

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Pratiques unilatérales Chroniques

| Concurrences N° 4-2022 | pp. 71-81

---

### Marie Cartapanis

[marie.cartapanis@univ-amu.fr](mailto:marie.cartapanis@univ-amu.fr)

**Maître de conférences**

Université Aix-Marseille

---

### Frédéric Marty

[frederic.marty@gredeg.cnrs.fr](mailto:frederic.marty@gredeg.cnrs.fr)

**Chargé de recherche CNRS**

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice CIRANO, Montréal

---

### Anne Wachsmann

[anne.wachsmann@linklaters.com](mailto:anne.wachsmann@linklaters.com)

**Avocat**

Linklaters, Paris

# Pratiques unilatérales

## Marie Cartapanis\*

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférence

Université Aix-Marseille

## Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice et CIRANO, Montréal

## Anne Wachsmann\*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

## 1. Union européenne

**71** Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne infligeant une amende record à l'opérateur dominant pour avoir renforcé sa position dominante sur les marchés des services de recherche générale sur l'internet et des systèmes d'exploitation mobiles intelligents

Trib. UE, 14 sept. 2022, Google et Alphabet (Google Android), aff. T-604/18, EU:T:2022:541

## 2. France

**76** La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence rejetant pour défaut d'éléments probants une plainte pour imposition de conditions de transaction inéquitable et discriminatoires

CA Paris, 30 juin 2022, Groupe Canal+ c/ Autorité de la concurrence, RG n° 21/13216

**77** L'Autorité de la concurrence rend obligatoires par voie de décision les engagements proposés par une grande plateforme conduisant à la mise en conformité de ses pratiques avec la loi protégeant les droits voisins

Aut. conc., déc. n°22-D-13 du 21 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la presse

## 1. Union européenne

### Calcul de l'amende – Plateformes en ligne :

Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne infligeant une amende record à l'opérateur dominant pour avoir renforcé sa position dominante sur les marchés des services de recherche générale sur l'internet et des systèmes d'exploitation mobiles intelligents (Trib. UE, 14 sept. 2022, Google et Alphabet (Google Android), aff. T-604/18, EU:T:2022:541)

Dans un arrêt du 22 septembre 2022, le Tribunal de l'Union a confirmé, dans une large mesure, la décision de la Commission selon laquelle Google avait imposé des restrictions illégales aux fabricants d'appareils mobiles Android et aux opérateurs de réseaux mobiles, afin de consolider la position dominante de son moteur de recherche. Pour mieux tenir compte de la gravité et de la durée de l'infraction, le Tribunal inflige à Google une amende d'un montant de 4,125 milliards d'euros au terme d'un raisonnement qui diffère sur certains points de celui de la Commission.

Rappelons que la décision de la Commission, en date du 18 juillet 2018 intervenait dans un contexte d'affrontement politique entre les autorités américaines et européennes. Elle avait d'ailleurs suscité une vive réaction de la part de l'ancien président Donald Trump (qui avait déclaré sur Twitter “*I told you so! The European Union just slapped a Five Billion Dollar fine on one of our great companies, Google. They truly have taken advantage of the U.S., but not for long!*”).

La Commission reprochait notamment à Google d'imposer des restrictions contractuelles anticoncurrentielles aux fabricants d'équipements d'origine [ci-après “FEO”] et aux opérateurs de réseaux mobiles [ci-après “ORM”] afin de protéger et de consolider sa position dominante sur les marchés nationaux des services de recherche générale. Elle avait également assorti sa décision d'injonctions comportementales, exigeant qu'elle mette fin aux pratiques visées, à savoir la pré-installation d'applications telles Google Search, Chrome ou encore Play Store, et ses restrictions au développement de systèmes d'exploitation pour mobiles [ci-après SEM] dérivés (les clauses anti-fragmentation).

Ces pratiques s'inscrivaient dans le contexte du développement de l'internet mobile. Google avait mis en place une stratégie globale destinée à occuper l'espace sur l'internet mobile et à diriger le trafic internet des appareils Google Android vers le moteur de recherche Google. Dans ce cadre, trois séries de restrictions contractuelles avaient été identifiées. D'abord, des restrictions insérées dans les accords de distribution des applications mobiles [ci-après “ADAM”] par lesquels Google imposait aux FEO de préinstaller ses applications de recherche générale (Google Search) et de navigation (Chrome), avant de pouvoir obtenir une licence d'exploitation pour sa boutique d'applications (Play Store). Ensuite, des restrictions insérées dans les accords anti-fragmentation [ci-après “AAF”] en vertu desquels les FEO qui souhaitaient préinstaller des applications Google ne pouvaient pas vendre d'appareils fonctionnant sur des versions d'Android non approuvées par Google. Enfin, des restrictions insérées dans les accords de partage des revenus [ci-après “APR”] en vertu desquels Google accordait aux FEO et aux ORM un pourcentage de ses recettes publicitaires à condition qu'ils aient accepté de ne pas préinstaller de service de recherche concurrent sur l'un quelconque des appareils faisant partie d'un portefeuille défini d'un commun accord (“APR par portefeuille”).

Le recours formé par Google est pour l'essentiel rejeté par le Tribunal, qui n'a accueilli que le troisième moyen et la première branche du cinquième moyen. Mais l'arrêt est particulièrement riche d'enseignements.

\* Avec la participation de Nicolas Zacharie, avocat, Linklaters, Paris

Les premiers portent sur le cadre d'analyse des pratiques mises en œuvre dans un "écosystème numérique". L'on trouve notamment des développements sur le contexte de la concurrence entre "écosystèmes", interrogeant les liens de concurrence entre les systèmes *Google* et *Apple*, sur la méthode de délimitation du marché pertinent ou encore sur l'appréciation de la position dominante. Les autres apports de l'arrêt portent sur l'analyse qui est faite du caractère abusif de certains points essentiels du modèle des systèmes d'exploitation mobiles ouverts que cela soit au point de vue technique avec les clauses anti-fragmentation que du point de vue économique avec la pré-installation d'applications d'une part et les clauses de partage de revenus d'autre part. La balance des effets qui sous-tend ces évaluations est particulièrement révélatrice quant aux marges de manœuvre dont peut disposer le pivot tel d'un écosystème face aux possibles griefs d'entrave à la concurrence inter-écosystèmes ou de biais dans la concurrence intra-écosystème. Si les appréciations de la Commission ont été validées par le Tribunal en ce qui concerne les effets des pré-installations et des clauses de fragmentations, elles ont été rejetées pour ce qui est des effets d'éviction résultant des accords de partage de revenus, attestant une fois encore de la vulnérabilité du recours au test du concurrent aussi efficace dans le cadre du contrôle juridictionnel.

Notre commentaire se structure comme suit. Une première section s'attache à la discussion de la position dominante. Une deuxième section porte sur celle des restrictions liées à la pré-installations de certaines applications. Une troisième section s'attache à l'effet des clauses de partage de revenus. Une quatrième section traite de l'analyse des clauses anti-fragmentation. Une cinquième section est consacrée aux dimensions reliées aux droits de la défense et à la fixation du quantum de l'amende.

## La position dominante dans le contexte de la concurrence entre écosystèmes

C'est donc, d'abord, sur la question de la concurrence entre écosystèmes que l'arrêt apporte des éléments d'analyse. À l'époque des faits reprochés, le contexte concurrentiel des systèmes d'exploitation pour mobile se dessinait avec, pour les principaux, l'iOS d'*Apple*, *BlackBerry OS*, *Android*, *Windows 10 Mobile*, et d'autres systèmes d'exploitation souvent "open source", parmi lesquels les "fork Android", qui s'appuient sur le code source d'*Android*.

Dans ce paysage concurrentiel, *Google* reprochait à la Commission d'avoir qualifié la concurrence exercée par *Apple* et l'iOS de seule "contrainte indirecte", insuffisante pour remettre en cause les positions dominantes détenues par *Google*, alors qu'elle aurait dû tenir compte de la concurrence entre écosystèmes.

