2019, disponible sur <https://www.cnbc.com/2019/06/07/how-google-facebook-amazon-and-apple-faced-eu-tech-antitrust-rules.html>.

Section 3. Structure : une typologie d'attitudes possibles pour les autorités de la concurrence

Dans le cadre de ce mémoire, nous souhaitons essentiellement répondre à une question simple : le droit de la concurrence peut-il mieux protéger les données personnelles des utilisateurs ? Cette question comprend des dimensions diverses qui résument bien les interrogations parcourant cette contribution : nous les soulignons les unes après les autres, en reformulant la question. Premièrement, est-ce le rôle du droit de la concurrence d'oeuvrer à la protection des données ? Deuxièmement, le droit de la concurrence a-t-il les moyens techniques de protéger les données des utilisateurs ? Troisièmement, peut-il, le cas échéant, les protéger mieux qu'il ne le fait actuellement ? Et quatrièmement, peut-il les protéger mieux que ne le font les autorités de protection des données ?

Dans ce contexte, et aux fins de traiter ces questions qui transparaissent dans le travail de manière transversale, nous proposons une structure centrée sur une typologie d'attitudes que les autorités de la concurrence pourraient adopter vis-à-vis des enjeux liés à la protection des données personnelles. Face à la multitude d'arguments existants en faveur des diverses attitudes plus ou moins favorables au mélange des genres entre concurrence et protection des données, nous proposons une systématisation des nombreux points de vue particuliers en trois grandes tendances. Le spectre des différentes attitudes possibles s'étend de la posture traditionnelle et conservatrice à la posture ambitieuse, pluraliste et paternaliste, en passant par une posture modérée, évolutive et libérale. Nous développons d'abord les traits majeurs de chaque approche sur le plan théorique, en soulignant leurs avantages et inconvénients respectifs. La protection des données personnelles peut ainsi être considérée comme un enjeu séparé, intégré ou directeur du droit de la concurrence (chapitre 1). Prenant le parti d'une approche tantôt modérée, tantôt ambitieuse, nous traitons ensuite à l'aune de ces points de vue les questions majeures qui agitent aujourd'hui les diverses branches du droit de la concurrence. Il s'agit de proposer une analyse critique des développements souvent récents intervenus dans cette matière en évolution constante. Nous abordons d'abord la question des interactions des enjeux de données avec le contrôle des concentrations (chapitre 2). Nous nous penchons ensuite sur les éventuels abus de position dominante commis par les géants du numérique en déterminant comment, *ex post*, ces pratiques peuvent être contrôlées par les gendarmes européens de la concurrence dans le cadre de l'art. 102 TFUE (chapitre 3). Enfin, nous concluons.

Chapitre 1. La protection des données personnelles : un enjeu séparé, intégré ou directeur du droit de la concurrence

Certains arguent aujourd'hui que les mécanismes du droit de la concurrence devraient être employés à une meilleure protection des données personnelles¹¹. Cette volonté fait néanmoins l'objet de vives critiques : de nombreuses voix s'élèvent pour conserver le caractère exclusivement économique de l'examen concurrentiel. C'est pourquoi nous proposons, dans cette partie, un spectre théorique de trois types d'attitudes possibles à l'égard de cette tendance à mêler objectifs de protection de la concurrence et de protection des données. En premier lieu, nous présentons une approche traditionnelle et conservatrice, qui considère que droit de la concurrence et protection des données constituent des ensembles de normes bien distincts, qu'il faut dès lors garder séparés aux fins de protéger l'impératif de sécurité juridique (section 1). Dès lors qu'elle est à la fois plus simple sur le plan technique et peu soutenue aujourd'hui, cette première voie est développée assez brièvement. En deuxième lieu, nous mettons en lumière une approche modérée, évolutive ou libérale qui, tout en maintenant une frontière stricte entre les deux disciplines et sans chercher à élever le niveau général de protection des données, reconnaît l'existence d'interactions majeures et propose de considérer les données personnelles comme un paramètre d'efficacité économique pertinent pour l'examen concurrentiel (section 2). Cette voie est la plus suivie à l'heure actuelle, c'est pourquoi la présentation des nombreuses théories qui la composent nécessitera davantage de développements. Enfin, en troisième lieu, nous définissons une voie ambitieuse, pluraliste ou paternaliste, qui estime que le droit de la concurrence peut, dans certaines conditions, servir activement un idéal de protection des données renforcée (section 3).

Section 1. La voie traditionnelle : séparation nette des enjeux de concurrence et de protection des données

Traditionnellement, l'on estime que la politique de concurrence doit poursuivre une série d'objectifs qui découle des Traités et qui a été étoffée par la jurisprudence (A). Cette approche traditionnelle s'accommode assez mal des évolutions contemporaines induites par l'économie des données (B). Nous en proposons une appréciation critique (C).

A. La vision traditionnelle des objectifs de la politique de concurrence

L'objectif de protection de la concurrence ressort des textes fondateurs du droit européen. En effet, la promotion d'une « économie de marché ouverte avec la libre concurrence » occupe

¹¹ Voy. I. Graef, *EU competition law, data protection and online platforms : data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, p. 325 et s.

indéniablement une place importante parmi les objectifs de l'Union tels que définis par les Traités¹². Par ailleurs, le Protocole n°27 annexé aux Traités a la même valeur normative que ces derniers et précise que « le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »¹³. Cependant, si ces références constitutionnelles à l'objectif de garantir une concurrence libre et non faussée prouvent qu'il appartient bien à l'ADN du projet européen, elles ne permettent pas pour autant d'en clarifier la signification exacte. Celle-ci a été façonnée, au cours des années, par la jurisprudence de la Cour et le travail de la Commission¹⁴.

De façon générale, l'objectif de protection de la libre concurrence s'est traduit par la promotion du concept de bien-être du consommateur (« *consumer welfare* ») et d'une allocation efficiente des ressources¹⁵. Il ressort également d'une jurisprudence constante de la Cour que le droit de la concurrence vise « à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle »¹⁶. Cette mise en valeur de l'intérêt du consommateur entendu comme une notion principalement économique s'inscrit dans la lignée de la doctrine américaine développée par l'Ecole de Chicago¹⁷. Au rang des principaux représentants de cette école de pensée figure notamment Richard Posner, qui estime de façon générale que c'est par la théorie du prix qu'il faut analyser les problèmes de concurrence¹⁸. Robert Bork affirme que « le seul but légitime de l'*antitrust* est la maximisation du bien-être du consommateur », et que « lorsqu'on évalue le bien-être du consommateur, l'on doit accorder à l'efficacité productive, qui est le facteur qui contribue à ce bien-être de la façon la plus importante, le poids qui lui est dû »¹⁹. Les thèses « néoclassiques » véhiculées par ce courant ont

¹² Voy. notamment les articles 119, 120, 127, 170 et 173 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

¹³ Protocole n°27 sur le marché intérieur et la concurrence, Journal officiel n° 115 du 9 mai 2008, p. 309.

¹⁴ Voy. A. Ezrachi, « EU Competition Law Goals and The Digital Economy », *Oxford Legal Studies*, Research Paper No. 17/2018, 2018, p. 2.

¹⁵ Communication de la Commission, « Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité », Journal officiel n° C 101 du 27 avril 2004, point 13.

¹⁶ C.J.U.E., arrêt *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, 6 octobre 2009, C-501/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, point 63; C.J.U.E., *T-Mobile Netherlands e.a.*, 4 juin 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, points 31, 36, 38-39.

¹⁷ R. Binns et E. Bietti, « Acquisitions in the third party tracking industry: competition and data protection aspects », 18 octobre 2018, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3269473>, p. 24.

¹⁸ R. Posner, « The Chicago School of Antitrust Analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, n°127, 1978, p. 932.

¹⁹ Traduction libre de R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978, point 7.

largement influencé les politiques de concurrence adoptées aux Etats-Unis, mais aussi en Europe²⁰. Dans ce contexte, nous définissons la voie que nous qualifions de « traditionnelle » comme une approche rigide des objectifs alloués au droit de la concurrence, qui se doit uniquement de poursuivre un impératif économique d'efficacité menant à un degré minimal d'intervention sur les marchés.

Dans la lignée de ces développements, l'objectif de bien-être du consommateur se traduit classiquement, au cours de l'examen concurrentiel concret, par la recherche d'une baisse des prix, d'une augmentation de la production et d'une maximisation du concept de « surplus social ». Il s'agit donc d'une approche orientée quasiment exclusivement vers l'efficacité économique, fondée sur des raisonnements empiriques qui mobilisent des outils scientifiques liés à des considérations économétriques complexes²¹. A ce stade, classiquement, l'accent semble donc avant tout placé sur les paramètres de prix. A cet égard, il est assez indicatif que la Commission ait précisé, dans ses lignes directrices, que « l'expression 'augmentation des prix' [soit] souvent employée comme raccourci pour désigner les différentes manières dont une opération de concentration peut causer des dommages à la concurrence »²².

B. Articulation avec la question de la protection des données

Appliquée au cadre de l'économie des plateformes numériques, la voie traditionnelle se traduirait en un rejet net par les autorités de la concurrence des préoccupations liées à la protection des données²³. Cette vision propose de considérer les deux régimes juridiques comme tout à fait distincts et aboutit à un cloisonnement total du droit de la concurrence, enfermé dans des considérations purement économiques qui ne permettent pas de prendre en compte la réalité des interactions avec la protection des données personnelles. L'approche traditionnelle évite donc l'interdisciplinarité. Les enjeux liés aux données ont vocation à rester l'apanage des autorités de protection des données : les diverses autorités et agences travaillent en silos et doivent se limiter à appliquer et interpréter les normes et concepts qui les concernent directement. Nous verrons dans le

²⁰ Voy. D. Bartalevich, « The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy », *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, n°2, 2016, p. 267 à 283.

²¹ Voy., par exemple, P. Duboisand et S. Jûdar-Rosell, « Price and Brand Competition between Differentiated Retailers: A Structural Econometric Model », *Toulouse School of Economics - Working Paper Series*, 2010.

²² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E., C 31, 5 février 2004, point 8.

²³ Pour un exemple radical, voy. J. Kennedy, « The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown », *Information Technology and Innovation Foundation Paper*, mars 2017, disponible sur <http://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf>.

titre suivant, au cours de notre analyse de la pratique de la Commission en matière de concentrations, que cette approche obsolète semble avoir été suivie par la Commission dans une minorité de décisions.

C. Appréciation critique

Bien sûr, il y a des vertus à défendre une analyse scientifique qu'on décrit comme la plus à même de garantir une application objective et prévisible du droit de la concurrence. Toutefois, les avantages d'une telle approche traditionnelle ne résistent pas à une balance des intérêts prenant en compte le contexte global de révolution numérique qui marque nos sociétés. En effet, cette voie se limite à un raisonnement purement économique qui n'embrasse pas la dimension sociale et politique attachée à nos systèmes juridiques. Le droit de la concurrence fait partie d'un ensemble plus large, et la révolution numérique bouleverse nos sociétés dans une mesure qui nous oblige à penser le développement des différentes branches juridiques dans leurs interactions, comme faisant partie d'un grand ensemble. En d'autres termes, l'approche traditionnelle qui préconise un traitement « en silo » du problème par des autorités de la concurrence travaillant dans l'isolement ne permet sans doute pas d'atteindre ce but de manière satisfaisante. En réalité, l'apparente recherche de sécurité juridique pourrait bien cacher un refus plus profond d'embrasser la complexité des interactions économiques contemporaines²⁴.

En ce qui concerne la question des données, plus particulièrement, l'on voit bien que l'approche purement mathématique, scientifique, économique, fondée sur l'analyse des prix pécuniaires, ne suffit plus à fournir une analyse cohérente et complète des interactions à l'oeuvre dans la société²⁵. Il doit être souligné, en particulier, qu'il n'y a plus beaucoup de sens à s'attacher à l'analyse quasiment exclusive des prix pécuniaires quand il s'agit d'évaluer les comportements d'acteurs sur un marché à double face où les services sont fournis « gratuitement » aux utilisateurs²⁶. Le prix véritable de ces services, payé en données fournies par les utilisateurs aux plateformes, échappe alors à l'équation. Comme le note d'ailleurs A. EZRACHI, dans l'économie numérique, « une approche du bien-être du consommateur qui serait centrée sur le prix pourrait produire un bilan faussé »²⁷. Il convient donc de considérer une autre voie, modérée, évolutive ou libérale, qui

²⁴ Voy. A. Lamadrid de Pablo, « Competition Law as Fairness », *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, n°3, 2017, p. 147 à 148.

²⁵ Voy. A. Kuenzler, « Competition law enforcement on digital markets—lessons from recent EU case law », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, p. 6 et s.

²⁶ B. Edelman et D. Geradin, *op. cit.*, p. 4.

²⁷ A. Ezrachi, *op. cit.*, p. 6.

cherche à intégrer les questions de données personnelles à l'arsenal de mécanismes existants en droit de la concurrence.

Section 2. La voie modérée : les données comme un paramètre pertinent en droit de la concurrence

Nous décrivons la voie « modérée » comme celle qui consiste à adopter une approche à la fois prudente et pragmatique vis-à-vis des enjeux liés à la protection des données en droit de la concurrence. Ainsi, à l'instar des « puristes » de la voie traditionnelle, les partisans de cette seconde attitude conservent la séparation de la concurrence et de la protection des données sur les plans normatif, institutionnel et téléologique comme base de leur raisonnement. Pour autant, ils comprennent et acceptent la nécessité de prendre en compte la réalité d'un monde où l'économie numérique est omniprésente et bouscule les systèmes juridiques tels qu'on les a connus traditionnellement. Bien loin de nier l'influence évidente des nouveaux enjeux de données en droit de la concurrence, il s'agit alors, de ce point de vue, de les traiter comme de nouvelles variables pertinentes au sein d'un examen qui reste fondé sur l'efficacité économique. L'on pourrait résumer l'approche modérée comme celle qui cherche à intégrer harmonieusement les nouveaux défis posés par l'économie des données dans le cadre d'analyse (économique) classique du droit de la concurrence, sans renoncer à l'idée que certaines lignes rouges ne pourraient être franchies qu'au prix d'une mise en danger préjudiciable de la sécurité juridique. En d'autres termes, il s'agit, pour les autorités de protection de la concurrence, de prendre en compte la protection des données personnelles lorsqu'elles appliquent le droit de la concurrence, et non de chercher à protéger davantage les données personnelles au moyen du droit de la concurrence.

Dans ce contexte et sur un plan purement théorique, il semble que plusieurs voies d'intégration des enjeux de données au sein des objectifs actuels de la politique de concurrence soient possibles. Le transfert de données par l'utilisateur aux plateformes numériques pourrait d'abord être assimilé au paiement d'un prix dont l'augmentation serait empêchée par une mise en oeuvre effective du droit de la concurrence (A). Ensuite, plus réalistement, les préoccupations liées à la protection des données pourraient être intégrées au raisonnement concurrentiel au travers de paramètres non liés au prix, à savoir le critère de qualité des biens et services offerts (B) ou celui du choix et de la variété de produits et services laissés au consommateur (C).

A. Les données personnelles comme « prix » d'un service

(1) Présentation du mécanisme

Dans la section précédente, nous avons critiqué le recours accordé de façon systématiquement prioritaire au paramètre de prix par les partisans d'une approche néoclassique et conservatrice. Est-ce à dire que celui-ci n'aurait aucune pertinence dans le contexte de l'économie des données ? Probablement pas. S'il est vrai que la plupart des services offerts par les plateformes numériques majeures ne requièrent, à l'heure actuelle, aucun paiement « sonnante et trébuchant » de la part de leurs utilisateurs, l'on peut néanmoins affirmer que ces services ne sont pas gratuits pour autant : il semble que le « prix » puisse désormais être envisagé sous des formes non pécuniaires. En effet, les bénéfices élevés dégagés par les géants du numérique proviennent principalement d'activités publicitaires qui sont rendues possibles par une collecte et un traitement massifs des données des utilisateurs. En ce sens, si l'on considère ces transferts de données comme la contrepartie d'un service pour lequel aucun paiement pécuniaire n'est nécessaire, l'analogie du transfert de ces données au paiement d'un prix peut sembler aussi intuitive que séduisante. Un développement législatif notable est apparu comme une validation de ces thèses : la récente directive « contenus numériques »²⁸. En effet, aux termes de la directive, celle-ci « s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, *sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données*, doit être apportée de façon active par le consommateur »²⁹. Si cet instrument ne relève pas du droit de la concurrence, il indique tout de même que l'analogie fait son chemin, en droit de la consommation à tout le moins.

L'idée d'assimiler le transfert de données à un prix pourrait bien entendu avoir des conséquences importantes sur l'examen concurrentiel. En théorie, en matière de concentrations, elle pourrait mener à empêcher une concentration en cas de risque d'extraction supplémentaire de données consécutives à la transaction. Ainsi, de la même façon qu'une concentration peut être empêchée lorsque l'affaiblissement de la concurrence auquel elle va donner lieu laisse craindre une montée des prix, l'on pourrait en arriver à la même conclusion pour une fusion qui risquerait de déboucher sur une extraction plus importante des données personnelles des utilisateurs. En matière d'abus de position dominante, l'idée paraît s'accorder avantageusement avec la notion d'abus d'exploitation, qui inflige un dommage direct au consommateur et que nous étudions en détails *infra* (chapitre 3).

(2) Appréciation critique

²⁸ Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, J.O.U.E., L 136/1, 22 mai 2019 (ci-après « directive 'contenus numériques' »).

²⁹ Art. 3(1) de la directive « contenus numériques ».

Cette proposition d'analogie n'a pas été sans susciter d'importantes critiques. Premièrement, si la démarche a un caractère incontestablement pragmatique, dès lors qu'en pratique, les données servent bel et bien de « monnaie d'échange », le reconnaître dans une décision en assimilant les données à la contre-performance d'un contrat pourrait donner aux acteurs du marché le signal d'une acceptation qui légitimerait ces pratiques³⁰. Peut-on réellement considérer les données personnelles, qui sont protégées par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, comme un atout commercial susceptible d'être échangé³¹ ? Le Contrôleur européen de la protection des données a fait savoir, dans une opinion formulée au sujet de la directive « contenus numériques », que celle-ci

« présente un aspect problématique en ce sens qu'elle sera applicable non seulement aux situations où un prix est payé pour le contenu numérique, mais aussi aux situations où le contenu numérique est fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données. Le CEPD met en garde contre toute nouvelle disposition qui introduirait l'idée que les personnes peuvent payer avec leurs données de la même manière qu'elles peuvent payer avec de l'argent. En effet, les droits fondamentaux, comme le droit à la protection des données à caractère personnel, ne peuvent être réduits aux seuls intérêts des consommateurs, et les données à caractère personnel ne peuvent être considérées comme une simple marchandise »³².

Deuxièmement, l'analogie n'est pas parfaitement adaptée aux dynamiques actuelles des marchés dominés par les plateformes numériques. En particulier, elle impliquerait que, tout comme les acteurs se font concurrence sur les prix pécuniaires, ils se fassent désormais concurrence sur les prix payés en données, c'est-à-dire sur le niveau de protection des données qu'ils offrent à leurs utilisateurs. Or, il semble qu'à l'heure actuelle, cette variable ne soit pas le principal facteur de concurrence entre les plateformes, qui se distinguent avant tout par leurs fonctionnalités³³. Il faut toutefois noter que les choses semblent évoluer quelque peu : à la suite de certaines affaires ayant éclaté ces dernières années, une campagne de marketing a suivi un mouvement d'amélioration des politiques de confidentialité par les géants du numérique, qui ont cherché à se démarquer par leurs

³⁰ A. Metzger, Z. Efroni, L. Mischau et al., « Data-Related Aspects of the Digital Content Directive », *Jipitec*, Vol. 9, n°1, 2018, para 13.

³¹ L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose notamment que « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ».

³² Contrôleur européen de la protection des données, « Résumé de l'avis sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », J.O.U.E., 2017/C-200/07, 23 juin 2017.

³³ P. Talbot, « The Crossroads Of Privacy Policy And Marketing Strategy », *Forbes*, 12 juin 2018, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/paultalbot/2018/06/12/the-crossroads-of-privacy-policy-and-marketing-strategy/#6d57dba829c2>.

bonnes pratiques (affichées) en termes de respect de la vie privée³⁴. En tout état de cause, cependant, l'on ne peut parler d'une concurrence sur les prix à payer en données qui atteindrait le même niveau que la concurrence sur les prix pécuniaires dans le cadre des marchés classiques³⁵.

