

# Données et règles de concurrence

Par Anne PERROT  
Associée, MAPP

Les entreprises dont le modèle d'affaires repose sur les technologies numériques sont présentes dans tous les domaines d'activité : transport, hôtellerie et hébergement, banque, culture... Les plateformes numériques ne constituent pas un « secteur » mais, selon les cas, renouvellent une offre existante par les technologies numériques (comme le modèle des VTC concurrençant l'ancien secteur des taxis) ou créent de nouveaux services que seules ces technologies peuvent offrir (comme le guidage des automobilistes en temps réel dans la circulation). Ces entreprises opérant à partir de technologies numériques se trouvent donc dans des positions concurrentielles très différentes selon qu'elles sont de nouveaux entrants dans des marchés déjà constitués ou bien des innovateurs sur des marchés émergents. Pourtant, elles partagent bien un point commun : leurs services sont rendus à l'aide d'algorithmes, dont la matière première est constituée par les données des utilisateurs.

Le rôle des données dans l'offre de certains services n'est pas nouveau. Les statistiques et les données existent depuis longtemps et les entreprises qui les utilisent ne sont pas, elles non plus, arrivées ces dernières années sur le marché : les services de météorologie ou les études de marché reposent ainsi sur l'exploitation de données. La rupture vient plutôt aujourd'hui du fait que ce sont les données des utilisateurs du service eux-mêmes qui sont les ingrédients du fonctionnement de celui-ci. Contrairement à un service météorologique qui utilise des données scientifiques pour fournir ses prévisions, un service de guidage des automobilistes exploite les données de déplacements de ses propres utilisateurs ; un service de comparaisons de produits utilise également les notations des acheteurs passés utilisant le service pour fournir son propre classement ; un moteur de recherche présente comme pertinents les résultats les plus consultés par les internautes en réponse à la même requête.

Contrairement aux services qui utilisent des données statistiques ou scientifiques, ceux qui font usage des données des utilisateurs sont d'une qualité d'autant meilleure que ceux-ci sont nombreux. Il s'agit d'un « effet de réseau direct », par lequel le nombre des consommateurs d'un produit ou d'un service accroît pour chacun d'eux l'utilité retirée de celui-ci, cet accroissement passant ici par l'amélioration de la qualité du service en question. D'autres plateformes fonctionnent sur le principe des « effets de réseaux indirects » : un plus grand nombre de personnes raccordées à « l'autre face » de la plateforme (chauffeurs, hôtels) accroît l'utilité des utilisateurs d'une face donnée (personnes cherchant à se déplacer ou à être hébergées) et *vice versa*. Dans un cas comme dans l'autre, l'une des clés de la réussite de ces services repose sur leur capacité à recruter de nombreux utilisateurs : l'accroissement de la qualité de service (et donc, sur ces plateformes souvent gratuites pour les consommateurs, l'attractivité) repose donc pour les entreprises du numérique sur la grande taille<sup>(1)</sup>. En particulier, l'efficacité des plateformes repose souvent sur la détention de données individuelles collectées en grand nombre (*Big Data*) : qu'il s'agisse de la pertinence des réponses à une requête, de la faculté de proposer des hébergements variés, ou de guider au mieux les automobilistes dans les embouteillages, les algorithmes développés par les plateformes numériques sont d'autant plus performants qu'ils optimisent leurs résultats à partir d'un grand nombre d'utilisateurs.

(1) Voir ROCHET J.-Ch. et TIROLE J., « Platform Competition in two-sided Markets », *Journal of the European Economic Association*, June 2003 1(4):990-1029 ou encore ARMSTRONG M., « Competition in Two-Sided Markets », *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, n° 3 (Autumn, 2006), pp. 668-691.