Sur cette question, le tribunal prend soin de rappeler les contours de la concurrence entre écosystèmes. Sans en proposer une définition exhaustive, l'arrêt retient qu'un écosystème "réunit et fait interagir au sein d'une plateforme plusieurs catégories de fournisseurs, de clients et de consommateurs ; les produits ou services qui font partie des marchés pertinent qui composent cet écosystème peuvent s'imbriquer ou être connectés les uns aux autres en considération de leur complémentarité horizontale ou verticale" (pt 116

de l'arrêt). Chaque marché pertinent constitue, en somme, une composante d'un système de dimension globale, lui-même soumis à des contraintes concurrentielles internes ou en provenance d'autres systèmes. L'examen du pouvoir de marché d'une entreprise doit, dès lors, s'opérer en plusieurs niveaux, et implique de mesurer, non seulement le degré de domination, mais également son étendue.

C'est dans ce contexte de marchés "distincts mais interconnectés" (pt. 129) que le tribunal examine, ensuite, les griefs faits à la Commission et portant sur la délimitation du marché pertinent.

Après avoir rappelé les méthodes traditionnelles de la délimitation du marché pertinent, le juge concède que leur mise en œuvre nécessite parfois un examen plus circonstancié, allant au-delà de cette seule segmentation en marchés, afin de mieux apprécier les contraintes concurrentielles prévalant sur ces marchés et la position économique détenue par l'entreprise concernée (pt 114.). Or, cela est particulièrement le cas pour les marchés relevant, comme en l'espèce, de l'économie numérique (pt 115). Et, en effet, on sait que sur ce type de marché, les paramètres concurrentiels tels quels les prix ou les parts de marché peuvent être insuffisants, face à d'autres variables, parmi lesquelles on trouve, notamment, l'innovation, l'accès aux données ou le comportement des utilisateurs.

C'était donc là, la première branche du moyen. Dans la décision attaquée, la Commission avait considéré que les SE sans licence ne faisaient pas partie du même marché que les SE sous licence et que les contraintes concurrentielles provenant des SE sans licence d'*Apple* et de *BlackBerry* étaient insuffisantes. Le tribunal reprend cette analyse, estimant qu'il ne ressort pas des éléments de preuve invoqués par *Google* qu'*Apple* exerce une contrainte concurrentielle à même de l'empêcher de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.

Pour délimiter le marché des SE sous licence, la Commission avait pris en considération le fait, non contesté par *Google*, que les FEO n'avaient pas accès aux SE sans licence, parmi lesquels on trouve, notamment, l'iOS d'*Apple*. Elle avait, en somme, différencié deux stratégies de marché distinctes : l'intégration verticale fermée (*Apple*) et le *licensing* (*Google*).

Or, *Google* faisait valoir une contrainte exercée par *Apple* en termes de progrès et d'innovation : selon l'entreprise, la Commission avait écarté à tort les investissements réalisés par *Google* pour développer son système *Android* et la régularité des innovations. Mais les preuves apportées par *Google* n'ont pas suffi. Car si les documents fournis par *Google* montraient en effet une "perception" de concurrence, ils ne faisaient qu'attester l'existence d'une relation de concurrence entre *Google* et *Apple* sans permettre d'en évaluer l'importance ou être de nature à en établir le caractère significatif au regard du pouvoir détenu par *Google* sur le marché des SE sous licence. Les arguments fondés sur la contrainte exercée par la course à l'innovation sont également écartés. Selon le tribunal en effet, les investissements de *Google* aux fins du développement d'*Android* ne sauraient, à eux seuls, s'expliquer par l'importance de la concurrence exercée par *Apple* sur *Google* (pt 149).

C'est aussi la méthode de définition du marché pertinent qui était remise en cause. Dans sa décision, la Commission avait considéré que les SE sans licence n'appartenaient pas au même marché que les systèmes d'exploitation sous licence du fait d'une contrainte indirecte et insuffisante en ce qui concerne les utilisateurs et les développeurs d'applications. Mais en matière de plateformes, la question de la méthode de définition du marché pertinent peut poser question, notamment parce que la mise en œuvre du test du monopoleur hypothétique peut être remise en cause par la structuration des prix sur plusieurs marchés (ou faces d'un marché). Pour pallier cette difficulté, la Commission avait mis en œuvre le test fondé sur la qualité, le "test dit *Small but Significant and Non Transitory Decrease in Quality*" (SSNDQ), suggéré notamment par l'OCDE pour les marchés dits "à prix zéro". Le test consiste à examiner l'hypothèse d'une dégradation légère, mais significative et non provisoire, de la qualité d'*Android*.

Le Tribunal valide là l'approche de la Commission et, par la même, le recours à ce test. Il estime en effet qu'en présence d'un produit qui pouvait difficilement donner lieu au test classique du monopoleur hypothétique visant à vérifier la réponse du marché à une augmentation légère, mais significative et non provisoire du prix d'un bien (SSNIP), le test SSNDQ qui envisage la dégradation de la qualité du produit en cause constituait bien un indice pertinent pour définir le marché pertinent. La concurrence entre entreprises peut certes se manifester en termes de prix, mais également sur le terrain de la qualité et sur celui de l'innovation.

Quant aux informations nécessaires à la réalisation du test, le tribunal est conciliant. Il estime en effet que la définition d'un standard quantitatif précis de dégradation de la qualité du produit ciblé ne saurait être un prérequis à la mise en œuvre du test SSNDQ. Seule importe l'idée selon laquelle la dégradation de la qualité demeure légère, tout en étant significative et non provisoire (pt. 180). C'est donc à juste titre que la Commission a envisagé la dégradation de la qualité d'*Android* au moyen du test SSNDQ.

S'agissant de la domination de *Google*, la deuxième branche du moyen portait sur la position dominante détenue par *Google* sur le marché des boutiques d'application. À cet égard, la Commission avait également défini ce marché, en y incluant l'ensemble des boutiques d'applications destinées aux appareils *Google Android* et aux autres appareils fonctionnant sous *Android*. Cela n'est pas sans rappeler l'affaire *Microsoft*, à la différence qu'il n'existe pas de substitut à *Google Play*, l'*App Store* étant réservé aux utilisateurs d'*iPhone* pour opposer une concurrence crédible.

Sur ce marché, la Commission avait donc considéré que *Google* détenait une position dominante avec le *Play Store*. Pour cela, plusieurs critères avaient été utilisés : les parts de marché, le nombre et la popularité des applications téléchargeables, l'accessibilité aux mises à jour, l'obligation d'utiliser le *Play Store* pour bénéficier des services de *Google Play*, l'existence de barrières à l'entrée, ou encore l'absence d'une puissance d'achat compensatrice des FEO. La Commission avait par ailleurs estimé que la contrainte concurrentielle des boutiques d'applications pour les SE mobiles sans licence était insuffisante.

Cette analyse a été contestée par *Google*, sous deux volets. D'une part, *Android* et le *Play Store* sont interdépendants et simultanément compétitifs : la dominance de l'un ne peut être dissociée de celle de l'autre. D'autre part, en dissociant le *Play Store* d'*Android*, la Commission n'aurait pas tenu compte de la concurrence exercée par *Apple*. Mais c'était sans intégrer le fait que, contrairement à *Android*, *iOS* ne disposait que d'une seule boutique d'applications et ne pouvait, pour ce seul motif, en être dissocié. En ce sens, le *Play Store* et l'*App Store* se faisaient tous les deux concurrence à travers le système auquel ces boutiques appartenaient, *Android* et *iOS* (pt 246).

*In fine*, l'argumentation de *Google* souffrait d'une contradiction, puisque, au soutien des première et deuxième branches du premier moyen, l'entreprise contestait isolément la définition ainsi que sa position sur les marchés des systèmes d'exploitation sous licence et des boutiques d'applications *Android*, tout en sollicitant la prise en compte de la concurrence entre écosystèmes (pt 269). La Commission avait d'ailleurs reconnu que l'*iOS* tout comme l'*App Store* d'*Apple* pouvaient exercer un certain degré de contrainte sur *Google*. Mais cela ne permettait pas de présumer la contrainte concurrentielle d'*Apple*. Bien au contraire, la firme à la pomme n'est pas, a priori, susceptible d'influencer la position dominante de *Google* sur les marchés nationaux des services de recherche générale. *Apple* bénéficiait, durant la période infractionnelle, d'un accord de partage de recettes conditionné à la définition par défaut de *Google Search* sur son navigateur Internet mobile, *Safari*. Et, du fait de cet accord, *Apple* n'était pas incitée à intervenir sur ces marchés pour concurrencer *Google Search* (pt 272). Pour ces raisons, les moyens sont rejetés.