Enfin, la différence de nature fondamentale entre les données et le prix « en argent » constitue un autre frein important à l'application de cette théorie : là où la valeur d'une unité de monnaie est objectivement identique pour tous, la valeur accordée par les utilisateurs aux données qu'ils confient aux plateformes est subjective et propre à chaque individu³⁶. Ce point est abordé plus en détails *infra*.

A l'heure actuelle, l'assimilation du transfert de données personnelles au paiement d'un prix n'est pas la voie préconisée par les autorités publiques, ni en matière de concentrations, ni en matière d'abus de position dominante (*infra*). Plus généralement, le regard que l'on jette sur cette proposition est probablement conditionné par le degré d'importance que chacun accorde à la protection globale des données personnelles dans notre société. Si l'on estime que l'enjeu majeur consiste à rehausser le niveau global de protection des données personnelles dans la société, l'analogie paraît constituer un moyen assez direct de parvenir à cette fin au travers du droit de la concurrence. A l'inverse, si l'on estime que la finalité des mécanismes appliqués ici n'est pas tant de favoriser la protection des données en soi que de permettre à l'individu d'exprimer un choix réel quant à leur partage et leur traitement, l'analogie sera vraisemblablement considérée comme excessive, dès lors qu'elle ne tient pas compte des différentes préférences attachées par chaque individu à la protection de ses données personnelles.

En ce sens, dans le cadre de la classification que nous proposons, l'on notera que l'idée de « prix en données » pourrait finalement tout autant relever de l'approche ambitieuse et pluraliste que de la voie évolutive et libérale. En effet, du point de vue de la méthode, l'analogie rejoint l'approche évolutive qui cherche à intégrer les enjeux de données personnelles aux mécanismes utilisés classiquement en droit de la concurrence. Du point de vue de la finalité, en revanche, appliquer le droit de la concurrence au « prix en données » aboutirait à éviter que ce dernier puisse être fixé à des niveaux excessifs par un acteur dominant. En d'autres termes, les normes de concurrence

³⁴ J. Wong, « My data security is better than yours: tech CEOs throw shade in privacy wars », *The Guardian*, 9 mai 2019, disponible sur https://www.theguardian.com/technology/2019/may/09/google-sundar-pichai-privacy-apple-facebook-data?fbclid=IwAR0yFhVbMgLfKijR9tbco3cSAKm0mD4veiCMNqDrBGYW0mg3MI7RPuZO_luY.

³⁵ Contrôleur européen de la protection des données, « Avis préliminaire: vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives: l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique », 2014, point 14.

³⁶ B. Edelman et D. Geradin, *op. cit.*, p. 6.

viseraient finalement à limiter les quantités de données personnelles partagées par les utilisateurs avec les plateformes, ce qui constitue un trait caractéristique de l'approche ambitieuse que nous décrivons dans la section trois. Dans l'immédiat, nous poursuivons sur la voie évolutive en exposant les pistes d'intégration des questions de données aux paramètres de la concurrence non liés au prix.

B. Les données personnelles comme niveau de qualité des biens ou services offerts

(1) Présentation du mécanisme

Nous avons montré que, classiquement, le prix pécuniaire reste le paramètre de concurrence le plus important. Il convient cependant de souligner que l'objectif de bien-être du consommateur se traduit également dans des paramètres de concurrence non liés au prix³⁷. Ainsi, il ressort notamment des lignes directrices publiées par la Commission en matière de contrôle des concentrations que la concurrence doit aussi générer « des produits de qualité, un grand choix de biens et de services et l'innovation »³⁸. De façon analogue, les lignes directrices sur les concentrations verticales publiées par les autorités de la concurrence américaines précisent que « un pouvoir de marché renforcé peut aussi se manifester dans l'imposition de conditions contractuelles non liées au prix qui portent préjudice aux utilisateurs, en ce compris une réduction de la qualité ou de la variété des produits, du service, ou de l'innovation »³⁹. Il est précisé que « ces effets non liés au prix peuvent être accompagnés d'effets liés au prix ou survenir en leur absence »⁴⁰. Dans le cadre de l'économie des données, il est donc envisageable de considérer le niveau de protection des données personnelles attaché à un service en ligne comme un paramètre de qualité. Un service qui amasserait moins de données qu'un autre ou qui les traiterait de façon plus précautionneuse pourrait ainsi se voir attacher un degré supérieur de qualité. Cela ne peut être vrai, bien entendu, que si de tels gains en termes de protection des données ne sont pas contrebalancés par des baisses de qualité au niveau des fonctionnalités ou de l'efficacité du service.

Nous verrons infra que les décisions de la Commission en matière de concentrations paraissent s'inscrire dans cette voie modérée davantage que dans la voie traditionnelle : elles ont notamment

³⁷ Pour ces développements, voy. I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 309 et s.

³⁸ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E., C 31, 5 février 2004, point 8; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E., 2008/C 265/07, 18 octobre 2008, point 10.

³⁹ Traduction libre de U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, « Horizontal Merger Guidelines », 19 août 2010, p. 2.

⁴⁰ *Ibidem*.

considéré que le niveau de protection attribué, après la fusion, aux informations fournies par les utilisateurs, peut être vu comme un aspect lié au paramètre de qualité de l'examen concurrentiel⁴¹. Citons, en particulier, l'exemple de la décision *TomTom/Tele Atlas* de la Commission, qui précise que « les problèmes de confidentialité peuvent être considérés comme similaires à une dégradation du produit »⁴².

(2) Appréciation critique

Le principal écueil attaché à cette approche réside dans l'hétérogénéité des préférences des utilisateurs. En effet, la qualité est un critère qu'il est à la fois difficile de définir et de mesurer⁴³. Elle est subjective par nature, propre à chaque individu. En outre, elle est multidimensionnelle, en ce sens que la qualité du service en ligne est aussi — et surtout, diront certains — constituée des fonctionnalités du service, dont le niveau d'excellence pourrait potentiellement être amélioré corrélativement à une baisse du niveau de protection des données⁴⁴. Ainsi, en principe, un traitement plus « agressif » d'une plus grande quantité de données fournies aboutit à un service encore plus précis et personnalisé pour l'utilisateur. La question de savoir si, globalement, le niveau de qualité d'un service est augmenté ou amoindri dépend donc de l'arbitrage personnel opéré par l'utilisateur entre l'intérêt d'une plus grande protection de ses données et l'attrait d'un service en ligne plus personnalisé.

A cela s'ajoutent des considérations liées au prix, qui ne peut être tout à fait séparé du critère de qualité. En effet, l'utilisateur de services en ligne est bien conscient que c'est la fourniture de données qui lui permet d'obtenir des services « gratuits » d'un point de vue pécuniaire⁴⁵. En d'autres termes, une amélioration de la qualité formulée en termes de niveau de protection des données pourrait être sacrifiée si celle-ci impliquait le paiement d'un prix « réel ». Il est vraisemblable que seule une proportion limitée d'utilisateurs seraient prêts à payer un prix sonnant et trébuchant pour utiliser les réseaux sociaux. Cet obstacle constitué par l'hétérogénéité des préférences des consommateurs peut être contourné en suivant une autre approche : celle du paramètre lié au niveau de choix laissé à l'utilisateur.

⁴¹ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 309.

⁴² Commission européenne, Décision *TomTom/Tele Atlas*, COMP/M4854, 14 mai 2008, point 274.

⁴³ Voy., de façon générale, OCDE, « Policy Roundtable: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis », 2013, p. 187 et s.

⁴⁴ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 310 à 311.

⁴⁵ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 311.

C. Les données personnelles comme niveau de choix du consommateur et de variété des biens ou services offerts

(1) Présentation du mécanisme

Il a été montré *supra* que le critère de variété des services fait partie, au même titre que le critère de qualité, des paramètres de concurrence non liés au prix. Dans le contexte d'une économie numérique, l'articulation des normes de concurrence et des préoccupations liées aux données consisterait à protéger, tant en matière de concentrations que d'abus de position dominante, l'existence d'une variété d'options laissées au choix de l'utilisateur⁴⁶. Il s'agirait, pour les autorités de protection de la concurrence, de garantir une certaine diversité de possibilités correspondant à un ensemble d'utilisateurs hétérogènes quant à leurs préférences en termes de protection des données. *Ex ante*, il s'agirait de faire en sorte que les concentrations n'aient pas pour résultat de priver les utilisateurs de services offrant des conditions de récolte et de traitement de leurs données qu'ils ne peuvent retrouver auprès de la concurrence. *Ex post*, l'on pourrait condamner un géant du numérique pour ses pratique de récolte ou de traitement des données qui, réunissant les conditions d'une exclusion abusive au sens de l'article 102, TFUE, toucheraient indirectement les consommateurs en dressant à l'entrée du marché des barrières qui empêcheraient le développement de plateformes concurrentes. C'est en ce sens que cette option d'intégration des enjeux liés aux données au sein des outils classiques du droit de la concurrence renvoie à une approche que nous qualifions de libérale : elle consiste, dans la lignée des objectifs classiques du droit de la concurrence, à placer les utilisateurs dans la meilleure position possible pour faire les choix libres et indépendants qui correspondent à leurs préférences personnelles⁴⁷.

(2) Appréciation critique

Cette option offre l'avantage de tenir compte des préférences hétérogènes des utilisateurs. Elle ambitionne, comme nous l'avons souligné, de permettre à chacun de poser ses propres choix libres et éclairés. Mais, précisément, ces choix sont-ils vraiment libres et indépendants ? Cette conception libérale de l'interaction entre enjeux de données et droit de la concurrence nous semble pouvoir être critiquée en ce qu'elle paraît nier l'existence de biais comportementaux. Sur les marchés numériques comme ailleurs, les utilisateurs n'agissent pas toujours de façon rationnelle et, parfois, prennent des décisions qui n'épousent pas leurs intérêts sur le long terme⁴⁸. Il apparaît, par exemple,

⁴⁶ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 314 à 315. Voy. aussi A. Kuenzler, *op. cit.*, p. 1 à 30.

⁴⁷ R. Lande, « The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, privacy is an antitrust concern », *FTC:Watch*, n°714, 25 février 2008, p. 1 à 2.

⁴⁸ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 304.

que les utilisateurs qui déclarent accorder beaucoup d'importance à la protection de leurs données personnelles mettent peu ces principes en application lorsqu'il s'agit de prendre une décision concrète en ligne⁴⁹. La théorie de la pénétration sociale indique aussi que les utilisateurs, créatures sociales, sont naturellement portés à dévoiler une part sans cesse plus importante de leurs informations privées sur les réseaux, au détriment de leur intérêt à protéger leurs données⁵⁰. Enfin, les préférences elles-mêmes sont loin d'être aussi claires et stables que la piste précédente ne pourrait le laisser entendre. Les utilisateurs ont, au contraire, des préférences instables et sensibles au contexte concret dans lequel les choix doivent être posés⁵¹. Le rôle potentiellement défavorable à une protection optimale des données personnelles des utilisateurs joué par les biais de *statu quo* et de gratification immédiate peut aussi être mentionné⁵².

Faut-il en conclure que la garantie d'un choix laissé aux utilisateurs ne devrait pas figurer parmi les préoccupations des autorités de concurrence ? Certainement pas. Si les biais comportementaux en ligne ont réelle importance pratique et doivent être pris en compte, ils n'ont pas pour effet de rendre ce paramètre de concurrence obsolète. En revanche, de notre point de vue, ils justifient le recours à un degré supplémentaire d'intervention des autorités de la concurrence qui, au-delà de la poursuite d'un choix libre laissé aux utilisateurs, doivent poser des balises suffisantes pour encadrer les pratiques des géants du numérique. C'est l'ambition de la troisième approche, plus radicale, qui fait l'objet de la prochaine section.

Section 3. La voie ambitieuse, radicale ou paternaliste : le droit de la concurrence comme levier pour une plus grande protection des données

A. Présentation du mécanisme

A la différence de la voie modérée ou évolutive, l'approche ambitieuse assume que le droit de la concurrence puisse activement oeuvrer à élever le niveau général de protection des données personnelles des utilisateurs. Il ne s'agit donc plus simplement d'intégrer au mieux les phénomènes nouveaux observés dans l'économie numérique à un tissu préexistant de mécanismes et concepts juridiques composant le droit de la concurrence, mais bien d'utiliser ce régime juridique pour encadrer — potentiellement au-delà de la volonté de certains utilisateurs — la récolte et le

⁴⁹ A. Acquisti, L. Brandimarte, et G. Loewenstein, « Privacy and human behavior in the age of information », *Science*, Vol. 347, n°6221, 2015, p. 510.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A. Acquisti, L. Brandimarte, et G. Loewenstein, *op. cit.*, p. 513.

⁵² A. Acquisti, C. Taylor et L. Wagman, « The Economics of Privacy », *Journal of Economic Literature*, Vol. 52, n°2, 2016, p. 40 à 41.

traitement des données personnelles par les géants du numérique. En ce sens, cette approche est donc la plus radicale et comporte une dimension paternaliste (*infra*).

Ces dernières années, un contexte mondial de montée des inégalités a donné naissance à un mouvement important, principalement américain, communément appelé *hipster* ou *populist antitrust*⁵³. Ses partisans soutiennent que l'origine de nombreux problèmes de justice sociale est à trouver dans le pouvoir hégémonique de quelques acteurs privés, qui dominent leurs marchés respectifs et creusent les inégalités. Ils estiment, dès lors, que les outils du droit de la concurrence devraient être employés dans toute leur amplitude pour s'attaquer à ces grands conglomérats et briser leur puissance, analysée comme destructrice. La tendance la plus radicale souhaite même s'attaquer à des thématiques larges et sans rapport évident avec le droit de la concurrence, telles que l'emploi ou l'éducation. Sans aller aussi loin, il peut être légitimement argumenté que les diverses normes composant les différentes disciplines juridiques — parmi lesquelles figurent le droit de la concurrence et le droit de la protection des données — font partie d'un ensemble global qui entend défendre une société juste. A l'heure du développement de l'économie numérique, il semble que la séparation des différentes disciplines juridiques en silos fermés ne permette plus de traiter de façon efficace des défis juridiques complexes et souvent composés de dimensions multiples. Nous verrons, par exemple, que les conditions générales imposées par Facebook à ses utilisateurs peuvent être traitées de façon multidisciplinaire sous l'angle du droit de la concurrence et du droit de la protection des données. En ce sens, la voie ambitieuse repose sur une vision pluraliste de nos systèmes juridiques.

Ainsi, ces développements posent la question des objectifs que le droit de la concurrence entend poursuivre. Nous avons vu que, traditionnellement, le but d'efficacité économique est le seul à pouvoir être poursuivi par la politique de concurrence. Il nous semble toutefois que l'établissement d'un but en droit reflète les circonstances et les évolutions de la société dans lesquelles le régime juridique s'inscrit. Dès lors, cette définition d'objectifs est finalement « un produit, non pas simplement de la théorie économique, mais de l'économie politique »⁵⁴. A la suite de ces développements, l'approche ambitieuse défend l'idée que le bouleversement numérique majeur qui a marqué la société au cours des dernières années justifie la remise en cause de la place occupée par l'efficacité économique comme objectif unique attaché à la politique de concurrence. Précisons que

⁵³ Voy. C. Shapiro, « Antitrust in a time of populism », *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61, 2018.

⁵⁴ A. Foer, « The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the US » in *Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Philip Marsden (dir.), Edward Elgar Publishing, 2006, p. 566.

l'idée n'est pas de promouvoir l'application du droit de la concurrence en l'absence de tout problème d'efficience économique, mais bien de replacer cet objectif dans le contexte plus large dont il fait partie. En réalité, il existe une typologie de buts du droit de la concurrence qui découlent, gravitent autour et interagissent avec la promotion de l'intérêt du consommateur. Ces objectifs, tantôt complémentaires, tantôt en opposition, sont la recherche du bien-être du consommateur au sens strict, d'une structure concurrentielle effective, des efficacies et de l'innovation, de la justice, des idéaux de liberté économique, de pluralité et de démocratie, et de l'intégration du marché unique⁵⁵. En outre, A. EZRACHI rappelle utilement ceci :

*« The Treaty-based competition rules - owing to their constitutional nature - must be interpreted in light of the European wider normative values. Indeed, as mandated by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 'the Union shall ensure consistency between its policies and activities, taking all of its objectives into account'. It so follows that, at the abstract level, Union policies may be implemented by taking into account, among other things, equality considerations, consumer protection, social protection, public health, environmental concerns, investment, transportation, and regional development »*⁵⁶.

Dès lors que le TFUE impose aux institutions européennes de s'assurer que leurs politiques soient appliquées en toute cohérence, que l'article 16 du TFUE a placé le droit à la protection des données parmi les provisions d'application horizontale dans le Traité, et que la Charte des droits fondamentaux de l'UE a fait de la protection des données un droit fondamental, le droit à la protection des données a désormais acquis un statut spécial. Celui-ci implique, à tout le moins, que la politique de concurrence ne puisse atteindre des résultats qui s'opposent clairement au droit à la protection des données⁵⁷. Il peut même être ajouté que l'article 51(1), de la Charte, impose aux institutions européennes le devoir de respecter et promouvoir l'application des droits contenus dans la Charte. En d'autres termes, il y a une obligation positive, dans le chef de la Commission, de promouvoir l'application du droit à la protection des données, en ce compris lorsqu'elle met en oeuvre des normes de droit de la concurrence⁵⁸. Ces éléments nous paraissent justifier un impératif de recherche, par les autorités de protection de la concurrence, de solutions favorables à une protection des données renforcée.

⁵⁵ Voy. A. Ezrachi, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 339.

⁵⁸ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 343 et s.

Il peut être utile de préciser, à ce stade, que la priorité doit évidemment toujours être laissée à une éventuelle initiative des autorités de protection des données. Cependant, comme nous l'avons indiqué *supra*, celles-ci ne semblent pas encore en mesure d'agir avec la même efficacité qu'une autorité de protection de la concurrence centralisée au niveau européen telle que la Commission européenne. En tout état de cause, il est important qu'un dialogue se noue entre autorités de la concurrence et de protection des données aux fins de favoriser une application cohérente des normes qu'elles ont la charge de faire respecter. Au-delà des frictions possibles avec les autorités de protection des données, cette approche radicale soulève des difficultés détaillées ci-après.

B. Appréciation critique

D'abord, il peut être reproché à l'approche ambitieuse de créer le risque d'une protection excessive des données des utilisateurs. Ce niveau trop élevé de protection produirait, en raison des charges trop importantes qu'il ferait peser sur les géants du numérique, des conséquences indirectes négatives pour ces utilisateurs⁵⁹. Citons, à titre d'exemples, l'idée que les plateformes pourraient finalement devoir faire payer un prix pécuniaire aux utilisateurs si leurs pratiques de traitement de données étaient limitées au point de mettre en danger leur modèle économique, ou encore l'hypothèse que des règles trop strictes en matière de transferts de données finissent par dresser des barrières à l'entrée du marché qui empêcheraient le développement d'acteurs alternatifs sur ce marché.

Ensuite, nous qualifions nous-mêmes cette voie de paternaliste. En effet, comme nous le verrons dans la décision *Facebook* de l'autorité de la concurrence allemande (*infra*), par exemple, l'application de cette voie peut résulter dans la constatation, par une autorité de la concurrence, que le consentement exprimé par les utilisateurs du réseau social vis-à-vis des conditions d'utilisation imposées par celui-ci n'était pas volontaire. En d'autres termes, ce point de vue peut aboutir à modifier des clauses contractuelles auxquelles les deux parties avaient pourtant formellement consenti. Plus généralement, l'on pourrait lui reprocher de (partiellement) priver les utilisateurs de la possibilité d'exprimer leurs choix personnels.

A cet argument de paternalisme, il peut d'abord être répondu que, comme nous l'avons précisé précédemment, la thèse selon laquelle les utilisateurs posent des choix correspondant fidèlement à des préférences personnelles stables doit être nuancée par l'existence de biais comportementaux

⁵⁹ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 303.

importants⁶⁰. Bien plus, il est possible d'assumer une certaine part de paternalisme dans la poursuite de l'objectif de mieux protéger les données personnelles. Remarquons ainsi que, aux fins de respecter un impératif supérieur de protection de la santé, l'on n'hésite pas à placer des restrictions sur la consommation de tabac. De façon analogue, des limites sont fixées à l'usage des pesticides pour des raisons impérieuses de protection de l'environnement et de la santé humaine. Pourtant, tout comme un transfert et un traitement plus importants de données sont susceptibles de rendre le service plus efficace pour l'utilisateur désireux de bénéficier de publicité ciblée, l'usage de ces produits d'agriculture augmente généralement le rendement des exploitations et rencontre donc des arguments d'efficacité. Ces procédés paternalistes adoptés en matière de protection de la santé ne sont, à nos yeux, pas moins légitimes lorsqu'il s'agit de favoriser la protection des données personnelles en tant que droit fondamental au sein de l'ordre juridique européen.

