

SOMMAIRE

I. Le traitement des données, un vecteur de nouveaux risques anti-concurrentiels dans une économie numérisée

A. De nouveaux risques anti-concurrentiels propres aux caractéristiques des plateformes numériques

B. De nouveaux risques soulevés par le traitement de données « à caractère personnel »

II. Les limites des instruments traditionnels du droit de la concurrence face au traitement des données

A. Une confrontation de la notion de position dominante au traitement des données

B. Une confrontation des méthodes de détermination et de sanction de l'abus au traitement des données

« Il est estimé que l'Humanité génère maintenant en deux jours un volume d'information de cinq exaoctets, équivalent à la totalité d'information produite entre la nuit des temps et 2003 ». La croissance des données collectées à l'ère du numérique serait ainsi exponentielle et sans limites, comme le précise Monsieur Fabien Curto Millet, principal économiste pour Google depuis 2011. ¹

Ce « déluge de données »² a des impacts considérables pour les entreprises, qui retirent une valeur économique des données, qu'elles collectent puis exploitent. Les exemples ne manquent pas, et le traitement des données conduit à des applications multiples: les opérateurs mobiles analysent les paramètres d'appel des contacts de leurs abonnés avant de décider de l'opportunité de nouvelles offres commerciales ; tandis que les « jouets connectés » et mini-tablettes destinés aux enfants utilisent l'interactivité afin de recueillir des données et d'adapter leurs nouveaux produits. Dans le secteur de l'audiovisuel, de récents entrants s'appuient également sur des méthodes de développement des usages du réseau internet : Netflix écrit ses « scénarii en temps réel, en tenant compte des retours suscités par chaque épisode diffusé ». ³ Google Flu, le nouveau service mis en place par Google, permettrait même de dresser, à partir de données collectées sur les internautes, une cartographie en temps réel du virus de la grippe⁴.

Le traitement des données n'est pas un phénomène nouveau mais il a pris une ampleur inédite avec les avancées technologiques et le développement d'algorithmes toujours plus performants : Google modifierait les siens 890 fois par an. Les algorithmes sont utilisés dans tous les secteurs. Même Admission Post-Bac, le portail destiné à affecter les bacheliers dans l'enseignement supérieur, utiliserait des algorithmes de sélection pour trancher les acceptations dans les différentes Universités⁵.

Ce phénomène de numérisation de l'économie s'illustre également par la naissance de nouveaux acteurs, les plateformes numériques. Ces dernières sont définies par le Conseil d'Etat comme des « sites qui permettent à des tiers de proposer des contenus, des services et des biens, ou qui donnent accès à de tels contenus, magasins d'application, services de partage de contenus,

¹F. CURTO MILLET, Senior Economist Google, *La confiance dans l'économie numérique*

² THE ECONOMIST, *The Data deluge*, 25 février 2010.

³ L. RAPP, *Numérique et concurrence*, RFDA 2014 page 896

⁴ L. MARINO, *Le Big data bouscule le droit*, Revue Lamy Droit de l'immatériel novembre 2013

⁵ LE MONDE, *APB, le fameux algorithme bientôt dévoilé ?* 8 avril 2016

places de marché ». ⁶ Pour Monsieur Bruno Lasserre, Président de l'Autorité française de la concurrence, ces acteurs multiformes s'inscrivent dans un contexte de basculement d'une logique de propriété à une logique de partage. Il est vrai que certaines plateformes servent aujourd'hui de « places de marché » permettant aux particuliers de partager des biens (comme Air BnB) ou des services (comme Blablacar).

Au cœur de la notion de « plateforme » numérique se trouve le principe d'intermédiation entre un utilisateur d'internet, usager ou consommateur d'une part, et un fournisseur ou vendeur d'autre part. La plateforme opère ainsi sur un marché comportant plusieurs versants car s'adressant à deux types d'acteurs voir plus. On parle de marché biface ou multi face dans lesquels « chaque groupe d'utilisateurs valorise le niveau de participation des utilisateurs sur l'autre face du marché »⁷. Par exemple, sur les réseaux sociaux, l'annonceur valorise le nombre supérieur d'utilisateurs du réseau social et en paye le cout. Même si l'économie de « type marché biface » n'est pas nouvelle, la presse ayant depuis longtemps été financée par la publicité, les services proposés par les plateformes sont « nés avec Internet et ils produisent leur propre valeur. »⁸

Les plateformes numériques capitalisent sur les données, dont la définition n'est pas clairement reconnue par l'Autorité de la concurrence : dans une acceptation étroite, ce terme serait souvent utilisé pour nommer les résultats des expériences ou des mesures scientifiques, alors que dans un sens plus large, il serait employé pour faire référence à une information ou à sa représentation⁹. En matière de concurrence et d'économie numérique, le terme de « Big Data » est le plus souvent utilisé. Le « Big Data » correspondrait à des ensembles de données caractérisées par leur volume (les données sont en perpétuelle expansion), leur vitesse (les données sont traitées très rapidement, voire instantanément) et leur variété (les données proviennent de sources diverses et non diversifiées); mais également à une démarche particulière, qui consiste à extraire l'information pertinente d'un ensemble de données.¹⁰ Parmi ces données, figurent des données à caractère personnel, définies comme des informations relatives à une personne identifiée, ou qui permettent d'identifier une personne, directement ou indirectement : il

⁶ Conférence organisée par la Chaire Innovation & Régulation des services numériques, *La régulation des plateformes numériques*, 7 avril 2015

⁷ Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015, p.3

⁸ Ibid

⁹ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.5

¹⁰ L. MARINO – *Le Big data bouscule le droit* – Revue Lamy Droit de l'immatériel novembre 2013

peut s'agir d'informations directement nominatives (le nom et le prénom), ou d'informations qui permettent d'identifier, indirectement, une personne physique, comme un numéro de téléphone¹¹.

Le Big Data semble être au point de rencontre de plusieurs volontés contradictoires : celles des entreprises d'avoir accès au maximum de données personnelles de leurs clients afin d'améliorer leurs offres de produits et services et leurs résultats économiques ; celle des instances de régulation qui entendent encadrer le plus étroitement possible l'accès à ces données et leur utilisation ; et celle des consommateurs qui souhaitent bénéficier d'un service individualisé et pertinent, tout en gardant le contrôle sur l'utilisation de leurs données¹²

D'un point de vue strictement économique, le traitement de ces données - qui recouvre plusieurs opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, comprenant la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition¹³ - aurait de nombreux effets positifs, permettant un gain d'efficience et d'efficacité et une synchronisation de l'offre et de la demande. La Commissaire européen à la concurrence s'appuie d'ailleurs sur ce constat : « à l'instar de l'utilisation faite par UPS des données pour l'optimisation de ses plans de tournées, les entreprises peuvent utiliser les données pour réduire leurs coûts au bénéfice du consommateur ». ¹⁴

Cependant, la numérisation de l'économie conduit à repenser l'application du droit de la concurrence. En effet, l'ampleur du traitement des données bouleverse les contours juridiques jusqu'alors établis dans le cadre européen, et la question du traitement des données mérite d'être soulevée d'un point de vue concurrentiel. Le domaine du numérique a vu émerger des « géants du Web », pour la plupart américains, désignés sous l'acronyme les « GAFA » (Google, Apple, Facebook, Twitter, Amazon), qui cumulent position dominante et records de capitalisations boursières, excédant le montant du budget des Etats, dépassant les frontières des activités qui leur sont propres, et conquérant sans cesse de nouveaux champs d'activité. ¹⁵ Ces « mastodontes qui s'autodistribuent » sont à l'origine de nouveaux monopoles, et laissent planer des menaces de nouveaux comportements anti-concurrentiels, surtout sous la forme d'abus de position dominante.

L'abus de position dominante est une pratique anti-concurrentielle consistant pour une entreprise ou un groupe d'entreprises, disposant d'une place prépondérante sur un marché

¹¹ Commission nationale Informatique et Libertés

¹² BCG – DLA Piper, *Le big data face au défi de la confiance*, Juin 2014

¹³ CNRS – Site internet de la CNIL (disponible : <https://www.cnil.fr>)

¹⁴ August et Debouzy Avocats - Concurrence et Big Data : l'Autorité de la concurrence mène l'enquête.

¹⁵ Lucien Rapp, Pr Université Toulouse I, *Numérique et concurrence*, RFDA 2014 page 896

déterminé, à profiter de sa situation pour adopter certains comportements nocifs pour la concurrence. Selon les articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et L. 420-2 du Code de commerce, le fait pour une ou plusieurs entreprises « d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Ainsi, trois critères seraient exigés pour mettre en évidence la pratique anti-concurrentielle : une position dominante, un abus et une restriction de concurrence. Cependant, les deux derniers critères peuvent être regroupés dans la mesure où en pratique, ne sont qualifiées d'abus que les pratiques restreignant la concurrence.

La question de l'abus de position dominante dans le secteur des données ne cesse d'ailleurs d'être soulevée : une enquête sectorielle sur Facebook vient d'être lancée par l'Autorité de la concurrence allemande sur les implications du Big Data en droit de la concurrence, afin de mieux comprendre les nouveaux risques posés par les entreprises innovantes de l'économie numérique.

Les Autorités de concurrence font preuve de souplesse pour appréhender les pratiques abusives de plateformes en position dominante mais de manière générale, il reste difficile de qualifier un abus de position dominante lié au traitement des données dans le secteur du numérique. D'une part, car le marché du numérique repose sur des services dématérialisés et n'a pas de frontière. Il se caractérise par une empreinte géographique sans équivalent alors que le droit, lui, est limité. D'autre part, car la valeur des données s'apprécie instantanément du fait de l'innovation constante, de sorte qu'une pratique abusive pourrait rapidement perdre sa qualification d'abus.

Dans quelle mesure l'apparition de risques anti-concurrentiels liés à de nouveaux modes de traitement des données remet-elle en cause les critères de définition de l'abus de position dominante ?

Le développement du numérique conduit à l'identification de nouveaux risques, perturbant sur le marché classiquement établi. Des difficultés concurrentielles sont en effet soulevées par de nouvelles stratégies d'éviction ou de verrouillage du marché, mais aussi par l'indétermination des frontières juridiques entre le droit de la concurrence et les règles de protection des données personnelles (I). L'ampleur des risques liés aux nouveaux modes de traitement des données conduisent alors à devoir repenser la pertinence des outils classiques du droit de la concurrence (II)

I. Le traitement des données, un vecteur de nouveaux risques anti-concurrentiels dans une économie numérisée

Les pratiques de traitement des données à des fins commerciales ont pris une ampleur inédite avec l'essor d'une économie numérisée qui repose sur une utilisation massive des données. Elles peuvent contribuer à une « amélioration des produits et services d'une entreprise et permettre d'exploiter des nouvelles opportunités commerciales ; et créer des modèles économiques plus ciblés »¹⁶. Cette situation soulève de nouvelles questions sur le rôle des données dans l'analyse concurrentielle. De nouveaux risques anti-concurrentiels propres aux caractéristiques des plateformes numériques ont été identifiés (A), alors que d'autres relèvent du caractère « personnel » des données en jeu (B).