## Discussion sur le caractère abusif des pré-installations

La question de l'effet de la pré-installation de certaines applications est d'autant plus intéressantes à traiter qu'elle s'inscrit dans une problématique très contemporaine relative aux architectures de choix trompeuses (*dark patterns*). De nombreux articles de recherche et rapports d'autorités de concurrence montrent qu'il est possible de manipuler les choix individuels et donc de fausser la concurrence en jouant sur les biais cognitifs des consommateurs. Parmi, les biais qui peuvent ainsi être instrumentalisés à des fins stratégiques figurent les biais de *statu quo* qui sont centraux dans ce volet de la décision *Android*.

En l'espèce, le Tribunal doit se prononcer sur l'effet anti-concurrentiel des accords de distribution des applications mobiles [ci-après ADAM] par lesquelles *Google* imposait aux fabricants d'équipements [ci-après "FEO"] de pré-installer *Google Search* et *Google Chrome*, c'est-à-dire le moteur de recherche et le navigateur internet de *Google* pour pouvoir accéder à *Google Play*, le magasin d'applications, qui fait figure pour les consommateurs de *must-have*.

La question concurrentielle tient à la qualification des effets d'éviction d'une pratique de ventes liées. Si une éviction d'un concurrent n'est pas forcément anticoncurrentielle, dès lors qu'elle est basée sur les mérites et a pour effet la sortie du marché (ou la marginalisation) d'un

concurrent moins efficace que l'opérateur dominant, elle peut le devenir si ce dernier instrumentalise sa position de marché pour évincer un compétiteur aussi efficace que lui. Son comportement peut alors être qualifié d'anticoncurrentiel que ses effets se produisent sur le marché dominé ou sur un marché connexe. À ce titre, des pratiques de ventes liées peuvent recevoir une telle qualification.

Dans le cas d'espèce il s'agissait de déterminer si les consommateurs avaient effectivement toujours l'incitation à télécharger des applications de recherche et de navigation concurrentes (sachant que la capacité de le faire n'était pas questionnée). La caractérisation de l'effet d'éviction doit en l'espèce être non seulement "potentielle" mais "concrète" sachant que les pratiques en cause se sont déroulées de 2011 à 2018. L'estimation de cette capacité repose ici sur un passé alternatif et non sur un futur alternatif dans la mesure où le contrefactuel utilisable est celui d'un marché dans lequel les clauses en cause n'auraient pas été imposées.

Le Tribunal dans son analyse de la décision de la Commission doit donc successivement considérer les effets du couplage entre, d'abord, *Google Search* et *Google Play* et, ensuite, entre *Google Chrome* et *Google Play* d'une part et *Google Search* d'autre part, pour apprécier la restriction de concurrence. Pour la Commission, le premier couplage rendait plus difficile l'entrée des concurrents sur le marché et diminuait les incitations au développement de moteurs de recherche concurrents. Le second couplage conduisait à doter *Google* d'un avantage que ses concurrents 'non intégrés verticalement' ne pouvaient répliquer.

*Google* argue que la Commission n'a pas apporté la preuve de l'effet restrictif de ses pratiques. Pour le requérant, la clause contractuelle exigeait seulement que les icônes concernées figurent sur l'écran d'accueil sans empêcher l'installation d'applications concurrentes ou exiger une moindre visibilité. L'exigence était seulement de ne pas préinstaller exclusivement les applications de recherche et de navigation concurrentes sur les appareils devant accéder au *Play Store*. De plus il ne s'agissait que d'une pré-installation et non d'une installation par défaut ou encore d'une installation privilégiée.

Le Tribunal a suivi la Commission dans son appréciation de l'avantage concurrentiel procuré par une pré-installation. Il confirme également sa position selon laquelle la clause contractuelle réduit les incitations des fabricants d'équipements à installer en parallèle aux applications pré-installées par *Google*. En outre, il confirme l'analyse de la Commission selon laquelle l'effet de verrouillage lié à la pré-installation (les accords de distribution ADAM) se renforçait mutuellement avec les clauses de partages de revenus (les "APR"). Pour rappel, les APR sur lesquelles nous reviendrons dans notre prochaine section étaient des clauses de partage de revenus conduisant *Google* à reverser un pourcentage de ses recettes publicitaires aux fabricants de téléphones mobiles qui acceptent de ne pas pré-installer un service de recherche concurrent à *Google Search* à la fois en fonction des terminaux (APR par appareil) ou en fonction de leur portefeuille de produits (APR par portefeuille). Le Tribunal confirme la position de la Commission considérant que le jeu de ces clauses exclut les navigateurs et les services de recherche concurrents

au regard des incitations qui sont celles des fabricants de terminaux. Une pré-installation exclusive de ces derniers priverait en effet les consommateurs d'un accès au *Play Store*.

Malgré l'acceptation par le Tribunal de certains des arguments avancés par *Google* pour montrer que la pré-installation d'applications tierces était possible, il n'en valide pas moins la position de la Commission : la possibilité pour les consommateurs de télécharger des applications concurrentes et de modifier les réglages par défaut ou celle pour les fabricants de préinstaller d'autres applications n'ont pas eu un effet suffisant pour contrecarrer les effets de verrouillage de la situation concurrentielle. *Google* n'a pas, en outre, et selon le Tribunal, apporté suffisamment d'éléments de nature à expliquer le statu quo par des arguments tenant à sa supériorité qualitative ou sur la base des circonstances spécifiques en matière juridique ou économique.

Par exemple, le Tribunal n'a pas repris ses arguments développés par le requérant dans le cadre de sa défense sur la base de l'efficacité. La pré-installation pourrait en effet se justifier dans le cadre de la logique d'un modèle d'affaires biface au travers de la captation de flux de données permettant de mettre en œuvre un mécanisme de subventions croisées au profit des utilisateurs. La pré-installation serait alors un moyen d'amortir les investissements au travers de la monétisation des flux de données. Si l'argument peut être recevable en termes économiques, il revient, dans la procédure concurrentielle européenne, à l'entreprise mise en cause de justifier sa pratique. Elle doit, en d'autres termes, montrer que son comportement est objectivement nécessaire et que les effets d'éviction induits sont plus que compensés par les gains d'efficacité qui en résultent, lesquels doivent de surcroît profiter aux consommateurs. En l'espèce le Tribunal considère que l'entreprise n'a apporté que des éléments vagues et généraux ne satisfaisant pas à la charge de la preuve qui incombe au défendeur.

## Evaluation du caractère abusif des clauses de partage de revenus

Si en matière de défense sur la base de l'efficacité, la charge de la preuve pèse sur l'entreprise mise en cause, en matière de caractérisation de la théorie du dommage, elle pèse sur l'autorité chargée de la mise en œuvre des règles de concurrence. En l'espèce, si la Commission avait établi dans sa décision de juillet 2018 que les mécanismes de paiements conditionnés à la pré-installation du service de recherche de *Google* sur un ensemble de terminaux mobiles prédéfini contractuellement était de nature à engendrer une éviction anticoncurrentielle, le Tribunal s'écarte de son analyse et considère qu'elle n'a pas satisfait au standard requis.

La Commission avait en effet considéré que ces mécanismes d'APR par portefeuille (et non les APR par appareil) comportaient des paiements d'exclusivité. Elle considérait que ces clauses couvraient un vaste segment des terminaux commercialisés et qu'elles avaient la capacité d'évincer des concurrents au moins aussi efficaces que l'opérateur dominant. Restait cependant à en apporter la preuve au regard des circonstances propres de l'espèce. Conformément aux principes posés par la Cour

de Justice dans son arrêt Intel du 6 septembre 2017 (*Intel / Commission*, C-413/14P, EU : C : 2017 : 632, pts 137 et 138), la Commission est tenue d'analyser le taux de couverture du marché par la pratique en cause, les conditions et les modalités de déclenchement des paiements, leur durée, leur montant et l'existence d'une stratégie visant à évincer des concurrents au moins aussi efficaces.