Ce chapitre a permis une présentation nuancée de notre typologie de positionnements possibles, pour les autorités de protection de la concurrence, vis-à-vis des enjeux liés à la protection des données personnelles. Le chapitre suivant se concentre sur l'impact de ces enjeux en matière de contrôle des concentrations. *De lege lata*, il tente de rattacher les balises jurisprudentielles et décisionnelles actuelles à la typologie décrite au chapitre premier. *De lege ferenda*, il suggère des évolutions dans le sens d'un positionnement plus ambitieux.

Chapitre 2. L'impact des données personnelles sur le contrôle des concentrations

En droit européen, les dispositions pertinentes pour le contrôle des concentrations se trouvent dans le règlement sur le contrôle des concentrations (« le règlement »)⁶¹. Ses articles 2(3) et 8(3) permettent à la Commission de bloquer « les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante »⁶². Toutefois, la juridiction des gendarmes de la concurrence est soumise à des seuils de notification qui obligent les parties prenantes à notifier leur projet à l'autorité en charge, qu'il s'agisse de la Commission —

⁶⁰ P. Larouche, M. Peitz et N. Purtova, « Consumer Privacy in Network Industries », *CERRE Policy Report*, 25 janvier 2016, p. 33.

⁶¹ Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E., L 24, 29 janvier 2004, p. 1 à 22.

⁶² Art. 2(3) du Règlement 139/2004.

pour les transactions les plus importantes — ou des autorités nationales de la concurrence — pour les transactions d'ampleur plus limitée. Les transactions qui n'atteignent pas les seuils fixés à l'article premier du Règlement échappent donc à la juridiction de la Commission et sont alors susceptibles de tomber sous le coup des seuils nationaux moins élevés, prévus par les législations nationales des Etats membres.⁶³

Dans le contexte de marché numérique qui nous occupe, ces mécanismes de contrôle des concentrations semblent tout d'abord offrir des caractéristiques complémentaires à ceux qui sont utilisés dans le cadre de l'application de l'article 102 TFUE (section 1). La pertinence des pratiques actuelles en matière de contrôle des concentrations peut cependant être contestée. D'un point de vue substantiel, nous montrons qu'il est nécessaire de considérer la concentration des données d'utilisateurs récoltées par les parties à la transaction comme un facteur susceptible d'affecter la concurrence de manière significative (section 2). Sur le plan de la juridiction, nous estimons que les seuils de notification (financiers) définis par le règlement ne sont pas les plus adaptés pour traiter les nouvelles formes de fusions nées avec le marché numérique (section 3).

Section 1. Une approche préventive complémentaire à l'art. 102

Si le cadre de l'art. 102 TFUE semble proposer des pistes prometteuses pour améliorer les standards de protection des données personnelles des utilisateurs (*infra*), il ne peut cependant être mobilisé qu'*ex post*. En effet, à l'instar des dispositions prévues par le droit de la protection des données, les dispositions d'*antitrust* permettent uniquement de « punir » les comportements répréhensibles — en l'occurrence, anticoncurrentiels — des acteurs dominants du marché une fois que ces actes ont été commis. C'est pourquoi les dispositions de contrôle des concentrations offrent, à cet égard, des caractéristiques complémentaires bien utiles à notre analyse. Dans une approche préventive, ce régime permet d'empêcher ou d'encadrer à l'aide de remèdes structurels et comportementaux la formation d'entités économiques susceptibles d'occuper une position dominante sur un marché donné et d'y entraver de manière significative l'effectivité de la concurrence⁶⁴. Le contrôle des concentrations réduit donc *ex ante* les possibilités, pour la nouvelle entité fusionnée, de se livrer à des comportements abusifs que la transaction aurait rendus possibles. Une application trop lâche de ces règles aux acquisitions visant la prise de contrôle de fichiers de données aboutirait à dispenser les acteurs dominants de se différencier d'autres acteurs du marché désormais inexistant. Cela

⁶³ A l'exception notable du Luxembourg, qui ne prévoit aucun contrôle des concentrations.

⁶⁴ E. Fox et D. Gérard, *EU Competition Law. Cases, Texts and Context*, Edward Elgar, 2017, p. 234 et s.

réduirait à la fois le choix laissé aux utilisateurs et éventuellement la qualité des services numériques proposés.⁶⁵

Le régime de contrôle des concentrations pourrait constituer un outil particulièrement utile pour traiter ce qui constitue un phénomène majeur observé ces dernières années dans le domaine qui nous occupe, à savoir le rachat de start-up ou petits acteurs numériques prometteurs par de grands groupes bien établis tels que Google, Facebook ou Apple. Idéalement, le contrôle des concentrations devrait permettre d'empêcher les acquisitions qui serviraient en réalité une volonté des acteurs dominants du marché d'empêcher le développement de concurrents potentiels. En effet, le rachat de « jeunes pousses » prometteuses semble être un moyen efficace d'évincer préventivement la concurrence. Rappelons, à cet égard, que les marchés numériques sont souvent caractérisés par une concurrence « pour le marché » plutôt qu'une concurrence « sur le marché ». Par conséquent, il semble que la structure même de ces marchés pousse les entreprises dominantes à procéder à de telles acquisitions auto-protectrices préventives: y renoncer ne fait pas seulement naître le risque d'un partage à la marge des parts de marché mais, à terme, pourrait menacer l'acteur dominant en question d'un remplacement pur et simple comme « détenteur » du marché en question. On parle, à cet égard, de « *killer mergers* ». Nous revenons sur ce point en détails dans le chapitre 3.

Il convient néanmoins de garder à l'esprit que les mécanismes du contrôle des concentrations doivent faire l'objet d'une application mesurée. En effet, un rapport récent de la Commission souligne le caractère a priori pro-compétitif des concentrations dans le marché numérique. La fusion de grands groupes et de start-up crée des synergies et des gains d'efficience: aux premiers, la fusion apporte des produits ou services innovants ; aux secondes, elle apporte la structure et les moyens financiers indispensables à leur développement.⁶⁶ Ajoutons que, de façon générale, les projections réalisées par la Commission dans le cadre de ses décisions sur les fusions sont par nature relativement incertaines, en ce qu'elles se basent sur des hypothèses économiques formulées quant à l'état probable du marché concerné après une éventuelle concentration. Nous montrons dans la section suivante que la Commission s'est montrée assez prudente dans les cas qu'elle a eu à trancher ces dernières années.

⁶⁵ A. Maciuleviciūtė, A. Reyna et J. Allix, « EU Merger Control: BEUC's comments on jurisdictional thresholds », 2017, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/european_consumer_organisation_contribution_en.pdf, p. 2.

⁶⁶ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, « Competition policy for the digital era », Commission européenne - Rapport final, 2019, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, p. 111.

Section 2. La prise en compte des questions liées aux données comme critère substantiel d'évaluation de la transaction

Au cours de la dernière décennie, un certain nombre de transactions ayant pour objet la fusion d'entreprises actives dans la collecte et le traitement de données ont été traitées par les autorités de la concurrence. Ainsi, l'on s'est progressivement posé la question de savoir si le cumul et le croisement des bases de données d'utilisateurs récoltées auparavant par différentes plateformes souhaitant fusionner pouvaient éventuellement créer ou renforcer une position dominante et, *in fine*, constituer une entrave significative à la concurrence effective pouvant entraîner un blocage de la concentration par la Commission. Dans un premier temps, nous présentons les positions actuellement adoptées par la Cour de Justice et, à sa suite, par la Commission (A). Dans un second temps, nous en proposons une analyse critique et prospective (B).

A. Etat des lieux: la jurisprudence de la Cour et les décisions de la Commission

La jurisprudence de la Cour est à la fois très limitée et peu claire sur le sujet (1). Dans les décisions qu'elle a rendues ultérieurement à ce sujet, la Commission a semblé vouloir suivre ces enseignements jurisprudentiels, tout en montrant des hésitations quant à la prise en compte d'un critère de protection des données dans son évaluation (2)⁶⁷.

(1) Un embryon de jurisprudence de la Cour: *Asnef-Equifax*

La jurisprudence de la Cour de Justice est encore extrêmement limitée sur la question de la prise en compte de la protection des données en droit de la concurrence. Un élément indicatif a néanmoins été avancé par la Cour dans l'affaire *Asnef-Equifax*. En substance, la Cour constitutionnelle espagnole demandait à la Cour de Justice si « des accords d'échange d'informations entre établissements financiers, par la création d'un fichier d'informations sur le crédit concernant leurs clients » pouvaient satisfaire les conditions d'exemption des accords restrictifs de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 3, TFUE (anciennement 81, paragraphe 3, CE), au motif que les consommateurs et utilisateurs de ces services financiers en tiraient profit⁶⁸. Sur la question de la prise en compte des enjeux de protection des données récoltées dans le fichier en question, la Cour a estimé que « les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère

⁶⁷ Voy. I. Graef, « Blurring boundaries of consumer welfare. How to create synergies between competition, consumer and data protection law in digital markets », in *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law. Towards a holistic approach*, M. Bakhoun, B. Gallego, M.-O. Mackenrodt, et al. (dir.), Springer Verlag, p. 18.

⁶⁸ C.J.U.E., arrêt *Asnef-Equifax*, 23 novembre 2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734.

personnel *ne relevant pas, en tant que telles, du droit de la concurrence*, elles peuvent être résolues sur le fondement des dispositions pertinentes en matière de protection de telles données »⁶⁹.

Est-ce à dire que la question de la protection des données ne peut tout simplement pas être considérée dans l'examen de pratiques anticoncurrentielles ? Indiscutablement, la Cour exclut ici une interprétation qui voudrait envisager l'application du droit de la concurrence comme poursuivant un objectif séparé de protection des données — c'est à dire la voie ambitieuse ou radicale. Toutefois, l'emploi de la formule « en tant que tel » semble indiquer l'absence d'une opposition frontale à l'idée de liens existants entre la protection des données et le droit de la concurrence⁷⁰. L'interprétation la plus plausible de cette position de la Cour semble donc permettre la prise en compte, dans l'analyse de risques anticoncurrentiels, des problématiques de concurrence fortement liées à la questions des données (telles que la combinaison de bases de données), à condition qu'il ne s'agisse pas de questions purement et uniquement liées à la protection des données⁷¹. Cette décision a été rendue en 2006 et, comme nous l'illustrons dans les points suivants, il semble qu'elle ait profondément influencé les lignes de conduite adoptées par la Commission en matière de contrôle des concentrations.

(2) Décisions de la Commission

a) *Google/DoubleClick*

L'affaire *Google/DoubleClick* a constitué, moins de deux ans après *Asnef-Equifax*, la première opportunité pour la Commission de s'exprimer sur une concentration aux liens évidents avec l'économie numérique. La Commission y précise sans ambiguïté que « [l]a présente décision porte exclusivement sur l'évaluation de cette opération au regard des règles communautaires *en matière de concurrence* », et que cette même décision « est sans préjudice des obligations imposées aux parties par la législation communautaire relative à la protection des personnes physiques et à la protection de la vie privée en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel »⁷². La position de la Commission semble donc assez ferme. Il convient toutefois de souligner que la Commission a tout de même analysé l'impact sur le marché de la combinaison potentielle des

⁶⁹ C.J.U.E., arrêt *Asnef-Equifax*, *op. cit.*, point 63.

⁷⁰ Voy. notamment A. de Moncuit, « In which ways should privacy concerns serve as an element of the competition assessment », Contribution en réponse à l'appel aux contributions préalables au rapport de la Commission européenne « Shaping Competition policy in the era of digitalisation », 2018, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/information/digitalisation_2018/contributions/aymeric_de_moncuit.pdf, point 7.

⁷¹ Voy. I. Graef, « Blurring boundaries... », *op. cit.*, p. 19-20.

⁷² Commission européenne, décision *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731, 11 mars 2008, point 368.

fichiers de données contrôlés par les deux parties à la transaction⁷³. En ce sens, le gendarme européen de la concurrence semble avoir suivi l'interprétation modérée de la jurisprudence de la Cour de Justice présentée au paragraphe précédent⁷⁴. Enfin, sur le fond, elle a estimé que la combinaison des fichiers de données de Google et DoubleClick ne leur conférerait pas d'avantage qui n'aurait pu être reproduit par des concurrents⁷⁵.

b) Facebook/WhatsApp

Dans *Facebook/WhatsApp*, employant un ton non moins catégorique, la Commission estime que les questions liées à la protection des données qui pourraient découler de la concentration de données créée par la concentration ne peuvent être traitées qu'à l'aune des règles de protection des données, à l'exclusion des règles de droit de la concurrence⁷⁶. Son approche semble toutefois évoluer quelque peu : pour la première fois, la Commission a reconnu qu'on pouvait considérer la protection des données comme un paramètre de la concurrence lié à la qualité du produit⁷⁷. Elle a également estimé possible que les plateformes digitales se livrent concurrence sur le niveau de protection des données qu'elles proposent aux utilisateurs⁷⁸. Enfin, comme dans *Google/DoubleClick*, elle a procédé à l'analyse de potentiels problèmes anticoncurrentiels tirés d'un possible renforcement, suite à la concentration des données des deux parties, de la position dominante de Facebook sur le marché de la publicité en ligne⁷⁹.

c) Microsoft/LinkedIn

Il ressort d'abord de *Microsoft/LinkedIn* que, dans la continuité des deux affaires précédentes, « [l]es questions liées à la protection de la vie privée en tant que telles ne relèvent pas du droit européen de la concurrence ». La Commission confirme toutefois les avancées constatées dans *Facebook/WhatsApp*⁸⁰, dès lors que ces questions « peuvent être prises en compte dans le cadre de l'appréciation réalisée sous l'angle de la concurrence, dans la mesure où les consommateurs les considèrent comme un facteur de qualité important et où les parties à la concentration se livrent

⁷³ Commission européenne, décision *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, points 364 à 366.

⁷⁴ Voy. N. Just, « Governing online platforms: Competition policy in times of platformization », *Telecommunications Policy*, Vol. 42, n°5, 2018, p. 386 à 394.

⁷⁵ Commission européenne, décision *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, points 359 à 366.

⁷⁶ Commission européenne, décision *Facebook/WhatsApp*, COMP/7217, 3 Octobre 2014, point 164.

⁷⁷ G. Colangelo et M. Maggolino, « Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition? », *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, n°6, 2017, p. 366.

⁷⁸ Commission européenne, décision *Facebook/WhatsApp*, *op. cit.*, point 87.

⁷⁹ Commission européenne, décision *Facebook/WhatsApp*, *op. cit.*, points 167 et s.

⁸⁰ G. Colangelo et M. Maggolino, *op. cit.*, p. 366.

concurrence sur ce facteur »⁸¹. De plus, « la protection de la vie privée [constitue] un paramètre important de la concurrence entre les réseaux sociaux professionnels existant sur le marché »⁸². Sans aller jusqu'à s'engager sur la voie de l'utilisation des mécanismes de droit de la concurrence comme levier pour favoriser une meilleure protection des données, la Commission semble donc décidée à prendre en compte de façon plus explicite la protection des données dans l'appréciation des facteurs de concurrence⁸³.

d) *Apple/Shazam*

Enfin, la récente concentration *Apple/Shazam* était elle aussi marquée par d'importants enjeux en termes de données personnelles. Ces enjeux auraient d'ailleurs constitué une partie des motifs qui ont poussé la Commission à ouvrir une seconde phase d'enquête pour cette concentration⁸⁴. La Commission craignait en effet qu'Apple utilise les informations recueillies par Shazam pour identifier les utilisateurs des services concurrents d'Apple Music, aux fins de leur adresser ensuite des campagnes de publicité ciblées⁸⁵.

Cette fois, le gendarme européen de la concurrence semble adopter une approche plus favorable à la prise en compte des intérêts de protection des données au sein de l'analyse concurrentielle⁸⁶. D'abord, contrairement à ses décisions précédentes, il évite de formuler un clair postulat général qui rappellerait une séparation claire entre protection des données et droit de la concurrence. Plus fondamentalement, nonobstant l'ajout d'une discrète remarque précisant qu'elle n'évoque les règles imposées par les instruments législatifs de protection des données que dans le contexte de l'examen de la concentration à l'aune du règlement sur les concentrations, la Commission semble procéder à une analyse qu'on pourrait considérer comme purement liée à la question des données personnelles⁸⁷. Si cet examen se fait certes « sans préjudice d'une appréciation de la question par les

⁸¹ Communiqué de presse de la Commission, « Concentrations: la Commission autorise, sous condition, le rachat de LinkedIn par Microsoft », IP/16/4284, Bruxelles, 6 décembre 2016.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Voy. I. Graef, « Blurring boundaries... », *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ N. Zingales, « Apple/Shazam: Data Is Power, But Not A Problem Here », *Competition Policy International*, T. Schrepel, S. Sadden et J. Roth (dir.), 2018, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/appleshazam-data-is-power-but-not-a-problem-here/>, p. 5.

⁸⁵ Voy. communiqué de presse de la Commission, « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Shazam par Apple », IP/18/5662, Bruxelles, 6 septembre 2018.

⁸⁶ G. Murray, « Apple/Shazam: 5 observations on the data-related aspects », *Kluwer Competition Law Blog*, 5 décembre 2018, disponible sur <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/12/05/appleshazam-5-observations-on-the-data-related-aspects/>.

⁸⁷ Commission européenne, décision *Apple/Shazam*, COMP/M.8788, 6 septembre 2018, note de bas de page 159.

autorités compétentes en matière de protection des données »⁸⁸, il n'en reste pas moins que la Commission énonce et développe les obligations légales dérivées du RGPD et de la Directive E-Privacy, avant d'en ébaucher une application aux éléments concrets qui lui étaient soumis dans la proposition de concentration en question.⁸⁹ Ainsi, la Commission explique notamment que

« (226) [...] *the processing of personal data, including the transmission of Customer Information to the Notifying Party and its subsequent processing, is subject to the applicable European rules dealing with data protection, notably the GDPR.*

(227) *Those rules apply to personal data, that is "any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject') [...]"*.

(228) *In this respect, the Commission notes that, to the extent that the combination of the Customer App Information with other pieces of information allows for identification of those Shazam's users which are (or are not) already customers of digital music streaming apps competing with Apple Music,¹⁶¹ the Customer Information could qualify as personal data and would be thus subject to the GDPR.*

(229) *Pursuant to Article 5(1)(b) of the GDPR, [...] [d]ata which qualifies as personal data under the GDPR can be processed by a third party only to the extent that there exists a contractual legal basis for the transmission to the third party and a legal basis for the processing by that third party [...].*

(231) [...] *the Commission notes that Shazam's terms of service and privacy notice appear to inform on processing of the Customer Information collected by Shazam. Such terms of service and privacy notice appear to describe the purpose of the data processing and, based on the evidence in the Commission's file, it appears that such purpose has been specified and made manifest to Shazam's users. »*

La Commission reconnaît donc que la concentration peut poser question, *a priori*, quant à sa compatibilité avec les règles européennes de protection des données. Il faut toutefois souligner que son analyse se limite à des premières constatations de surface, sans aller jusqu'à conduire un examen vraiment détaillé et pointu sur le plan des règles de protection des données personnelles⁹⁰.

Sur le spectre des attitudes qui peuvent être adoptées par les autorités de la concurrence vis-à-vis des enjeux de protection des données personnelles, il semble donc qu'*Apple/Shazam* s'inscrive à la limite de la voie modérée et de la voie ambitieuse. Si elle ne marque pas de rupture brutale avec *Asnef-Equifax*, elle aboutit à un examen de questions propres à la protection des données

⁸⁸ Traduction libre de Commission européenne, décision *Apple/Shazam*, *op. cit.*, point 231.

⁸⁹ Commission européenne, décision *Apple/Shazam*, *op. cit.*, points 226 à 235.

