

Les lois antitrust en Europe et dans le Monde



Par Alexandre Diehl

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

Yandex a dernièrement déposé une plainte en Russie pour abus de position dominante de la part de Google dans le cadre de son système d'exploitation Android. A l'analyse de ce cas, il nous semblait intéressant d'étendre nos explications à la façon dont sont jugés les cas de position dominante, et surtout d'abus de position dominante en Europe et dans le Monde, car quelques subtilités différencient ce type de lois selon les pays...

L'actualité récente a notamment été marquée par la récente plainte de Yandex, premier moteur de recherche en Russie et plus généralement en cyrillique, contre Google (<http://goo.gl/LmqmDL>). Cette plainte, déposée en Russie, porte sur une obligation, faite par la firme américaine aux opérateurs et constructeurs de smartphones, de préinstaller des Google Apps et d'utiliser par défaut le moteur de Google. Cette plainte, assez classique et que les Européens et Américains ont eu à connaître pour d'autres sujets similaires, souligne que l'une des dernières armes dont disposent les Etats contre les mastodontes du GAFAM reste le droit de la concurrence. Un retour sur lois antitrust applicables dans le Monde s'imposait donc...

La loi russe

La loi russe sur la concurrence, et plus largement sur le droit de la concurrence, est très fortement inspirée des pratiques occidentales. Il faut d'ailleurs saluer le travail de professeurs de droit Français qui ont apporté une pierre remarquable à l'édifice.

La première loi date de 1991, à l'époque où l'URSS acceptait de passer à l'économie de marché. Cette loi s'inspirait à la fois des grands principes de 1862, lorsque Alexandre II institua notamment une justice égale pour tous, garantie par l'Etat, des préconisations élaborées par le Conseil de l'Europe et du droit positif occidental. Cette loi a été remplacée par une loi plus moderne (qui avait notamment vocation à rassurer les investisseurs dans le cadre de l'entrée de la Russie dans l'OMC) du 26 juillet 2006.

Cette loi reprend évidemment les mêmes principes que toutes les législations antitrust du Monde, mais comprend quelques spécificités. Ainsi, à l'inverse de grandes lois, il existe des principes de pré-qualification et de seuils qui ne sont pas toujours présents ailleurs :

- Le texte propose comme principe qu'une position est dominante lorsqu'une unité économique contrôle 50 % ou plus du marché d'un bien donné. Dans ce cas, c'est à l'entreprise qu'il revient de démontrer qu'elle n'est

pas dans cette position. Par contre, même si sa part de marché est inférieure à 50 %, une entité économique peut être considérée comme ayant une position dominante si l'organe de contrôle (il existe des comités spécialisés selon le type d'activité) peut faire valoir certains critères (la stabilité de la part de l'entité par rapport à celle de ses concurrents, les conditions d'accès au marché pour de nouveaux concurrents, d'autres critères spécifiques liés à la nature du marché). Dans ce cas, c'est à l'autorité chargée de veiller au respect de la concurrence de démontrer que l'entreprise est en mesure d'abuser de sa position dominante. Celle-ci ne peut être constatée si la part du marché de l'entité est inférieure à 35 %.

- Les ententes sont également encadrées, et connaissent des seuils similaires : elles sont prohibées si elles ont été conclues entre des entités économiques opérant sur le marché d'un produit donné ou d'un groupe de produits), qui détiennent plus de 35 % de parts de marché de ce produit.

- L'instance de contrôle doit donner son avis en cas de concentration comme l'acquisition de plus de 20 % du capital d'une société, ou de plus de 10 % des actifs d'une société, l'obtention d'un pouvoir de décision en ce qui concerne le fonctionnement et l'avenir d'une entité économique.

Les sanctions pour non-respect des règles de la concurrence sont similaires à celles existantes dans d'autres pays :

- L'instance de contrôle peut mettre fin à des cas de violation des règles de la concurrence en rétablissant la situation antérieure, en annulant ou en modifiant les accords préjudiciables, en concluant

d'autorité un nouvel accord avec une autre entité économique, en procédant à une réorganisation de l'entité commerciale, notamment en la démantelant ou en la cédant.

- Les amendes peuvent aller jusqu'à 15% du chiffre d'affaires du marché concerné (alors que les lois européennes et américaines prévoient souvent une amende de l'ordre de 10% du CA mondial de la société ayant violé la loi).

- Les autorités russes ont eu rarement vocation à traiter des cas de concurrence déloyale / abus de position dominante ou monopole en matière d'informatique ou d'Internet.

Le cas Yandex / Google

Toutefois, le 20 Février 2015, le Service fédéral russe antimonopole (FAS Russie) a enregistré une procédure contre Google Inc. pour violation des lois antitrust russes et pratiques anticoncurrentielles de la part de Google (http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_36293.html).