C'est dans la perspective de cette démonstration que la Commission peut être amenée à réaliser un test du concurrent aussi efficace telle qu'elle l'a défini dans ses orientations de février 2009 relatives à ses priorités en matière d'application de l'article 82 (actuel 102) aux abus d'éviction (JOCE 2009, C45, p.7). Ce test vise dans le cas présent à s'assurer qu'un concurrent aussi efficace que *Google* aurait été en mesure d'égaliser ou de surenchérir aux paiements réalisés. Il s'agit donc de s'assurer qu'un concurrent doté des mêmes coûts que *Google* aurait pu avoir un intérêt économique à s'adjuger la part contestable des services de recherche couverte par les contrats APR par portefeuille. Ce test n'est en aucun cas un passage obligé pour démontrer la possibilité d'une telle éviction mais s'il est réalisé par la Commission dans le cadre de sa décision, le Tribunal doit dans son contrôle juridictionnel vérifier s'il a été mené de façon suffisamment rigoureuse pour satisfaire à la charge de la preuve qui pèse sur la Commission.

Si le Tribunal reconnaît que ces mécanismes reviennent à la mise en œuvre de paiements d'exclusivité et peuvent procéder d'une stratégie d'éviction, il s'écarte de la position de la Commission dans l'appréciation de leur capacité d'éviction de la concurrence. Premièrement, il ne suit pas la Commission dans son évaluation de la part de la demande couverte par le mécanisme d'exclusivité. Le niveau de couverture des APR par portefeuille lui apparaît non significatif. Ce faible taux de couverture est un premier élément venant mettre en cause l'analyse de la Commission, le second tient en des erreurs de méthodologie d'évaluation des coûts dans la réalisation du concurrent aussi efficace. En l'espèce, la Commission a surestimé les coûts retenus. Elle réduit donc d'autant la marge d'un concurrent aussi efficace et mésestime ainsi sa capacité à reproduire les offres incitatives de *Google* en termes de partage de revenus. Elle n'a pas pris en compte les coûts marginaux de l'opérateur mis en cause mais des coûts issus d'un document fournis par un tiers. Elle s'est donc mise en faute en ne cherchant pas à corroborer ces coûts au moyen d'une demande d'informations. Au-delà de cette erreur sur le benchmark de coûts, la Commission en a commis une seconde en partant, de façon infondée, de la prémisse qu'un concurrent aussi efficace ne pourrait contester que 12% de la demande.

Ainsi, une fois de plus après les arrêts *Intel* et *Qualcomm*, la réalisation du test aussi efficace conduit à l'annulation – ici partielle – d'une décision de la Commission. Cette méthode basée sur un benchmark de coûts induit donc à nouveau une réelle fragilité dans l'application des règles de concurrence aux abus d'éviction basés sur les prix (voir notamment Caffara C., (2022), “*The EU General Court confirms Android abuse of dominance through tying, with the real legacy of the case extending far beyond (Google Android)*”, e-Competition, n°108801). Au moins, ce test témoigne-t-il de l'existence d'un recours juridictionnel

effectif apte à corriger les erreurs matérielles dans la réalisation des tests et à prévenir l'éviction d'un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant, si tant est qu'un nouvel entrant puisse l'être quelle que soit la nature du marché en cause...

## La confirmation de l'effet d'éviction lié aux clauses anti-fragmentation

Le Tribunal confirme cependant l'évaluation faite par la Commission du caractère restrictif des accords anti-fragmentations (AAF) qui empêchaient les fabricants de terminaux qui souhaitaient accéder aux applications de *Google* de ne pas vendre d'équipements basés sur des fourches d'*Android* (des *forks*) non approuvés par *Google*. Les fourches sont en l'espèce de nouvelles versions d'*Android* (disponible en open source) qui peuvent diverger au gré des développements de la version de *Google* et potentiellement donner naissance à un écosystème alternatif.

Si *Google* n'interdit pas l'utilisation de ces fourches, il soumet les contrats avec les équipementiers à un processus de certification technique de celles-ci (un test de compatibilité – ci-après STC). Une fourche qui n'a pas fait l'objet de cette certification est considérée comme incompatible. Les arguments avancés par *Google* relèvent d'une défense sur la base de l'efficacité en ce que la restriction induite de concurrence fait l'objet d'une défense sur la base de l'efficacité notamment basée sur la garantie pour le consommateur et les autres membres de l'écosystème d'une garantie de fiabilité, de sécurité, d'interopérabilité et d'une facilitation des développements. Les effets restrictifs sont de surcroît considérés comme spéculatifs ou erronés, *Google* considérant que les fourches aujourd'hui disparues, *Amazon Fire OS* et *Alibaba Aliyun OS* ne pouvaient relever d'un tel scénario d'éviction anticoncurrentielle.

Le Tribunal, à l'inverse, reprend les arguments de la Commission. D'une part, il retient l'intention anticoncurrentielle en considérant que les clauses contractuelles visaient bien à entraver le développement des fourches non compatibles. D'autre part, il considère que l'effet d'éviction peut être retenu en regard des conséquences pour les deux fourches citées supra de l'indisponibilité de l'accès au *Play Store* de *Google*. Il rejette en outre les justifications objectives avancées par *Google* quant à cette restriction.

## Droits de la défense et montant de l'amende

Si le caractère anticoncurrentiel de ces pratiques est confirmé, la méthodologie mise en œuvre par la Commission a toutefois été mise en cause sur un point. En qualifiant l'une des pratiques visées (celle d'avoir conditionné, dans le cadre de certains APR, un partage de revenus avec des FEO et ORM, à la préinstallation exclusive de *Google Search* sur un portefeuille prédéfini d'appareils), de quatrième abus de position dominante sans pour autant en avoir démontré le caractère abusif de manière autonome, le Tribunal réforme l'article 2 de la décision (pt 1029 et s.). Cette annulation partielle n'affecte pas, toutefois, la validité globale du constat d'infraction.

C'est donc en mettant en œuvre sa compétence de pleine juridiction, reconnue à l'article 31 du règlement 1/2003, que le juge de l'Union a sur ce point réformé la décision de

la Commission. Il a tenu compte, notamment, du caractère délibéré de la mise en œuvre des pratiques en cause et de la valeur des ventes pertinentes réalisées par *Google* lors de la dernière année de sa participation complète à l'infraction, de l'évolution dans le temps des différents aspects du comportement reproché. L'amende est, en conséquence, réduite à 4, 125 milliards d'euros.

M. C. & F. M. ■

## 2. France

**Abus de dépendance économique – Défaut d'éléments probants – Rejet :**  
La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence rejetant pour défaut d'éléments probants une plainte pour imposition de conditions de transaction inéquitable et discriminatoires (*CA Paris, 30 juin 2022, Groupe Canal+ c/ Autorité de la concurrence, RG n° 21/13216*)

Par un arrêt du 30 juin 2022, la Cour d'appel de Paris [ci-après la "Cour d'appel"] a confirmé la décision du 11 juin 2021 de l'Autorité de la concurrence [ci-après "l'Autorité"] qui avait rejeté pour défaut d'éléments probants une saisine de la société groupe Canal+ [ci-après "*GCP*"].

Dans cette affaire, *GCP* estimait que la Ligue de Football Professionnel [ci-après la "LFP"] avait abusé de sa position dominante en imposant des conditions de transaction inéquitable et discriminatoires dans le cadre des modalités de remise sur le marché des droits de diffusion de matchs de football restitués par *Mediapro*.

Il convient de rappeler que la LFP dispose d'un mandat exclusif des clubs professionnels de football en France pour commercialiser les droits de diffusion télévisuelle des matchs de la Ligue 1 et de la Ligue 2. Elle avait ainsi organisé au cours de l'année 2018 un appel d'offres pour la période 2020-2024 découpé de sept lots. *Mediapro* avait remporté les lots 1, 2, 4, 5 et 7, *beIN Sports* le lot 3 et *Free* le lot 6.