⁹⁰ N. Zingales, *op. cit.*, p. 6.

personnelles. Sur le fond, notons que la Commission a retenu, dans les quatre cas décrits ci-dessus, le caractère non unique des données en question et, partant, a donné son aval aux concentrations notifiées.⁹¹

B. Appréciation critique et perspectives futures

(1) Pratique américaine

A ce stade, une brève comparaison avec l'approche suivie par le gendarme américain de la concurrence pourrait replacer l'attitude adoptée par la Commission dans un contexte international. De façon générale, il semble que la *US Federal Trade Commission* (« FTC ») ait également adopté une approche modérée sur la question. Cette tendance est particulièrement saillante dans la décision *Google/DoubleClick*, rendue parallèlement à la décision analogue de la Commission :

*« At the outset, we note that some have urged the Commission to oppose Google's proposed acquisition of DoubleClick based on the theory that the combination of their respective data sets of consumer information could be exploited in a way that threatens consumers' privacy. [...] Although such issues may present important policy questions for the Nation, the sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. »*⁹²

Il apparaît ici que, à l'instar de la Commission européenne dans sa décision *Google/DoubleClick*, la FTC conserve un postulat proche de la voie traditionnelle en rappelant son intention de séparer clairement l'analyse des effets en droit de la concurrence de la question de la protection des données. Toutefois, cette position est immédiatement nuancée par la FTC :

*« [...] That said, we investigated the possibility that this transaction could adversely affect non-price attributes of competition, such as consumer privacy. We have concluded that the evidence does not support a conclusion that it would do so. We have therefore concluded that privacy considerations, as such, do not provide a basis to challenge this transaction. »*⁹³

En d'autres termes, en considérant explicitement la protection des données du consommateur comme un paramètre de concurrence non lié au prix, la FTC paraît se rapprocher davantage de la voie modérée. En effet, l'emploi de la formule « *as such* » n'est pas sans rappeler l'arrêt *Asnef-Equifax* de la Cour de Justice, présenté *supra*, qui rejetait de l'analyse concurrentielle les questions de protection des données « en tant que telles ». Rappelons que cette voie modérée ne sera suivie

⁹¹ G. Murray, *op. cit.*

⁹² US Federal Trade Commission, Dossier n°71-0170, *Google/DoubleClick*, 2007, point 2.

⁹³ US Federal Trade Commission, *op. cit.*, point 2.

par la Commission européenne que plusieurs années plus tard, dans la décision *Facebook/WhatsApp* que nous avons analysée *supra*. Il faut néanmoins souligner que la FTC se distancie clairement d'une approche ambitieuse ou radicale, qui était pourtant déjà envisageable à cette époque. L'on peut d'ailleurs souligner que, dans une opinion séparée exprimée suite à la décision de la FTC, la juge Harbour a suggéré que la protection des données était « *'cognizable' under the antitrust laws* » et aurait dû être considérée par la FTC « *'as part of its antitrust analysis of the transaction'* »⁹⁴. Enfin, les décisions ultérieures des autorités américaines de la concurrence paraissent confirmer le choix de cette approche modérée. Dans sa décision *Microsoft/Yahoo!*, par exemple, le *US Department of Justice* (« DOJ ») a accepté l'argument selon lequel un accès facilité aux fichiers des parties à la fusion permettrait le développement plus rapide des moteurs de recherche Microsoft, encourageant de ce fait la concurrence à travers la création d'une alternative plus forte aux services de Google⁹⁵. Le DOJ a donc bel et bien intégré la question de la concentration de données comme paramètre pertinent en droit de la concurrence, mais en se limitant à ses implications économiques. Les points de vue modérés adoptés par les autorités de la concurrence américaines et européennes semblent donc comparables. Comme nous le soulignons au point suivant, cette position de la Commission a néanmoins suscité des réactions contrastées en Europe.

(2) Une doctrine européenne divisée

Dans l'ensemble, l'approche évolutive mais prudente de la Commission paraît avoir été davantage défendue que critiquée.⁹⁶ Dès lors, il est peu surprenant que le rapport publié en mars dernier par la Commission n'évoque que superficiellement la jurisprudence exposée ci-dessus. Les auteurs du rapport se contentent d'une référence lapidaire aux décisions de la Commission en la matière et ajoutent, sans autre démonstration, que « les théories du préjudice utilisées sont généralement judicieuses »⁹⁷.

⁹⁴ P. Harbour, Dissenting Statement Regarding In re *Google/DoubleClick*, FTC File n°71-0170, 20 décembre 2007, disponible sur http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statementmattergoogle/doubleclick/071220harbour_0.pdf, point 10. A ce sujet, voy. D. Sokol et R. Comerford, « Antitrust and regulating big data », *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 23, n°5, 2016, p. 1145 à 1146.

⁹⁵ Communiqué de presse, U.S. Dep't of Justice, « Statement of the Department of Justice: Antitrust Division on its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc. », 18 février 2010, disponible sur <http://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>. Voy. aussi D. Sokol et R. Comerford, *op. cit.*, p. 1146.

⁹⁶ Voy. G. Colangelo et M. Maggolino, *op. cit.*, p. 364 à 366 ; H. Vrabec et B. Custers, « Legal Barriers and Enablers to Big Data Reuse - A Critical Assessment of the Challenges for the EU Law », *European Data Protection Law Review*, Vol. 2, n°2, 2016, p. 218.

⁹⁷ Traduction libre de J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 110.

Certaines voix critiques se sont néanmoins fait entendre. K. BANIA, par exemple, explique que le raisonnement qui a conduit la Commission à valider plusieurs concentrations de données évoquées *supra* était principalement fondé sur deux éléments critiquables. D'une part, les engagements contractuels des parties à la concentration de respecter la confidentialité des données des utilisateurs après la fusion et, d'autre part, l'existence de règles assurant un haut degré de protection des données. L'auteur estime que ces paramètres sur lesquels la Commission a fondé l'aval donné à la concentration ne tiennent pas compte des changements possibles dans les comportements des parties à la suite de la fusion, lesquels pourraient finalement s'avérer néfastes à la protection des données de l'utilisateur⁹⁸. Tout d'abord, le problème des engagements contractuels des parties à la concentration peut être avantageusement illustré par l'exemple de l'amende infligée par la Commission à Facebook après la fusion *Facebook/WhatsApp*. La Commission avait retenu dans sa décision que le scénario potentiellement problématique d'une combinaison des données des deux entreprises n'aurait été possible que moyennant un changement de la politique de confidentialité de WhatsApp. L'hypothèse d'une telle modification avait été écartée par la Commission qui se fondait sur l'idée que l'entité nouvellement formée ne l'envisageait pas. Finalement, peu après la concentration, WhatsApp a annoncé vouloir changer sa politique de confidentialité pour lier les numéros de téléphone des utilisateurs aux identités des utilisateurs de Facebook. La Commission a réagi en entamant une procédure qui s'est soldée par une amende de 110 millions d'euros infligée à Facebook pour avoir violé son obligation, imposée par le règlement sur les concentrations, de transmettre des informations correctes au sujet de la transaction. Cet exemple démontre que la Commission, lorsqu'elle a considéré la concentration des données comme un paramètre de concurrence, a parfois fait preuve d'une forme de naïveté en se montrant trop confiante dans les engagements de principe formulés par les parties au sujet des enjeux de protection des données. L'intégration trop lâche de ces derniers dans l'examen des concentrations par la Commission aurait, selon K. BANIA, échoué à servir le bien-être des utilisateurs⁹⁹. Ensuite, nous avons vu dans *Apple/Shazam* que le corps de règles de protection des données a fini par être intégré formellement à l'analyse de la Commission. Toutefois, cette dernière n'est pas allée jusqu'à véritablement évaluer les pratiques des entreprises en cause à l'aune de ces règles. C'est dans ce contexte que le Contrôleur européen de la protection des données (« CEPD ») a publié une déclaration que nous analysons au point suivant.

⁹⁸ K. Bania, « The role of consumer data in the enforcement of EU competition law », *European Competition Journal*, Vol.14, n°1, 2018, p. 33 à 41.

⁹⁹ *Ibidem*.

(3) Vers une collaboration entre les autorités de concurrence et de protection des données

a) La déclaration du CEPD

L'annonce de l'ouverture d'une enquête de la Commission dans le cadre de la concentration *Apple/Shazam* a donné lieu à une déclaration du Contrôleur européen de la protection des données qui mérite que l'on s'y attarde. Le CEPD estime ainsi que

« il est essentiel d'évaluer les implications à long terme sur la protection des droits économiques, des droits en matière de protection des données et des droits des consommateurs chaque fois qu'une importante concentration est planifiée, en particulier dans les secteurs technologiques de l'économie. La concentration accrue du marché dans le secteur du numérique est susceptible de menacer le niveau de protection des données et la liberté dont jouissent les consommateurs de services numériques. La protection des données des individus et leurs intérêts liés à la protection de la vie privée sont des éléments à prendre en considération dans toute appréciation d'un abus de position dominante potentiel et d'une concentration lorsque les entreprises concernées sont susceptibles d'avoir ou ont accumulé un important pouvoir d'information.¹⁰⁰»

Cette posture volontariste n'est guère surprenante dans le chef du CEPD, qui avait déjà annoncé auparavant vouloir intensifier les interactions entre défenseurs de la protection des données, de la concurrence et des droits des consommateurs¹⁰¹. Cependant, le CEPD semble cette fois aller plus loin en affirmant que

« Des autorités indépendantes de la protection des données peuvent contribuer à l'évaluation d'une telle incidence sur le consommateur ou sur la société en général en termes de vie privée, de liberté d'expression et de choix. Cette évaluation, au même titre que l'identification des conditions ou des mesures correctives nécessaires pour limiter les conséquences négatives sur la vie privée et les autres libertés, peut être menée distinctement ou indépendamment de l'analyse effectuée par les autorités de la concurrence au cours de leur appréciation au regard du droit de la concurrence, ou être intégrée à cette analyse.¹⁰² »

Comment peut-on interpréter ces propositions « d'aide » que les autorités de protection des données pourraient apporter aux autorités de concurrence dans le contexte de l'examen des concentrations ? Le CEPD semble laisser la porte ouverte à diverses formes possibles de soutien de la part des

¹⁰⁰ Contrôleur européen de la protection des données, « Déclaration du comité européen de la protection des données sur les conséquences de la concentration économique sur la protection des données », 27 août 2018, disponible sur https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_fr.pdf.

¹⁰¹ Voy., de façon générale, Contrôleur européen de la protection des données, « Avis préliminaire: vie privée et compétitivité... », *op. cit.*

¹⁰² Contrôleur européen de la protection des données, « Déclaration du comité européen de la protection des données sur les conséquences de la concentration économique sur la protection des données », *op. cit.*

premières aux secondes : l'analyse de la question des données, et même des remèdes potentiels à appliquer à la concentration, pourrait être « séparée » ou au contraire « intégrée » à l'examen conduit par le gendarme de la concurrence. L'agencement concret d'une telle collaboration resterait donc à déterminer et requerrait probablement « l'institutionnalisation d'un mécanisme de collaboration entre les régulateurs du numérique »¹⁰³.

Cette hypothèse avait déjà été avancée plus tôt par I. GRAEF, qui plaidait en faveur de cette voie ambitieuse et pluraliste en proposant que la Commission puisse impliquer les autorités nationales de protection des données ou des consommateurs dans la mise en oeuvre et le contrôle des remèdes aux concentrations qui influencent aussi la protection des données ou des consommateurs¹⁰⁴. Elle avait néanmoins souligné un inconvénient : cette solution ne paraît applicable que dans les cas où une concentration soulève en premier lieu des questions de potentielles pertes d'efficacité économique. C'est pour cette raison que l'auteur, qui souhaite que ces mécanismes de droit de la concurrence puissent aussi être appliqués au service de la protection des données en l'absence d'inquiétudes d'ordre purement économique, avait d'abord avancé une autre proposition fondée sur l'article 21, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations¹⁰⁵. Ce dernier permet aux Etats membres de prendre des mesures nationales appropriées pour protéger des intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en compte par ce règlement. La protection des données personnelles ne faisant cependant pas partie de la liste d'intérêts légitimes qu'il prévoit, les Etats membres qui désireraient recourir à cette disposition devraient communiquer au préalable leurs intentions à la Commission. Celle-ci rendrait ensuite une décision sur la compatibilité de ces intérêts avec les principes généraux et le droit de l'UE. Une fois cette demande acceptée, un Etat membre pourrait, sur base du droit national, soumettre une concentration à des conditions supplémentaires voire, sous réserve du respect du principe de proportionnalité, bloquer celle-ci. Si l'idée semble séduisante, notamment en ce qu'elle paraît bien répartir les rôles entre gardiens de la concurrence et de la protection des données personnelles, elle n'en comporte pas moins un inconvénient majeur : selon I. GRAEF, le droit de la protection des données ne prévoit pas de mécanisme permettant aux autorités nationales d'adopter des mesures structurelles ou prospectives. Il apparaît, dès lors, que cette faculté de blocage ne pourrait être mise en oeuvre par les autorités nationales que dans l'hypothèse où la concentration soulèverait déjà des problèmes sérieux de protection des données personnelles au

¹⁰³ Traduction libre de N. Zingales, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴ Voy. I. Graef, « Blurring boundaries... », *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

moment de la notification de la transaction à la Commission. Une simple anticipation de problèmes potentiels liés à la protection des données qui pourraient émerger une fois la concentration réalisée ne suffirait donc pas à permettre l'emploi de la procédure de l'article 21, paragraphe 4, TFUE. En conséquence, l'intérêt pratique de cette dernière s'en trouverait considérablement amoindri. Néanmoins, nous montrons au point suivant que d'autres voies moins techniques sont envisageables.

b) Le rapport de l'Inspection Générale des Finances française

A la suite de la proposition du CEPD exposée *supra* en faveur de davantage de collaboration, d'autres pistes ont été avancées. Ainsi, un récent rapport de l'Inspection Générale des Finances (« IGF ») française prône une refonte du droit de la concurrence et du régime de contrôle des concentrations aux fins de l'adapter à l'économie numérique et, plus généralement, de repenser « les intérêts stratégiques de l'UE »¹⁰⁶. Ce rapport « opportunément » commandé par le ministre français de l'économie nous semble d'abord devoir être analysé avec nuance, dès lors qu'il s'intègre dans une réponse politique au refus non digéré à Paris de la fusion *Siemens/Alstom* par la Commission et qu'un certain effet d'annonce ait pu être recherché par les auteurs à ce titre. Le document n'en comporte pas moins des éléments de réflexion pertinents dans le cadre de cette contribution¹⁰⁷. Il propose, en particulier, de permettre à la Commission « de fonder ses décisions sur des considérations d'intérêt général autres que la seule concurrence »¹⁰⁸. Du point de vue de l'IGF, il semble que cette volonté de donner davantage de poids aux gains d'efficacité de la concentration liés à des préoccupations d'intérêt général concerne avant tout la politique industrielle de l'UE, et ne s'étende pas aux préoccupations liées à la protection des données personnelles, dont il n'est fait mention nulle part dans le rapport. Le schéma présenté par ce dernier nous paraît néanmoins pouvoir être étendu à celles-ci par analogie. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, l'un des scénarios proposés par le rapport préconise de

« [f]onder la décision du collège des Commissaires sur un examen du dossier qui prenne en considération l'ensemble des critères, qu'ils soient concurrentiels ou non (emploi, environnement, santé, développement industriel, souveraineté technologique, etc.).

¹⁰⁶ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », Rapport, avril 2019, p. 21.

¹⁰⁷ A. Robert, « French economy ministry wants to overhaul EU competition policies », *Euractiv*, 3 juin 2019, disponible sur <https://www.euractiv.com/section/competition/news/french-economy-ministry-wants-to-overhaul-eu-competition-policies/>. Le rapport a été publié le 3 juin, soit le jour d'un discours prononcé par le ministre Bruno Le Maire à l'OCDE sur la question de la concurrence.

¹⁰⁸ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 2.

Dans ce schéma, les arguments strictement liés à la concurrence seraient naturellement portés par la DG COMP, l'examen des critères non-concurrentiels étant réalisé par une autre direction générale, désignée selon son champ de compétences. Ces deux directions générales pourraient rapporter séparément devant le collège sans remettre en cause le principe de la compétence exclusive de la Commission pour arrêter les décisions prises en application du règlement concentrations. Le collège se prononcerait, en mobilisant l'ensemble des arguments, selon une approche englobante dans le sens de « l'intérêt de l'Union », notion déjà mobilisée par la Commission lorsqu'il s'agit de déclencher des mesures anti-dumping. »¹⁰⁹

En étendant au contexte de la protection des données personnelles l'idée du ministre de l'économie français de « s'appuyer sur une expertise plus large », l'on pourrait donc imaginer une collaboration accrue des services de la concurrence de la Commission avec les services spécialisés de protection des données¹¹⁰. Pensons, par exemple, au Comité européen de protection des données, qui voit collaborer les autorités nationales de protection des données, le CEPD et la Commission. Parmi les attributions de cet organe figure la mission de « donner des conseils et des orientations sur les concepts clés [...] du règlement général sur la protection des données »¹¹¹. L'approfondissement des rapports entre ce comité et les autorités européennes de protection de la concurrence pourrait donc permettre une prise en considération plus importante des enjeux liés à la protection des données personnelles au stade de l'examen d'une concentration. Comme le souligne le rapport de l'IGF, il reste néanmoins à voir dans quelle mesure ce type d'évolution est compatible avec le texte actuel du règlement sur les concentrations, dont le seul objectif est de « préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun »¹¹². Si ce ne devait pas être le cas, il est difficile d'imaginer que le schéma exposé plus haut puisse être mis en place à court terme, dès lors que tout amendement du règlement sur les concentrations — dont l'une des bases juridiques est la « clause de flexibilité » prévue par l'article 352 TFUE — ne pourrait être adopté qu'à l'unanimité des Etats membres¹¹³.

¹⁰⁹ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁰ Discours de Bruno Le Maire, « Contribution à la conférence sur la concurrence et l'économie numérique : Une politique de la concurrence adaptée pour faire face aux défis du 21ème siècle », Centre de conférences de l'OCDE, Lundi 3 juin 2019, p. 3.

¹¹¹ Voy. « Protection des données dans l'UE - Comité européen de la protection des données » sur le site de la Commission européenne, accessible sur https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_fr.

¹¹² Voy. les considérants (2), (23) et l'article 2(1) du Règlement 139/2004 sur les concentrations.

¹¹³ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 31.

L'on pourrait donc finalement conclure que, sans jamais s'inscrire en rupture totale des lignes de conduite définies par la Cour dans *Asnef-Equifax*, la Commission semble avoir évolué d'une posture plutôt traditionnelle à une posture modérée, en allant jusqu'à la limite de l'approche ambitieuse récemment. Elle a progressivement abandonné un rappel de séparation nette des deux disciplines qui aurait pu rester systématique. Au fur et à mesure, comme les autorités américaines de la concurrence, elle a intégré les questions de données à son analyse en les assimilant à des paramètres de concurrence non liés au prix. Elle a reconnu qu'une forme de nouvelle concurrence pouvait être menée sur les niveaux de protection des données proposés aux utilisateurs. Récemment, elle a même esquissé une confrontation aux dispositions du RGPD de certaines pratiques d'acteurs numériques parties à une concentration. Elle n'a toutefois pas semblé basculer complètement dans l'approche que nous qualifions d'ambitieuse ou de radicale. Celle-ci aurait pu consister, par exemple, à empêcher une concentration ou à fixer des remèdes conditionnant l'autorisation de cette dernière suite à la constatation d'un risque de violation, par l'entité nouvellement formée, des dispositions du RGPD. Dans le même ordre d'idées, l'on peut imaginer qu'une Commission suivant une voie ambitieuse en matière de contrôle des concentrations pourrait imposer un niveau optimal — maximal — de collecte de données, ou identifier des solutions optimales en termes de protection des données. Si le récent rapport de la Commission semble suggérer la poursuite de cette politique modérée, l'on peut néanmoins espérer que l'appel du CEPD à un dialogue plus profond et formalisé avec les autorités de protection des données sera entendu par la Commission. Différentes voies concrètes plus ou moins « techniques » ont été avancées, sans qu'aucune ne s'impose comme une solution parfaite. A l'heure actuelle, toutefois, il semble que la Commission réfléchisse davantage à une question distincte mais non moins importante en matière de contrôle des concentrations liées aux données : celle de ses propres seuils de notification, qui font l'objet de la section suivante.

Section 3. Juridiction de la Commission : vers une refonte des seuils de notification actuels ?