A. De nouveaux risques anti-concurrentiels propres aux caractéristiques des plateformes numériques

De prime abord, le traitement des données présente des effets pro-concurrentiels car il permet d'accroître la transparence des marchés en ligne¹⁷. De plus, les données sont massivement disponibles, ce qui réduit en théorie les risques d'abus de position dominante. Cependant, la libre circulation des données ne protège pas contre l'émergence de pratiques abusives visant à restreindre la concurrence. Ces problématiques concurrentielles sont récentes et l'appréciation de leurs effets restrictifs sur la concurrence est rendue plus complexe par la numérisation de l'économie.

La disponibilité des données à l'ère du numérique est avérée. Les consommateurs sont dit « multi hébergés » c'est à dire qu'ils « utilisent plusieurs prestataires pour obtenir un même type de service »¹⁸. Dans une situation de multi hébergement parfait, chaque opérateur devrait donc être en mesure d'avoir accès aux données générées par le consommateur. De plus, on peut considérer que « le même type d'informations peut être extrait à partir de différents types de données qui peuvent être obtenues par des biais différents »¹⁹ de sorte que le risque d'abus de position dominante lié à la détention de données apparaît moindre. A ce titre, les Autorités de concurrence américaines et européennes ont pu considérer dans l'affaire Google/DoubleClick de

¹⁶Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.10 -11

¹⁷Ibid p.16

¹⁸Ibid p.32

¹⁹Ibid p.49

2008 qu'un accès amélioré à certaines données suite à la concentration ne poserait pas de problème de concurrence²⁰. Cependant, la pertinence de l'argument selon lequel les données « sont partout » repose avant tout sur l'accessibilité des données et leur facilité de reproduction par les concurrents d'une même efficacité. Par exemple, les sociétés de « data analytics » telles qu'Axiom ou Epsilon, collectent des données d'une multitude de sources et les revendent à des tiers; alors que les plateformes nouvellement créées n'auraient pas d'emblée accès à un tel panel d'informations.

Le traitement des données est un facteur de transparence pour le consommateur sur l'étendue et la profondeur de l'offre. A titre d'exemple, les comparateurs de prix permettent aux consommateurs de faire des choix plus informés²¹. Par ailleurs, la personnalisation de l'offre qui résulte du traitement des données, favoriserait *in fine* l'entrée de nouveaux petits concurrents qui, sans la plateforme, auraient pu avoir des difficultés à entrer sur le marché. En d'autres termes, l'exploitation des données permettrait de faciliter l'entrée de nouveaux concurrents pour répondre à une demande ciblée et identifiée du consommateur. La transparence des marchés bénéficie également aux offreurs qui, en ayant une plus grande visibilité sur les prix de leurs concurrents peuvent limiter la concurrence. Une information précise sur les prix peut favoriser la stabilité d'une collusion. L'affaire Topkins en est un exemple car elle traite de la conspiration entre deux concurrents qui ont utilisé des algorithmes afin de coordonner les évolutions de leurs prix respectifs²².

Cependant, les effets pro concurrentiels liés au traitement des données sont à relativiser. Les Autorités de la Concurrence ont identifié certains comportements abusifs qui ne figurent pas tous dans la liste énumérée aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE relatifs à l'abus de position dominante mais qui pourraient être reconnus comme tel. Ces risques sont liés aux nouvelles caractéristiques des plateformes numériques.

L'innovation semble être la première caractéristique des plateformes numériques. Comme le souligne Madame Martine Béhar Touchais, la concurrence devrait « permettre au plus innovant de gagner la bataille, même s'il part de rien »²³, à l'image du rêve américain : Google a été fondé dans un garage, à un moment où des publications sérieuses déclaraient que Yahoo avait

²⁰ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.50

²¹ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.16

²² Affaire Topkins, https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/04/06/topkins_information.pdf

²³ M. Béhar Touchais, *A quoi sert la concurrence ?*, Préface, Revue concurrences, revue des droits de la concurrence

gagné la guerre des moteurs de recherche²⁴. Mais ce rapport du numérique à l'innovation semble paradoxal. Le domaine du numérique ne semble pas à première vue avoir de barrières à l'entrée et devrait permettre aux petits opérateurs d'innover. Cependant, ce marché reste monopolistique : l'innovation est fondée sur l'exploitation de la donnée, mais se voit freinée car l'accessibilité à la donnée en premier lieu n'est pas universel. L'innovation serait alors détenue par les « géants du Web », ce qui conduit Monsieur Bruno Lasserre à évoquer la notion de « monopoles de l'innovation »²⁵.

Le déploiement rapide de produits innovants et les positions de dominance qui en résultent sont propices à l'émergence de risque de favoritisme et de discrimination²⁶. En effet, il n'est pas rare que certaines entreprises favorisent la visibilité de leurs propres offres et innovations au détriment de celles de leurs concurrents. L'Autorité de la concurrence a sanctionné à cet égard les comportements discriminatoires de France Télécom et Google. L'opérateur « fournissait des données plus actualisées à sa filiale Wanadoo sur l'éligibilité ADSL des foyers par rapport à ses concurrents à l'aval »²⁷ tandis qu'il était reproché à Google d'utiliser son moteur de recherche pour favoriser son propre produit de comparateur de prix. Les pratiques de favoritisme mises en œuvre par Google ont également été dénoncées dans l'affaire *Google/Android*, dans laquelle le moteur de recherche était accusé de favoriser son système mobile Android ; ce qui conduisait également à « verrouiller » l'utilisateur au sein d'un système d'« Android bouclé »²⁸. D'autres comportements discriminatoires peuvent produire un véritable effet d'éviction. Dans l'affaire *Google AdWords /NavX*, l'Autorité de la Concurrence a jugé discriminatoire la manière dont Google appliquait sa politique de contenus AdWords pour les marchés des bases de données radar. L'Autorité sanctionne une discrimination de second niveau car le fournisseur d'accès à Internet n'était pas partie prenante sur le marché affecté mais son comportement a contribué à évincer certains fournisseurs de contenus²⁹. La discrimination peut également porter sur les prix. En effet, une entreprise dominante peut utiliser les données collectées à des fins de discrimination tarifaire entre différents groupes de clients³⁰. Dans un

²⁴F. Curto Millet, *La concurrence dans l'économie numérique*, Site Internet : A quoi sert la concurrence ?

²⁵B. Lasserre, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015

²⁶B. Lasserre, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015

²⁷Conseil de la concurrence, *Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit*, 2007 p.3

²⁸L. RAPP, *Numérique et concurrence*, RFDA, 2014, p.896

²⁹Autorité de la concurrence, *Décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx*, 2010

³⁰Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.23

marché de plateforme, la structure des prix est très asymétrique³¹. C'est le traitement des données qui va permettre d'affiner le prix en fonction de la « disposition du client à payer pour un bien ou service »³². Ces pratiques portent atteintes à l'égalité entre consommateurs et peuvent réduire leurs possibilités de substitution car les coûts de recherche sont importants pour le consommateur qui souhaite échapper à une discrimination tarifaire.³³ Dans l'affaire *Post Danmark* (2012), la Cour de Justice de l'Union européenne a questionné les effets du comportement d'une entreprise dominante qui appliquait des prix bas à l'égard de certains anciens clients d'un concurrent³⁴, en se référant aux notions d'« effet d'éviction » ou « pratique d'éviction abusive »³⁵.

Les monopoles ainsi décrits sont renforcés par de puissants effets de réseau, seconde caractéristique propre aux plateformes numériques, qui permettent une large diffusion de l'innovation. D'apparence, les effets de réseau sont favorables à la concurrence car ils permettent d'augmenter la valeur du service ou produit, proportionnellement à son nombre d'utilisateurs et aux données qu'ils génèrent³⁶. Mais ils peuvent également contribuer à une concentration du marché et créer des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents. Le réseau qui a acquis une place prééminente pourra difficilement être concurrencé. C'est ce que l'on appelle l'effet « winner takes it all »³⁷. On peut prendre pour exemple le « Search » de Google qui est la principale plateforme de « Search » dans le monde depuis plusieurs années et qui tend à le rester par les effets de réseau qui y sont associés³⁸. Cette position dominante a des effets néfastes sur l'entrée de nouveaux concurrents. Ces derniers sont évincés, car dans l'impossibilité de rassembler un nombre important d'utilisateurs (et leurs données), ce qui est le préalable nécessaire pour la rentabilité d'un service en ligne. En effet, les plateformes capitalisent sur la collecte de données car la valeur économique qui s'en dégage leur permet de se rémunérer en proposant d'autres services à une seconde catégorie de clients tout en assurant la « gratuité » à l'utilisateur final³⁹. Les données apparaissent comme la contrepartie, la monnaie d'échange fournie par l'internaute,

³¹Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015, p.3

³²Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.24

³³Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.24

³⁴CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, §45

³⁵CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, §45

³⁶B. Lasserre, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015

³⁷B. Lasserre, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015

³⁸Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015, p.4

³⁹Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.44

pour bénéficier d'un service. Ce modèle de gratuité ne pourrait être condamné en soi comme le défend Google qui ne pourrait pas soutenir un tel niveau d'innovation sans passer par un modèle comme le sien⁴⁰. Le « modèle de la gratuité est ainsi très répandu sur les marchés électroniques »⁴¹. Cependant, les volumes importants de données traitées confèrent un avantage concurrentiel aux entreprises et peuvent avoir des effets restrictifs de concurrence. Dans l'affaire *Google France & Google Inc* de 2012, la plateforme était accusée d'une pratique de prédation car elle permettait d'intégrer gratuitement sur le site internet d'une entreprise des cartes GPS, alors que la société Bottin Cartographe proposait le même service à titre onéreux. La Cour d'Appel de Paris a pu considérer que « sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas (...) dès lors qu'elles ont pour objet (...) d'éliminer d'un marché (...) une entreprise ou un de ses produits... »⁴² L'Autorité de la concurrence dans son avis rendu à la Cour d'Appel de Paris sur cet arrêt n'a pas retenu une pratique de prédation à l'encontre de Google. L'Autorité considère qu'une telle pratique « n'est économiquement plausible que si l'entreprise qui la met en œuvre peut espérer récupérer les pertes engendrées durant la période de prédation. Il est improbable que Google réussisse à évincer l'ensemble de ses concurrents du marché simplement en offrant (comme la plupart de ses autres concurrents), une version basique gratuite de son produit »⁴³. La divergence de raisonnement entre les deux juridictions illustre la difficulté de caractériser une stratégie d'éviction dans le secteur du numérique.