Par un accord conclu en février 2020, *beIN Sports* avait ensuite donné en sous-licence l'exploitation du lot 3 à *GCP* qui, de ce fait, en assurait la diffusion. Cet accord prévoyait que *GCP* paie à *beIN Sports* un montant sensiblement équivalent au montant d'attribution du lot 3 à l'issue de l'appel d'offres de 2018.

Au cours de l'exploitation de ses lots, *Mediapro* a connu de graves difficultés financières et n'a pas été en mesure d'honorer ses échéances auprès de la LFP. Son contrat avec la LFP a alors été résilié par anticipation à la fin de l'année 2020, avec pour conséquence la remise sur le marché des lots initialement détenus par *Mediapro*.

Dans ce contexte, *GCP* et *beIN Sports* considéraient que le lot 3 était indissociable des lots 1 et 2 remis sur le marché et, qu'il devait donc être également mis un terme

à l'accord liant *beIN Sports* et la LFP sur ce lot. À l'inverse, la LFP contestait l'indissociabilité des lots 1, 2 et 3 et n'avait au demeurant aucun intérêt à dénoncer son contrat avec *beIN Sports*.

La LFP a alors procédé à un nouvel appel d'offres dès janvier 2021 sur les lots 1, 2, 4, 5 et 7 précédemment détenus par *Mediapro*. *GCP* et *beIN Sports* n'ont pas candidaté et cette consultation s'est en définitive révélée infructueuse, les prix de réserve n'ayant pas été atteints par les candidats (*Amazon, Discovery* et *DAZN*). Les discussions se sont alors poursuivies entre la LFP et *GCP* qui ont conclu un accord couvrant les droits de diffusion pour la seule fin de saison 2020/2021.

Dans sa décision, l'Autorité a défini le marché pertinent comme étant celui de l'achat des droits de diffusion des matchs de la Ligue 1 sur lequel elle a constaté la position dominante de la LFP. Elle a ensuite rejeté les accusations d'abus de position dominante résultant (i) de l'imposition de conditions de transaction inéquitable et (ii) d'un traitement discriminatoire (Aut. Conc., décision n° 21-D-12 du 11 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre par la Ligue de Football Professionnel dans le secteur de droits de diffusion télévisuelle de compétitions sportives, comm. Anne Wachsmann, Concurrences 3-2021, p. 101).

Devant la Cour d'appel, *GCP* a contesté la décision de l'Autorité en faisant valoir un moyen pris d'un défaut de motivation et un moyen pris d'une violation de l'article L.462-8 C. com..

S'agissant du défaut de motivation, *GCP* contestait le fait que l'Autorité avait examiné la question de la discrimination lors de l'appel d'offre de 2021 alors que ce qui était visé par *GCP* dans sa plainte correspondait à une discrimination entre l'appel d'offres de 2018 et celui de 2021 qui aurait entraîné des désavantages concurrentiels majeurs à son égard.

La Cour d'appel rappelle que l'obligation de motivation ne consiste pas à répondre à l'intégralité des arguments des parties, mais à énoncer les considérations de fait et de droit qui constituent le fondement d'une décision (§59).

En l'espèce, la Cour d'appel a considéré que la décision est suffisamment motivée en ce que l'Autorité a examiné la structuration des lots, les conditions dans lesquelles les lots attribués à *Mediapro* ont cessé d'être commercialisés de manière anticipée et la situation des acheteurs lors de l'appel d'offres de 2021. Conformément au principe rappelé, il n'était donc pas nécessaire pour l'Autorité de répondre aux autres points (§63).

En second lieu, la Cour d'appel rejette le moyen fondé sur une violation de l'article L.462-8 C. com., c'est-à-dire le défaut d'éléments suffisamment probants, tant s'agissant des prétendues pratiques de discrimination que des pratiques d'imposition de conditions de transaction inéquitable.

Dans les deux cas, la Cour d'appel examine tout d'abord le respect du standard de preuve. Elle rappelle que les parties saisissantes doivent apporter des éléments de nature à rendre vraisemblable les atteintes à la concurrence alléguées (§77).

Or, pour les motifs rappelés ci-dessus, l'Autorité avait effectivement démontré que le comportement de la LFP n'était pas de nature à rendre vraisemblable une pratique de discrimination (§80). De plus, s'agissant de l'imposition de conditions prétendument inéquitables, *GCP* aurait dû démontrer non seulement en quoi le comportement de la LFP paraissait vraisemblablement inéquitable mais également le caractère déraisonnable du comportement de la LFP. Sur ce dernier point, la Cour d'appel rappelle qu'une entreprise en position dominante doit pouvoir défendre ses propres intérêts commerciaux lorsque ceux-ci sont attaqués, à condition d'agir de manière "raisonnable" (§111). Or, l'Autorité n'avait pas relevé qu'il existait une telle action déraisonnable de la LFP dans un contexte où cette dernière défendait ses intérêts financiers et partant ceux des clubs de football professionnels.

Quant à l'existence, ensuite, d'éléments suffisamment probants, la Cour d'appel rejette l'argument de *GCP* qui prétendait que les lots devaient être considérés comme indissociables. Au contraire, sur le marché en cause et dans le respect de la législation applicable, les lots doivent être distincts, c'est-à-dire avoir chacun leur intérêt propre et être doté d'une attractivité autonome et susceptible d'intéresser les diffuseurs (§82). Au-delà de cette règle, la Cour d'appel constate qu'aucun caractère indissociable n'aurait existé de fait compte tenu des mécanismes d'attribution des lots et de leur mise en œuvre. *GCP* n'a pas non plus démontré que les conditions de l'appel d'offres en 2018 auraient été faussées, notamment par *Mediapro*.

Enfin, s'agissant du caractère prétendument inéquitable de la transaction, pour la Cour d'appel l'Autorité a, par des motifs pertinents, démontré que la LFP n'avait aucune obligation de résilier, ni aucun intérêt à le faire, le lot 3 qui était sa principale source de revenus, dans un contexte où la LFP devait défendre les intérêts matériels du football professionnel et donc poursuivre un objectif de maximisation des recettes. Enfin, les conditions de conclusion de ce contrat avec *beIN Sport* n'avaient pas été contestées et ce même contrat était parfaitement exécuté.

La Cour d'appel rejette en conséquence le recours en annulation formé par *GCP*.

A. W. & N. Z. ■

## **Presse – Procédure d'engagements – Plateformes numériques : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires par voie de décision les engagements proposés par une grande plateforme conduisant à la mise en conformité de ses pratiques avec la loi protégeant les droits voisins (*Aut. conc., déc. n°22-D-13 du 21 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la presse*)**

La décision de l'Autorité qui rend obligatoires les engagements de *Google* s'inscrit dans le cadre du débat sur l'équilibre économique des relations entre les grandes plateformes, jouant le rôle d'agrégateurs d'informations ou de point d'entrée à la recherche d'information en ligne,

et la presse écrite. Les capacités des premières à générer du trafic Internet à partir de liens vers des informations produites par les éditeurs et les agences posent la question de l'appropriation des revenus générés. S'il s'avère que les utilisateurs se limitent à consulter une courte présentation illustrée de l'article – le *snippet* – c'est la plateforme qui pourra s'approprier les revenus liés à l'information, ce qui compromettra l'équilibre économique des éditeurs.

En effet, deux enjeux sont à prendre en considération dans le secteur de la presse. Le premier est la valeur intrinsèque du pluralisme et le second tient à la préservation pour les acteurs du monde de la presse des incitations et des capacités à produire des informations de qualité, lesquelles sont nécessaires au débat démocratique. Les difficultés d'appropriation des revenus publicitaires liés à la consultation des informations en ligne sont de nature à aggraver la tendance à une concentration du secteur, par affaiblissement de ses acteurs, et à une réduction de la qualité des contenus. L'adoption de la loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 sur les droits voisins visait à répondre à ce problème. La décision de l'Autorité met un point final à un contentieux noué entre *Google*, des agences et des éditeurs de presse autour de l'application de ses dispositions.

