

L'incroyable décision de la Commission européenne de blanchir Google pour abus de position dominante

[Retour au sommaire de la lettre](#)

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

A quelques jours des élections européennes, la Commission de Bruxelles a clôturé son enquête sur Google mais s'est bien abstenue d'en relater les principes directeurs auprès de la presse ou même de publier la décision (pratique pourtant systématique). Que cache cet invraisemblable comportement ? Pourquoi cette enquête pour abus de position dominante dénoncé par de nombreux acteurs, tant mise en exergue par la Commission elle-même et de nombreux professionnels ravis de voir qu'une certaine police pourrait exister sur Internet, se termine-t-elle ainsi ? Eclaircissements...

Rappel des faits

Tout a commencé au mois de février 2010. Plusieurs acteurs ont déposé plainte contre Google auprès de la Commission européenne pour abus de position dominante. Selon leurs dires, Google manipulerait les résultats naturels obtenus par un utilisateur en réponse à sa requête. L'objectif de cette opération serait de favoriser les sites liés à Google et les sites effectuant des dépenses publicitaires pour les outils développés par Google, essentiellement AdWords et AdSense.

Comme à son habitude, la Commission a commencé par entendre Google et lui a soumis un questionnaire puis a officiellement ouvert une enquête afin de démontrer (ou non) que :

- Google défavoriserait les moteurs de recherche dits verticaux, dans ses résultats naturels. Il s'agit des moteurs de recherche spécialisés dans un domaine particulier. A l'inverse des moteurs de recherche généralistes tels que Google ou Yahoo, les moteurs verticaux (par exemple, les comparateurs de prix) n'ont vocation à renseigner les utilisateurs que pour un type de recherche ;
- Google favoriserait de façon artificielle ses propres outils de recherche verticaux par rapport aux concurrents dans ses résultats naturels ;
- Google dégraderait le *Quality Score* des moteurs de recherche verticaux concurrents dans les résultats de requêtes sponsorisés. Lorsqu'un site référencé détient un faible *Quality Score*, il lui est nécessaire de payer un montant plus élevé afin de voir son lien sponsorisé affiché. La dégradation du *Quality Score* obligerait donc les concurrents à faire un plus grand sacrifice financier pour que leurs liens sponsorisés apparaissent en bonne position ;
- Google infligerait à ses partenaires commerciaux (AdSense) des clauses d'exclusivité afin qu'ils n'aient recours à des concurrents dans le cadre de leurs campagnes publicitaires que de façon très marginale ;
- Google limiterait de façon volontaire la portabilité des campagnes publicitaires qui lui sont confiées vers des plateformes concurrentes.

Ces reproches pouvaient potentiellement être qualifiés d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE lequel dispose que : « est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;

- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

L'enquête n'a finalement pas été très longue puisque rapidement, Google a intelligemment proposé à la Commission de « négocier », ce qui a été accepté aussitôt. Lorsque l'on connaît la nature des enquêtes de la Commission en matière de droit de la concurrence, cela peut faire sourire car les services de la Commission sont généralement plus incisifs et très peu enclins à la discussion et encore moins à la négociation. De nombreuses entreprises européennes peuvent en témoigner... Oui, mais Google n'est pas européen...

L'enjeu portait sur une amende qui aurait pu monter à plusieurs milliards, mais surtout, sur une obligation de modifier certains services et certaines habitudes pour Google. C'est finalement beaucoup plus ce dernier point que craignait Google.

Au fur et à mesure que les « négociations » avançaient (à l'aide de plus d'une centaine de lobbyistes pour Google), les exigences de la Commission baissaient. Certaines (mauvaises) langues évoquent même de nombreuses interventions diplomatiques de la part de l'administration Obama (Google ayant été un des meilleurs sponsors du candidat Barack) pour que la Commission abandonne les poursuites contre Google. Avec succès...

La décision finale de la Commission européenne

La décision finale de la Commission est un succès total pour la firme américaine et un camouflet pour les institutions européennes et les plaignants.

En effet :

- aucune sanction n'est prononcée, la clôture de ce dossier par la Commission ayant valeur de *quibus* (c'est-à-dire que plus personne ne peut se plaindre des comportements « étudiés » par la Commission désormais) pour Google ;
- les recours des plaignants contre Google ayant été « repris » par la Commission européenne, l'abandon des poursuites et la signature d'une « transaction » réduit très fortement toute possibilité pour ces sociétés de poursuivre à leur tour Google devant les tribunaux sur ces mêmes fondements.