Les plateformes numériques se caractérisent également par leur intégration verticale : elles tendent vers un modèle « d'opérateur universel »⁴⁴, capable de répondre à l'ensemble des besoins des consommateurs. Depuis quelques années, les opérateurs privilégient des « stratégies de convergence entre ces différents marchés, au travers d'opérations de diversification, de concentration ou de partenariat. »⁴⁵ Le traitement des données apparaît ainsi comme nécessaire au développement de marchés connexes. En effet, une entreprise va collecter des données dans le but de fournir un certain service sur un marché, puis traiter ces données pour rivaliser dans le cadre de la prestation d'un autre service sur un marché distinct. Ces pratiques peuvent mener à des restrictions de concurrence. Cela peut être un moyen pour « certaines places de marché agissant également comme vendeurs en ligne d'avoir accès à des informations portant sur les ventes ou

⁴⁰N. LENOIR, *Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big Data*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.66

⁴¹Autorité de la concurrence, *Avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France*, p.18 §50

⁴²Cour d'Appel de Paris, *Arrêt du 25 Novembre 2015*, RG n° 12/02931, p.12

⁴³Autorité de la concurrence, *Avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France*, p.24 §81

⁴⁴Autorité de la concurrence, *Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2011 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle*, p.25 §114

⁴⁵Autorité de la concurrence, *Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2011 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle*, p.5 §9

sur le comportement des clients de leurs concurrents. »⁴⁶ L'autre limite posée à l'intégration verticale des plateformes numériques est qu'elle favorise l'apparition d'écosystèmes, définis par l'Autorité de la concurrence comme des modèles de concurrence regroupant un « ensemble de services fonctionnant de manière combiné et complémentaire »⁴⁷. Les écosystèmes dits « fermés » seraient susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence. Ils renvoient par exemple à des « contrat d'exclusivité entre deux compagnies qui conduisent à rendre l'accès plus difficile pour les consommateurs ». ⁴⁸ Cependant, l'Autorité de la Concurrence ne s'est pas prononcé sur le « bon modèle » à adopter à l'occasion de l'affaire VirginMega⁴⁹. Cette dernière accusait Apple d'avoir constitué un écosystème fermé en intégrant verticalement son matériel (Ipod) et son magasin de contenu (Itunes), ce qui conduisait à exclure toute compatibilité avec d'autres systèmes. Le raisonnement adopté par l'Autorité de la Concurrence en 2004, consistant à observer la concurrence entre les différents modèles, semblerai justifié. Cependant, la question se soulève du moment adéquat pour les interventions des Autorités de concurrence face aux nombreux écosystèmes privés qui se développent : iPhone/Appstore/iOS/iTunes pour Apple et Facebook/Messenger pour Facebook...⁵⁰

Ainsi, le traitement des données constitue un vaste champ de développement et de création de valeur pour les entreprises, en dépit de risques d'atteintes à la concurrence. Grâce à la numérisation croissante des transactions numériques, les données collectées sont plus précises, plus personnelles. Madame Laure Marino souligne ainsi que « 70% des données du Big Data seraient des données produites par les personnes, consciemment ou non ». ⁵¹ Une part importante des Big Data sont ainsi des données personnelles, générant des risques spécifiques pouvant entrer dans le champ d'application du droit de la concurrence (B).

B - De nouveaux risques soulevés par le traitement de données « à caractère personnel »

⁴⁶Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.22

⁴⁷Autorité de la concurrence & Competition Markets Authority, *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés*, 16 Décembre 2014, p.7

⁴⁸Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.47

⁴⁹A . PERROT, *L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste*, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2016, p74

⁵⁰A . PERROT, *L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste*, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2016, p74

⁵¹L. MARINO, *Le Big data bouscule le droit*, Lamy Droit de l'Immatériel 2013

Une part importante des données traitées par les entreprises, que ce soit sur une base volontaire ou subie, concerne leurs clients personnes physiques. De nombreuses techniques fondées sur l'exploitation des données personnelles, à l'instar du profilage, qui consiste à anticiper le comportement d'une personne grâce à la surveillance et l'analyse de ses données personnelles en ligne, se développent⁵². L'essor de sociétés de « data analytics » spécialisées dans la revente des données collectées permet de déduire que les données personnelles sont l'objet d'une négociation. Le développement du « cloud computing », qui consiste à stocker des données sur des serveurs informatiques posent également question du point de vue de la protection des données personnelles⁵³.

Ainsi, les données personnelles représentent aujourd'hui un fort potentiel économique sur lequel les entreprises capitalisent, et on assiste à la création d'un véritable marché des données personnelles : « La protection des données personnelles a été conçue alors que les données n'avaient pas la même importance. Désormais, les données personnelles concernent tous les domaines, dont la finance ou l'énergie. Les plus grandes entreprises du monde doivent leur succès aux données personnelles⁵⁴ ». Les auteurs reconnaissent les conséquences de cette massification du traitement des données : le sociologue Monsieur Antonio Casilli reconnaît que la « vie privée serait devenue une négociation collective »⁵⁵, Madame Laure Marino évoque l'« usage marketing » des données personnelles⁵⁶.

Il apparaît alors nécessaire, face à ces mutations du marché numérique, d'assurer une meilleure protection des données personnelles. Cette protection est prévue au niveau européen par un cadre juridique spécifique. La directive européenne 95/46/CE, la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) consacrent le droit à la protection des données personnelles des individus. Le 14 avril 2016, un règlement général européen de protection des données personnelles a été adopté, remplaçant la directive de 1995, afin de renforcer ce droit à l'échelle européenne.

⁵²JURILIBE, Communiqué de presse droits fondamentaux, 21 Mars 2013 « protéger les données personnelles tout en stimulant la concurrence pour les entreprises »

⁵³L. MARINO, *Le Big data bouscule le droit*, Lamy Droit de l'Immatériel 2013

⁵⁴ Giovanni Buttarelli, Autorité de la concurrence, Opening Statement, Paris, 8 mars 2016. Traduction: “*Data protection was conceived when data was ancillary to main business (that is, to keep a record of customers etc). But now personal data is hugely important to all businesses -including finance, energy and manufacturing- and governments. This has an impact on the individual and on social welfare. The richest companies in the world owe much of their success to personal data*”.

⁵⁵L. M Augagneur, *Vers de nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique*, RTD Com 2015, p. 455

⁵⁶L. Marino, *Le Big data bouscule le droit*, Lamy Droit de l'Immatériel 2013

A première vue, les règles de protection des données personnelles et le droit de la concurrence semblent poursuivre des buts différents et avoir des exigences contradictoires, comme le suggère Madame Noelle Lenoir⁵⁷ : si le droit de la concurrence a pour objectif de promouvoir la concurrence entre les entreprises par une ouverture du marché ; le droit de la protection des données personnelles tendrait vers une confidentialité, et donc dans une certaine mesure, vers une fermeture. La Cour de Justice des Communautés Européennes rappelle ainsi dans son arrêt *Asnef* que « Les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère personnel ne relevant pas, en tant que telles, du droit de la concurrence, elles peuvent être résolues sur le fondement des dispositions pertinentes en matière de protection de telles données »⁵⁸. Les préoccupations d'ordre privé ne sembleraient pas alors être un paramètre significatif pour les Autorités de la concurrence. La Commission européenne a adopté une position similaire dans la décision *Facebook/ WhatsApp*, indiquant: « Toute question relative à la vie privée, conséquence de l'augmentation de la concentration des données résultant d'une transaction, ne tombe pas dans le champ d'application du droit de la concurrence européen, mais dans celui du droit européen de la protection des données ».⁵⁹ Il est également intéressant de constater qu'Outre-Atlantique, les problématiques de protection de la vie privée rentrent dans les considérations concurrentielles : dans une lettre adressée à Facebook et WhatsApp Inc au sujet de la fusion des deux entités le Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection rappelle que « les deux entités restent tenues de leurs engagements respectifs à l'égard de leurs utilisateurs, concernant le volume des données collectées et leur transmission à des tiers »⁶⁰.

Cette différence d'objectifs poursuivis par le droit de la concurrence et le droit de la protection des données personnelles, implique que « des problématiques de protection des données personnelles ne peuvent à elles seules fonder des soupçons de pratiques anticoncurrentielles. »⁶¹

Cependant, les données personnelles peuvent perturber le marché classiquement protégé par le droit de la concurrence ; car la massification de la collecte et la diversification des usages des données à caractère personnel peut permettre à une entreprise en

⁵⁷N. Lenoir, *Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big data*, AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016 p. 64

⁵⁸ CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, ECR I-11125, § 63

⁵⁹ Traduction – Décision Facebook / Whatsapp « *Any privacy related concern flowing from the increased concentration of data within the control of facebook or as a result of a transaction do not fall into the scope of the EU competition rules, but within the scope of the EU data protection rules* ».

⁶⁰ Étude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.49

⁶¹ August & debouzy avocats, *Concurrence et « Big Data » : l'Autorité de la concurrence mène l'enquête*, Flash Concurrence

position dominante de renforcer « *artificiellement son pouvoir de marché en vue d'éliminer ou d'exclure un concurrent du marché.* ». ⁶² De plus, le caractère « *personnel* » des données se heurte à la compétitivité sans limite des entreprises.

La massification du traitement des données personnelles soulève tout d'abord d'abord des difficultés du point de vue du droit de la concurrence. Andreas Mundt, Président de l'Autorité de la concurrence allemande (Bundeskartellamt), déclare ainsi dans un communiqué du 2 mars 2016 : « L'utilisation de données personnelles doit être examinée du point de vue de la position dominante qu'occupe l'entreprise, pour s'assurer notamment que les consommateurs sont correctement informés de la nature et de l'ampleur de la collecte des données. », à l'occasion de la nouvelle enquête lancée par l'Autorité à l'encontre de Facebook. Le réseau social est à ce jour soupçonné d'abuser de sa position dominante sur le marché des réseaux sociaux, en raison de conditions d'utilisation applicables aux données des utilisateurs qui enfreignent les lois allemandes de protection des données ⁶³. Cette décision se place dans un contexte de suspicion de pratiques anti-concurrentielles à l'encontre des « géants du Web », qui tentent de se soustraire aux standards de protection de la vie privée élaborés au niveau européen. Ainsi, par un arrêt *Schrems c/ Data Protection Commissioner* ⁶⁴ rendu le 6 octobre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne s'oppose aux principes du « *Safe Harbour* », accord sur les transferts de données personnelles entre l'Europe et les Etats Unis, signé le 26 juillet 2000 ⁶⁵. Un nouveau traité, l'« *EU-US Privacy Shield* », a ensuite été difficilement négocié, puis finalement adopté le 2 février 2016, afin d'obliger les géants du Web à respecter des standards adéquats de protection des données personnelles.

En tentant ainsi de se soustraire aux règles européennes de protection des données personnelles, les opérateurs du numérique, dont les plus grands sont américains, peuvent créer des effets d'éviction pouvant mener à la qualification d'un abus de position dominante. En effet, en jouant sur l'accessibilité aux données personnelles, ces entreprises peuvent augmenter leurs avantages compétitifs, et prendre parti des règles de protection des données personnelles, pour réduire l'accès au marché à des concurrents. Facebook aurait ainsi cherché à subordonner la collecte de certaines données, apparaissant sur les profils publics des utilisateurs, à son consentement.