Ce phénomène est à l'origine d'un grand nombre des problèmes de concurrence posés par ces nouveaux modèles d'affaires. En particulier, l'une des questions est d'évaluer le danger potentiel pour la concurrence que représente la détention de données, danger qui pourrait alors avoir plusieurs sources. Certaines questions sont en effet posées avec une dimension nouvelle par l'économie numérique<sup>(2)</sup>. La détention de données personnelles sur une plateforme est-elle un frein au changement d'opérateur pour les consommateurs et donc à la liberté de ceux-ci de mettre en concurrence les différents offreurs ? Les données sont-elles susceptibles de constituer une barrière à l'entrée pour les entrants potentiels et sont-elles à la source d'une position dominante pour l'opérateur qui les détient ? Les règles de concurrence actuelles sont-elles capables de traiter les problèmes complexes liés aux données et aux algorithmes ?

## **Le côté demande : les données et les barrières à la mobilité**

Les consommateurs qui rejoignent une plateforme sont souvent « attachés » à elle par plusieurs sortes de liens. Sur les plateformes de vente, il n'est pas rare qu'ils aient la possibilité de rentrer leurs coordonnées de cartes bancaires, ce qui simplifie les achats suivants, et permet aisément, en particulier, de procéder à des achats à partir d'un smartphone. Sur les réseaux sociaux se trouve l'ensemble des relations des internautes et l'historique de leurs échanges, les photos, vidéos, documents partagés, etc. Sur les plateformes permettant des déplacements, les consommateurs peuvent rentrer leurs destinations favorites et accélérer ainsi leurs recherches. Les smartphones ont également de nombreux contenus (musique et vidéos notamment) achetés au fil du temps par les utilisateurs. La conséquence du fait que les consommateurs détiennent des données sur ces différentes plateformes est de renchérir les coûts de changement d'opérateur<sup>(3)</sup> (*switching costs*) : en effet, reconstituer cet ensemble de données auprès d'une nouvelle plateforme engendre des coûts qui peuvent rendre les consommateurs réticents à changer de plateforme et freiner la mobilité entre plateformes. De ce fait, les secteurs où les consommateurs subissent d'importants *switching costs* sont plus faiblement concurrentiels et permettent aux opérateurs d'extraire des rentes de leurs utilisateurs.

Évidemment, ces différents types de coûts ne sont pas équivalents : si le fait d'entrer des données de carte bancaire ou de destinations sur un site ne représente qu'un coût en temps, qui plus est de faible ampleur, l'achat de morceaux de musique cumulé sur plusieurs années peut représenter un montant monétaire important. De même, l'historique des échanges avec ses relations sur un réseau social et les données personnelles ainsi amassées est impossible à reconstituer et le risque de sa perte représente alors un frein important au changement de réseau.

Ce problème des freins à la mobilité n'est pas nouveau. Ainsi la concurrence bancaire est-elle également limitée par des freins à la mobilité, et l'identification de ce problème a donné lieu à plusieurs mesures de politique publique correctrice (loi Hamon et loi Macron), comme l'obligation faite aux banques (de départ et d'arrivée) de faciliter à leurs clients la mobilité bancaire. L'équivalent dans le secteur numérique est constitué par l'ensemble des mesures permettant la « portabilité » des données, sur le modèle de la portabilité des numéros de téléphone destinée à faciliter le changement d'opérateur et à fluidifier la concurrence. L'article 12 de la loi pour une République numérique, dite loi Lemaire, a ainsi instauré la possibilité pour les consommateurs d'emmener avec eux les données accumulées sur une plateforme<sup>(4)</sup>. Cette disposition, qui n'a pas pour objectif premier de fluidifier la concurrence mais de permettre aux internautes de maîtriser leurs contenus

(2) Voir STUCKE M. et GRUNES A., *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

(3) Voir NASSE Ph. : *Rapport sur les « coûts de sortie »*, 22 septembre 2005, Rapport pour le compte du ministre de l'Industrie.