Les géants du numérique ont procédé, au cours des dernières années, à un nombre important d'acquisitions de petits acteurs numériques prometteurs. Au cours des dix dernières années, Amazon, Apple, Facebook, Google, et Microsoft ont procédé à plus de 400 de ces transactions¹¹⁴. Dans le contexte d'une concurrence « pour le marché » plutôt que « sur le marché », les politiques d'acquisition des acteurs dominants vis-à-vis des petits concurrents potentiels conditionnent la survie de l'entreprise sur son marché. Il n'est pas inutile de rappeler que ces acquisitions, dans la

¹¹⁴ UK Treasury, « Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel », Rapport, mars 2019, p. 91.

majorité des cas, sont *a priori* salutaires en ce qu'elles offrent des possibilités de synergies et encouragent les investissements dans les start-up en offrant des perspectives de débouchés financiers¹¹⁵. Elles posent néanmoins le risque d'une élimination « préventive » des concurrents susceptibles de menacer la position dominante des acteurs majeurs du numérique. En ce sens, le phénomène paraît proche des *killer acquisitions* qui, historiquement surtout présentes sur les marchés pharmaceutiques, se définissent comme l'hypothèse dans laquelle un acteur majeur sur un marché acquiert une entreprise innovante et met fin à son développement dans le but d'empêcher que celle-ci lui livre concurrence dans le futur¹¹⁶. A l'instar des auteurs du rapport de la Commission, nous estimons que ces transactions ne s'accommodent pas parfaitement de la définition proposée ci-dessus pour les *killer acquisitions*, dès lors que, le plus souvent, le projet de la start-up rachetée est intégré à 'l'écosystème' de l'acquéreur ou dans l'un de ses produits ou services existants¹¹⁷. L'intégration de ces services supplémentaires permet donc d'envisager des gains d'efficacité potentiels qui distinguent la transaction d'un projet purement destiné à mettre fin au développement de nouveaux produits par un concurrent. Dans ce contexte, il est donc fondamental de s'assurer que les autorités européennes de la concurrence aient l'opportunité de contrôler ces concentrations. C'est pourquoi ce phénomène suscite une remise en cause des seuils légaux qui fondent la juridiction de la Commission. En effet, pour que la Commission soit capable d'imposer des mesures d'accompagnement voire d'interdire une concentration de données potentiellement problématique, il faut d'abord que la Commission puisse exercer sa juridiction, suite à une notification de la fusion projetée. Premièrement, nous démontrons en quoi le cadre légal actuel des seuils de notification au niveau européen semble inadéquat (1). Deuxièmement, nous faisons le point sur quelques réformes proposées (2).

(1) L'insuffisance du cadre légal actuel

En règle générale, la Commission exerce son contrôle lorsque la concentration lui est notifiée par les parties. Une réponse positive de la Commission entraîne l'acceptation de la transaction pour l'ensemble du marché commun. A l'heure actuelle, les parties n'ont l'obligation de notifier et de soumettre une fusion à l'examen de la Commission que lorsque la transaction revêt une « dimension communautaire »¹¹⁸. Celle-ci est atteinte, aux termes de l'article 1er du règlement, lorsque la

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Traduction libre de C. Cunningham, F. Ederer et S. Ma, « Killer Acquisitions », 28 août 2018, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3241707>, p. 2.

¹¹⁷ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 117 à 118.

¹¹⁸ Article 1 du règlement sur les concentrations.

transaction franchit des seuils bien définis de chiffres d'affaires annuels, au demeurant assez élevés¹¹⁹. Lorsque la fusion n'a pas de dimension communautaire, les parties à la fusion doivent la notifier dans chaque Etat membre où les seuils nationaux sont franchis. Ajoutons que, comme nous l'illustrons *infra*, il est permis aux autorités nationales de la concurrence de renvoyer une affaire à la Commission sous certaines conditions.

Il semble toutefois que ces dispositions actuellement en vigueur ne permettent pas à la Commission d'accomplir pleinement sa mission. En effet, la nature même des start-up numériques prometteuses implique souvent qu'elles soient rachetées avant même qu'elles ne produisent un chiffre d'affaires suffisant pour que la transaction puisse être examinée par la Commission¹²⁰. Comme cette dernière le souligne dans un récent rapport, beaucoup d'entre elles tentent avant tout de développer des produits capables d'attirer de nombreux utilisateurs, sans donner beaucoup d'importance à des objectifs de profit à court terme¹²¹. En d'autres termes, le potentiel de ces start-up n'est souvent pas bien reflété par leurs chiffres d'affaires. BEUC rapporte ainsi que, entre 2007 et 2017, Apple a procédé à plus de 80 acquisitions de petites sociétés actives sur internet, dont une seulement — *Apple/Beats*¹²² — a fait l'objet d'une enquête de la Commission¹²³. Durant la même période, Google a procédé à 200 transactions du même type, dont trois ont été contrôlées par la Commission. Ajoutons que la fusion *Facebook/WhatsApp* a été volontairement soumise à la Commission par les parties¹²⁴, suivant la procédure prévue à l'article 4, paragraphe 5, du règlement¹²⁵. La fusion *Apple/Shazam* n'a¹²⁶, du reste, pu être examinée que suite à un renvoi à la Commission effectué par l'autorité autrichienne de la concurrence en application de l'article 22, paragraphe 1, du

¹¹⁹ L'article 1(2) du règlement sur les concentrations dispose qu'une concentration est communautaire lorsque « le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et [...] le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros ».

¹²⁰ C. Cunningham, F. Ederer et S. Ma, *op. cit.*, p. 42.

¹²¹ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 111.

¹²² Commission européenne, décision *Apple/Beats*, M7290, 25 juillet 2014.

¹²³ A. Maciuleviciute, A. Reyna and J. Allix, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ L'article 4, paragraphe 5, du Règlement sur les concentrations dispose : « Dans le cas d'une concentration telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er et qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins trois États membres, les personnes ou entreprises visées au paragraphe 2 peuvent, avant toute notification aux autorités compétentes, informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration doit être examinée par elle. »

¹²⁶ Voy. communiqué de presse de la Commission, « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Shazam par Apple », IP/18/5662, Bruxelles, 6 septembre 2018.

règlement¹²⁷. En effet, les seuils européens de chiffres d'affaires étaient trop élevés pour que ces transactions aient une « dimension communautaire » qui aurait permis à la Commission de mener une procédure d'examen de sa propre initiative. Il est donc assez naturel que les seuils de notification actuels voient leur pertinence remise en question¹²⁸: ils ne tiennent compte ni des caractéristiques spécifiques aux marchés numériques, ni de l'intérêt réel de la transaction pour l'acquéreur — à savoir un accès aux fichiers de données d'utilisateurs contrôlés par l'entité rachetée. Notons par ailleurs que la perspective du Brexit pourrait accentuer le problème, dès lors que « le chiffre d'affaires réalisé au Royaume-Uni d'entreprises opérant dans l'UE n'étant plus pris en compte, une série d'opérations vont, de fait, sortir du champ de compétences de la DG COMP »¹²⁹. Différentes voies sont néanmoins possibles pour réformer les seuils de notification à la Commission : nous les détaillons dans la section suivante.

(2) Les différentes voies de réforme

Nous exposons d'abord les récents amendements législatifs intervenus en Autriche et en Allemagne en faveur de l'instauration d'un seuil de notification fondé sur la valeur de la transaction (a). Nous examinons ensuite la proposition de seuil non financier formulé par l'organisation de défense des consommateurs européens (b), avant de faire le point sur la réaction de la Commission dans son récent rapport (c).

a) Les réformes proposées et mises en oeuvre au niveau national

En Autriche et en Allemagne, tout d'abord, les appels à la modification des seuils de notification semblent avoir été bien entendus : toutes deux ont modifié leurs législations aux fins d'intégrer un nouveau critère lié à la valeur de la transaction. Depuis 2017, les lois de ces deux pays obligent donc les entreprises parties à une fusion à notifier celle-ci lorsque le chiffre d'affaires de l'entreprise-cible est faible mais que la valeur de la transaction elle-même est élevée. Les nouveaux seuils liés à la valeur de la transaction s'appliquent de façon subsidiaire et ne remplacent donc pas les seuils classiques formulés en termes de chiffres d'affaires¹³⁰. Précisons que des dispositions

¹²⁷ Aux termes de l'article 22, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations, « [u]n ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande ».

¹²⁸ Voy. N. Just, *op. cit.*, p. 15 à 16 ; C. Hatton, D. Gabathuler et A. Lichy, « Digital markets and merger control in the EU: evolution, not revolution? », *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, 2018, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/02/CPI-Hatton-Gabathuler-Lichy.pdf>, p. 2.

¹²⁹ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 22, note de bas de page 75.

¹³⁰ Bundeskartellamt, « Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG) », juillet 2018, point 8.

comparables existaient depuis longtemps déjà dans ces pays en cas de concentration dans le domaine des médias¹³¹. Il ressort des exemples mentionnés dans les lignes directrices publiées par le *Bundeskartellamt* (l'autorité de la concurrence allemande) que ces nouvelles dispositions ont vocation à s'appliquer, entre autres, aux transactions concernant les applications de communication pour smartphone¹³². Elles paraissent ainsi particulièrement adaptées aux start-up numériques offrant des services gratuits aux utilisateurs¹³³. Il n'est donc guère étonnant que, dans le cadre de la fusion *Apple/Shazam*, par exemple, ce nouveau régime légal ait permis à l'Autriche d'être, parmi les sept Etats membres ayant requis le renvoi de l'affaire à la Commission en application de l'article 22, paragraphe 1, du règlement, le seul dont le seuil de notification ait été effectivement atteint¹³⁴. En effet, le chiffre d'affaires de Shazam ne s'élève qu'à 40 millions de livres : si cette variable avait été la seule prise en compte, la transaction n'aurait dû être notifiée à aucune autorité de la concurrence en Europe. En revanche, le montant de la transaction de 300 millions de livres a rendu obligatoire la notification à l'autorité autrichienne de la concurrence, qui a renvoyé l'affaire à la Commission en compagnie de six autres Etats membres¹³⁵. Cette efficacité concrète du seuil de valeur de la transaction pourrait donc inspirer une réforme au niveau européen. Bien entendu, un tel changement ne serait pas sans susciter des difficultés pratiques, notamment pour définir la valeur exacte d'une transaction en cas de transferts d'actifs de valeur fluctuante. Il faudrait également prévoir des mécanismes de correction qui empêcheraient les parties de mener des négociations habiles aboutissant au contournement artificiel de ces seuils¹³⁶.

Ensuite, un rapport publié cette année par l'autorité de protection de la concurrence du Royaume-Uni démontre également une prise en compte manifeste des nouvelles tendances que nous avons décrites *supra* en matière de concentrations¹³⁷. Plutôt que d'introduire un seuil fondé sur la valeur de la transaction — mais sans forcément l'exclure pour le futur¹³⁸ —, le rapport britannique incite

¹³¹ Voy. N. Just, *op. cit.*, p. 15 à 16.

¹³² Bundeskartellamt, « Guidance on Transaction... », *op. cit.*, points 85 à 89.

¹³³ K.-S. Janutta, « German-Austrian draft Guidance on transaction value thresholds for pre-merger notification », *The Covington View*, 18 mai 2018, disponible sur <https://www.covcompetition.com/2018/05/german-austrian-draft-guidance-on-transaction-value-thresholds-for-pre-merger-notification/>.

¹³⁴ R. Aird, N. Parr and T. Waters, « If data has become the "new oil", what are the key issues that are arising in M&A transactions? », *Ashurst*, 2018, disponible sur <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/if-data-has-become-the-new-oil-what-are-the-key-issues-that-are-arising-in-ma-transactions/>.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ C. Hatton, D. Gabathuler et A. Lichy, *op. cit.*, p.4.

¹³⁷ UK Treasury, *op. cit.*, p. 89 à 102.

¹³⁸ UK Treasury, *op. cit.*, p. 95.

l'autorité de la concurrence à mener des examens plus appuyés pour les fusions touchant aux marchés numériques, et en particulier quand une élimination de la concurrence potentielle et une perte d'innovation sont à craindre¹³⁹. Plus concrètement, ce rapport préconise d'obliger les sociétés du numérique qui détiennent une position stratégique sur le marché à communiquer à l'autorité britannique de la concurrence tous leurs projets d'acquisitions¹⁴⁰.

Enfin, la France réfléchit actuellement à mettre en place un système de contrôle *ex post* de certaines concentrations touchant au numérique¹⁴¹. En Europe, elle suivrait ainsi l'exemple de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lituanie, du Royaume-Uni et de la Suède¹⁴². Récemment, le ministre français de l'économie a plaidé pour un changement équivalent au niveau européen. En effet, insistant sur le danger créé par les plateformes qui « rachètent systématiquement les entreprises prometteuses qui auraient pu devenir leurs concurrentes » et constatant que « dans le domaine de la tech, les acquisitions critiques sont à ce jour soustraites au contrôle des autorités de la concurrence », il estime que l'on devrait « pouvoir déterminer le bien-fondé d'un contrôle *ex post* »¹⁴³. Le rapport de l'IGF recommande la mise en place d'une telle faculté de contrôle *ex post* pour les concentrations « pour lesquelles le ratio de la valeur de la transaction au chiffre d'affaires de l'entreprise achetée suggère un enjeu concurrentiel »¹⁴⁴. Dans ces conditions, de façon analogue à la proposition britannique mentionné *supra*, « les plateformes considérées 'systémiques' pourraient être contraintes de notifier au comité de surveillance l'ensemble de leurs acquisitions »¹⁴⁵. Le même document mentionne d'ailleurs également l'idée britannique d'une obligation « pour les acteurs systémiques de signaler l'ensemble de leurs acquisitions »¹⁴⁶. L'approche française propose donc une combinaison tout à fait originale des différents indicateurs évoqués *supra*, mise en place *ex*

¹³⁹ UK Treasury, *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁰ UK Treasury, *op. cit.*, p. 12 et 90. A l'heure actuelle, le droit de la concurrence anglais se démarque assez nettement des législations d'Europe continentale en ne recevant les notifications de concentrations problématiques que sur base volontaire, sans obligation de notification imposée aux parties en cause. Voy. aussi X, « EU Report on Competition Policy for the Digital Era », *Allen and Overy*, 5 avril 2019, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/eu-report-on-competition-policy-for-the-digital-era.aspx>.

¹⁴¹ Autorité française de la concurrence, « Réforme du droit des concentrations et contrôle *ex post* », mars 2018, accessible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>. Voy. aussi J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴² Autorité française de la concurrence, *op. cit.*

¹⁴³ Discours de Bruno Le Maire, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁴ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁵ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁶ Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, *op. cit.*, p. 22.

post. Si ces indicateurs sont, jusqu'ici, restés d'ordre financier, nous montrons au point suivant que d'autres acteurs ont proposé une réforme intégrant des seuils non financiers.¹⁴⁷

b) La proposition de BEUC : un seuil non financier

L'association européenne de défense des consommateurs s'est souvent démarquée par ses propositions volontaristes encourageant la coopération entre les autorités de protection des données, de la concurrence et des consommateurs. La matière des concentrations ne fait pas exception, puisque BEUC a plaidé à plusieurs reprises en faveur de réformes qui doivent permettre à la Commission de voir déclenchés plus souvent ses seuils de juridiction. L'idée d'instaurer un seuil subsidiaire formulé en termes de nombre d'utilisateurs touchés par la transaction a particulièrement retenu notre attention¹⁴⁸. Dans une économie numérique caractérisée par des services dont le prix n'est pas monétaire, la prise en compte du nombre d'utilisateurs concernés par une concentration axée sur des fichiers de données constituerait un meilleur indicateur de l'importance réelle de cette fusion sur le marché en cause. BEUC propose de fixer un seuil d'utilisateurs qui se situerait entre cinq et dix pour cent de la population totale de l'Union européenne. Ces utilisateurs seraient définis objectivement comme les personnes ayant conclu, à une certaine date, un contrat « direct ou indirect » avec une des parties à la transaction¹⁴⁹. Ce nouveau seuil serait appliqué subsidiairement aux seuils précédemment décrits, à savoir le chiffre d'affaires et la valeur de la transaction. Nonobstant certaines difficultés d'application probables lorsqu'il s'agira de déterminer un nombre précis d'utilisateurs « directs ou indirects », ce seuil innovant nous paraît avoir plusieurs avantages. D'abord, un tel critère non financier pourrait aboutir à une application du droit de la concurrence qui soit davantage alignée sur l'importance réelle de la concentration. En ce sens, BEUC souligne, à raison selon nous, que sa proposition est mieux adaptée aux marchés à double face dominés par les plateformes constituant l'économie numérique¹⁵⁰. Comme le montre l'exemple d'*Apple/Shazam* exposé *supra*, au contraire du nombre d'utilisateurs, le chiffre d'affaires ne permet pas d'appréhender les caractéristiques particulières des plateformes telles que Shazam qui ne génèrent des revenus (publicitaires) que sur l'une des deux faces du marché, l'autre face étant constituée des utilisateurs qui ne déboursent aucun paiement monétaire. L'actuel seuil de chiffre d'affaires empêche la Commission d'exercer sa juridiction de sa propre initiative sur des transactions qui,

¹⁴⁷ Voy. A. Maciuleviciūtė, A. Reyna and J. Allix, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁸ BEUC, « Shaping competition policy in the era of digitalisation: Response to public consultation », disponible sur https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-084_beuc_response_shaping_of_competition_policy.pdf, p. 8.

¹⁴⁹ Voy. A. Maciuleviciūtė, A. Reyna and J. Allix, *op. cit.* p. 6.

¹⁵⁰ A. Maciuleviciūtė, A. Reyna and J. Allix, *op. cit.* p. 3.

pourtant, concernent des services à haute concentration de données et utilisés quotidiennement par de très nombreux citoyens européens. Il nous semble ensuite que, symboliquement, cet indicateur aurait l'avantage de replacer la personne de l'utilisateur au centre des préoccupations. Nous avons en effet rappelé que la protection des données personnelles est aussi et surtout un enjeu de droits fondamentaux. En ce sens, le seuil non financier proposé par BEUC apparaît comme complémentaire à la réforme des seuils financiers — sur les modèles allemands et autrichiens — que l'organisation soutient parallèlement¹⁵¹. La démarche de BEUC s'inscrit donc clairement dans une approche ambitieuse et pluraliste, en rupture avec les critères classiques utilisés en droit de la concurrence.

c) Le récent rapport de la Commission

Le 4 avril dernier, la Commission a publié un « apport sur la politique de concurrence à l'ère numérique » (« le rapport »), commandé par la Commissaire Vestager et rédigé par trois experts. Dans quelle mesure la politique de concurrence devrait-elle poursuivre son adaptation à l'économie numérique régie par les plateformes ? Ce document a le mérite d'apporter quelques réponses aux questions abordées dans cette section. Le texte semble ainsi partir d'un constat lucide lorsque, sans ambages, il concède que « les seuils fondés sur le chiffre d'affaires n'apparaissent pas comme un bon indicateur de l'importance de ces transactions sur le plan de la concurrence »¹⁵². En reconnaissant que des start-up très prometteuses échapperaient au radar actuel de la Commission en cas de concentration, les auteurs tiennent compte des nombreuses opinions critiques qui avaient été formulées. Mais la conclusion du rapport n'en est que plus décevante pour les partisans du changement : plutôt que procéder à une refonte des seuils de notification, « l'UE devrait attendre et examiner a) comment les nouveaux seuils autrichiens et allemands fondés sur la valeur de la transaction fonctionnent en pratique, et b) si le système de renvoi fait en sorte que les transactions relevant du niveau communautaire soient finalement examinées à ce niveau »¹⁵³. En d'autres termes, sans rejeter tout à fait une future réforme, c'est une position plutôt attentiste qui est préconisée par le rapport. Ces réticences semblent liées, en particulier, à la crainte que les nouveaux seuils soient trop larges et prennent en compte un trop grand nombre de transactions. Le rapport estime par ailleurs que limiter l'application de ces seuils aux transactions comportant des

¹⁵¹ A. Maciuleviciuté, A. Reyna and J. Allix, *op. cit.* p. 4.

¹⁵² Traduction libre de J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 113.

¹⁵³ Traduction libre de J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 115.

caractéristiques spécifiques — telles qu’une position dominante de l’acquéreur et un marché aux effets de réseau importants — serait difficile à concilier avec l’impératif de sécurité juridique¹⁵⁴.

De notre point de vue, la posture de la Commission prête le flanc à la critique. Premièrement, n’est-il pas quelque peu paradoxal de s’appuyer sur les évolutions législatives autrichiennes et allemandes, voire de les saluer, pour finalement refuser de les faire siennes et d’emprunter le même chemin ? Deuxièmement, l’on peut se demander en quoi les futures concentrations traitées à l’aune de ces nouveaux régimes nationaux pourraient forger davantage la conviction de la Commission, dès lors que la fusion *Apple/Shazam* a amplement fait la démonstration de leur utilité (*supra*). Plus généralement, il nous semble que plutôt que de lancer un appel à examiner le fonctionnement des nouvelles dispositions nationales et des mécanismes de renvoi prévus par le règlement, les experts rédacteurs du rapport auraient pu avantageusement procéder dès maintenant à une telle évaluation. En effet, les premières sont en vigueur depuis deux ans, tandis que les seconds existent depuis l’entrée en vigueur du règlement et ont fait l’objet d’un nombre d’applications suffisant pour en tirer un bilan : l’on ne voit pas très bien ce qu’un temps d’attente additionnel pourrait apporter comme éclairage supplémentaire. Enfin, il est un élément qui brille par son absence du rapport : la proposition de seuil d’utilisateurs formulée par BEUC dans sa contribution préalable à la publication du rapport n’y est tout simplement pas mentionnée. Au vu des avantages complémentaires de la proposition que nous avons identifiés *supra*, cela n’est pas sans susciter quelque déception.