⁶²Communiqué de l'Autorité de la Concurrence, 14 juin 2010 : *Convergence entre les télécoms fixes et mobiles*, 2010

⁶³Décision de l'Autorité de la Concurrence All le 2 Mars 2016

⁶⁴CJUE, *Shrems c/ Data Protection Commissioner*, 6 octobre 2015, affaire C-362

⁶⁵Commission européenne, Décision 26 juill. 2000, JOCE 25 août, n L 215, p. 7

Mais le caractère « personnel » des données pourrait aussi freiner l'accès aux marchés pour certaines entreprises au niveau européen. En effet, l'article 6 paragraphe 1, point b) de la directive sur la protection des données 95/46/CE, dispose que les données à caractère personnel doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites, et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». En Europe, l'entreprise qui collecte des données pour son activité, ne pourrait en ce sens ne les utiliser qu'en interne, et ne pas les utiliser sur des marchés connexes. Cela constitue un frein à la compétitivité des entreprises du numérique car leurs possibilités de développement sur les marchés connexes sont limitées. Le marché des données personnelles en deviendrait alors monopolistique. A ce titre, Madame Frison Roche qualifie ce type d'opérateurs d'entreprise « cruciale », comme celle qui "tient en masse les informations sensibles ou personnelles de la population, et les utilise comme matériau de base à des métadonnées"⁶⁶.

De plus, les opérateurs utilisent de plus en plus de manière croisée leurs bases de clientèle, utilisant les données commerciales déjà détenues sur un marché pour se développer sur un autre marché (par exemple la société d'assurance BNP Paribas Cardif pour l'établissement bancaire BNP Paribas). L'utilisation croisée des bases de clientèle est une pratique horizontale, mise en œuvre par une entreprise sur plusieurs marchés, mais visant une même clientèle ; incluse dans la pratique du « *cross-selling* » (qui regroupe également les ventes couplées), et interne à l'entreprise. Dans un contexte concurrentiel classique, l'Autorité de la concurrence reconnaît que ces pratiques, fondées sur l'exploitation des données personnelles, peuvent dynamiser les marchés concernés et donc intensifier la concurrence ; car elles permettent aux entreprises de réaliser des économies de coûts de commercialisation de leurs produits liés notamment à la collecte de l'information et susceptibles d'être répercutée sur les consommateurs. Cependant, de réelles restrictions de concurrence existent notamment lorsque l'entreprise est en position dominante sur le marché et fait une utilisation croisée de sa base de clientèle qui s'avère non reproductible par ses concurrents. En effet, si les informations détenues par une entreprise dominante ne sont ni accessibles à ses concurrents, ni reproductibles par eux, elles constituent des informations privilégiées, dont l'exploitation est susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence : l'utilisation croisée de telles informations peut alors avoir pour objet ou effet d'ériger des barrières à l'entrée sur l'un ou l'autre des marchés concernés.

⁶⁶ M.A. FRISON-ROCHE, *Réguler les entreprises cruciales*, Recueil Dalloz 2014 p.1556

Par ailleurs, la concurrence entre entreprises est impactée par le droit de la protection des données personnelles. La Présidente de la CNIL se demande si « face à la datification du monde, on ne pourrait pas refuser une concentration au motif qu'elle ferait courir un risque à la vie privée, car suscitant des pratiques déloyales et trompeuses en matière de collecte des données »⁶⁷ ; l'Autorité de la concurrence ne manque pas de rappeler que la collecte et l'utilisation des données personnelles ont des implications économiques et concurrentielles⁶⁸. Ainsi, même si les règles de protection des données ne sont pas *ab initio* des règles de régulation économique, il est impératif que la logique de marché ne heurte pas frontalement celle de la protection et en tienne compte⁶⁹.

Les problématiques liées à la vie privée sont présentes dans les litiges impliquant des pouvoirs de marchés, et convient de se demander dans quelle mesure le droit de la concurrence est impacté par toutes les lois sur la protection des données personnelles⁷⁰. En effet, les affaires portées devant l'Autorité de la concurrence concernent toutes de près ou de loin la question des données personnelles, car parmi les données collectées et traitées par les entreprises, il y a forcément des données personnelles en jeu. Par exemple, l'affaire *Cegedim*⁷¹ concernait le refus de mise à disposition par l'entreprise d'une base de données contenant des données personnelles de médecins : elles recensait leurs coordonnées et des informations destinées aux visiteurs médicaux (adresse, horaires, date de naissance...). La revente d'une telle base de données peut poser problème au regard de la protection des données personnelles, dans la mesure où l'utilisateur n'a pas conscience des échanges d'information entre les entreprises, voire de leur revente. Dans son avis du 20 décembre 2013, l'Autorité de la concurrence a contraint EDF de mettre à disposition de l'ensemble des opérateurs d'effacement des données personnelles concernant des abonnés, afin de mettre en évidence des gisements d'effacement. La conciliation des règles de protection des données personnelles et du droit de la concurrence a alors été permise par le recueil du consentement individuel de chaque abonné. En effet, la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 prévoit un droit au consentement en cas de divulgation des données. Ainsi, dans cette affaire, l'application d'une sanction de droit de la concurrence doit être soumise aux exigences du droit de la protection des données personnelles, et la nécessité d'obtenir le consentement des utilisateurs. Si dans l'affaire EDF, une conciliation entre le droit de la

⁶⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, *A quoi sert la concurrence ?* Préface, Revue Concurrence – Droits de la concurrence – Site internet

⁶⁸ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.49

⁶⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *A quoi sert la concurrence ?* Préface, Revue Concurrence – Droits de la concurrence – Site internet

⁷⁰ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016, p.49

⁷¹ Autorité de la concurrence, *Décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales*, 11 juillet 2014, n° 14-D-06,

concurrence et le droit de la protection des données semble avoir eu lieu, Madame Noëlle Lenoir souligne cependant que « la question de l'articulation entre le droit de la concurrence, et le droit Informatique et Libertés, sera de plus en plus cruciale » : à l'avenir, la conciliation risque de ne plus être opérationnelle.⁷²

L'impact de la protection des données personnelles sur le droit de la concurrence se dévoilerait enfin si l'on se penche davantage sur les finalités de ce dernier. En effet, si la vocation première du droit de la concurrence est de protéger une économie de marché ouverte, où la concurrence est libre, au sens de l'article 4 du TFUE ; il répond également à une finalité indirecte : celle de protéger le consommateur. Certains auteurs mettent d'ailleurs en évidence des liens tels entre droit de la concurrence et droit de la consommation, qu'ils n'hésitent pas à les regrouper sous l'appellation « *droit du marché* »⁷³. En effet, la protection du marché sert *in fine* au consommateur, profitant d'une baisse des prix, d'une hausse de son pouvoir d'achat, d'offres diversifiées, innovantes et de meilleure qualité. A ce titre, il est intéressant de constater que 101-3 du TFUE et l'article L. 420-4 du Code de commerce ne prévoient aucune condamnation pour une entreprise qui a recours à une pratique anti-concurrentielle, si elle a des effets bénéfiques pour le consommateur. Le domaine du numérique n'échappe pas à ce raisonnement : à titre d'exemple, la pratique de la publicité comportementale permet de fournir aux consommateurs des promotions et offres commerciales en rapport avec ses intérêts. Mais l'utilisation massive et abusive des données personnelles soulève des difficultés. Madame Laure Marino souligne ainsi que les utilisateurs pourraient « perdre confiance et se détourner. La courbe des ventes s'inverserait. », prenant l'exemple des organismes de crédit recourant aux réseaux sociaux pour évaluer la solvabilité de leurs clients.⁷⁴

Protéger l'utilisateur d'une plateforme numérique et renforcer sa confiance auraient dès lors des effets bénéfiques pour le marché et la compétitivité. La Commission européenne semble partager cet avis, indiquant sur son site internet une adresse aux utilisateurs : « *Vous n'en avez peut être pas conscience, mais vous êtes un acteur clé de la compétitivité.* ». De nombreux auteurs développent également ce point de vue: Madame Béhar Touchais⁷⁵ souligne que

⁷² N. LENOIR, Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big data, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2016, p.66

⁷³ M. BEHAR - TOUCHAIS, *A quoi sert la concurrence ?* Préface, Concurrence – Revue des droits de la concurrence – Site internet

⁷⁴ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *La concurrence, un outil à géométrie variable pour le consommateur*

⁷⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, *A quoi sert la concurrence ?* Préface, Concurrence – Revues des droits de la concurrence, Site internet

«L'économie concurrentielle repose d'abord sur la liberté », et « parmi les libertés associées à l'économie de marché, il y a celle de détenir, c'est à dire le respect de la vie privée ». Monsieur Bruno Lasserre décrit une stratégie du « *consumer empowerment* », qui revient à donner au consommateur le pouvoir de choisir ; et Madame Natacha Sauphanor-Brouillaud évoque un « *client roi, arbitre de la compétition entre entreprises* ». Certaines affaires médiatiques illustrent d'ailleurs les résultats de la perte de confiance du consommateur, liées aux possibilités de divulgation induite de ses données personnelles: à titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Ashley Madison* concernant la divulgation des données personnelles des utilisateurs de sites extra-conjugaux aux Etats-Unis. Dans l'affaire *GDF Suez*⁷⁶, la question de la confiance du consommateur et du caractère éclairé de son consentement a d'ailleurs été soulevée. Dans une décision du 9 septembre 2014, l'Autorité de la concurrence ordonne à GDF Suez l'ouverture de son fichier clients, afin de permettre aux autres fournisseurs de gaz de le concurrencer à armes égales. Comme le souligne Monsieur Jean Pierre Masseret dans une question écrite publiée dans le JO Sénat du 6 novembre 2014, cette décision a pour conséquence « la diffusion massive des données personnelles de près de 11 millions d'individus vers des tiers ».⁷⁷ Les consommateurs doivent faire jouer leur droit d'opposition afin de ne pas voir leurs données transmises, ce qui se rapproche d'une stratégie « d'opt out » : le consommateur est considéré comme acceptant la diffusion de ses données, sauf s'il manifeste expressément le contraire. Manifester son opposition ne reviendrait pas dans cette mesure au recueil d'un véritable consentement, comme le souligne Monsieur J.P Masseret « *le dispositif d'opposition apparaît peu protecteur* »⁷⁸, et des mesures doivent être prises dans un contexte où la mise en concurrence est cependant bien nécessaire.

Cependant, l'impact de la confiance de l'utilisateur sur la concurrence est à nuancer, dans la mesure où l'intérêt du consommateur est difficilement déterminable et varie dans le temps : à titre d'exemple, la pratique des prix prédateurs favorise le consommateur en entraînant une baisse des prix sur le court-terme ; mais favorise l'émergence d'entreprises monopolistiques, qui haussent les prix sur le long-terme. Les utilisateurs se tournent paradoxalement vers les monopoles, ce qui conduit les sociologues américains à employer l'expression « *privacy paradox* », ou paradoxe de la vie privée, pour désigner l'exposition toujours plus grande de

⁷⁶ Autorité de la concurrence, *Décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité*, n°14-MC-02, 9 septembre 2014

⁷⁷ Question écrite n°13659 de M. J-P Masseret, *Ouverture à la concurrence et protection des données personnelles*, publiée au JO Sénat du 6 novembre 2014, page 2474.