(4) Cette possibilité sera effective à partir du 25 mai 2018, date d'entrée en vigueur du Règlement européen 2016/679 sur la Protection des Données, qui prévoit la même disposition au plan européen.

numériques, a pourtant une incidence importante en matière de concurrence puisqu'elle réduit les freins à la mobilité et permet aux consommateurs de choisir leur plateforme dans le cadre d'une concurrence « par les mérites ».

## **Le côté offre : les données comme source de comportements anticoncurrentiels**

L'autre question que pose l'accumulation des données par les plateformes numériques est celle des comportements anticoncurrentiels auxquels la détention de données peut spécifiquement donner naissance. Le rapport commun publié en 2016 par l'autorité allemande de la concurrence (le Bundeskartellamt) et l'Autorité de la concurrence française<sup>(5)</sup> passe en revue les différents mécanismes par lesquels la détention de données peut accroître le pouvoir de marché des plateformes et créer les conditions d'un abus de leur position dominante par les opérateurs.

Les plateformes tendent de fait à vouloir accroître le volume de données dont elles disposent car leur performance, on l'a dit, en dépend directement. Par exemple, la qualité d'un moteur de recherche dépend de la pertinence des résultats qu'il offre aux internautes en réponse à une requête de leur part. La pertinence est améliorée grâce à la « multitude » des utilisateurs auteurs de la requête en question, car c'est leur comportement vis-à-vis des résultats proposés qui aide l'algorithme à améliorer la présentation des résultats. Cette tendance à la grande taille se traduit par l'accroissement du nombre des opérations de concentrations impliquant le secteur des données, passé de 55 en 2008 à 164 en 2012 au sein des pays de l'OCDE. Mais la grande taille, accompagnée éventuellement d'une position dominante, n'est pas nécessairement un facteur d'abus de cette position.

Pour que les données permettent à un opérateur du numérique de s'affranchir de la pression des concurrents, et le cas échéant d'abuser de sa position dominante, il faut que la détention de ces données conduise à l'exclusion de concurrents. Ceci pourrait se produire en cas de refus d'accès à des données indispensables pour l'offre d'un autre service. Mais une telle circonstance ne peut se produire que lorsque les données en question constituent une « facilité essentielle », ce qui est rarement le cas. Les algorithmes peuvent aussi mettre en œuvre une politique de discrimination tarifaire entre les utilisateurs, en s'appuyant sur la connaissance fine de leur demande individuelle pour pratiquer des prix différenciés. Mais là encore, il peut se faire que la discrimination soit en réalité favorable à l'intensité concurrentielle et *in fine* aux consommateurs, en permettant par exemple de proposer des prix plus faibles à ceux qui présentent une faible disponibilité à payer pour le service. Ceci doit donc s'apprécier au cas par cas. Quoi qu'il en soit, s'il est possible d'exclure des concurrents grâce à une tarification discriminante, cette possibilité ne survient que dans des circonstances particulières qui nécessitent un examen au cas par cas.

D'autres facteurs relativisent ce danger d'abus de position dominante. Les effets de réseau peuvent aussi stimuler la concurrence au lieu de l'entraver. Un nouvel entrant proposant un service innovant peut ainsi faire jouer à son profit les effets de réseaux en attirant de nombreux utilisateurs, grâce à la « viralité ». La faculté pour les internautes d'utiliser simultanément les services de plusieurs plateformes (*multihoming*)<sup>(6)</sup> leur permet de mettre directement différents services en concurrence. Ensuite, les technologies numériques encouragent les innovations, ce qui se traduit par une dynamique concurrentielle importante. Ce flux continu d'entrées d'entreprises utilisant des technologies numériques suggère qu'aucune n'a réellement besoin des données détenues par

(5) *Competition Law and Data*, Rapport commun du Bundeskartellamt et de l'Autorité de la concurrence, mai 2016, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

(6) Voir par exemple GABSZEWICZ J. J. et WAUTHY X. Y., "Two-Sided Markets and Price Competition with Multi-homing", *Working paper Core*, 2005.