Notre commentaire se structure comme suit.

Une première section présente succinctement la question économique sous-tendant le débat autour des droits voisins. Une deuxième section présente un historique du contentieux. Une troisième section traite de la légitimité de la procédure d'engagements dans le cas d'espèce. Une quatrième et dernière section porte sur la discussion des engagements en eux-mêmes en discutant successivement les résultats du test du marché et la portée des engagements rendus définitifs par la décision de l'Autorité.

## **Droits voisins et équilibre économique des éditeurs et agences de presse**

La problématique économique sous-tendant le cas tient à l'inéquitable répartition des retombées liées à l'accès aux contenus informationnels mis à disposition des internautes par les plateformes. Celles-ci accroissent très significativement la visibilité des contenus produits par la presse mais se voient accusées par les entreprises de presse de s'approprier la plus large part des ressources en résultant tant au travers des recettes publicitaires induites que de la collecte et de l'exploitation des données liées au trafic.

La directive sur les droits voisins et sa transposition visent à rééquilibrer les pouvoirs de négociations entre les éditeurs et agences de presse et les plateformes en conférant aux premiers cités le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs contenus par les plateformes, moteurs de recherche et agrégateurs de contenus. La loi sur les droits voisins a en effet introduit au sein du code de la propriété intellectuelle un nouvel article (L.218-4) ouvrant droit à une rémunération au titre des droits voisins. Celle-ci est basée sur les recettes d'exploitation de la plateforme générées par les contenus repris. La protection des droits voisins offre la possibilité, au-delà de la rémunération d'obtenir les différents éléments d'information qui pourraient être nécessaires pour évaluer de façon transparente la pertinence de la rémunération proposée.



La problématique des droits voisins doit être mise en contexte dans une problématique économique plus large touchant l'impact de l'activité des plateformes numériques sur l'équilibre économique du secteur des médias et sur la qualité de l'information mise à disposition du public (pour une synthèse voir la note de référence de l'OCDE, Les problèmes de concurrence affectant les médias d'information et les plateformes numériques, DAF/COMP(2021)16, 3 décembre 2021). L'affaiblissement des recettes publicitaires des organes de presse (dont le modèle économique est très souvent un modèle biface) met en péril le pluralisme de l'information mais également la qualité des informations produites. La réduction des flux de ressources peut mettre particulièrement en péril un journalisme dit d'intérêt public recouvrant à la fois le journalisme d'investigation, les contributions de type éditorial et la couverture des informations locales. Il s'agit de contenus particulièrement coûteux pour la presse mais dont le rôle dans le fonctionnement de nos démocraties est essentiel face aux phénomènes de désinformation et de mésinformation. La mésinformation peut d'ailleurs elle-même accentuée par l'accès à l'information au travers des algorithmes dès lors que les consommateurs se voient offrir des contenus non pas les plus pertinents mais les plus susceptibles de provoquer leur engagement. En d'autres termes, le "mauvais" contenu risque de doublement évincer le "bon" à la fois au travers des difficultés de financement des éditeurs et des agences et des propositions algorithmiques (ou encore du mode de présentation des contenus qui ne permet pas aux entreprises de se différencier sur la base de la qualité).

Le problème est donc celui de l'entrée croissante des consommateurs par les plateformes (et les réseaux sociaux) pour l'accès aux contenus informationnels. Le modèle d'abonnement (avec accès direct aux titres de presse) demeure marginal et ce plus encore pour la presse locale. Un phénomène de dépendance par rapport aux grandes plateformes se renforce donc au fil du temps. La capacité de celles-ci à polariser l'attention des internautes et à la valoriser fait qu'elles concentrent une part croissante des ressources publicitaires au détriment des éditeurs et agences de presse productrices des informations sur lesquelles les plateformes développent leur attractivité.

Un vecteur important d'appropriation de la valeur passe par la présentation de *snippets*. Il s'agit d'extraits d'articles aux formats enrichis (avec photos) tirés des sites des éditeurs et des agences de presse. Ces extraits pointant vers les sites des éditeurs concernés ces derniers ne peuvent pas refuser leur reproduction sous peine d'être confrontés à une baisse drastique du trafic. Cependant, les consommateurs peuvent se contenter d'accéder à ces seuls extraits. En outre, un clic ne signifie pas obligatoirement un accès au titre. Les formats de publication utilisés notamment en matière de navigation mobile peuvent faire que les internautes demeurent au sein de l'écosystème lors de leur consultation (modèle du jardin clos). Le risque est alors notamment celui d'un abus d'exploitation. La contribution des titres à l'augmentation du trafic sur la plateforme (au détriment du trafic vers le site de l'éditeur lui-même) va permettre à celle-ci de s'approprier une part inéquitable des ressources liées aux publicités et à l'exploitation

des données (Geradin D., (2019), "*Complements and/or Substitutes? The Competitive Dynamics between News Publishers and Digital Platforms and What it Means for Competition Policy*", *TILEC Discussion Paper*, n°003).

L'une des voies de résolution de ce problème tient à l'extension du périmètre de protection du droit d'auteur en ouvrant droit à une compensation pour l'utilisation des informations par les plateformes. Cette protection au titre des droits voisins couvre seulement les *snippets* et non pas les liens hypertextes pointant vers les contenus qui pourraient résulter des résultats d'une requête sur un moteur de recherche. La problématique pour les producteurs de contenus est la suivante : obtenir une rémunération malgré la menace de ne plus être repris sinon que par un lien qui générerait que très peu trafic. La loi sur les droits voisins vise donc à rééquilibrer cette relation commerciale bilatérale déséquilibrée du fait du caractère critique d'une exposition satisfaisante sur les plateformes pour les entreprises de presse.

## Le contentieux noué autour de l'application par Google de la loi sur les droits voisins

Afin de rééquilibrer les relations entre les plateformes et les agences et éditeurs de presse, une directive européenne sur les droits d'auteurs fut adoptée le 17 avril 2019 créant en son article 15 la notion de droit voisin. Dès le 24 juillet 2019, la France transposa la directive permettant aux entreprises concernées de négocier une juste rémunération avec les plateformes. En septembre 2019 Google annonça qu'elle ne comptait pas négocier avec les éditeurs (Lafon L. et Assouline D., (2022), *Rapport d'information fait au nom de la commission d'enquête afin de mettre en lumière les processus ayant permis ou pouvant aboutir à une concentration des médias en France et d'évaluer l'impact de cette concentration sur la démocratie*, Sénat, 29 mars 2022). L'entreprise proposait, à l'inverse, que les entreprises renoncent au paiement desdits droits pour continuer à profiter d'une exposition maximale au travers de contenus enrichis (au travers du nouveau service *Google Showcase*). Dans le cas inverse, le moteur de recherche n'afficherait qu'un lien vers l'article. Cette seconde solution, qui a été précédemment appliquée en Espagne, conduirait à un moindre trafic vers les sites des éditeurs et donc à de moindres recettes publicitaires.

Les éditeurs et les agences de presse saisirent l'Autorité de la Concurrence en novembre 2019 sollicitant le prononcé de mesures conservatoires. Les plaignants, en l'espèce le *Syndicat des Éditeurs de la Presse Magazine (SEPM)*, l'*APIG* représentant *Alliance de la Presse d'Information Générale*, le *Syndicat de la presse quotidienne régionale*, les différents syndicats de la locale et l'*Agence France Presse (AFP)* considéraient que la proposition de Google conduisait à contourner les obligations qui étaient les siennes selon les termes de la loi du 24 juillet 2019 mais également à imposer des conditions de transaction inéquitables en abusant de la situation de dépendance économique qui serait celle des entreprises de presse concernées.