⁷⁸ Question écrite n°13659 de M. J-P Masseret, *Ouverture à la concurrence et protection des données personnelles*, publiée au JO Sénat du 6 novembre 2014, page 2474.

l'individu sur internet, contrastant avec l'inquiétude pour le respect de leur vie privée⁷⁹. D'autres auteurs évoquent l'idée de « *monopoles paresseux* »⁸⁰ : l'identification et la valorisation des offres alternatives demandent au consommateur un important investissement dans la prise de décision. Ainsi, *les monopoles seraient « paresseux » et les utilisateurs également*. Les utilisateurs préféreraient « *le confort des marchés monopolistiques ou peu concurrentiels* ».⁸¹

Finalement, les impacts économiques du traitement des données personnelles amènent à repenser l'approche du droit de la concurrence, en tendant vers la nécessité d'une conciliation entre concurrence et vie privée. Il est intéressant de noter que les sanctions prononcées par la CNIL, dans le ressort duquel tombent les litiges relatifs aux données personnelles, sont bien moindres. A titre d'exemple, on peut citer Google, sanctionné pour un montant de 100.000 euros en raison de la collecte de données techniques sur les réseaux Wifi depuis plusieurs années⁸² ; ou la condamnation d'Optical Center à payer une amende de 50.000 euros pour défaut de sécurité de ses données client⁸³. Ainsi, la mise en évidence d'un lien entre violation de la vie privée et atteinte à la concurrence permettrait de sanctionner beaucoup plus efficacement des opérateurs traitant les données personnelles et ayant des effets restrictifs de concurrence. Le nouveau règlement de protection des données s'ancre dans ce mouvement de protection de la vie privée, et aura certainement des impacts en droit de la concurrence. Il contient des règles destinées à protéger la vie privée, mais aussi des dispositions affectant la vie des affaires, comme des amendes plus strictes pour les entreprises en cas de violation des règles de protection des données personnelles, ou concernant la possibilité de transférer des données vers un autre fournisseur de services. Ces amendes peuvent désormais aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires de l'entreprise en cas de pratique anti-concurrentielle avérée.

A l'heure actuelle, on semble se diriger de plus en plus vers un dialogue entre les Autorités de concurrence et les Autorités de protection de la vie privée. En 2014, l'European data supervisor insiste sur cette nécessité: « where ever a specific case arises, in which consumer wheathare and data protection appears to be at stake »⁸⁴. D'ailleurs, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 9 septembre 2014 ordonnant l'ouverture du fichier clients de GDF Suez, s'est

⁷⁹J. ROCHFELD, *Questions actuelles sur la commercialisation des données à caractère personnel*. Cah. dr. Entr. Mai 2012, entretien 3

⁸⁰ P. HUBERT, *La promotion de la culture de concurrence par le secteur privé* ; JM CLANCHAND, *Concurrence et services publics*

⁸¹ P. HUBERT, *La promotion de la culture de concurrence par le secteur privé* ; JM CLANCHAND, *Concurrence et services publics*

⁸² CNIL, délib n°2011-035, 17 mars 2011, *Google Street View*

⁸³ CNIL, Décision 5 novembre 2015, CNIL n°2015-379, *Optical Center*

⁸⁴ Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016



appuyée sur un avis de la CNIL pour fixer les modalités de l'information des clients préalable à la communication de leurs données.⁸⁵ Le développement de la procédure non contestation des griefs, impliquant la pratique de « whistleblowing » en droit français, fournit également un bel exemple de ces nouvelles tentatives de conciliation: les entreprises souhaitant opter pour sa mise en place afin de prévenir les atteintes anti-concurrentielles devront déposer un dossier d'autorisation auprès de la CNIL.

La volonté de ne pas exclure les problématiques de vie privée du droit de la concurrence traduit ainsi à la fois la volonté de protéger les utilisateurs contre un usage abusif de leurs données personnelles et la compréhension que les données constituent un levier de croissance économique. A l'avenir, le droit de la concurrence sera sans doute amené à adapter davantage ses outils afin de concilier protection de la vie privée et sanction de pratiques anti-concurrentielles.

En effet, face à l'apparition de nouveaux marchés et de véritables d'écosystèmes qui reposent sur la collecte et l'exploitation des données, on peut se demander si la grille d'analyse des Autorités de la concurrence pour qualifier un abus de position dominante est adaptée aux nouvelles pratiques mises en œuvre pour acquérir ces données. Certains comme Monsieur Bruno Lasserre, considèrent que les notions classiques de « marché pertinent » et de position dominante « sont assez plastiques pour rester valables »⁸⁶. D'autres estiment que la pureté de l'analyse concurrentielle est à revoir. Comme l'indique Madame Martine Béhar-Touchais, « la régulation concurrentielle générale est sur la sellette »⁸⁷. Afin d'apprécier la pertinence de ces affirmations, il convient alors de confronter les critères classiques de l'abus de position dominante au traitement des données (II).

⁸⁵Réponse du Secrétaire d'Etat, auprès du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, JO Sénat 26 février 2015 – page 442 – Ouverture à la concurrence et protection des données personnelles.

⁸⁶ B. LASSERRE, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion, 16 Mars 2015

⁸⁷ M. Béhar Touchais, *A quoi sert la concurrence ?*, Préface, Revue concurrences, revue des droits de la concurrence

II. Les limites des instruments traditionnels du droit de la concurrence face au traitement des données.

Plusieurs types de pratiques liées aux données, relevant de stratégies d'exploitation, de discrimination ou d'éviction, pourraient, au cas par cas, faire l'objet d'une sanction pour abus de position dominante⁸⁸. Cependant, les scénarios anticoncurrentiels qui impliquent l'interdiction de ces comportements, reposent sur certains critères qui s'appliquent difficilement aux problématiques de traitement des données à l'ère du numérique.

Les critères de l'abus de position dominante sont énoncés au terme des articles L. 420-2, premier alinéa du Code de commerce et 102 du TFUE. L'appréciation de cette pratique anticoncurrentielle se décompose en trois étapes⁸⁹. Il convient tout d'abord de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise opère. La circonscription du marché est essentielle car elle permet d'apprécier les pouvoirs de marché de l'entreprise en cause. La caractérisation d'une position dominante n'est pas illicite per se. Comme le souligne Laurence Idot « la compétition qui existe entre les entreprises doit être encadrée pour s'assurer qu'elle se déroule à armes égales et éviter que certaines entreprises violent les règles du jeu en adoptant des comportements visant à la fausser »⁹⁰.

La caractérisation de la position dominante sur le marché pertinent apparaît donc comme un préalable nécessaire (A), mais c'est le comportement abusif de l'entreprise en position dominante qui est sanctionné, et non la position dominante en elle-même (B).

A – La confrontation du concept de position dominante au traitement des données

La position dominante s'apprécie ainsi sur un marché particulier, qui se définit en droit de la concurrence comme « le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique »⁹¹.

Il est difficile d'appliquer le concept abstrait de « marché pertinent » aux activités liées aux données. Ces dernières n'ont pas de valeur économique, c'est leur traitement qui en génère.

⁸⁸ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016 p. 61

⁸⁹ Pratique de l'Autorité de la concurrence, p.238
(disponible : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/4_pratique_autorite.pdf)

⁹⁰ M. Béhar Touchais, *A quoi sert la concurrence ?*, Préface, Revue concurrences, revue des droits de la concurrence

⁹¹ Pratique de l'Autorité de la concurrence, p.143
(disponible : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/4_pratique_autorite.pdf)

La création de valeur résulte alors d'un effort de l'entreprise elle-même sur les données qu'elle collecte et non de la rencontre entre l'offre et la demande. Dans la plupart des affaires de « concentrations examinées par les Autorités de la Concurrence, en lien avec des marchés reposant sur la collecte et l'exploitation de données, les parties concernées par l'opération n'utilisaient leurs données qu'en interne, sans les vendre à des tiers. Par conséquent, elles n'étaient pas présentes sur un éventuel marché de données. Les contours d'un éventuel marché de données n'ont dès lors pas pu être définis. »⁹² Par ailleurs les données générées par les utilisateurs ne font pas l'objet d'une contrepartie monétaire d'où la difficulté de qualification du marché pertinent : il n'y a pas de reconnaissance des marchés gratuits. Dès lors, on peut reconnaître la place des données dans un marché de produits puisque leur traitement contribue à améliorer le produit final. Cependant, le traitement des données ne constituerait à première vue pas un marché en soi. Cet argument peut être renforcé car les critères nécessaires à la délimitation du marché pertinent ne semblent pas adaptés au traitement des données.

La circonscription du marché pertinent se fait en deux temps : l'Autorité identifie d'abord les biens et services qui s'échangent sur ce marché et apprécie leur substituabilité ; puis elle définit la zone géographique concernée⁹³.

Le premier critère que constitue la substituabilité des produits ou services permet de déterminer quels produits peuvent être considérés comme concurrents sur le même marché. Le volume et la variété des données augmentent de manière constante de sorte que l'on pourrait croire que les données « sont partout » et que leur détention ne puisse pas constituer un avantage compétitif injustifié⁹⁴. Cependant, la pertinence de cet argument dépend du caractère substituable entre différentes catégories de données. En l'absence de substituabilité, l'analyse devra porter sur la disponibilité et l'accessibilité de chaque catégorie de données pour la collecte⁹⁵.

La substituabilité entre données peut s'avérer difficile à mesurer étant donné la variété des données disponibles et leurs utilisations multiples.

Avec l'apparition du Big Data, la nature, les sources et les applications des données se sont multipliées de sorte que les frontières entre les différentes catégories de données ne sont pas clairement définies. Prenons à titre d'exemple les données obtenues par les réseaux sociaux et

⁹² Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016 p. 53

⁹³ Pratique de l'Autorité de la concurrence, p.144

⁹⁴ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016 p. 62

⁹⁵ Ibid

celles collectées par les moteurs de recherches à l'encontre de leurs utilisateurs⁹⁶. Ces deux catégories de données se distinguent d'abord par leur mode de collecte. La collecte des données sur les réseaux sociaux résulte d'une exposition volontaire des individus sur eux-mêmes tandis que les moteurs de recherches recueillent les données de manière automatique via les requêtes de leurs utilisateurs et souvent à leur insu. On peut se demander si cette spécificité a un impact sur la substituabilité entre des deux catégories de données. Quant au contenu même des données, celles produites sur les réseaux sociaux ont tendance à être plus riches et diversifiées (principalement des données personnelles) que celles obtenues par les moteurs de recherche. Néanmoins ces dernières auront l'avantage de permettre d'observer le comportement des internautes pour déterminer la demande d'un bien ou d'un service donné⁹⁷. Dès lors, il apparaît difficile de déterminer la substituabilité des données car elles offrent des possibilités d'analyses plus ou moins poussées mais aussi fournissent des degrés d'information différents. Dans l'affaire TomTom/Tele Atlas, la Commission estime que « les bases de données cartographiques numériques ne servant pas à la navigation n'étaient pas substituables aux bases de données destinées à la navigation car ces dernières doivent inclure davantage d'informations (tels que le type de route, les informations sur la circulation, les restrictions sur les virages)⁹⁸».