D'un point de vue juridique, Google a signé un engagement (un contrat) à l'égard de la Commission dont les principaux termes sont les suivants :

- Google s'est engagé à faire apparaître, à côté de ses propres liens et de manière clairement visible, ceux renvoyant à trois services concurrents sélectionnés sur la base d'une mise aux enchères ;
- Le contrat type de Google ne contiendra plus de clause d'exclusivité à l'égard des partenaires AdSense ;
- Le contrat type API pour AdWords ne comprendra plus de clause interdisant « sans raison objective » les annonceurs de gérer des campagnes AdWords avec des campagnes d'autres prestataires. Le contrat pourra toujours l'interdire pour des raisons objectives (concept évidemment non défini dans l'accord...).

Cet accord est signé pour 5 ans.

Il est important de souligner plusieurs points surréalistes de cet accord :

- la vérification des engagements de Google se fera par un « Monitoring Trustee »... nommé par Google ! ("*Google will appoint one or more natural or legal person(s) (the "Monitoring Trustee"), who is/are subject to prior written approval by the Commission, to monitor Google's compliance with the duties and obligations set out in these Commitments.*"). Pis, cette clause et la rédaction du paragraphe concerné semblent

donner un monopole de la preuve à ce « Monitoring Trustee » de telle sorte que la Commission se lie à un tiers pour établir potentiellement des comportements fautifs de la part de Google... Du jamais vu, évidemment...

- aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de cet accord. En d'autres termes, si, par extraordinaire, la Commission arrivait à prouver que Google n'a pas respecté ses engagements contractuels, elle ne pourrait que rouvrir un dossier et recommencer à zéro la procédure...

En réalité, cette décision et la nature juridique de cette décision sont une excellente nouvelle pour Google car elles blanchissent la firme des comportements analysés et éteignent de très nombreuses possibilités pour la Commission, les plaignants et toute autre personne, de poursuivre Google sur ces terrains. Au fond, cette procédure est probablement la meilleure chose qui soit arrivée à Google en termes de droit de la concurrence...

Les conséquences désastreuses

Tout d'abord, la première conséquence est probablement la moins visible mais la plus grave de toutes : la perte de confiance en la justice et surtout le sentiment d'injustice. Ces thèmes sont évidemment généraux et sans conséquence apparente directe, mais toute démocratie et tout business repose sur le fait qu'il existe toujours un gendarme qui fera respecter les règles. Aucun modèle économique ou sociétal ne peut pérenniser dans un cadre injuste ou à deux vitesses.

Google ne peut que se sentir renforcé par cette décision : alors que la firme a été poursuivie, qu'elle est probablement coupable des faits reprochés, qu'elle a même reconnu certains griefs (par exemple, les termes des contrats illicites), elle s'en trouve blanchie, non sanctionnée et même encouragée. Dans ces conditions, pourquoi Google respecterait-elle la loi dans le futur ? Comment le marché et la libre concurrence peuvent-ils exister dans ces conditions ? Alors qu'aujourd'hui, les professionnels constatent une véritable position dominante de Google et s'en inquiètent parfois, il est désormais acquis que Google peut en abuser sans sanction ni réprimande... Par exemple, alors que nous nous interrogeons sur la légalité du « not provided » et la potentielle requalification en abus de position dominante de la part de Google il y a 6 mois, il ne fait désormais plus de doute qu'il n'y aura pas de sanction de ce comportement par Bruxelles.

Ensuite, d'un point de vue plus structurel, Google continuera d'afficher en premier ses réponses commerciales, quelle que soit leur pertinence au regard de son propre algorithme. Seuls les moteurs de recherche commerciaux concurrents (voyages, shopping, etc...) pourront bénéficier d'un affichage payant de leurs résultats. En pratique, cela induit que les petits acteurs ou à tout le moins les acteurs de taille intermédiaires ne pourront pas suivre dans cet environnement, fermant ainsi le marché à l'entrée de tout nouvel acteur...

Enfin, ce dossier démontre le peu de fermeté de la Commission à l'égard des géants américains et laisse présager une « négociation » des plus catastrophiques du Traité de libre-échange avec les Etats-Unis qui a déjà commencé et dont le thème majeur (à la demande des Américains) est l'ouverture totale du marché européen aux acteurs d'Internet...

Comme disait La Fontaine, « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir. »...

Pour télécharger le texte complet de l'accord :

http://abonnes.abondance.com/archives/2014-04/google_commitments_full_2014.pdf

Alexandre Diehl

Avocat à la Cour, cabinet Lawint (<http://www.lawint.com/>)