les entreprises en place pour arriver sur le marché. La plupart des études soulignent d'ailleurs que les données nécessaires à une activité (préférences et centres d'intérêt des consommateurs, données de géolocalisation...) peuvent assez facilement être recueillies en grande quantité assez tôt après le lancement d'une offre de service. Par ailleurs, les données utiles à un service peuvent être obtenues de sources différentes. Le rapport du Bundeskartellamt et de l'Autorité de la concurrence cite l'exemple des goûts musicaux des internautes, qui peuvent être appréhendés aussi bien directement par leurs achats sur des sites marchands de musique qu'à partir de la navigation sur des sites de *streaming* ou sur des moteurs de recherche généralistes, ou encore à partir de leurs pages personnelles sur les réseaux sociaux. De tels exemples interdisent de considérer ces données comme relevant d'une facilité essentielle.

## **Faut-il changer les règles de concurrence pour traiter des entreprises du numérique ?**

Certains arguments sont parfois avancés pour préconiser une régulation spécifique aux plateformes ou à tout le moins une adaptation des règles de concurrence aux particularités du numérique. La taille des plateformes, le caractère immatériel de leur activité, l'existence d'effets de réseaux tendant à la constitution de positions dominantes, la détention de volumes considérables de données, tous ces facteurs inciteraient pour les uns à encadrer les pratiques économiques des plateformes par une régulation *ex ante*, pour les autres à modifier les règles de concurrence.

En l'état actuel des savoirs, ces arguments ne résistent pas à l'analyse. Tout d'abord, les comportements des plateformes relèvent bien d'une analyse concurrentielle. Souvent ces comportements se manifestent sur des marchés où plusieurs acteurs sont en concurrence, comme celui des comparateurs de prix, où les opérateurs se battent pour attirer du trafic, ou celui de la publicité, notamment la publicité ciblée, qui voit lui aussi les plateformes se concurrencer. On ne voit pas pourquoi ces marchés, sur lesquels plusieurs offreurs sont en concurrence et mettent en œuvre des stratégies (tarifications particulières, ventes groupées, promotions, etc.) relevant de l'analyse traditionnelle, devraient être soustraits à l'analyse concurrentielle *ex post*.

Le fait que la structure et la technologie des activités numériques s'appuient sur des innovations majeures ne suffit pas à justifier de nouveaux outils. Les phases de transition vers de nouvelles technologies ou de nouveaux modèles d'affaires sont légion et l'analyse concurrentielle sait en général s'en accommoder : ainsi, l'Autorité de la concurrence a, en France, au terme d'une analyse mettant en œuvre de nouvelles méthodes, conclu à l'existence d'un seul marché pertinent incluant ventes en dur et ventes en ligne dans l'opération de rapprochement entre la FNAC et Darty. Les autorités de concurrence ont déjà été amenées à examiner le risque que fait peser sur le fonctionnement concurrentiel des marchés le rapprochement de deux entreprises détentrices de données. L'une des caractéristiques des bases de données est en effet que leur croisement est source d'externalités, la valeur potentielle des données résultant du croisement étant démultipliée par rapport à la valeur des données prises séparément.

La Commission européenne, de son côté, a sanctionné Google pour avoir avantage, au détriment des autres comparateurs de prix, les services de son propre comparateur Google Shopping.

On peut objecter que le temps d'instruction nécessaire pour parvenir à une décision est trop long par rapport à celui des affaires en termes de numérique. Mais ceci plaide plutôt pour une mise à niveau des compétences des autorités en matière de numérique et notamment pour le recrutement de *data scientists* et d'informaticiens<sup>(7)</sup>.

(7) Voir les notes du Conseil d'Analyse économique, n° 26, *Économie numérique* (par LANDIER A., COLIN N., MOHNEN P. et PERROT A.) et n° 36, *Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ?* (par BACACHE M. et PERROT A.).