

Big data et droit de la concurrence

Que retenir de l'étude conjointe menée par les autorités allemande et française de concurrence ?

Le 10 mai 2016, l'Autorité de la concurrence ("**Adic**") et le Bundeskartellamt ("**BKA**") ont publié une étude conjointe sur les enjeux concurrentiels de la collecte, du traitement et de l'utilisation des données par les entreprises. Tout en soulignant la nécessité d'une approche différenciée et d'une analyse au cas par cas, cette étude ébauche une analyse des comportements dans ce qu'il est convenu d'appeler l'économie de la donnée, fondée sur le traitement de données en masse ou "big data". Elle comprend essentiellement quatre axes que nous aborderons successivement.

Définition de la donnée et du big data

L'étude précise les notions de données et de big data tout en exposant en quoi ce dernier est au cœur de la stratégie concurrentielle de nombreuses entreprises.

L'on retiendra ainsi que du point de vue des autorités, les principales caractéristiques du big data tiennent au caractère massif des données traitées, à la vitesse de leur collecte et de leur traitement, permise par la puissance des processeurs et la sophistication des algorithmes, ainsi qu'à la diversité de leurs sources et de leur contenu.

La donnée dans l'analyse concurrentielle

L'étude fait l'inventaire des questions de concurrence liées aux données. Certaines d'entre elles méritent d'être soulignées.

Barrières à l'entrée

L'étude souligne que la détention de données peut constituer une barrière à l'entrée sur certains marchés lorsque ces données sont nécessaires pour s'y maintenir qu'il n'existe pas d'alternative en termes de volume ou de variété. Relevant le caractère très concentré de certains marchés liés aux données tels que les réseaux sociaux ou les moteurs de recherche, l'étude souligne l'importance des effets de réseau qui décuplent les avantages de l'opérateur en place par rapport aux nouveaux entrants.

Transparence du marché

Selon l'étude, le big data conduit à un accroissement "sans précédent" de la transparence des marchés. Si cette transparence bénéficie aux consommateurs, elle peut également faciliter la collusion en permettant aux entreprises de détecter plus rapidement une déviation à un équilibre collusif.

Les autorités pointent le risque que peut représenter le choix, par les entreprises, d'utiliser des algorithmes similaires pour fixer leurs prix.

Comportements d'exclusion

Les comportements d'exclusion liés à la donnée, tels qu'ils sont détaillés dans l'étude, sont relativement classiques. Ils sont de plusieurs ordres : refus d'accès à des données constitutives d'une infrastructure essentielle, conditions d'accès discriminatoires, exclusivités conclues avec les fournisseurs de données et ventes liées ou utilisation croisée des bases de données.

Discrimination par les prix

Les développements consacrés à la discrimination attirent particulièrement l'attention. Selon l'Adic et le BKA, la meilleure connaissance des clients grâce aux données facilite la discrimination par les prix. Une telle discrimination n'est toutefois pas nécessairement nocive. Elle peut permettre d'offrir des prix bas à certains consommateurs et leur permettre d'acheter des produits ou des services auxquels, sans la discrimination, ils n'auraient pas eu accès. L'étude va jusqu'à se demander si la discrimination par les prix relève par elle-même du droit européen de la concurrence, la question étant de savoir si elle a un effet sur la concurrence et non seulement sur le bien-être du consommateur (p.22).

Concurrence et protection des données personnelles

L'étude rappelle les termes de l'arrêt *Asnef Equifax* de la CJCE (C-238/05) selon lequel les considérations liées à la sensibilité des données personnelles ne relèvent pas en elles-mêmes du droit de la concurrence. Elle souligne toutefois que le non-respect des règles relatives à la protection des données personnelles peut suffire à établir l'existence d'une infraction au droit de la concurrence lorsque cette protection constitue un enjeu concurrentiel (p. 25). Ce constat fait écho à la procédure initiée par le BKA contre Facebook le 2 mars dernier.

Big data et pouvoir de marché

Pour qu'un comportement mettant en jeu des données soit anticoncurrentiel, il faut que ces données confèrent à l'entreprise en cause un certain pouvoir de marché. L'étude souligne ainsi que toute analyse concurrentielle menée dans le secteur de la donnée suppose de mesurer l'avantage économique que celle-ci confère à son détenteur. Plusieurs paramètres entrent en ligne de compte à cet égard.

