

L'incroyable argument de défense de Google devant la Commission européenne



Par Alexandre Diehl

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

On connaît les déboires de Google devant la Commission européenne, notamment en termes d'abus de position dominante. La société de Mountain View s'est récemment défendue en indiquant que la notion de gratuité de ses services la disculpait de ce type de raisonnement. Un argument assez incroyable qui ne tient pas la route un seul instant...

Une fois n'est pas coutume dans cette lettre d'information, les relations entre Google et la Commission européenne font l'objet d'intéressants débats et de nécessité de précisions tant le sujet peut être technique. En effet, la Commission continue sur sa lancée et a lancé deux nouvelles actions contre Google pour abus de position dominante, notamment pour ce qui concerne son moteur de recherche (et la juxtaposition de Google Shopping dans les résultats).

Rappel des faits

Pour rappel, la Commission avait entamé, en 2011, une enquête sur la position de Google sur le marché ainsi que la licéité de ses pratiques en matière de référencement naturel et Adwords (certains parlaient alors de manipulation). Comme souvent avec les entreprises Américaines, la Commission a constaté des infractions mais n'a pas prononcé de vraies sanctions, Google s'étant uniquement engagé à respecter certains principes (en d'autres termes, Google s'est engagé à respecter la loi en échange de l'absence de sanctions...). Pis, la vérification de cette conformité à la loi était confiée... à un « Monitoring Trustee » nommé par Google !

Evidemment, pas besoin d'être juriste pour savoir qu'un tel système ne peut pas fonctionner.

La Commission a donc très rapidement constaté de nouvelles infractions. Dans le cadre de la Lettre du mois de mai 2015, nous avons d'ores et déjà précisé les questions posées par la Commission à Google, à savoir :

- Google a-t-elle illégalement entravé le développement et l'accès au marché des applications ou services pour appareils mobiles de ses concurrents en obligeant ou en incitant les fabricants de téléphones intelligents et de tablettes à préinstaller exclusivement les applications ou services de Google ?

- Google a-t-elle empêché les fabricants de téléphones intelligents et de tablettes qui souhaitent installer des applications et des services de Google sur certains de leurs appareils Android de développer et de commercialiser des versions modifiées et potentiellement concurrentes d'Android (les « forks d'Android ») sur d'autres appareils, entravant ainsi illégalement le développement et l'accès au marché des systèmes d'exploitation pour appareils mobiles ainsi que des applications ou services de communication mobile de ses concurrents ?

- Google a-t-elle illégalement entravé le développement et l'accès au marché des applications et services de ses concurrents en liant ou groupant certains services et applications de Google distribués sur des appareils Android avec d'autres applications, services et/ou interfaces de programmation d'applications de Google?

C'est dans le cadre de cette nouvelle procédure que Google a répondu au mois d'août.

L'abus de position dominante

D'un point de vue théorique, il convient de rappeler que la notion d'abus de position dominante est régie par l'article 82 du Traité CE lequel dispose qu'« 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. ».

En d'autres termes, un abus de position dominante suppose :

- Une position dominante. Sur ce point, Google dispose toujours, au sein de l'Europe, d'une indiscutable position dominante puisque d'après StatCounter, Google avait près de 91% de parts de marché en Europe en novembre 2015 sur la recherche (http://gs.statcounter.com/#search_engine-eu-monthly-201412-201511);

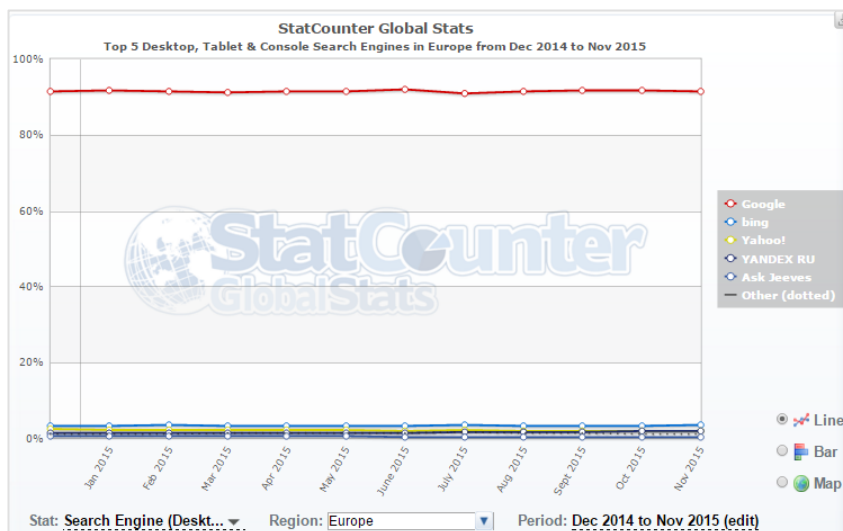


Fig.1. Google a clairement une hégémonie dans le « search » en Europe.