Le 9 avril 2020, l'Autorité enjoignit Google de négocier de bonne foi avec les éditeurs dans un délai de trois mois, décision qui fit l'objet d'un recours de la part de la firme

concerné lequel fut rejeté par la cour d'appel de Paris le 8 octobre 2020. La décision n°20-MC-01 de l'Autorité enjoignait en effet à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision sur le fond de négociier de bonne foi avec les éditeurs et agences qui en feraient la demande, une rémunération équitable pour la reprise des contenus protégés et ce dans des conditions transparentes et non discriminatoires. Il était également enjoint, dans l'attente d'une décision sur le fond, de maintenir les conditions d'affichage des contenus repris dans les conditions qui étaient celles qui prévalaient *ex ante*. De surcroît, l'Autorité avait exigé que les négociations engagées et leur issue ne devaient pas dans ce même intervalle avoir un effet sur l'indexation et l'affichage des contenus et ne devaient pas affecter les autres relations contractuelles entre la plateforme et les entreprises de presse. Seules les modalités d'exigence d'absence d'effet sur l'indexation et la présentation des contenus furent réformées – au travers d'une reformulation du champ des obligations – par la cour d'appel (arrêt n°20/08071 du 8 octobre) du fait de sa portée trop générale et non strictement nécessaire en regard des exigences spécifiques à l'urgence dans le cadre d'une décision de mesures conservatoires.

L'Autorité sanctionna par la décision n°21-D-17 du 12 juillet 2021 *Google* pour non-respect des injonctions non seulement quant à l'obligation de négociier de bonne foi que pour l'obligation de neutralité des négociations tant en matière d'indexation que d'impact sur les relations commerciales par ailleurs nouées entre *Google* et les éditeurs. L'Autorité sanctionna ainsi *Google* pour un montant de 500 millions d'euros pour non-respect des injonctions, assorti d'astreintes pouvant atteindre 300 000 euros quotidien en cas de refus de présentation d'une offre aux éditeurs de presse dans un délai de deux mois.

Après le prononcé de la décision, L'AFP et l'APIG se désistèrent successivement (en novembre 2021 et en avril 2022). Malgré ces désistements, l'Autorité a décidé de poursuivre la procédure sous la forme d'une saisine d'office. En effet, les conditions des accords n'étaient pas connues et certains opérateurs, telle la presse magazine ou les autres agences de presse n'étaient pas concernés par les accords (rapport sénatorial cité *supra*, p.252).

L'Autorité avait décidé de prononcer des mesures conservatoires, dans sa décision du 9 avril 2020, dans la mesure où l'annonce faite par *Google* de ne plus afficher les aperçus des contenus des entreprises de presse qui réclameraient le paiement des droits voisins pourrait revenir à l'exigence d'une licence gratuite de la part de firmes placées dans une situation de dépendance. Cette situation ne pouvait en effet être exclue dans la mesure où une moindre exposition pourrait se traduire par un trafic significativement plus faible et une nouvelle baisse des revenus publicitaires. L'Autorité ne pouvait donc exclure lors de la phase d'examen de la demande de mesures conservatoires que les pratiques de *Google* puissent revenir à l'imposition de conditions de transactions inéquitables au sens de l'article L.420-2 C. com. et de l'article 102c. du Traité (§42). L'éventuel abus de position dominante pourrait résulter de l'imposition d'un principe de non-rémunération des éditeurs et agences de presse. Les mesures conservatoires imposées par l'Autorité consistaient alors en l'obligation faite à *Google* de proposer une rémunération

pour les extraits d'articles et photos de presse repris sur son moteur de recherche et sur ses extensions *Google Actualités* et *Discover* (§44).

La décision qui avait sanctionné la non-conformité de *Google* à ses obligations de négociation de bonne foi avec les éditeurs de presse se fondait sur six pratiques distinctes. Premièrement, *Google* aurait systématiquement orienté ses partenaires commerciaux vers un contrat de licence globale au travers de son service *Showcase* conduisant à accepter une reprise intégrale des contenus au travers d'une redevance unique qui ne permettait pas d'individualiser la rémunération due au titre des droits voisins. Ce faisant, les éditeurs et les agences ne pouvaient négocier une rémunération pour les seuls droits voisins comme le permet pourtant la loi. Dans ces conditions, la bonne foi dans les négociations ne pouvait être retenue dans la mesure où celles-ci portaient exclusivement sur un plus large périmètre (§48). Deuxièmement et troisièmement, l'Autorité considérait que *Google* avait réduit de façon induue le champ d'application de la loi en excluant les titres de presse qui ne disposaient pas d'une certification 'IPG' (information de presse générale) et en excluant également les agences de presse (§50 et 51). Quatrièmement, *Google* aurait adopté une définition trop restrictive des revenus qu'elle génère à partir de la reprise des contenus en question. Ces derniers doivent également intégrer au sens de l'Autorité les gains liés aux flux et aux volumes de données générées, lesquels dépendent significativement du temps passé dans l'écosystème. Au-delà des gains liés à la prise en compte de ce marché de l'attention (sur le fonctionnement de ce marché voir Prat A. and Valetti T., (2022), "*Attention Oligopoly*", *American Economic Journal: Microeconomics*, 14(3), pp.530-557), il convient également de prendre en considération le surcroît de performance lié à l'exploitation de ces ressources sur le marché de la publicité ciblée (§55). Cinquièmement, *Google* n'a communiqué durant les négociations que les données afférentes au seul service *Google Search* et non à l'ensemble de ses services, ce qui ne permettait pas aux éditeurs de presse et aux agences d'évaluer l'adéquation de sa proposition financière (§57). Enfin, en sixième lieu, l'obligation de neutralité par rapport à toute autre relation contractuelle parallèle qui incombait à *Google* dans la négociation des droits voisins n'a pas été respectée en ce que les entreprises concernées faisaient d'emblée face à une proposition globale avec *Showcase* (§58).

Le contentieux noué autour des droits voisins porte donc sur un possible abus de position dominante résultant de l'imposition de conditions de transaction inéquitables. La théorie du dommage concurrentiel réside donc dans un abus d'exploitation. Elle se fonde sur le contournement d'une loi visant à rééquilibrer le partage de la valeur créée par les contenus éditoriaux entre les plateformes et les éditeurs et agences de presse (§74). Le refus de s'engager dans un partenariat global, qui peut être interprété comme une renonciation à la rémunération spécifique liée aux droits voisins, pourrait se traduire par une dégradation de l'exposition des contenus concernés aux internautes, exposant ainsi les entreprises concernées à un risque très significatif de réduction du trafic. Enfin, les pratiques de *Google* sont susceptibles de conduire à une inégalité de traitement entre les entreprises pouvant se traduire par

des distorsions de concurrence entre celles qui accepteraient et celles qui refuseraient l'accord global (§81). Un effet d'éviction pourrait donc être envisagé sur le marché aval. De surcroît l'Autorité note que les pratiques en cause peuvent avoir des effets additionnels sur la qualité des contenus, en privant les entreprises de presse "de ressources essentielles à la pérennité de leurs activités et à la qualité de l'information" (§86). Comme nous l'avons noté dans notre première section, la question de la répartition du surplus n'est pas réductible à une dimension de justice distributive mais a également un impact économique significatif sur la qualité de l'information ; impact dont les conséquences ne se limitent pas à la sphère économique.

## De l'applicabilité de la procédure d'engagements dans le cas d'espèce

*Google* proposa à l'Autorité de s'engager dans la voie d'une procédure d'engagements dès le 9 décembre 2021 en proposant six mesures correctives de nature à répondre à ses préoccupations de concurrence. Ces engagements portaient sur la reprise des négociations (lesquelles porteraient rétroactivement sur les contenus mis en ligne depuis octobre 2019), sur la transmission des informations nécessaires pour l'évaluation de la proportionnalité de la rémunération proposée, sur le maintien durant la durée des dites négociations des conditions d'affichage et d'indexation des contenus, sur la proposition d'une offre de rémunération sous trois mois, sur la mise en œuvre d'une instance arbitrale de règlement des différends et, enfin, sur la garantie que les conditions de négociation de la rémunération des droits voisins n'affecteraient pas les autres relations contractuelles nouées avec les éditeurs de presse.