Le FAS Russe a, dès l'enregistrement de cette plainte, annoncé lancer une enquête dans le prolongement et la philosophie des enquêtes menées en Europe et aux Etats-Unis (et dont la Lettre professionnelle d'Abondance a déjà traité le cas en Février 2011 et en Avril 2014).

En l'état de nos informations, il semblerait que l'enquête soit lancée pour présomption de violation de la loi sur la protection de la concurrence et notamment sur une potentielle « concurrence déloyale »

(« недобросовестная конкуренция »). Ce terme ne comprend donc pas de notion de monopole. Il faut toutefois comprendre que rien n'interdit à une autorité, quelle qu'elle soit, d'étendre les chefs d'incrimination si elle trouve des faits autrement qualifiés. Il est d'ailleurs très probable que le chef d'abus de position dominante soit retenu si une position dominante est vérifiée par l'autorité et que les abus soient caractérisés. Seule l'enquête permettra de le valider.

Concrètement, l'affaire a été lancée par Yandex qui reproche à Google de contraindre les fabricants d'appareils mobiles utilisant son système d'exploitation Android, à refuser des applications qui sont en concurrence avec ses produits. Ainsi, en Russie et en 2014, trois fabricants de smartphones - Fly, Explay et Prestigio - ont formellement refusé d'installer des services "Yandex" sur leurs appareils en se référant aux conditions juridiques imposées par Google qui leur interdit d'accueillir sur leurs appareils des apps / services de concurrents.

Yandex expose son propos en expliquant que, sur le marché russe, un utilisateur Android ne peut utiliser Yandex qu'en paramétrant manuellement son téléphone pour avoir Yandex comme moteur de recherche. Dans ce cas, sa part de marché est de 44% alors que sur les téléphones Nokia où Yandex est proposé parmi d'autres moteurs, sa part de marché est de 76%.

L'enquête devra déterminer si, oui ou non, Google a réellement imposé aux fabricants de refuser d'installer des produits concurrents aux produits Google. Si c'est le cas, l'autorité russe pourra enjoindre Google à modifier sa

politique et ses contrats en cours. A défaut de s'exécuter, le FAS Russe pourra imposer une amende allant jusqu'à 500 000 roubles (soit quelques 7 500 €...). Si l'autorité de contrôle découvre que Google a abusé de sa position dominante (sous réserve que Google ait une position dominante sur ce marché déterminé), alors une amende pouvant atteindre 15% de son chiffre d'affaire sur le marché d'Android en Russie pourra être appliquée.

Ce cas ne peut que rappeler étrangement un cas similaire bien connu du monde informatique où Microsoft imposait son navigateur Explorer dans ses produits, excluant de fait (et souvent de droit également) les navigateurs concurrents. Les justices américaines puis européennes avaient enjoint Microsoft à modifier ces conditions (sous des peines d'amende très largement supérieures à 7 500 €) afin que les environnements en question proposent plusieurs navigateurs. Le cas Yandex / Google semble donc un cas de figure classique sans réelle surprise quant à l'issue très probable.

Les lois européennes et américaines

Les Etats-Unis ont inventé les lois modernes antitrust. Ce droit moderne est né d'une très célèbre jurisprudence américaine Standard Oil. Pour mémoire, en 1911, l'année même où a été créée la Federal Trade Commission, la Cour Suprême des Etats-Unis a ordonné la dissolution de la Standard Oil en trente-quatre entreprises de taille plus modeste (US Supreme Court, May, 15, 1911, Standard Oil) pour ce qu'on

appellera plus tard la violation des règles de saine concurrence.

Ce droit a connu un essor particulier après la Seconde Guerre Mondiale où la théorie libérale américaine s'est clairement installée dans le monde occidental. À ce libéralisme ont été aussitôt adossés des principes, puis des lois, puis une institution libérale ayant vocation à protéger la concurrence. Ainsi est née la Communauté européenne (qui avait pour seule vocation à l'origine, de protéger la concurrence sur le Marché Commun des six Etats Membres), ainsi sont nées les lois antitrust européennes puis le Traité de Maastricht (comprenant les règles actuelles du droit de la concurrence européen) et les déclinaisons locales.

Si le droit de la concurrence moderne traite principalement de trois sujets (ententes / cartels, monopole / position dominante et aides d'Etats), notre industrie connaît principalement l'abus de position dominante.

Les raisonnements sont quasiment identiques en Europe et aux Etats-Unis. Si le cas Yandex avait été porté devant l'autorité américaine (FCC) ou européenne (Commission européenne), le raisonnement suivant aurait été adopté :

Le marché

La question est simple : « existe-t-il un marché d'Android sur le territoire russe ? ». Dans le monde physique, la détermination du marché est aisée. Il existe des marchés géographiques (la Russie ou une région) et des marchés de produits (les smartphones par exemple).