Il apparaît donc que diverses options soient possibles pour mettre la Commission dans une position qui lui permette d’exercer davantage de contrôle sur les rachats de start-up prometteuses par les géants du numérique. En maintenant strictement séparés les enjeux de concurrence et de protection des données, la voie traditionnelle mènerait probablement au *statu quo* ou à un simple abaissement des seuils de chiffres d’affaires, ce que personne ne semble désigner comme une solution particulièrement adaptée : cela conduirait les autorités européennes à éparpiller ses ressources en devant considérer un nombre trop important de transactions non problématiques. En revanche, suivre la voie modérée déjà empruntée par l’Autriche et l’Allemagne et en passe de l’être au Royaume-Uni et en France aboutirait à mettre en place de nouveaux types de mécanismes, par exemple fondés sur la valeur de la transaction. Ceux-ci semblent en effet mieux adaptés à la réalité des stratégies d’acquisition employées par les géants de l’économie numérique et, en permettant davantage de contrôles de fusions par la Commission, favoriseraient indirectement la protection des

¹⁵⁴ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *op. cit.*, p. 114.

données personnelles des utilisateurs. Cependant, ces modifications n'entraînent pas d'intégration directe de raisonnements liés à la protection des données dans l'analyse concurrentielle. Une telle voie ambitieuse est plutôt à chercher du côté de la proposition de BEUC, formulée en termes de nombre d'utilisateurs impliqués dans la transaction. Face à ce large éventail de possibilités, la future Commission devra bientôt opérer des choix stratégiques. Dans ce contexte, l'attitude ouverte mais aussi attentiste préconisée pour les seuils de notification dans le récent rapport de la Commission n'est sans doute pas de nature à satisfaire les partisans les plus enthousiastes d'une refonte ambitieuse des règles déterminant la juridiction de la Commission. Les développements récents en matière d'abus de position dominante semblent, en revanche, plus favorables à une approche ambitieuse.

Chapitre 3. Les pratiques liées aux données personnelles comme fondement de l'abus de position dominante

Dans le chapitre précédent, nous avons exposé comment la prise en compte des enjeux liés aux données personnelles peut, au stade de l'examen d'une concentration, servir préventivement l'intérêt d'une plus grande protection des données des utilisateurs en ligne. Il est néanmoins important d'envisager aussi *ex post* les questions liées à la prise en compte des données dans l'examen concurrentiel. Dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner comment les comportements des géants du numérique peuvent éventuellement tomber sous le coup du régime juridique de l'abus de position dominante, fondé sur l'article 102 TFUE.

Classiquement, l'on estime que deux conditions doivent être réunies pour qu'un comportement puisse être sanctionné sur la base de l'article 102 TFUE : que l'acteur en question jouisse d'un pouvoir de marché, et qu'il en ait fait une utilisation abusive. En ce qui concerne la première condition, il doit d'abord être précisé que la question de savoir si les GAFAM occupent une position dominante sur leurs marchés respectifs doit être tranchée au cas par cas. Il semble toutefois que, récemment, une série de rapports et décisions aient conclu à l'existence d'un tel fort pouvoir de marché. Le récent rapport de l'autorité de la concurrence australienne, notamment, conclut expressément à un pouvoir de marché substantiel détenu par Facebook en Australie¹⁵⁵. Rien n'indique qu'il en irait autrement en Europe, les réseaux sociaux utilisés étant globalement identiques sur les deux marchés géographiques. La décision Facebook de l'autorité allemande de la concurrence ne dit pas autre chose en ce qui concerne le marché des réseaux sociaux en

¹⁵⁵ Australian Competition and Consumer Commission, « Digital Platforms Inquiry », Rapport final, juillet 2019, p. 58.

Allemagne¹⁵⁶. Partant, ce débat autour du pouvoir de marché réel des géants du numérique — qui appellerait d'autres précisions et une longue analyse d'éléments techniques — ne fera plus l'objet de développements ultérieurs dans le cadre de cette contribution. Il nous semble en effet plus intéressant de déterminer si et dans quelle mesure les comportements des géants du numérique, que nous estimons donc adoptés par des acteurs jouissant d'une position dominante, peuvent tomber sous le coup des interdictions prévues par l'article 102 TFUE. Les abus de position dominante sont traditionnellement séparés en deux catégories : nous verrons successivement que l'extraction des données des utilisateurs en ligne par les géants du numérique peut être considérée, de notre point de vue, comme un abus d'exploitation (section 1), mais aussi comme un abus d'exclusion (section 2).

Section 1. L'extraction abusive de données - un abus d'exploitation ?

Les abus d'exploitation peuvent être décrits comme ceux qui infligent un dommage direct au consommateur. Ils résultent du comportement d'un acteur dominant qui utilise son pouvoir de marché pour imposer aux consommateurs un prix excessif ou des conditions contractuelles inéquitables¹⁵⁷. A cet égard, la notion d'abus d'exploitation est généralement considérée comme couvrant les pratiques mentionnées à l'article 102 (2a) TFUE, c'est-à-dire celles qui consistent notamment à « imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ».

En droit de la concurrence classique, ces comportements d'exploitation sont constitués principalement de prix excessifs et, dans une moindre mesure, de conditions contractuelles non équitables imposées aux consommateurs. Dans le cadre de ce mémoire, nous nous interrogeons sur la pertinence d'une transposition de ces théories dérivées de l'article 102 TFUE dans le contexte numérique. A l'heure actuelle, c'est une approche traditionnelle qui semble être suivie au niveau européen : aucune application concrète des dispositions relatives à l'abus d'exploitation ne semble avoir sanctionné les géants du numérique pour des comportements liés à leur récolte ou traitement des données fournies par les utilisateurs. Pourtant, diverses voies d'intégration des enjeux de données peuvent être imaginées. D'abord, il nous semble que la fourniture de données par l'utilisateur pourrait être assimilée au paiement d'un prix qui, partant, pourrait éventuellement être considéré comme excessif et tomberait sous le coup de l'article 102 TFUE. Cette voie nous semble rejoindre l'approche modérée, dès lors que, comme nous l'avons avancé au titre premier, il s'agirait

¹⁵⁶ Bundeskartellamt, « Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing », décision du 6 février 2019, Résumé, p. 3 à 4.

¹⁵⁷ E. Fox et D. Gérard, *op. cit.*, p. 165 et s.

simplement d'une intégration du paramètre « données » aux mécanismes économiques existants en droit de la concurrence (A). Toutefois, une seconde piste nous semble plus prometteuse. Elle relève davantage de la voie ambitieuse, dès lors que, comme nous allons le voir, elle aboutit à prendre en compte des normes autres que celles du droit de la concurrence. Si ce mécanisme n'a fait l'objet que d'un nombre très limité d'applications en droit de la concurrence classique, il paraît pourtant bien adapté au contexte des politiques de confidentialité mises en place par les géants du numérique vis-à-vis de leurs utilisateurs, comme la récente décision *Facebook* de l'autorité allemande de la concurrence semble d'ailleurs l'indiquer. Il s'agit du mécanisme des conditions contractuelles inéquitables imposées par l'acteur dominant (B).

A. Les données comme prix excessif

Nous transposons la théorie de l'abus d'exploitation fondé sur les prix excessifs dans le contexte numérique (1). Nous en proposons ensuite une appréciation critique (2).

(1) Transposition de la théorie des prix excessifs dans le contexte numérique

Traditionnellement, l'on considère qu'un acteur qui imposerait un prix excessif aux consommateurs alors qu'il jouit d'une position dominante sur son marché commet un abus. Il faut toutefois souligner que les contours du régime juridique des prix excessifs ne sont définis qu'avec difficulté : le mécanisme n'a fait l'objet que d'un nombre limité d'applications et les balises jurisprudentielles sont aussi rares que floues. La Cour de Justice a ainsi estimé qu'un prix excessif pourrait consister dans la « perception d'un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie »¹⁵⁸. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que le caractère excessif du prix nécessite « d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents »¹⁵⁹. En d'autres termes, le test requiert de procéder à deux types de comparaison : d'une part, entre le coût de production supporté par la firme et le prix de vente qu'elle pratique, d'autre part, entre le prix de vente pratiqué par l'entreprise en question et celui de ses concurrents¹⁶⁰.

¹⁵⁸ C.J.U.E., arrêt *General Motors Continental NV contre Commission des Communautés européennes*, C-26/75, 13 novembre 1975, ECLI:EU:C:1975:150, point 12.

¹⁵⁹ C.J.U.E., arrêt *United Brands Company and United Brands Continental BV c Commission*, C-27/76, 14 février 1978, ECLI:EU:C:1978:22, point 252.

¹⁶⁰ M. Glader, et I. Kokkoris, « Excessive pricing » in *Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, E. Gonzalez Diaz et M. Piergiovanni (dir.), V. Claeys & Casteels Publishing, p. 620 à 621 ; Y. Van Bael et J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, 5e éd., Kluwer Law International, 2009, p. 808.

L'application de ces critères jurisprudentiels à un contexte numérique paraît, dans son principe, assez intuitive. Le Contrôleur européen de la protection des données a lui-même souligné qu'un abus d'exploitation pourrait survenir si « le 'prix' payé au travers de l'abandon de données personnelles devait être considéré comme excessif vis-à-vis de la valeur du service utilisé »¹⁶¹. A la suite des développements jurisprudentiels cités *supra*, l'analogie entre la fourniture de données par l'utilisateur et le paiement d'un prix par le consommateur conduirait à un double test : l'existence ou non d'une disproportion excessive entre la quantité de données récoltées par les plateformes et la quantité nécessaire à la production du service en ligne fourni (assimilée à un « coût de production »), et la comparaison entre le niveau de données récoltées par la plateforme et celui de ses concurrentes.

L'on peut dès lors se demander dans quelle mesure les comportements des plateformes numériques seraient de nature à satisfaire ces conditions. En ce qui concerne la première branche du test, il peut être utile de mentionner que l'autorité allemande de la concurrence a souligné, dans sa récente décision *Facebook* — évoquée en détails *infra* —, que l'entreprise exigeait de ses utilisateurs une quantité de données largement supérieure à celle qui serait nécessaire à la simple fourniture du service de réseau social ainsi qu'à la monétisation de ce réseau par l'utilisation de publicités ciblées¹⁶². En d'autres termes, il semble que, pour certains géants numériques, l'on puisse effectivement trouver une disproportion excessive entre le niveau de données récoltées et le niveau réellement nécessaire à la fourniture (ou à la monétisation) du service en ligne. En ce qui concerne la seconde branche du test, la question semble poser davantage de difficultés. Cela s'explique en particulier par l'absence fréquente de concurrents sérieux et, partant, de points de comparaison pertinents. Dans le cas de *Facebook*, par exemple, le *Bundeskartellamt* s'appuie sur la pratique décisionnelle de la Commission et précise que le marché défini pour les réseaux sociaux ne comprend, mis à part Facebook, que d'autres petits acteurs nationaux peu renommés, à l'exclusion notable de LinkedIn, YouTube, Snapchat ou Twitter¹⁶³.

(2) Une analogie insatisfaisante

Cependant, à l'heure actuelle, cette théorie visant à assimiler la fourniture de données au paiement d'un prix n'a fait l'objet d'aucune application pratique. Diverses raisons peuvent probablement expliquer ce constat. Tout d'abord, notons que, même isolée du contexte numérique, la théorie des

¹⁶¹ Contrôleur européen de la protection des données, « Avis préliminaire: vie privée et compétitivité... », *op. cit.*, p. 29.

¹⁶² Bundeskartellamt, « Facebook, Exploitative business terms... », *op. cit.*, p. 10.

¹⁶³ Bundeskartellamt, « Facebook, Exploitative business terms... », *op. cit.*, p. 5.

prix excessifs au sens classique du droit de la concurrence n'est que rarement mise en application. Ainsi, la Commission s'est montrée assez prudente dans sa pratique décisionnelle, cette théorie restant sujette à débat. En effet, à l'instar de la philosophie économique majoritaire aux Etats-Unis, certains considèrent que le marché se régule lui-même et que, dès lors, un acteur dominant qui pratiquerait des prix excessifs aurait tôt fait d'être concurrencé par l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs pratiquant des prix plus bas et attirant ainsi la clientèle¹⁶⁴. Cet argument semble toutefois moins efficace dans le contexte de l'économie des données, dès lors que le niveau de protection des données offert par les géants du numérique ne constitue pas encore un paramètre de concurrence à part entière. Si nous avons mentionné plus haut que quelques récentes affaires médiatisées ont motivé les acteurs du secteur numérique à présenter aux utilisateurs des avancées et garanties en termes de niveau de protection des données, cette évolution ne semble néanmoins pas encore suffisamment marquée pour motiver, sur la base du niveau de protection des données uniquement, l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents¹⁶⁵.

Ensuite, et plus fondamentalement, il nous faut rappeler que le principe même de l'analogie entre fourniture de données et paiement d'un prix est largement discutable. Cette affirmation a été étayée *supra* et nous nous contenterons ici de résumer les raisons principales qui nous ont conduits à poser ce constat : la prise en considération d'aspects liés aux droits fondamentaux, qui peuvent s'opposer à la monétisation de données personnelles, et l'idée que, à la différence de l'argent et d'un prix pécuniaire, les utilisateurs n'accordent pas tous la même valeur à la protection de la vie privée¹⁶⁶. Comme la Cour régionale de Berlin l'a affirmé récemment, le niveau « préféré » de protection de la vie privée, subjectif par nature, pourrait donc difficilement constituer une balise objective pour apprécier le caractère excessif d'une récolte de données¹⁶⁷. En outre, d'un point de vue technique, il semblerait difficile d'apporter la preuve d'une extraction excessive de données, dès lors que les services fournis en ligne sont complexes et largement personnalisés : une évaluation spécifique à chaque situation, à chaque utilisateur, de la valeur de chaque service, serait probablement nécessaire¹⁶⁸. Il nous apparaît donc que la piste d'une transposition de la théorie des prix excessifs

¹⁶⁴ M. Glader, et I. Kokkoris, *op. cit.*, p. 616.

¹⁶⁵ P. Talbot, « The Crossroads Of Privacy Policy And Marketing Strategy », *Forbes*, 12 juin 2018, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/paultalbot/2018/06/12/the-crossroads-of-privacy-policy-and-marketing-strategy/#6d57dba829c2>.

¹⁶⁶ I. Graef, *EU competition law...*, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶⁷ Voy. Landgericht Berlin, arrêt *Fédération des organisations de consommateurs allemands c. Facebook*, 16 janvier 2018.

¹⁶⁸ Monopolkommission, « Competition policy: The challenge of digital markets », Rapport spécial n°68, juillet 2015, point 329.

dans un contexte numérique, voie que nous qualifions de modérée au sens de la typologie suivie dans cette contribution, n'est pas la plus adéquate. En revanche, le traitement de la question sous l'angle de conditions contractuelles non équitables imposées par l'acteur numérique dominant nous paraît plus prometteur.

B. Les conditions contractuelles non équitables - une piste plus prometteuse

L'article 102 TFUE mentionne, parmi la liste de comportements notamment considérés comme abusifs, l'imposition de conditions contractuelles inéquitables. De façon générale, ce mécanisme n'a fait l'objet que d'un nombre limité de développements jurisprudentiels (1). Ceux-ci nous paraissent néanmoins à même d'être adaptés au contexte numérique pour traiter les pratiques de récolte de données opérées par les géants d'internet. La récente décision Facebook de l'autorité allemande de la concurrence a récemment fait une application ambitieuse de cette théorie (2). Une application plus modérée des conditions contractuelles inéquitables semble aussi possible au niveau européen (3).

(1) Un mécanisme rarement mobilisé en droit de la concurrence classique

Parmi les pratiques interdites mentionnées à l'article 102 TFUE figure explicitement l'hypothèse de clauses contractuelles abusives. Seuls quelques rares exemples d'applications ressortent de la jurisprudence de la Cour. Classiquement, l'on estime que cette forme d'abus constitue une manifestation presque tombée dans l'oubli d'abus dits « d'exploitation ». Il est difficile, en pratique, de déterminer si les conditions commerciales imposées par l'acteur dominant sur un marché sont inéquitables. Une telle constatation nécessite d'identifier les conditions contractuelles qui auraient été conclues dans un contexte de concurrence normale.

Seules quelques arrêts rendus par la Cour de Justice ont traité cette question des conditions commerciales non équitables comme forme d'abus de position dominante. Dans l'affaire *BRT c. SABAM*, d'abord, la Cour a dû déterminer si était susceptible de constituer un abus « le fait [que la SABAM] stipule la cession par l'auteur de ses droits actuels et futurs et que, sans qu'aucune justification soit nécessaire, l'exercice des droits cédés reste réservé à cette entreprise pendant cinq années après la démission de l'associé »¹⁶⁹. L'arrêt de la Cour conclut que « le fait qu'une entreprise chargée de l'exploitation de droits d'auteur, occupant une position dominante [...], imposerait à ses adhérents *des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social* et qui *entraveraient ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent* dans l'exercice de son droit

¹⁶⁹ C.J.U.E., arrêt *BRT c. SABAM*, C-127/73, 27 mars 1974, ECLI:EU:C:1974:25, point 4.

d'auteur, peut constituer une exploitation abusive »¹⁷⁰. En d'autres termes, il apparaît que le fait, pour un acteur dominant sur son marché, de placer des restrictions non nécessaires pour la poursuite de ses activités, peut être considéré comme un abus. Un tel abus ne pourrait toutefois être constaté qu'à la suite d'une mise en balance des intérêts en présence qui, à bien des égards, rappelle la dynamique d'un test de proportionnalité¹⁷¹. En effet, la Cour impose au juge national d'examiner l'objectif de la clause litigieuse ainsi que de vérifier l'absence d'alternatives restreignant moins la liberté de la partie faible au contrat¹⁷². De façon similaire, dans *Ministère Public c. SACEM*, la Cour a retenu que la redevance imposée ne pourrait constituer un abus de position dominante que « dans la mesure où d'autres méthodes seraient susceptibles de réaliser le même but légitime, qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant entraîner une augmentation des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des oeuvres musicales protégées »¹⁷³.

Quelques autres affaires ont encore permis des développements autour de ce mécanisme. Dans *Tetra Pak II*, une clause a été jugée abusive notamment en ce qu'elle prévoyait le paiement, au début du contrat, de frais de location quasiment équivalents au prix total de la machine louée¹⁷⁴. Il était également interdit aux clients de Tetra Pak de modifier totalement ou partiellement et même de déplacer les machines achetées. En substance, il a été reproché à Tetra Pak d'imposer des conditions contractuelles sans lien avec l'objectif des contrats de vente d'équipements et cartons¹⁷⁵. Dans *Alsatel*, il a été précisé par la Cour que, dans le cadre de contrats de maintenance pour des installations téléphoniques, « si l'obligation imposée aux locataires de s'adresser exclusivement à l'installateur pour toute modification de l'installation peut être justifiée par le fait que l'équipement reste la propriété de l'installateur, le caractère indéterminé du prix des avenants entraînés par ces modifications, sa fixation unilatérale par l'installateur, ainsi que la reconduction automatique du contrat pour quinze ans si lesdites modifications comportent une augmentation du loyer de plus de

¹⁷⁰ C.J.U.E., arrêt *BRT c. SABAM*, *op. cit.*, point 15.

¹⁷¹ R. Nazzini, « Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German Facebook Decision », *Competition Policy International*, T. Schrepel, S. Sadden et J. Roth (dir.), 2019, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-4-Full.pdf>, p. 3.

¹⁷² C.J.U.E., arrêt *BRT c. SABAM*, *op. cit.*, points 9 à 11.

¹⁷³ C.J.U.E., arrêt *Ministère Public c. SACEM*, C-395/87, 13 juillet 1989, ECLI:EU:C:1989:319, point 45.

¹⁷⁴ Voy. C.J.U.E., arrêt *Tetra Pak International SA c. Commission*, C-333/94 P, 14 novembre 1996, ECLI:EU:C:1996:436.

¹⁷⁵ Y. Van Bael et J.-F. Bellis, *op. cit.*, p. 867.

25 %, peuvent constituer, en revanche, des conditions de transaction non équitables interdites »¹⁷⁶. L'on peut donc constater que si une certaine jurisprudence considère bel et bien des conditions contractuelles inéquitables comme une forme d'abus de position dominante, les développements en sont assez épars et ne semblent pas fournir de critères d'application particulièrement clairs. Il nous semble toutefois que, comme le montre la récente décision du *Bundeskartellamt*, cette théorie pourrait être avantageusement appliquée au contexte de l'économie numérique.