L'appréciation de la substituabilité entre catégories de données dépend également des multiples utilisations dont elles font l'objet. Il est possible qu'une entreprise collecte des données pour « rivaliser dans le cadre de la prestation d'un autre service sur un marché distinct »⁹⁹. Dans ce cadre, il est nécessaire de déterminer si « le «second» type de service utilisant les données comme intrant relève d'un marché distinct¹⁰⁰. » Si tel est le cas, les données traitées pour ce service ne devraient pas être substituables à celles originellement collectées car elles sont utilisées pour concurrencer sur un marché distinct. Cette problématique a été portée devant l'Autorité de la concurrence lors de l'affaire Venteprivée.com. La plateforme utilisait les données collectées dans le cadre de ses activités de déstockage classique mais aussi sur le marché de la vente événementielle en ligne. La notification des griefs suggérait que les deux marchés soient considérés comme distincts mais l'Autorité dans sa décision finale n'a pas conclu à une position dominante, car une substituabilité pouvait être mise en évidence. Cet arrêt témoigne de la difficulté de déterminer les frontières entre les marchés des activités en ligne et de fait, leur

⁹⁶ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016 p. 52

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Ibid

⁹⁹ Contrôleur Européen de la protection des données, *Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives ('Big Data')*, Communiqué de Presse, EDPS 2014/06, 26 Mars 2014, p.16

¹⁰⁰ Ibid, p.31

substituabilité entre eux¹⁰¹. Par ailleurs, la difficulté pour les Autorités de concurrence est également de déterminer sur quel marché se placer pour apprécier la position dominante. En effet, une entreprise peut être dominante sur un certain marché comme Facebook sur les réseaux sociaux tout en n'étant pas en situation de force sur le marché concerné, à savoir celui des publicités en ligne. Or, les données collectées par Facebook sur les réseaux sociaux vont être exploitées en vue d'être utilisées sur le marché de la publicité en ligne. C'est donc bien la position dominante de la plateforme sur les réseaux sociaux qui va lui permettre d'accroître son pourvoir de marché sur le marché de la publicité en ligne. Dès lors, il est délicat de déterminer sur quel marché se placer pour sanctionner l'abus de position dominante.

Les critères utilisés pour délimiter les marchés pertinents sont matériels mais aussi territoriaux. La délimitation du marché pertinent s'entend d'une zone géographique définie. La question de territorialité se pose alors aux marchés biface qui reposent sur le traitement des données pour adopter des stratégies mondiales avec des volumes d'activités considérables dans plusieurs pays¹⁰². Comme le souligne Monsieur Lucien Rapp, la révolution numérique « a réduit à néant les frontières sectorielles »¹⁰³ de sorte qu'il est compliqué, voire impossible d'appliquer des sanctions à des acteurs qui ne sont pas localisés en France. L'aspect international de ces nouveaux modèles est pris en compte par les Autorités de Concurrence qui dans l'affaire Microsoft/Skype ont retenu un marché pertinent de dimension supranationale s'étendant à toute la zone européenne¹⁰⁴.

De manière plus générale, l'incertitude sur la détermination du marché géographique ouvre le débat sur l'étendue de la compétence des autorités de concurrence dans leurs enquêtes. Monsieur Bruno Lassere souligne qu'une bonne réponse aux risques anti-concurrentiels générés par la révolution numérique est le "travail en réseau" à l'échelle européenne¹⁰⁵. La Commission européenne s'occupe déjà des questions relatives aux moteurs de recherches, pour lesquelles elle est mieux placée. De plus, les Autorités de concurrence nationales réalisent des travaux communs au sein de « L'international competition network ». De nombreux auteurs souhaitent une harmonisation de la régulation au niveau international, rapprochant Autorités de concurrence européenne et américaine¹⁰⁶. Madame Noëlle Lenoir estime même que le fossé entre les

¹⁰¹ N. LENOIR, *Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big Data*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.66

¹⁰² Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015, p.22

¹⁰³ Lucien Rapp, Pr Université Toulouse I, Numérique et concurrence, RFDA 2014 page 896

¹⁰⁴ Affaire COMP/M.6281 – Microsoft/Skype

¹⁰⁵ B. Lassere, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015

¹⁰⁶ M. Béhar Touchais, *A quoi sert la concurrence ?*, Préface, Revue concurrences, revue des droits de la concurrence

raisonnements des autorités de nationalité différentes est préoccupant : « L'affaire Google - classée en 2014 par la Federal Trade Commission - dépasse, de par sa dimension symbolique, le bras de fer entre le groupe et la Commission. C'est toute la conception concurrentielle du marché du numérique, qui va concerner à terme la totalité des marchés, qui est en cause. La montée en puissance des objets connectés, s'il en était besoin, témoigne des bouleversements à l'oeuvre. »¹⁰⁷

Ainsi, la délimitation du marché pertinent de traitement des données est délicate ne serait-ce que parce que l'existence d'un tel marché est incertaine. Ces difficultés de qualification reposent sur le demandeur qui a la charge de délimiter le marché pertinent¹⁰⁸. Cette démonstration est particulièrement délicate pour de « petits compétiteurs » se confrontant à des monopoles bien établis. Ces derniers en arrivent parfois à former des « coalitions » : la plainte déposée à l'encontre de Google en 2014 regroupait 400 sociétés européennes (sous le nom « Open internet project » et Google était alors accusé de détenir 90% des parts de marché européen.

La délimitation du marché pertinent est le préalable nécessaire à la reconnaissance d'une position dominante. Une entreprise est réputée être dans une position dominante lorsqu'elle peut adopter des « comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et in fine des consommateurs »¹⁰⁹. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans son arrêt *United Brands* de 1978 assimile la position dominante à « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective ».

La reconnaissance d'une position dominante est soumise à un standard très exigeant.¹¹⁰ Les Autorités de la Concurrence ont recours à un faisceau d'indices : elles s'attardent tout d'abord sur les indices relatifs à la structure du marché puis à l'entreprise elle-même. La notion de position dominante doit être confrontée au traitement des données. Les données constituent-elles une source de pouvoir de marché pouvant mener à la caractérisation d'une position dominante ?

Le traitement des données est essentiel pour le fonctionnement des activités en ligne. Dès lors, c'est un paramètre à prendre en compte lors de la détermination de la position dominante d'une entreprise. L'importance de ce processus doit toutefois être confronté à la disponibilité des données à l'ère numérique. Il semblerait en effet que la disponibilité des données empêche la

¹⁰⁷ N. Lenoir, *Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big data*, AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016 p. 64

¹⁰⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence du 28 novembre 2014, n°14-D-18

¹⁰⁹ Arrêt de la Cour du 13 février 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes.

¹¹⁰ Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015, p.27

reconnaissance de la position dominante d'une entreprise. Ce constat doit être nuancé : les données sont pas accessibles par tous de sorte que la quantité de données détenue par certaines entreprises pourrait constituer une barrière à l'entrée du marché concerné. Ces problématiques de calcul des parts de marchés sont illustrées par les affaires de concentrations qui permettent d'acquérir des larges bases de données à partir de plusieurs marchés. Il s'agit d'un enjeu de plus en plus important. L'OCDE met ainsi en avant le fait que le nombre de M&A a « rapidement augmenté de 55 opérations en 2008 à près de 164 en 2012 »¹¹¹. Le caractère instantané des données a également un impact sur la caractérisation de la position dominante. La valeur des données peut décroître rapidement sur un certain marché du fait d'une innovation majeure. Cependant, certains types de données sont moins enclins à perdre de la valeur que d'autres, et les entreprises disposant d'information sur les noms, adresses, dates de naissance des utilisateurs détiennent un avantage compétitif stable.

La détermination d'une position dominante repose également sur des indices relatif à l'entreprise elle même. En droit de la concurrence, on se focalise sur la notion d'entreprise. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans l'arrêt Hober, définit la notion d'entreprise comme « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». Par la suite, la CJUE précise que « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou services sur un marché donné ». On peut dès lors se demander si les plateformes numériques peuvent être reconnue comme des entreprises puisqu'elles se cantonneraient à un rôle d'intermédiaire.

Ces difficultés d'appréciation de la position dominante n'empêchent pas Monsieur Bruno Lasserre de penser que le concept de dominance constitue un standard adapté. Il rappelle que le « cadre conceptuel de la dominance est stable, clair et permet de tenir compte des évolutions du marché. » En effet, le calcul des parts de marché n'est pas figé.

Une fois la position dominante caractérisée, une responsabilité particulière incombe à l'entreprise. Comme le souligne Monsieur Alexandre Lacresse à propos de la très récente affaire Google, « Il y a des choses qu'une entreprise en position dominante ne peut pas faire, alors même que ses concurrents le pourraient ». Google, en position dominante sur son marché de la recherche sur internet, ne peut ainsi mettre en avant ses propres services, en l'occurrence Google

¹¹¹ Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016 p. 52

Shopping, au détriment de services similaires proposés par ses concurrents¹¹². La qualification d'une position dominante peut alors mener in fine à la caractérisation d'un abus, entraînant restriction de concurrence (B).

B – Une confrontation des méthodes de détermination et de sanction de l'abus au traitement des données

Parmi les outils utilisés par le juge communautaire et les Autorités de concurrence nationales, l'application de la théorie des facilités essentielles (ou des « infrastructures essentielles ») permet de mettre en évidence puis de sanctionner un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. Cette théorie repose sur l'idée que si une entreprise en position dominante, détient une infrastructure essentielle, non reproductible dans des conditions économiques raisonnables, sans laquelle des concurrents ne pourraient exercer leur activité, elle peut être contrainte de permettre à ses concurrents d'accéder à cette ressource, afin de protéger le jeu de la concurrence sur un marché aval, amont ou complémentaire.¹¹³

La théorie a été transposée par la jurisprudence européenne, « francisant l'expression [essential facilities] »¹¹⁴, à partir d'une décision de la Cour Suprême de 1912 Terminal Railroad Association. Si aux Etats-Unis, le Sherman Act définit la « facilité essentielle » avec deux critères : « la possession d'un pouvoir monopolistique » et « une conduite anti-concurrentielle » ; le juge communautaire estime néanmoins que l'intention n'est pas un élément caractéristique de l'abus. Dans l'arrêt Sealink, la Commission européenne définit une installation essentielle comme une « installation ou un équipement sans l'utilisation duquel les concurrents ne peuvent servir leur clientèle. », et sanctionne sur le fondement de l'article 102 du TFUE le fait pour le propriétaire de telles installations « d'utiliser son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services ». ¹¹⁵ En 1993, aucune condition spéciale ne semble alors avoir été établie par le juge communautaire. Des critères seront par la suite posés par la CJUE dans les arrêts « Bronner « IMS Health » et « Microsoft », comme le souligne l'Autorité de la concurrence: une entreprise peut demander l'accès à une facilité ou à un réseau si le refus d'accès concerne un

¹¹² Ibid

¹¹³ Commentaire Répertoire Dalloz, sous *Cass, 12 juillet 2005*

¹¹⁴ L. Richer, *Le droit à la paresse, Essential Facilities* D19 chronique p 523

¹¹⁵ CE, *Sealink c/ SC*, 94/19/CE, 1993.

produit indispensable à l'exploitation de l'activité en question, si ce refus n'est pas justifié par des considérations objectives et s'il est susceptible d'exclure l'intégralité de la concurrence sur le marché secondaire. Si de plus, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle est en jeu, alors le refus doit également empêcher l'émergence d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle (arrêt Magill)¹¹⁶.