Dans l'univers d'Internet, la Commission européenne ou la FCC ont pris en compte l'existence de « places de marchés électroniques » verticales lorsqu'elles sont spécialisées dans un secteur ou horizontales lorsqu'elles s'adressent à plusieurs acteurs. Ces marchés posent des questions classiques en droit de la concurrence relatives à l'accès, à la place et à la rentabilité de son fonctionnement, aux échanges d'informations, à l'abus de position dominante, sans compter le contrôle des restructurations.

Google et l'ensemble des acteurs proposent un type de produit spécifique, pour un but spécifique et selon un business plan spécifique. La concurrence entre acteurs existe. L'expérience et l'analyse des textes et de la jurisprudence européenne font que les autorités auraient considéré, dans le cadre du cas Yandex, qu'Android est un marché spécifique sur un territoire déterminé.

La domination du marché

Classiquement, les « Occidentaux » définissent la position dominante d'une entreprise comme une situation de puissance économique « qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (...) ». Elle ajoute que « pareille position n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence (...) mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera (...) ».

L'avantage de la loi russe est qu'il existe des présomptions de position dominante alors que plus classiquement, les Américains et Européens déterminent au cas par cas la position dominante.

Toutefois, les parts de marché d'Android, qu'elles soient en Europe ou aux USA, laissent peu d'interprétation (voir figure 1).

L'abus de position dominante sur le marché

Il est extrêmement important de rappeler que les lois de protection de la concurrence ne punissent la position

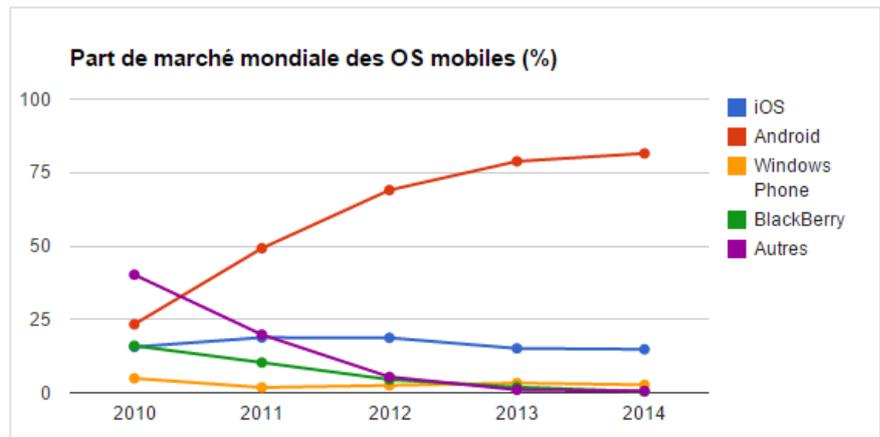


Fig.1. Parts de marché des différents systèmes d'exploitation mobiles dans le monde.

Source : <http://www.zdnet.fr/actualites/chiffres-cles-les-os-pour-smartphones-39790245.htm>

dominante mais l'**abus** de position dominante.

En réalité, c'est très souvent sur cette notion particulière que tout se joue : les métriques et les appréciations de marché et de parts de marché étant peu discutables, les discussions ont lieu sur l'appréciation de l'abus qui reste toujours subjective. Pourtant, les autorités veulent toujours présenter cette appréciation comme objective (pour qu'elle ne soit pas discutée) : « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette

concurrency » (avis de la Cour européenne).

Dans le cas de Yandex, une autorité américaine ou européenne aurait très probablement conclu à un abus dans la mesure où il est de jurisprudence constante aux USA et en Europe, qu'une entreprise en situation de position dominante n'a pas le droit d'interdire à des fournisseurs / partenaires de se fournir chez des concurrents. Le cas Yandex serait finalement assez clairement et simplement traité aux Etats-Unis ou par la Commission européenne.

Sanctions

D'un point de vue schématique, les autorités américaines et européennes sont en droit d'imposer des amendes aux entreprises ayant un comportement

anticoncurrentiel. Que ce soit en Europe ou aux USA, il n'est pas nécessaire de passer par un juge. Généralement, les amendes possibles sont élevées (les Américains pratiquent souvent des amendes dépassant le milliard de dollars) mais sont souvent limitées à 10% du chiffre d'affaires mondial.

Finalement, Google sera bien mieux traité dans sa sanction en Russie que si cette même affaire avait été traitée aux USA ou en Europe où la sanction aurait été probablement bien plus lourde.



Alexandre Diehl, *Avocat à la Cour, cabinet Lawint*

(<http://www.lawint.com/>)