(2) La voie ambitieuse : la décision *Facebook* du *Bundeskartellamt*

La récente décision *Facebook* du *Bundeskartellamt* a suscité de nombreuses réactions contrastées : il s'agit de la première décision *antitrust* d'un organe de contrôle du droit de la concurrence qui se fonde expressément sur des considérations liées au droit de la protection des données, en assimilant directement une violation du RGPD à une infraction au droit de la concurrence. En ce sens, l'approche suivie par l'autorité allemande nous semble être celle d'une voie ambitieuse, dès lors qu'elle mène une autorité de la concurrence à conduire un examen substantiel du respect des normes de protection des données personnelles. Nous détaillons les faits à l'origine de la décision ainsi que la décision elle-même (a). Nous en soulignons ensuite les traits les plus marquants en ce qui concerne les interactions entre droit de la concurrence et protection des données (b).

a) Les faits et la décision du *Bundeskartellamt* dans l'affaire *Facebook*

Le 6 février 2019, l'autorité allemande de la concurrence a rendu une décision attendue avec impatience par l'ensemble des spécialistes des questions de concurrence liées à l'environnement numérique. En substance, le *Bundeskartellamt* reproche à Facebook d'avoir procédé à la récolte et au traitement de données en violation des dispositions prévues par le RGPD, qui contient une liste limitative de bases légales possibles pour ces pratiques¹⁷⁷. Facebook se voit condamnée pour ses pratiques de suivi de tierce partie (« *third-party tracking* »), c'est-à-dire la récolte et le traitement de données personnelles transférées par les utilisateurs lorsqu'ils utilisent d'autres sites ou applications que Facebook. Ces récoltes illicites de données ont eu lieu notamment sur WhatsApp et Instagram,

¹⁷⁶ C.J.U.E., arrêt *Alsatel c. Novasam*, C-247/86, 5 octobre 1988, ECLI:EU:C:1988:469, point 10.

¹⁷⁷ L'article 6(1) du RGPD dispose que le traitement des données personnelles « n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques; b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci; c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis; d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique; e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement; f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».

deux services contrôlés par la société Facebook, mais aussi sur d'autres sites indépendants de Facebook sur lesquels les icônes « j'aime » ou « partager » étaient présents. Ces pratiques permettaient à l'entreprise de construire des « profils d'utilisateurs » particulièrement complets.

L'autorité allemande de la concurrence a considéré que ces pratiques ne reposaient sur aucun des fondements prévus par l'article 6(1) du RGPD. En effet, contrairement à ce qu'arguait le réseau social, la position de dominance dont jouit Facebook sur le marché des réseaux sociaux en Allemagne lui permet d'imposer à l'utilisateur des conditions de traitement de données « à prendre ou à laisser » qui, selon le gendarme allemand de la concurrence, seraient incompatibles avec l'exigence de consentement volontaire imposée par l'article 6(1a) du RGPD. L'autorité s'appuie notamment sur un considérant du RGPD, qui mentionne sans ambiguïté que « [l]e consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si [...] l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution »¹⁷⁸. Il est en effet impossible à un utilisateur de faire usage des fonctionnalités du réseau social sans accepter purement et simplement, au préalable, les conditions d'utilisation imposées par *Facebook*. En l'espèce, l'autorité estime donc que l'utilisateur n'a pas de réel choix libre et est incapable de refuser d'accorder son consentement sans être privé de la fourniture du service dans son ensemble¹⁷⁹. Elle ajoute que l'existence d'importants effets de réseau empêche l'utilisateur de se tourner vers d'autres acteurs, et que le refus d'un utilisateur d'accepter les conditions générales imposées par le réseau social aboutirait donc à infliger à cet utilisateur un « inconvénient considérable » d'un point de vue social¹⁸⁰.

En outre, le *Bundeskartellamt* rejette le second fondement avancé par *Facebook* selon lequel, au sens de l'article 6(1b) du RGPD, la récolte et le traitement des données seraient nécessaires à l'exécution du contrat. Selon l'autorité, les arguments d'efficience et d'avantages octroyés par la fourniture d'un service personnalisé relèvent uniquement de la description du modèle économique adopté par la société. S'ils devaient être acceptés, cela permettrait à celle-ci de considérer tout traitement de données comme nécessaire à l'exécution du contrat, dès lors que toute donnée comporte une information sur l'utilisateur¹⁸¹. En d'autres termes, l'autorité est d'avis que les conditions imposées par Facebook excèdent largement le niveau nécessaire à l'exécution de ses

¹⁷⁸ Considérant (43) du RGPD.

¹⁷⁹ *Bundeskartellamt*, « Facebook, Exploitative business... », *op. cit.*, point 645.

¹⁸⁰ *Bundeskartellamt*, « Facebook, Exploitative business... », *op. cit.*, point 646.

¹⁸¹ *Bundeskartellamt*, « Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing », décision du 6 février 2019, Résumé, p. 10.

prestations comme réseau social et, partant, considère ses conditions générales d'utilisation contraires au RGPD. Il en résulte que, du point de vue de l'autorité allemande de la concurrence, celles-ci peuvent être considérées comme des conditions contractuelles inéquitables constituant un abus de position dominante. L'on comprend donc bien que la décision contient de nombreux éléments touchant à la frontière entre droit de la concurrence et protection des données : ils sont développés ci-après.

b) A la frontière du droit de la concurrence et de la protection des données

Divers aspects de la décision nous semblent devoir être soulignés. Premièrement, il faut rappeler qu'à l'heure actuelle, la portée de cette décision est limitée à l'Allemagne. Elle soulève certes des questions qui passionnent à l'échelle du continent mais, jusqu'ici, elle n'a aucune conséquence ni sur la pratique décisionnelle de la Commission, ni sur la jurisprudence de la Cour de Justice. En effet, notons que le marché géographique pertinent pour la décision se limite au territoire allemand, et que la décision se fonde sur la section 19(1) de la loi allemande sur la concurrence, et non directement sur l'article 102 TFUE. Si le mécanisme utilisé est bien celui des conditions contractuelles inéquitables comme fondement d'un abus de position dominante, aucune référence à la jurisprudence européenne exposée au point précédent n'est formulée par l'autorité allemande. Ce choix est probablement justifié par le recours, par le *Bundeskartellamt*, à une jurisprudence tout à fait spécifique de la Cour constitutionnelle allemande. Celle-ci avait considéré, par le passé, que les clauses contractuelles violant le Code civil ou un droit constitutionnel allemand pouvaient constituer une violation du droit de la concurrence, en particulier lorsque l'application de ces conditions contractuelles est une « manifestation de pouvoir de marché ou du pouvoir supérieur de la partie utilisant ces clauses »¹⁸². L'autorité allemande de la concurrence estime dès lors que ce raisonnement doit être appliqué par analogie à la protection des données personnelles qui, de son point de vue, consacre « le droit fondamental à l'auto-détermination informationnelle »¹⁸³. Il apparaît donc que la jurisprudence constitutionnelle allemande constitue la clé de voûte de l'argumentation présentée par l'autorité allemande pour justifier la partie la plus discutable de son raisonnement, à savoir l'assimilation d'une violation du RGPD à une infraction au droit de la concurrence.

¹⁸² Bundeskartellamt, résumé, *op. cit.*, p. 8. Le Bundeskartellamt s'appuie en particulier sur les arrêts KZR 58/11, *VBL-Gegenwert I*, 2013, et KZR 6/15, *Pechstein v. International Skating Union*, 2016.

¹⁸³ Bundeskartellamt, résumé, *op. cit.*, p. 8.

Est-ce à dire que la portée de cette décision est limitée, par nature, à l'Allemagne ? Il est plutôt probable, au contraire, que la décision de cet organe influent crée des remous ailleurs sur le continent. D'autres autorités nationales de la concurrence — en Espagne, en Italie, aux Pays-Bas — ont d'ores et déjà fait savoir qu'elles exploraient la même piste dans leurs droits nationaux¹⁸⁴. Plus fondamentalement, l'on peut espérer que cette approche ambitieuse développée par le gendarme allemand de la concurrence soit suivie au niveau européen, que ce soit à la suite d'une question préjudicielle éventuellement posée par la Cour régionale de Dusseldorf, devant qui appel a été intenté par Facebook, ou dans le cadre d'une future décision de la Commission. En effet, si la protection des données personnelles est consacrée constitutionnellement en Allemagne, il n'en va pas autrement au niveau européen : l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en fait un droit horizontal prévoyant une protection minimale en toutes circonstances. Techniquement, il n'est donc pas unimaginable qu'une approche analogue à celle qui a été adoptée par le *Bundeskartellamt* soit suivie ultérieurement par les autorités européennes¹⁸⁵.

Deuxièmement, l'autorité estime que *Facebook* a récolté et procédé au traitement des données sans avoir obtenu au préalable le consentement des utilisateurs. En effet, la position de dominance dont la société jouit sur le marché des réseaux sociaux en Allemagne lui permet d'imposer à l'utilisateur des conditions de traitement de données « à prendre ou à laisser » qui ne permettent pas l'expression d'un consentement volontaire. Sur le fond, d'abord, ces développements nous paraissent pouvoir être chaleureusement salués. L'imposition de conditions générales d'utilisation longues et complexes auxquelles l'utilisateur est réputé « consentir » lorsqu'il coche une petite case, démarche au demeurant indispensable pour avoir accès à un service qui, bien souvent, peut être considéré comme « socialement indispensable », est une méthode dont l'application est généralisée parmi les géants du numérique. Nous partageons entièrement les vues de l'autorité allemande sur ce point : il nous semble qu'un consentement accordé dans ces conditions est artificiel et relève d'une conception purement positiviste des dispositions du RGPD. Formellement, les obligations imposées par Facebook sont acceptées par l'utilisateur, mais l'absence de toute alternative ou marge de manoeuvre pour la partie faible vide cette acceptation de toute sa dimension substantielle. La décision de l'autorité de la concurrence nous semble donc constituer un important pas en avant quant à l'interprétation du concept de consentement « volontaire », pourtant tout à fait spécifique au

¹⁸⁴ A. Burnside, C. York et M. De Backer, « Facebook's Hunger For Your Data: Network Effects in the FCO Decision », *Competition Policy International*, 2019, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-2-Full.pdf>, p. 5.

¹⁸⁵ A. Burnside, C. York et M. De Backer, *op. cit.*, p. 4-5.

droit de la protection des données. Cette constatation paradoxale nous laisse penser que c'est probablement cet aspect de la décision qui la rend si ambitieuse : l'on assiste, pour la première fois, à un examen substantiel du respect de normes de droit de la protection des données par une autorité de la concurrence. A l'annonce de l'ouverture de l'enquête, en 2016, les critiques avaient déjà fusé : est-ce bien le rôle d'une autorité de la concurrence de se préoccuper de la protection des données personnelles ? Ne s'agit-il pas précisément de la mission confiée par le récent RGPD aux autorités nationales de protection des données ? La décision du *Bundeskartellamt* indique que ces critiques, qui formaient également une part importante de l'argumentation de défense avancée par Facebook, ont largement été prises en considération. L'autorité consacre ainsi une partie importante de ses développements à justifier cette intervention qui peut sembler dépasser son champ de compétences. Il avance notamment que, dans l'économie numérique, les questions liées aux données ne doivent plus être séparées des comportements économiques dont elles forment le fondement¹⁸⁶. Il estime aussi que ces questions n'appartiennent pas exclusivement au champ de compétences des autorités nationales de protection des données qui, d'ailleurs, ne le revendiquent pas¹⁸⁷.

Troisièmement, il a été reproché à l'autorité d'avoir choisi la voie de l'abus d'exploitation alors que, selon certains, les violations du droit de la protection des données sont mal adaptées à l'utilisation de cette catégorie d'abus¹⁸⁸. En effet, ceux-ci auraient la caractéristique particulière de ne pouvoir être commis que par des acteurs jouissant d'une position dominante. A l'inverse, les comportements constitutifs d'abus d'exclusion, bien que commis par un acteur dominant son marché, auraient la caractéristique de pouvoir être commis aussi par des acteurs non dominants. En d'autres termes, tout comportement pouvant être adopté avantageusement par un acteur non dominant — tel qu'une violation des normes imposées par le RGPD — ne pourrait, de ce point de vue, constituer un abus d'exploitation lorsqu'il est adopté par un acteur dominant. Cet argument nous semble pouvoir être contré. En effet, s'il est vrai qu'une violation du RGPD peut hypothétiquement servir les intérêts commerciaux de toute société active dans l'économie numérique, et pas seulement ceux d'un acteur dominant, il faut souligner que cette infraction est la conséquence d'un rapport de force disproportionné entre Facebook et ses utilisateurs qui, précisément, n'existe qu'en raison de la position dominante occupée par Facebook sur le marché des réseaux sociaux. En d'autres termes, c'est l'absence d'alternative à Facebook qui « contraint » les utilisateurs à accepter « docilement »

¹⁸⁶ Bundeskartellamt, résumé, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁷ Bundeskartellamt, résumé, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁸ Voy. R. Nazzini, *op. cit.*, p. 4.

les conditions générales imposées par la société, ce qui constitue alors une violation de l'exigence de consentement volontaire au sens de l'article 6(1a), du RGPD. Il nous semble donc que la notion d'abus d'exploitation ne soit pas, par nature, incompatible avec les pratiques contractuelles telles que celles qui sont mises en place par Facebook.

L'ensemble des questions soulevées par l'approche ambitieuse de l'autorité allemande de la concurrence seront réexaminées en degré d'appel. Elles pourraient même donner lieu, dans la suite (préjudicielle) qui pourrait être donnée à cette affaire ou indirectement, en influençant d'autres décisions analogues, à un arrêt de la Cour de Justice qui, silencieuse sur l'interaction entre données et droit de la concurrence depuis *Asnef-Equifax*, pourrait (enfin) poser des balises claires au débat.

(3) La voie modérée : l'application du régime classique des conditions contractuelles inéquitables

Nous avons salué l'attitude ambitieuse du *Bundeskartellamt* dont la démarche interdisciplinaire est, de notre point de vue, tout à fait bienvenue et nécessaire dans un univers numérique où la séparation en silos des différentes disciplines juridiques semble devoir appartenir au passé. Il n'en reste pas moins que cette approche, bien qu'elle soit solidement justifiée par l'autorité, ne semble *a priori* pas particulièrement alignée avec la seule jurisprudence de la Cour de Justice sur le sujet. Pour rappel, cette dernière avait prudemment estimé, dans *Asnef-Equifax*, que « les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère personnel ne [relèvent] pas, en tant que telles, du droit de la concurrence »¹⁸⁹.

C'est pourquoi une autre solution plus modérée que l'examen direct et exprès des dispositions de protection des données par les autorités de la concurrence pourrait être envisagée dans le cadre des abus d'exploitation : l'application des critères « classiques » des conditions contractuelles inéquitables à l'environnement numérique. Nous avons montré que le critère principal pour l'abus fondé sur les conditions contractuelles inéquitables consiste, depuis *BRT c. SABAM*, dans l'imposition à la partie faible, par un acteur dominant, de restrictions non nécessaires à la poursuite de ses propres activités, d'une façon qui entrave de façon inéquitable la liberté de cette autre partie¹⁹⁰. Ce critère, s'il est conservé à l'identique, n'est certes pas parfaitement adapté au rapport contractuel existant entre Facebook et ses utilisateurs : les dispositions contractuelles problématiques relevées par l'autorité allemande de la concurrence — en termes de « third-party tracking » — ne constituent pas tant des « restrictions » de la liberté des utilisateurs, *a priori*,

¹⁸⁹ C.J.U.E., arrêt *Asnef-Equifax*, *op. cit.*, point 63.

¹⁹⁰ C.J.U.E., arrêt *BRT c. SABAM*, *op. cit.*, point 15.

qu'une récolte et une utilisation indues de leurs données, *a posteriori*. Le test devrait donc consister, de façon plus générale mais dans la lignée de la jurisprudence exposée *supra*, en un contrôle de proportionnalité examinant une balance générale d'intérêts entre les géants du numérique et leurs utilisateurs. L'existence d'alternatives contractuelles empiétant moins sur le droit des utilisateurs à la protection de leurs données personnelles pourrait ainsi constituer un facteur indicatif d'un abus. Cette solution paraît plus adaptée aux abus d'exploitation dans un contexte numérique que le critère de restriction de la liberté des utilisateurs : le réseau social ne bride pas la liberté des utilisateurs au sens strict. Ce ne pourrait être le cas que si l'on considérait qu'en renforçant la position dominante de la société, les conditions contractuelles empêchent indirectement l'apparition sur le marché de concurrents vers qui les utilisateurs auraient pu se tourner ultérieurement. Toutefois, ces considérations n'appartiennent plus à la catégorie des abus dits d'exploitation, mais bien aux abus d'exclusion.

Section 2. L'extraction abusive de données - un abus d'exclusion ?

Si la décision Facebook analysée *supra* se concentre sur la notion d'abus d'exploitation, elle comporte tout de même des passages qui, à tout le moins implicitement, renvoient davantage à la catégorie des abus d'exclusion. Ainsi, le résumé de la décision mentionne que le comportement de Facebook comme acteur dominant

« contraint ses concurrents, dès lors que Facebook obtient l'accès à un grand nombre de sources supplémentaires grâce à son traitement inapproprié des données et leur combinaison avec les comptes Facebook. Facebook a donc obtenu un avantage concurrentiel de manière illégale et a augmenté les barrières à l'entrée du marché, ce qui renforce encore son pouvoir de marché vis-à-vis des utilisateurs finaux »¹⁹¹.

Il nous semble que cette piste peut être tout aussi raisonnablement suivie que celle des abus d'exploitation. La jurisprudence a élaboré des balises communément acceptées pour qualifier un comportement d'abus d'exclusion. La Cour de Justice, dans *Post Danmark I*, a énoncé les principes suivants :

« À cet égard, il convient également de rappeler que l'article 82 CE 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 des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale sur la base des prestations des opérateurs

¹⁹¹ Traduction libre de Bundeskartellamt, résumé, *op. cit.*, p. 11.

économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence [...].

Ainsi, l'article 82 CE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites [...] »¹⁹².

Selon la doctrine classique, confirmée notamment dans *Intel*¹⁹³, deux conditions distinctes doivent donc être remplies : la pratique en question doit être susceptible de mener à l'exclusion de concurrents, et doit être capable de nuire au bien-être du consommateur¹⁹⁴. Ajoutons que la jurisprudence a également insisté à de multiples reprises sur le fait que le droit de la concurrence vise « les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence »¹⁹⁵. Cette protection du « jeu de la concurrence » (« *effective competition structure* », en anglais) a résulté, dans le cadre de l'article 102, TFUE, à l'imposition d'une « responsabilité spéciale » pour les entreprises dominantes, qui ne peuvent perturber la concurrence sur leur marché¹⁹⁶.

R. NAZZINI voit dans cette jurisprudence une base implicite mais solide pour arrimer la problématique des données à l'article 102 TFUE. Il considère cette piste plus adaptée aux mécanismes actuels du droit de la concurrence que la piste des abus d'exploitation¹⁹⁷. En effet, il semble évident que les pratiques de récolte et de traitement de données adoptées par Facebook, dès lors qu'elles violent l'article 6 du RGPD, ne constituent pas des « moyens gouvernant une compétition normale ». Cette attitude vis-à-vis des données des utilisateurs renforce le pouvoir de marché de la société et participe à créer des barrières à l'entrée qui empêchent l'émergence d'un concurrent sérieux. Ces pratiques entraînent donc incontestablement des effets d'éviction pour les concurrents. Le préjudice porté au bien-être des utilisateurs, dans une telle approche, n'est pas

¹⁹² C.J.U.E., arrêt *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-209/10, 27 mars 2012, ECLI:EU:C:2012:172, points 24 à 25.

¹⁹³ C.J.U.E., arrêt *Intel Corp. c. Commission*, C-413/14 P, 6 septembre 2017, EU:C:2017:632.

¹⁹⁴ G. Colangelo et M. Maggolino, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁵ Voy., par exemple, C.J.U.E., arrêt *Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08 P, 14 octobre 2010, ECLI:EU:C:2010:603, point 176.

¹⁹⁶ A. Ezrachi, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁷ Voy. R. Nazzini, *op. cit.*, p. 6 à 7.

constitué d'une dégradation de la protection des données personnelles en tant que phénomène indépendant, mais est matérialisé par une baisse dans la variété des choix qui leur sont offerts.