- Un abus, c'est-à-dire un comportement qui perturbe le commerce d'une quelconque manière,
- Sur tout ou partie du territoire de l'Union.

Le Traité précise : « 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. »

Le nouvel argument de Google

Google fait partie des entreprises les plus riches au Monde et vit dans un milieu anglo-saxon encadré (voire contrôlé) par des financiers et des juristes. On peut donc présumer sérieusement que Google dispose d'une armée d'excellents avocats et juristes et connaît chaque détail de la loi et de ses implications.

Pourtant, d'après les journalistes de Reuters qui ont eu accès au dossier (confidentiel par ailleurs...) de la Commission européenne, il semblerait que Google ait développé un argument très surprenant : « *The statement of objections fails to take proper account of the fact that search is provided for free. A finding of abuse of dominance requires a 'trading relationship' as confirmed by consistent case law. No trading relationship exists between Google and its users.* » (en français : *les objections formalisées ne peuvent pas être prises en compte dans la mesure où le moteur de recherche naturelle est fourni gratuitement. L'incrimination de « position dominante » requiert une « relation d'échange » [NdR, une relation contractuelle] tel que confirmée par la jurisprudence constante. Il n'existe pas de « relation d'échange » entre Google et ses utilisateurs.*) (<http://www.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust-alphabet-idUSKCN0SS25W20151103#uyHfHVw8KcJUtXU3.97>).

En réalité, Google tente de mener une certaine confusion sur le terrain des mots puisqu'effectivement, le Traité utilise souvent le terme de « trading » ou « commercial » ou similaire, renvoyant en apparence à la notion latine de commerce. Or, il n'en est rien :

- D'une part, le droit de la concurrence est un droit anglo-saxon inventé par les Anglo-Saxons. Le terme « trade » en anglais n'implique absolument pas la notion de payant ou gratuit, mais d'échange de services, de somme contre un service, etc... Par exemple, des barter ou des échanges de marchandises dans le milieu d'Internet n'impliquent pas d'échange de sommes d'argent, mais il s'agit bien d'un « trade » au sens juridique ;

- D'autre part, nous pensons qu'au contraire, il existe bien un lien contractuel comme un « trading relationship » entre Google et ses utilisateurs dans la mesure où Google nous fait accepter des Conditions Générales pour chaque utilisation (<https://www.google.fr/intl/fr/policies/terms/regional.html>), l'acceptation de ces termes valant, en droit, contractualisation entre deux personnes, avec sanction contractuelle et contrôle d'un juge le cas échéant ;
- Enfin et surtout, tous les juristes (et surtout les brillants - et certainement très chers - juristes et avocats de Google) savent pertinemment que les trois points fondamentaux visés ci-avant (position dominante, abus et marché sur le territoire de l'Union) sont seuls nécessaires pour la validité d'une telle procédure. L'argumentation avancée par Google n'a jamais été prise en compte et la notion d'abus de position dominante ne suppose pas de gratuité ou de caractère payant.

En toutes hypothèses, même avant les réformes du droit de la concurrence, l'esprit général de ce droit est avant tout de travailler avec une approche « par les effets ». Par cette approche l'abus ne peut résulter que de l'examen *in concreto* des effets anticoncurrentiels sur le marché quelle que soit la forme du comportement, gratuit ou payant.

Au demeurant, Google a juridiquement tort de mettre en avant la notion de « trading relationship » car, comme évoqué, c'est faux et, pour ceux qui tirent de ce terme une notion de payant / gratuit, la gratuité est souvent au contraire reprochée à ceux qui abusent de leur position dominante. Ainsi et par exemple, le même Google a été condamné, le 31 janvier 2012, par le Tribunal de commerce de Paris pour abus de position dominante précisément parce qu'il pratiquait la gratuité sur les cartes et donc abusé de sa position dominante en éliminant les concurrents (en l'espèce, Bottin Cartographes) dans le domaine des cartes. Dans ce cas, la gratuité était justement l'élément caractéristique de l'abus.

Dès lors, cette argumentation très étonnante ne peut être qu'un argument d'arrière-garde, sorte d'aveu à moitié prononcé que Google n'a vraiment pas d'argument pour se défendre. En termes de communication, ça pourrait être un élément positif pour la firme (d'ailleurs, cet argument a été très largement repris), mais à terme, ça ne pourra avoir aucun effet juridique.

La Commission a très récemment déclaré que trois autres points seront probablement examinés dans le futur :

- La copie de contenus web concurrents ou « moissonnage »,
- La publicité exclusive,
- Les restrictions indues imposées aux annonceurs.

Espérons que Google sera plus inspiré et trouvera à cette occasion des arguments plus pertinents pour nous convaincre de sa bonne foi...



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