Marchés multi-faces et effets de réseau

L'étude rappelle de façon désormais classique que l'analyse des marchés multi-faces doit être globale en ce sens qu'il ne s'agit pas d'examiner les effets d'une pratique sur une face du marché (par exemple, l'accès à des services gratuits de moteurs de recherche) sans tenir compte des autres faces (services de publicité, etc.).

Quant aux effets de réseau, l'étude souligne qu'ils ne sont pas nécessairement un élément négatif de l'analyse. S'ils peuvent contribuer à élever les barrières à l'entrée au profit de l'opérateur en place, ils peuvent également permettre un développement plus rapide des nouveaux entrants qui offrent des services innovants.

Multi-rattachement ("multi-homing")

Le fait que les consommateurs puissent, dans l'économie de la donnée, facilement être rattachés à plusieurs plateformes concurrentes (par ex., utilisation simultanée de plusieurs réseaux sociaux) est majoritairement perçu comme un facteur atténuant du pouvoir de marché. L'étude rappelle toutefois que ce raisonnement a certaines limites liées aux coûts de changement et à la nécessité, pour les plateformes concurrentes, de proposer des

services d'une qualité équivalente pour pouvoir rivaliser avec l'opérateur dominant (p. 29).

Dynamisme des marchés et innovation

L'étude relativise également ce facteur perçu comme un modérateur du pouvoir de marché. Elle souligne les difficultés parfois éprouvées par les nouveaux entrants à se maintenir durablement sur certains marchés digitaux. Elle cite le cas du réseau social Google+ qui a échoué à s'établir comme une alternative crédible aux réseaux en place.

Rareté des données

L'étude souligne que plus les données sont rares, plus elles donnent du pouvoir de marché à leur détenteur. Elle évoque les difficultés pratiques auxquelles peut se heurter la collecte des données. Elle relativise surtout l'idée, largement répandue, selon laquelle "*la donnée est partout*" (p. 44). Elle souligne que pour pouvoir rivaliser avec un opérateur qui détient certaines données et en retire un avantage concurrentiel, la question centrale est de savoir si des données véritablement substituables sont disponibles.

Variété et volume des données

L'étude rappelle que l'avantage conféré par un ensemble de données n'augmente pas nécessairement en fonction de sa taille, en citant le cas des informations nécessaires aux moteurs de recherches pour livrer leurs résultats. Elle souligne toutefois que dans les marchés plus "classiques", une telle corrélation existe plus souvent. Tel est le cas notamment des bases qui renferment des informations sur des clients ou des prospects.

Prochaines étapes

Dans la foulée de la publication de l'étude, l'AdIC a annoncé le lancement d'une enquête sectorielle approfondie sur les données, les stratégies commerciales et la concurrence dans l'économie numérique. De son côté, l'on sait que le BKA examine certaines pratiques mises en œuvre par Facebook concernant les conditions d'utilisation applicables aux données de ses utilisateurs.

L'étude peut être consultée en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

Contacts



Michaël Cousin
Avocat à la Cour
T: +33 1 53 53 56 92
michael.cousin@ashurst.com



Christophe Lemaire
Avocat à la Cour
T: + 33 1 53 53 54 62
christophe.lemaire@ashurst.com

Broadwalk House, 5 Appold Street, Londres EC2A 2HA T: +44 (0)20 7638 1111 F: +44 (0)20 7638 1112 www.ashurst.com.

Ashurst LLP est un limited liability partnership de droit anglais immatriculé en Angleterre et au Pays de Galles sous le numéro OC330252 et fait partie du Groupe Ashurst. Ashurst LLP est un cabinet d'avocats autorisé à exercer et réglementé par la Solicitors Regulation Authority d'Angleterre et du Pays de Galles sous le numéro 468653. Les avocats d'Ashurst LLP inscrits au Barreau de Paris sont régis par les règles applicables à la profession d'avocat à Paris. Le terme "associé" désigne les membres d'Ashurst LLP ou les collaborateurs ou consultants d'Ashurst LLP ayant un statut et des qualifications équivalents ou les personnes ayant un statut équivalent dans l'une des entités affiliées à Ashurst LLP. De plus amples informations concernant Ashurst sont disponibles sur notre site www.ashurst.com.
© Ashurst LLP 2016 Ref:5637272 Le 17 mai 2016