Cette approche relève, de notre point de vue, de la voie ambitieuse ou radicale. Partant, certes, d'un mécanisme classique en droit de la concurrence — les effets d'éviction de la concurrence dérivés des abus d'exclusion —, elle y intègre un raisonnement adapté à l'économie des données, en laissant une place particulière à l'interaction entre ces normes et les règles du droit de la protection des données. Au bout du compte, elle laisse à une autorité de protection de la concurrence le soin d'apprécier la conformité du comportement d'une société vis-à-vis de normes protégeant les données personnelles. Si cette piste est développée dans la continuité du raisonnement de la décision Facebook de l'autorité allemande de la concurrence, elle doit néanmoins en être distinguée : du point de vue de la typologie suivie au long de cette contribution, tout en restant ambitieuse, cette voie est assurément plus modérée que celle suivie dans la décision *Facebook*. En lieu et place des longues considérations sur le droit de la protection des données adoptées par l'autorité allemande, l'examen des dispositions du RGPD se limite ici au respect du consentement volontaire. En ce qui concerne la théorie du préjudice, cette approche ne s'attarde pas sur les dommages directs infligés aux utilisateurs en termes de protection des données, mais sur les conséquences indirectes pour ceux-ci des effets d'éviction de la concurrence créés par les pratiques illicites des acteurs dominants. A la différence de l'approche allemande, cette piste impose par ailleurs aux autorités de la concurrence de prouver, outre l'existence d'une position dominante et de termes contractuels abusifs, l'existence d'un effet d'éviction qui se révélerait finalement dommageable pour les consommateurs.

Il nous semble donc clair, dans un contexte d'économie des données marqué par le développement de géants numériques puissants, que l'abus de position dominante constitue un outil de contrôle *ex post* tout à fait nécessaire et complémentaire au contrôle des concentrations préventif. En revanche, lorsqu'il s'agit de déterminer les mécanismes dépendants de l'article 102 TFUE les plus adaptés à l'intégration de ce contexte numérique, les possibilités sont multiples. Plutôt qu'une analogie parfois hasardeuse entre la fourniture excessive de données et le paiement d'un prix excessif, la piste ambitieuse des conditions contractuelles abusives — comme abus d'exploitation — semble ouvrir la voie à un contrôle plus réaliste des conditions générales d'utilisation imposées par les plateformes et formellement acceptées par les utilisateurs. Cette piste a été ravivée par la récente décision *Facebook* de l'autorité allemande de la concurrence. Une alternative plus modérée peut aussi être suivie sous la forme d'un test de proportionnalité plus généraliste. Enfin, l'hypothèse

d'une assimilation de la problématique à un enjeu d'abus d'exclusion déplace le focus vers les concurrents de l'acteur dominant plutôt que vers les utilisateurs, dont le dommage n'est considéré que de façon indirecte.

Conclusion

L'économie numérique induit quantité de changements profonds dans la façon dont s'organisent les rapports sociaux entre les acteurs économiques et, plus généralement, entre les citoyens. Ces évolutions sont autant de défis inédits pour nos systèmes juridiques à qui incombe la tâche d'encadrer ces changements par des mécanismes de protection des plus faibles. En effet, si les changements à l'oeuvre créent d'extraordinaires opportunités, notamment économiques, ils s'accompagnent d'une concentration de pouvoir, sur les marchés numériques, dans les mains de quelques géants. Les innovations extraordinaires permises par les services proposés par les GAFAM ne doivent pas occulter leur face plus sombre, qui est principalement constituée de pratiques parfois douteuses en lien avec la récolte et le traitement des données personnelles des utilisateurs.

La structure concentrée de marchés numériques à double face fondés sur l'accumulation et le traitement de données cause naturellement l'émergence de dossiers qui, tout en ressortant au droit de la concurrence, recèlent des enjeux fortement liés à la protection des données personnelles. Cette « interdisciplinarité forcée » chamboule les modèles économiques traditionnels du droit de la concurrence et, plus fondamentalement, remettent ses buts en question.

Nous avons souhaité élaborer une typologie de positionnements possibles pour les autorités de la concurrence, en proposant trois approches différentes. L'approche traditionnelle se limite à un modèle d'analyse moniste et centré sur l'efficacité économique qui, de notre point de vue, échoue à embrasser la complexité des changements à l'oeuvre dans la société et menace de rendre les mécanismes de droits de la concurrence obsolètes. Cette approche traditionnelle a pu influencer les premiers développements autour des interactions entre concurrence et données mais paraît aujourd'hui largement abandonnée par les autorités publiques, tant en matière de concentrations que d'abus de position dominante.

L'approche modérée, évolutive ou libérale propose une intégration harmonieuse des nouveaux enjeux de données au sein des structures de raisonnement existant en droit de la concurrence : il s'agit, lorsqu'on applique le droit de la concurrence, de donner toute la considération nécessaire aux spécificités de l'économie des données, sans pour autant chercher à promouvoir activement un

niveau globalement supérieur de protection des données. Cette voie pragmatique, prudente et sensible à l'importance de garantir une certaine sécurité juridique est celle que les autorités européennes semblent majoritairement suivre à l'heure actuelle. L'étendue des possibilités de celles-ci sont, il est vrai, quelque peu limitées par la jurisprudence *Asnef-Equifax* de la Cour de Justice. Cette balise jurisprudentielle mériterait sans doute une mise à jour ou, à tout le moins, des précisions.

Les développements les plus récents en matière de concentrations, qu'il s'agisse de réflexions substantielles (pensons à *Apple/Shazam*) ou juridictionnelles (pensons au débat sur la révision de seuils de notification), laissent à penser que la matière est susceptible d'évolution rapide. En matière d'abus de position dominante, la récente décision de l'influente autorité allemande de la concurrence pourrait bien marquer le départ d'une évolution globale vers une position plus ambitieuse des autres autorités nationales (voire européennes), que ce soit en termes d'abus d'exploitation ou d'exclusion. En tout état de cause, la tendance générale en matière de concentrations et d'abus de position dominante semble indiquer un glissement progressif vers la troisième voie que nous avons qualifiée d'ambitieuse, radicale, pluraliste et paternaliste. Elle assume en effet d'inciter les autorités de la concurrence à tendre vers un rehaussement global du niveau de protection des données en tant que droit fondamental reconnu au niveau constitutionnel européen. Sans faire table rase du passé, et sans nier les nécessaires limites qu'il faut poser à l'action des autorités de la concurrence, cette voie implique une nouvelle définition des buts alloués au droit de la concurrence. A cet égard, il nous semble que la détermination d'un objectif pour cette discipline juridique « n'est pas une décision définitive, mais reflète plutôt un consensus contemporain qui est susceptible d'évoluer avec le temps pour s'accorder avec des réalités politiques et économiques changeantes, l'avancement des connaissances et les tendances générales de la pensée politique et économique »¹⁹⁸. Le droit de la concurrence doit donc poursuivre sur la voie d'une approche davantage pluraliste et interdisciplinaire. Cela nécessitera, comme le CEPD l'a indiqué, de créer entre les autorités publiques de protection de la concurrence et des données personnelles le dialogue nécessaire à la mise en oeuvre d'objectifs cohérents à l'échelle de la société.

¹⁹⁸ A. Foer, *op. cit.*, p. 566.

Bibliographie

Législation

Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E., C 326, 26 octobre 2012, p. 1 à 390 (version consolidée).

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.U.E., C 326/2, 26 octobre 2012.

Protocole n°27 sur le marché intérieur et la concurrence, J.O.U.E., C 115, 9 mai 2008, p. 309.

Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, J.O.U.E., L 136/1, 22 mai 2019.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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, et abrogeant la directive 95/46/CE, J.O.U.E., L 119/1, 4 mai 2016.

Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O.U.E., L 24, 29 janvier 2004, p. 1 à 22.

Jurisprudence

Jurisprudence et pratique décisionnelle européennes

C.J.U.E., arrêt *Intel Corp. c. Commission*, C-413/14 P, 6 septembre 2017, EU:C:2017:632.

C.J.U.E., arrêt *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet*, C-209/10, 27 mars 2012, ECLI:EU:C:2012:172.

C.J.U.E., arrêt *Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08 P, 14 octobre 2010, ECLI:EU:C:2010:603.

C.J.U.E., arrêt *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, 6 octobre 2009, C-501/06 P, ECLI:EU:C:2009:610.

C.J.U.E., arrêt *T-Mobile Netherlands e.a.*, 4 juin 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.

C.J.U.E., arrêt *Tetra Pak International SA c. Commission*, C-333/94 P, 14 novembre 1996, ECLI:EU:C:1996:436.

C.J.U.E., arrêt *Ministère Public c. SACEM*, C-395/87, 13 juillet 1989, ECLI:EU:C:1989:319.

C.J.U.E., arrêt *Alsatel c. Novasam*, C-247/86, 5 octobre 1988, ECLI:EU:C:1988:469.

C.J.U.E., arrêt *United Brands Company and United Brands Continental BV c Commission*, C-27/76, 14 février 1978, ECLI:EU:C:1978:22.

C.J.U.E., arrêt *General Motors Continental NV c. Commission*, C-26/75, 13 novembre 1975, ECLI:EU:C:1975:150.

C.J.U.E., arrêt *BRT v. SABAM*, C-127/73, 27 mars 1974, ECLI:EU:C:1974:25.

Commission européenne, décision *Apple/Shazam*, COMP/M.8788, 6 septembre 2018.

Commission européenne, décision *Facebook/WhatsApp*, COMP/7217, 3 Octobre 2014.

Commission européenne, décision *Apple/Beats*, COMP/M7290, 25 juillet 2014.

Commission européenne, décision *TomTom/Tele Atlas*, COMP/M4854, 14 mai 2008.

Commission européenne, décision *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731, 11 mars 2008.

Jurisprudence et pratique décisionnelle non européennes

Bundeskartellamt, « Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing », décision du 6 février 2019.

US Federal Trade Commission, Dossier n°71-0170, *Google/DoubleClick*, 2007.

P. Harbour, Dissenting Statement Regarding In re *Google/DoubleClick*, FTC File n°71-0170, 20 décembre 2007, disponible sur http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statementmattergoogle/doubleclick/071220harbour_0.pdf.

Voy. Landgericht Berlin, arrêt *Fédération des organisations de consommateurs allemands c. Facebook*, 16 janvier 2018.

Doctrine

Ouvrages généraux

Fox, E. et Gérard, D., *EU Competition Law. Cases, Texts and Context*, Edward Elgar, 2017.

Van Bael, Y. et Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 5e éd., Kluwer Law International, 2009.

Monographies

Bork, R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978.

Foer, A., « The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the US » in *Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Philip Marsden (dir.), Edward Elgar Publishing, 2006.

Glader, M. et Kokkoris, I., « Excessive pricing » in *Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, E. Gonzalez Diaz et M. Piergiovanni (dir.), V. Claeys & Casteels Publishing, 2013.

Graef, I., « Blurring boundaries of consumer welfare. How to create synergies between competition, consumer and data protection law in digital markets », in *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law. Towards a holistic approach*, ed. M. Bakhoum, B. Gallego, M.-O. Mackenrodt et G. Surblytė-Namavičienė, Springer Verlag, 2018, p. 121 à 151.

Graef, I., *EU competition law, data protection and online platforms : data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016.

Articles de périodiques

Acquisti, A., Brandimarte, L., et Loewenstein, G., « Privacy and human behavior in the age of information », *Science*, Vol. 347, n°6221, 2015, p. 509 à 514.

Acquisti, A., Taylor, C. et Wagman, L., « The Economics of Privacy », *Journal of Economic Literature*, Vol. 52, n°2, 2016, p. 442 à 492.

Bania, K., « The role of consumer data in the enforcement of EU competition law », *European Competition Journal*, Vol.14, n°1, 2018.

Bartalevich, D., « The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy », *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, n°2, 2016, p. 267 à 283.

Colangelo, G. et Maggiolino, M., « Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition? », *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, n°6, 2017.

Duboisand, P. et Jûdar-Rosell, S., « Price and Brand Competition between Differentiated Retailers: A Structural Econometric Model », *Toulouse School of Economics - Working Paper Series*, 2010.

Ezrachi, A., « EU Competition Law Goals and The Digital Economy », *Oxford Legal Studies*, Research Paper No. 17/2018, 2018

Just, N., « Governing online platforms: Competition policy in times of platformization », *Telecommunications Policy*, Vol. 42, n°5, 2018, p. 386 à 394.

Kuenzler, A., « Competition law enforcement on digital markets—lessons from recent EU case law », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019.

Lamadrid de Pablo, A., « Competition Law as Fairness », *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.8, n°3, 2017, p. 147 à 148.

Lande, R., « The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, privacy is an antitrust concern », *FTC:Watch*, n°714, 25 février 2008, p. 1 à 2.

Metzger, A., Efroni, Z., Mischau, L. et Metzger, J., « Data-Related Aspects of the Digital Content Directive », *Jipitec*, Vol. 9, n°1, 2018.

Noe, T. et Parker, G., « Winner Take All: Competition, Strategy, and the Structure of Returns in the Internet Economy », *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol. 14, n°1, p. 141 à 164.

Posner, R., « The Chicago School of Antitrust Analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, 1978. p. 925 à 948.

Shapiro, C., « Antitrust in a time of populism », *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61, 2018. 714–748

Sokol, D. et Comerford, R., « Antitrust and regulating big data », *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 23, n°5, 2016, p. 1145 à 1146.

Vrabec, H. et Custers, B., « Legal Barriers and Enablers to Big Data Reuse - A Critical Assessment of the Challenges for the EU Law », *European Data Protection Law Review*, Vol. 2, n°2, 2016.

Références à internet

Aird, R., Parr, N. et Waters, T., « If data has become the "new oil", what are the key issues that are arising in M&A transactions? », *Ashurst*, 2018, disponible sur <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/if-data-has-become-the-new-oil-what-are-the-key-issues-that-are-arising-in-ma-transactions/>.

Binns, R. et Bietti, E., « Acquisitions in the third party tracking industry: competition and data protection aspects », 18 octobre 2018, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3269473>.

Burnside, A., York, C. et De Backer, M., « Facebook's Hunger For Your Data: Network Effects in the FCO Decision », *Competition Policy International*, 2019, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-2-Full.pdf>.

Cunningham, C., Ederer, F. et Ma, S., « Killer Acquisitions », 28 août 2018, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3241707>.

Delesalle-Stolper, S., « 'Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit' », *Libération*, 26 mars 2018, disponible sur https://www.liberation.fr/planete/2018/03/26/sans-cambridge-analytica-il-n-y-aurait-pas-eu-de-brexit_1638940.

de Moncuit, A., « In which ways should privacy concerns serve as an element of the competition assessment », Contribution en réponse à l'appel aux contributions préalables au rapport de la Commission européenne « Shaping Competition policy in the era of digitalisation », 2018, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/aymeric_de_moncuit.pdf.

Edelman, B. et Gérardin, D., « An introduction to the competition law and economics of 'free' », *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, 2018, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/09/CPI-Edelman-Geradin.pdf>.

Hatton, C., Gabathuler, D. et Lichy, A., « Digital markets and merger control in the EU: evolution, not revolution? », *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, 2018, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/02/CPI-Hatton-Gabathuler-Lichy.pdf>.

Hovenkamp, E., « Antitrust Policy for Two-Sided Markets », 2018, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3121481.

Janutta, K.-S., « German-Austrian draft Guidance on transaction value thresholds for pre-merger notification », *The Covington View*, 18 mai 2018, disponible sur <https://www.covcompetition.com/2018/05/german-austrian-draft-guidance-on-transaction-value-thresholds-for-pre-merger-notification/>.

Kennedy, J., « The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns About Data Are Overblown », *Information Technology and Innovation Foundation Paper*, mars 2017, disponible sur <http://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf>.

Nazzini, R., « Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German Facebook Decision », *Competition Policy International*, T. Schrepel, S. Sadden et J. Roth (dir.), 2019, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/03/EU-News-Column-March-2019-4-Full.pdf>,

Maciuleviciuté, A., Reyna, A. et Allix, J., « EU Merger Control: BEUC's comments on jurisdictional thresholds », 2017, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/european_consumer_organisation_contribution_en.pdf.

Moutot, A., « Vie privée : Facebook condamné à 5 milliards de dollars d'amende par la FTC », *Les Echos*, 13 juillet 2019, disponible sur <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/vie-privee-facebook-condamne-a-5-milliards-de-dollars-damende-par-la-ftc-1037731>.

Murray, G., « Apple/Shazam: 5 observations on the data-related aspects », *Kluwer Competition Law Blog*, 5 décembre 2018, disponible sur <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/12/05/appleshazam-5-observations-on-the-data-related-aspects/>.

Talbot, P., « The Crossroads Of Privacy Policy And Marketing Strategy », *Forbes*, 12 juin 2018, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/paultalbot/2018/06/12/the-crossroads-of-privacy-policy-and-marketing-strategy/#6d57dba829c2>.

Larouche, P., Peitz, M. et Purtova, N., « Consumer Privacy in Network Industries », *CERRE Policy Report*, 25 janvier 2016, disponible sur https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/160125_CERRE_Privacy_Final.pdf.

Robert, A., « French economy ministry wants to overhaul EU competition policies », *Euractiv*, 3 juin 2019, disponible sur <https://www.euractiv.com/section/competition/news/french-economy-ministry-wants-to-overhaul-eu-competition-policies/>.

Schulze, E., « If you want to know what a US tech crackdown may look like, check out what Europe did », *CNBC*, 7 juin 2019, disponible sur <https://www.cnn.com/2019/06/07/how-google-facebook-amazon-and-apple-faced-eu-tech-antitrust-rules.html>.

Wong, J., « My data security is better than yours: tech CEOs throw shade in privacy wars », *The Guardian*, 9 mai 2019, disponible sur https://www.theguardian.com/technology/2019/may/09/google-sundar-pichai-privacy-apple-facebook-data?fbclid=IwAR0yFhVbMgLfijR9tbco3cSAKm0mD4veiCMNqDrBGYW0mg3MI7RPuZO_luY.

X, « EU Report on Competition Policy for the Digital Era », *Allen and Overy*, 5 avril 2019, disponible sur <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/eu-report-on-competition-policy-for-the-digital-era.aspx>.

Zingales, N., « Apple/Shazam: Data Is Power, But Not A Problem Here », *Competition Policy International*, T. Schrepel, S. Sadden et J. Roth (dir.), 2018, disponible sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/appleshazam-data-is-power-but-not-a-problem-here/>.

Documents officiels

Australian Competition and Consumer Commission, « Digital Platforms Inquiry », Rapport final, juillet 2019.

Autorité française de la concurrence, « Réforme du droit des concentrations et contrôle ex post », mars 2018, accessible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

BEUC, « Shaping competition policy in the era of digitalisation: Response to public consultation », disponible sur https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-084_beuc_response_shaping_of_competition_policy.pdf.

Bundeskartellamt, « Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG) », juillet 2018.

Communication de la Commission, « Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité », J.O.U.E., C 101, 27 avril 2004, p. 97 à 118.

Communiqué de presse de la Commission, « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Shazam par Apple », IP/18/5662, Bruxelles, 6 septembre 2018.

Communiqué de presse de la Commission, « Concentrations: la Commission autorise, sous condition, le rachat de LinkedIn par Microsoft », IP/16/4284, Bruxelles, 6 décembre 2016.

Communiqué de presse du U.S. Dep't of Justice, « Statement of the Department of Justice: Antitrust Division on its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc. », 18 février 2010, disponible sur <http://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>.

Contrôleur européen de la protection des données, « Avis préliminaire: vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives: l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique », 2014.

Contrôleur européen de la protection des données, « Résumé de l'avis sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », J.O.U.E., C 200/07, 23 juin 2017.

Contrôleur européen de la protection des données, « Déclaration du comité européen de la protection des données sur les conséquences de la concentration économique sur la protection des données », 27 août 2018, disponible sur https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_fr.pdf.

Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H., « Competition policy for the digital era », Commission européenne - Rapport final, 2019, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

Bruno Le Maire, « Contribution à la conférence sur la concurrence et l'économie numérique : Une politique de la concurrence adaptée pour faire face aux défis du 21ème siècle », Discours au centre de conférences de l'OCDE, 3 juin 2019.

Juncker, J.-C., « State of Play of the Digital Single Market », Discours aux chefs d'Etat et de gouvernement, Tallinn, 29 septembre 2017, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_17_3605.

Lignes directrices de la Commission, « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises », J.O.U.E., C 31, 5 février 2004, p. 5 à 18.

Lignes directrices de la Commission, « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises », J.O.U.E., 2008/C 265/07, 18 octobre 2008.

Monopolkommission, « Competition policy: The challenge of digital markets », Rapport spécial n°68, juillet 2015.

OCDE, « Policy Roundtable: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis », 2013.

UK Treasury, « Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel », Rapport, mars 2019.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, « Horizontal Merger Guidelines », 19 août 2010.

Ministère français de l'Economie - Inspection Générale des Finances, « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », Rapport, avril 2019.