D'une durée de cinq ans, cette proposition d'engagements a fait l'objet d'un test de marché lequel a conduit à une discussion de la légitimité de l'emploi d'une procédure d'engagements dans le cas d'espèce ; discussion que nous discutons dans cette section, avant de nous attacher au fond des engagements dans notre prochaine section. Cette discussion est d'autant plus intéressante qu'elle permet à l'Autorité de réaffirmer les conditions de recours à des procédures négociées pour mettre fin à des procédures qui ont déjà donné lieu à de premières décisions.

Premièrement, une procédure d'engagements est-elle appropriée dans des affaires susceptibles de donner lieu à des sanctions pécuniaires ? Cette procédure n'est-elle pas à réserver à des affaires de moindre gravité ? Est-elle enfin applicable à des affaires ayant déjà donné lieu à des décisions, telles dans le cas d'espèce à une décision relative à des mesures conservatoires et à une décision sanctionnant le non-respect d'injonctions ? Deuxièmement, la procédure d'engagements peut-elle offrir des garanties suffisantes en termes de conformité aux obligations qui sont celles de *Google* aux termes de la loi sur les droits voisins ? Troisièmement, l'absence de décisions sur le fond ne permet-elle pas à l'entreprise mise en cause d'échapper non seulement à une sanction pécuniaire mais également aux recours indemnitaires éventuels des entreprises de presse ?

L'Autorité répond à ces différentes questions en s'appuyant sur les principes posés par son communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en

matière de concurrence. Elle bénéficie, en matière de procédures négociées, d'un large pouvoir d'appréciation en matière de choix des procédures (§166). Elle fonde en outre sa position sur l'arrêt n°2012/19484 de la cour d'appel de Paris rendu le 19 décembre 2013 qui confirme que l'objet de la procédure d'engagements tient à la défense de l'ordre public concurrentiel. Dans sa décision de recourir à cet instrument, l'Autorité se fonde sur l'objectif de mettre fin à une situation préjudiciable à la concurrence et non sur les intérêts des parties à l'origine de la saisine (§167).

De surcroît, la gravité des pratiques visées par la procédure n'exclut pas en elle-même le recours à une procédure négociée dès lors que celle-ci permet de mettre fin aux préoccupations de concurrence et complète les injonctions déjà prononcées par l'Autorité (§168). Les intérêts des parties prenantes sont par ailleurs pris en considération dans la mesure où le dispositif proposé à une dimension rétroactive pour ce qui relève de la rémunération des droits (§169).

Enfin, le non-respect des engagements des mesures conservatoires a déjà fait l'objet d'une sanction et les engagements proposés sont considérés comme adéquats pour satisfaire aux exigences de pertinence, de crédibilité, de vérifiabilité et de proportionnalité pour pouvoir répondre aux préoccupations de concurrence de l'Autorité.

## Discussion des engagements rendus obligatoires par la décision de l'Autorité

Les engagements proposés par *Google* ont également été discutés sur le fond dans le test de marché. Les critiques principales portaient sur le périmètre des engagements. Il s'agissait notamment de la couverture des contenus par certains site Internet et par la presse magazine et des garanties offertes aux agences de presse (§113 et 114). Les retours des parties prenantes portaient également sur l'assiette de la rémunération proposée par *Google*, sur la nature des informations communiquées pour estimer les revenus, sur la prise en compte des revenus indirects liées au trafic non-directement monétisé sur *Google Actualités* et sur *Discover* (§136) et enfin sur les coûts, la complexité et la neutralité de la procédure d'arbitrage proposée.

Ces différents retours conduisirent, le 11 mars 2022, à une proposition d'engagements révisés et enfin à une offre finale d'engagements soumise à l'Autorité le 9 mai 2022. Cette version des engagements se caractérise par des ajustements significatifs par rapport à la version initialement proposée. Premièrement, *Google* se désiste de son recours formé contre la décision de l'Autorité qui l'avait sanctionné pour non-respect des injonctions. Deuxièmement, le champ d'application des engagements est étendu aux éditeurs de presse qui ne possède pas d'une accréditation IPG et à l'ensemble des agences de presse. De la même façon, tous les contenus sont intégrés dans les négociations, qu'il s'agisse de textes, de photos ou de vidéos. Troisièmement, deux offres de rémunérations (avec ou sans le partenariat *Showcase*) seront proposées. Des garanties additionnelles ont également été apportées quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure d'arbitrage et une clause de sortie est offerte aux entreprises qui auraient dans l'intervalle noué un accord avec *Google* pour leur permettre de bénéficier d'une rémunération au titre des

droits voisins. Enfin, les engagements initialement proposés pour cinq ans sont désormais renouvelables.

L'Autorité réserve un accueil favorable à cette nouvelle proposition. Premièrement, le champ d'application des engagements proposés par la plateforme épouse désormais le champ d'application de la directive sur les droits voisins (§199). L'entreprise ne conteste plus de surcroît la titularité des agences et éditeurs de presse pour les droits voisins (§200) et la nature des contenus protégés est dorénavant est dorénavant consensuellement étendue aux vidéos (§201). Deuxièmement, le partenariat *Showcase* demeure une offre indépendante de la rémunération des droits voisins et ne peut plus faire obstacle à la reconnaissance d'un droit patrimonial des entreprises de presse (§210). Les engagements finaux permettent également de préciser les informations qui seront communiquées aux entreprises de presse. Il s'agit du nombre et du taux de clics d'impression sur l'ensemble des trois services concernés (*Search*, *Discover* et *Actualités*), une estimation des revenus indirects liés aux recherches et de la monétisation des services *Discover* et *Actualités*. Les remèdes proposés ouvrent d'ailleurs la voie d'une révision du périmètre des informations transmises à l'initiative du mandataire chargé de la supervision des engagements (§217).

Les conditions relatives à l'arbitrage sont également mieux définies de façon à limiter les risques des entreprises de presse en termes de coûts des procédures (§225) ou d'utilisation de celles-ci à des fins dilatoires (§226). En effet, le recours à une procédure d'arbitrage ne sera pas suspensif en matière de rémunérations des contenus. De façon très significative, la procédure qui sera mise en place s'écarte de celle en vigueur en Australie pour la protection des droits voisins en ce que cette dernière avait été mise en place par une initiative législative et non par une procédure d'engagements (§227).

Finalement, les engagements, qui sont rendus obligatoires par voie de décision et dont le non-respect entraînerait une sanction, garantissent la mise en conformité de l'opérateur avec la loi sur les droits voisins et mettent un terme à une situation susceptible de constituer un abus de position dominante. La procédure témoigne également de l'effet dissuasif des outils à disposition des autorités de concurrence (mesures conservatoires, sanctions en cas de non-respect des injonctions...) et de la façon dont les procédures négociées peuvent être utilisées pour répondre à des préoccupations de concurrence tout en apportant, au travers du suivi des engagements, une garantie quant à leur effectivité.

F. M. ■

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

## International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

---

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

### CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Eric Paroche, Igor Simic, David Tayar, Simon Vande Walle

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire, Barbara Monti

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

### ACTIONS PUBLIQUES

Virginie Coursière-Pluntz, Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

### HORIZONS

Walid Chaiehloodj, Rafael Allendesalazar, Silvia Pietrini

---

## Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

---

## Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

## > Abonnement Concurrences +

Devis sur demande  
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)  
*Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin) (unlimited users access for 1 year to archives)*

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)  
*Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)*

Livres : Accès à tous les e-Books  
*Books: Access to all e-Books*

## > Abonnements Select

Devis sur demande  
Quote upon request

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)*
- Revue Concurrences – Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)  
*Review Concurrences – Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)*

## > Abonnements Basic

Devis sur demande  
Quote upon request

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*

## > Revue Concurrences | Review Concurrences

HT      TTC  
Without tax      Tax included

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)  
*Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)*

Devis sur demande  
Quote upon request

699 €      714 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ou demandez un devis personnalisé à [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).

*To ensure the validity of the prices charged, please visit [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) or request a personalised quote from [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).*

## Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name* .....

Courriel | *e-mail* .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

## Formulaire à retourner à | Send your order to:

### Institut de droit de la concurrence

19 avenue Jean Aicard - 75011 Paris - France | [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France