Avec l'apparition d'une économie numérisée, la question de l'accès exclusif aux données par les entreprises se pose. En effet, un refus d'accès aux données peut être anticoncurrentiel si ces dernières constituent une « facilité essentielle » à l'activité de l'entreprise concurrente qui cherche à y accéder.¹¹⁷ Plus précisément, les bases de données créées par les entreprises, ou encore des algorithmes qui permettent l'accès à ces bases, peuvent elles être considérées comme des facilités essentielles ?

L'application de la théorie des facilités essentielles au traitement des données implique alors de se demander si les données sont indispensables à l'opérateur et non reproductibles par la concurrence; avant de déterminer si le refus d'accès aux concurrents est un abus. Le Conseil de la concurrence rappelle que pour être qualifiée d'« essentielle », une ressource possédée par une entreprise en position dominante doit être « indispensable ou strictement nécessaire pour l'opérateur qui offre un produit ou un service sur le marché amont, aval ou complémentaire ». En ce sens, aucune solution, même moins avantageuse ne peut remplacer techniquement ou économiquement la ressource. De plus, « il doit être impossible ou du moins considérablement difficile à reproduire dans des conditions économiques raisonnables par des concurrents, seuls ou associés »¹¹⁸. Les nouvelles problématiques liées au traitement des données mettent alors en évidence une application délicate de cette théorie au numérique, relevant d'une appréciation des faits au cas par cas.

Dans un premier temps, la question de l'application de la notion de « facilité » aux données se pose. Le terme de « facilité », ou d'« infrastructure », davantage employé par la Commission européenne, pourrait à première vue bien s'appliquer aux données. Une facilité essentielle serait une notion à la variabilité avérée : une infrastructure, un équipement, un service, un droit de propriété intellectuelle. Ainsi, de nombreux auteurs soulignent que la notion de « facilité essentielle » est suffisamment plastique pour être applicable aux données, dans la

¹¹⁶ Rapport de l'Autorité de la concurrence

¹¹⁷ Rapport de l'Autorité de la concurrence

¹¹⁸ Avis n° 02-A-08 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002

mesure où une ressource essentielle n'est pas définie par sa nature, et qu'il peut s'agir d'un bien incorporel.¹¹⁹ La théorie a d'ailleurs déjà été appliquée aux données par le juge communautaire, notamment dans l'affaire Microsoft. L'opérateur était accusé d'abus de position dominante pour avoir posé des limites à l'interopérabilité des ordinateurs fonctionnant sous Windows avec des serveurs concurrents ; et pour avoir refusé de fournir aux entreprises concurrentes des systèmes d'exploitation pour ces serveurs. La Commission européenne a alors enjoint Microsoft de laisser l'accès à ces informations, contre une rémunération raisonnable¹²⁰.

L'application de la théorie suppose une analyse économique au cas par cas. La question du caractère nécessaire ou indispensable de l'accès aux données se pose dans un premier temps. Ce caractère est difficilement mis en évidence par la jurisprudence en matière de traitement des données. Dans l'affaire Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP), une entreprise en position dominante sur le marché de la distribution de presse au numéro refusait de permettre un accès à leur système informatique, donnant aux dépositaires les informations nécessaires à la réception des produits. Il a alors été jugé que le caractère « indispensable » n'était pas vérifié, et à une absence d'abus¹²¹. Dans l'affaire Microsoft, la CJUE rappelle bien que: « Les informations refusées sont indispensables aux concurrents présents sur le marché » et « il n'existe pas d'alternative réelle ou potentielle à la divulgation des informations proposées » avant de conclure à un abus de position dominante. L'abus a été retenu, en raison du caractère indispensable et non reproductible des informations et du caractère abusif du refus.

Par ailleurs, la faculté de reproduction des données ou de la base de données doit être mise en évidence. La faculté doit en effet être indispensable « à l'exercice d'une activité économique et c'est aussi une faculté pour laquelle il n'existe ni substitut réel ni substitut potentiel »¹²².

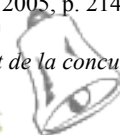
Il apparaît en premier lieu que les données répondent à des caractéristiques d'accessibilité et de reproductibilité. Cependant, dans certaines circonstances les bases de données peuvent contenir des informations exclusives à une entreprise et nécessaires à la compétitivité. La qualification de faculté essentielle a été utilisée dans la décision NDC, à propos de la structure

¹¹⁹ Théorie des facilités essentielles, Lamy Droit économique 2016, 1624

¹²⁰ CE, 24 mars 2004

¹²¹ (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-12.388, Bull. civ. IV, n° 163, BRDA 2005, n° 15-16, p. 12, D. 2005, p. 2144, note Chevrier E.).

¹²² Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016



d'une base de données adoptée par des laboratoires pharmaceutiques allemands, rendant la substitution par une autre structure difficile¹²³.

Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de marchés jusqu'alors gérés par des monopoles publics, comme dans le secteur de l'énergie, les Autorités ont également eu recours aux critères de la théorie des infrastructures essentielles. Dans l'affaire GDF Suez, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 9 décembre 2014, a ainsi mis en évidence une atteinte à la concurrence, en considérant que la base de données mise en place par GDF conduisait à lui donner un avantage injustifié. La base de données de l'opérateur historique regroupait les informations sur les abonnés, afin de leur proposer de nouvelles offres adaptées. Il a été considéré que la base de données ne constituait pas une innovation, n'était pas reproductible et par les concurrents. Avec le même raisonnement, il a été jugé que la base de données utilisée par EDF pour produire à low cost des offres d'une de leurs filiales sur un autre marché était constitutive d'un abus de position dominante, car elle n'était pas accessible aux concurrents sur du long terme et à des conditions financières raisonnables¹²⁴. Dans les deux cas, il s'agissait de bases de données héritées de monopoles publics, alors que les données ne pouvait pas être obtenues à des conditions égales par les autres entreprises dans un contexte de mise en concurrence.

Il est pourtant intéressant de noter que dans l'affaire GDF Suez, la notion d'infrastructure essentielle n'a pas été retenue en tant que telle, l'Autorité de la concurrence se plaçant plutôt sur le terrain d'un risque fort de "préemption du marché", et un "effet potentiel d'éviction des opérateurs alternatifs nouveaux entrants, qui ne disposent pas des moyens nécessaires pour prospecter la clientèle sur un pied d'égalité". De nombreuses affaires témoignent de la réticence du juge face à cette théorie, de moins en moins utilisée, même si les critères de nécessité et de non-reproduction sont toujours analysés. Dans l'arrêt Magill, la théorie n'a pas été explicitement nommée¹²⁵. En l'espèce, Magill TV avait essayé de publier un guide de télévision, alors qu'aucun guide de ce type n'était disponible sur le marché d'Irlande du Nord. Il s'agissait pourtant, comme le rappelle le juge, de chaînes de télévision ayant un monopole de l'information, unique et nécessaire.

Ainsi, la qualification d'abus de position dominante n'est pas exclusive de l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Pour Monsieur Bruno Lasserre, la caractérisation d'une

¹²³ CE, 3 juillet 2001, NDC Health c/ IMS Health

¹²⁴ Ibid

¹²⁵ CJCE, 6 avril 1995, aff C-241-91

infrastructure essentielle « ne constitue pas un pré-requis pour qu'intervienne une Autorité de concurrence ». De même, aux Etats-Unis, les auteurs remarquent que même si les critères de la théorie sont utilisés pour la détermination de l'abus, elle n'est pas formulée en tant que telle par la Cour Suprême.¹²⁶ Dans le cas d'un refus de vente d'une base de donnée, la preuve d'une facilité essentielle ne serait plus nécessaire, comme en témoigne l'affaire Cegedim : « même en l'absence de facilité essentielle, un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante ». En l'espèce, il s'agissait d'une société ayant élaboré une base de données médicales, refusant de la vendre à une entreprise concurrente et à ses clients.¹²⁷

Pour Madame Noelle Lenoir, ce raisonnement de l'Autorité utilisé pour qualifier l'abus est "alternatif". Elle souligne que dans l'affaire Cegedim, comme dans l'affaire GDF Suez, l'Autorité de la concurrence utilise des formulations vagues, et ne prend pas de risques. Ainsi, l'Autorité n'aurait pas voulu « sauter le pas » .

La question de l'application des facilités essentielles mérite d'autant plus de faire l'objet d'un examen au regard de l'affaire Google. En effet, la Commission européenne vient de soulever la question de savoir si des algorithmes élaborés par Google et favorisant l'accès à son propre serveur Google Shopping, pouvaient être qualifiés d'infrastructure essentielle. Le moteur de recherche indique que les utilisateurs peuvent se tourner vers des alternatives comme Amazon. La question de l'application de la théorie des facilités essentielles aux algorithmes est encore à ce jour en suspens.

Ainsi, cette théorie serait inadaptée dans la mesure où elle est de moins en moins utilisée dans la mise en évidence d'abus de position dominante, y compris en matière de traitement des données. De nombreux auteurs se prononçaient déjà en défaveur de la théorie, dont l'application intempestive pourrait freiner l'économie : « Si la loi décourageait tout monopole, cela empêcherait l'innovation et la compétitivité en remettant davantage en question les grandes entreprises sur leurs comportements. »¹²⁸ Il est vrai que la théorie porte atteinte à la liberté contractuelle et au droit de choisir ses partenaires. La Commission européenne, dans ses lignes directrices établies le 24 février 2009, vient d'ailleurs rappeler que « d'une manière générale, une

¹²⁶Philipp Areeda, Essential facilities, an epithet in need of limiting principles, Antitrust law journal, 1989-1990, n°58 page 841 : « most Supreme Court Cases invoked in support do not speak of it (la théorie des facilités essentielles) and can be explained without reference to it. »

¹²⁷Autorité de la concurrence, Décision N°14-D-06, 8 juillet 2014, Cegedim

¹²⁸« Either because the innovation makes the firm more efficient or because legally granted intellectual property rights give the firm a certain measure of control over a market. If the law forbade every monopoly, it would discourage innovation and competition by causing large companies to worry too much about questionable behavior ». Professeur Hovenkamp

entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens ». Cependant, la CJUE justifie son usage dans un but de préservation de l'ordre public de la concurrence.

L'application de la théorie des infrastructures essentielles semble ainsi révéler ses limites, et de nombreux auteurs prônent des solutions alternatives à la revente de bases de données, comme par exemple des engagements négociés entre les parties et les instances de régulation.¹²⁹

La question de l'effectivité des sanctions prononcées par la Commission européenne et les Autorités de concurrence, ainsi que de leur proportionnalité, se pose alors. La procédure engagée dans l'affaire Google, au cours de laquelle de nombreux engagements ont été formulés illustre les méthodes de sanction du droit de la concurrence. Monsieur Alexandre Lasserre souligne que les amendes prononcées sont de l'ordre de 1% ou 2% du chiffre d'affaires, alors que les textes européens prévoient un maximum théorique de 10% du chiffre d'affaires. Cependant, la Commission européenne semble aller vers un durcissement des sanctions. Dans le cadre de l'affaire Google, la Commission a considéré que la phase de discussion était finie, avec l'ouverture d'une procédure formelle et une communication des griefs.

Parallèlement, de nouvelles formes de sanctions apparaissent, et on assiste à l'avènement du « private enforcement » en droit de la concurrence, pour les entreprises victimes de pratiques anti-concurrentielles. En France, les petits concurrents et PME qui peinent à se démarquer ne peuvent pas se prévaloir de l'action de groupe instaurée par la loi Hamon, qui ne profite qu'aux personnes physiques lorsqu'elles sont victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, par un communiqué en date du 17 avril 2014, la Commission européenne a annoncé le vote de la directive visant à faciliter les actions en dommages et intérêts des victimes de pratiques anti-concurrentielles. Pour certains auteurs, le risque civil deviendrait alors majeur pour les entreprises, susceptibles de faire face à des demandes de la part de nombreux fournisseurs dans de multiples juridictions dans le cadre de dossiers internationaux.¹³⁰

¹²⁹ Mauleon-Wells I., Propriété intellectuelle et concurrence, une nouveauté : de l'approche forcée à la négociation, *Rev. conc. consom.* 2005, n° 4, p. 53).

¹³⁰ L. GEELHAND DE MERXEM, *L'indemnisation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle*

Finalement, l'apparition d'une économie numérisée met en évidence le rapport délicat du droit de la concurrence au temps, dans un contexte d'innovation constante. Quand on en vient au contentieux impliquant Google, cela devient un lieu commun de dire que les cycles d'analyse des Autorités de la Concurrence sont insatisfaisants. « Cinq ans, sept ans, peut-être plus, c'est l'infini quand on parle du numérique : ça ne fonctionne pas. »¹³¹

La conciliation entre le droit de la concurrence et les modèles disruptifs issus de la numérisation de l'économie pourrait se faire par une adaptation des outils et concepts classiques du droit de la concurrence. Cette hypothèse donne lieu à différentes interprétations par la doctrine. Madame Noëlle Lenoir va dans le sens d'une adaptation rapide des concepts et méthodes du droit de la concurrence au risque de voir « s'ancrer dans les habitudes de consommation des pratiques qui auront déjà contribué à verrouiller le marché »¹³². Monsieur Lucien Rapp adopte une position radicalement opposée en soulignant qu'un « doute subsiste sur l'efficacité de la régulation des opérateurs du numérique par le droit de la concurrence ». Selon lui, les outils resteraient inadaptés aux bouleversements permanents engendrés par la révolution numérique. A titre d'exemple sur la substituabilité des données, certaines informations qui pourraient être considérées comme interchangeables aujourd'hui ne le seront peut-être plus à l'avenir¹³³.

Face à ce décalage d'évolution du droit et du numérique, des auteurs en arrivent à se demander si le droit de la concurrence est toujours la forme la plus adaptée de régulation. Madame Martine Béhar-Touchais ouvre le débat sur la légitimité de la concurrence mais finit par conclure à sa nécessité : « La concurrence est le pire système, mais il l'est à l'exception de tous les autres : les quelques méfaits de la concurrence se voient, alors que ses nombreux bienfaits sont souvent silencieux »¹³⁴

Si la concurrence est nécessaire, la nécessité d'intégrer la protection des données personnelles dans la vie des entreprises se veut de plus en plus pressante. A titre d'exemple, les entreprises n'ont aucun moyen de se prémunir face à des perquisitions de données réalisées par l'Autorité de la concurrence. Ces perquisitions posent problème au regard de la protection de la vie privée, car parmi les données saisies figurent des données à caractère personnel, mais également au regard du secret des affaires.

¹³¹ Conférence organisée par la Chaire Innovation & Régulation des services numériques, *La régulation des plateformes numériques*, 7 avril 2015, p.22

¹³² N. LENOIR, *Le droit de la concurrence confrontée à l'économie du Big Data*

¹³³ Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 Mai 2016, p. 53

¹³⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, *A quoi sert la concurrence ?*

Le débat est aujourd'hui ouvert sur le rôle du traitement des données dans les stratégies commerciales des entreprises, ainsi que sur l'existence d'alternatives à l'application du droit de la concurrence à ses stratégies¹³⁵.

Le mouvement de responsabilisation s'affirme de plus en plus au niveau européen, avec la transposition de concepts issus originellement de la « Soft law ». Comme le souligne Monsieur Romain Gola, « Il est fondamental d'inscrire les considérations éthiques et de garantie des droits fondamentaux dans le processus de l'innovation elle-même ». Les lignes directrices de l'OCDE relatives à la protection de la vie privée et des flux transfrontaliers de données à caractère personnel, ont posé dès les années 1980 des limites à la collecte des données à caractère personnel par les entreprises: « Il conviendrait d'assigner des limites à la collecte des données de caractère personnel et toute donnée de ce type devrait être obtenue par des moyens licites et loyaux et, le cas échéant, après en avoir informé la personne concernée ou avec son consentement ».

L'OCDE évoque également pour la première fois le concept « d'accountability », issu du droit américain pour désigner la relation entre une entité, qui devra répondre de ses actes et rendre des comptes à une autorité ; justifiant de ses choix¹³⁶. Pour la Présidente de la CNIL, l'accountability serait « un processus permanent et dynamique de mise en conformité d'une entreprise aux principes Informatique et libertés grâce à un ensemble de règles contraignantes et de bonnes pratiques correspondantes, l'entreprise étant accompagnée dans cette démarche par l'autorité de régulation ». ¹³⁷ Cette notion a été consacrée dans la directive de 1995, puis reprise dans l'article 22 du nouveau règlement en matière de protection des données. Ce dernier impose d'ailleurs au responsable du traitement d'adopter des règles internes et de mettre en œuvre les mesures appropriées pour garantir, et être à même de démontrer, que le traitement des données à caractère personnel est effectué dans le respect de la réglementation. Il s'agit ainsi de mettre en place une nouvelle gouvernance, appelée à servir de modèle et à constituer une référence en matière de protection de la vie privée.

A l'échelle de l'entreprise, l'entrée en vigueur de l'article L. 464-2 du Code de commerce instaure une « procédure de non contestation des griefs » permettant la mise en place d'un

¹³⁵ Etude conjointe de l'Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016

¹³⁶ R. GOLA, La proposition de règlement européen sur les données personnelles, enjeux et opportunités pour l'entreprise et les citoyens, Lamyline 2015

¹³⁷ Déclaration de Madame Falque-Pierrotin, Présidente de la CNIL

mécanisme d'alerte éthique interne. Il s'agit de la transposition d'un mécanisme apparu en droit américain à la suite de grands scandales financiers (à titre d'exemple, les sociétés Enron ou Worldcom ont fait faillite au début des années 2000 en raison de mauvaises décisions de gestion, sans consultation des actionnaires ; plus connu sous le terme « whistleblowing ». La procédure prévoit la possibilité pour un médiateur de mission de mettre en place une ligne téléphonique ou courrier électronique d'alerte professionnelle permettant à tout employé ayant connaissance de pratiques potentiellement anticoncurrentielles d'en informer le médiateur, lequel garantira au salarié la confidentialité.¹³⁸ Dans le cadre de cette procédure, une entreprise peut renoncer à contester les griefs formulés contre elles, et souscrire des engagements comportementaux, comme le respect des règles applicables en matière de données personnelles (affaire Initial BTP c/ GIE Ellis, décision du conseil constitutionnel n°07-D-21 du 21 juin 2007).

Les politiques de protection de données et chartes éthiques se développent, insistant sur la confiance des utilisateurs et salariés : « Construire la confiance dans l'environnement numérique est une clé du développement économique. Un manque de confiance peut créer des hésitations à utiliser les services en ligne. Ce risque ralentit le développement des usages innovants des nouvelles technologies. Ainsi la protection des données personnelles joue un rôle essentiel en garantissant la confiance des utilisateurs ».¹³⁹

La compliance et l'éthique prennent alors une nouvelle place dans la stratégie des entreprises : les politiques de protection des données et chartes éthiques pourraient alors être considérés comme un effet positif de la régulation concurrentielle ; et on se tournerait alors vers une forme d'autorégulation des entreprises. La responsabilisation des entreprises semble d'autant plus nécessaire que l'utilisation des données, et l'innovation ne s'arrêteront pas, comme le souligne Gaspard Koenig : « Les choses vont encore considérablement évoluer, avec une

¹³⁸ E. CLAUDEL, Procédure de non-contestation de griefs : le *whistleblowing* fait son entrée en droit de la concurrence - RTD com. 2008, p.57

¹³⁹ Traduction charte éthique BNP Paribas: "*Building trust in the online environment is key to economic development. Lack of trust could make consumers hesitant to use online services. This risks slowing down development of innovative uses of new technologies. Personal data protection plays essential role in maintaining that trust*"

nouvelle révolution industrielle, au point que bientôt, la concurrence entre les hommes et les objets connectés ne sera plus de la science-fiction : les drones d'Amazon envahiront bientôt le ciel pour livrer les colis à la place des facteurs »¹⁴⁰.

*

* *



¹⁴⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, Préface, *A quoi sert la concurrence ?*, Concurrences, Revue des droits de la concurrence

BIBLIOGRAPHIE

1°/ Ouvrages & Manuels de référence

- A. GROSJEAN, *Enjeux Européens et mondiaux de la protection des données personnelles*
- C. CASTETS-RENARD, *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*
- A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence » Lextenso edition (6^{ème} édition), 2014*
- J. EYNARD, *Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ?* Michalon Editeur, 2013
- S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. HERT, Y. POULLET, *European Data protection : in good health ?* (ed Springer, 2012)
- M.E PRICE and S.G. VERHULST, *Self regulation and the internet*, Kluwer Law international, 2004
- M.A FRISON ROCHE, M. S Payet, *Droit de la concurrence*, Edition Dalloz
- S. LACOUR, *La sécurité de l'individu numérisé, Réflexions prospectives et internationales*, ed L'Harmattan

2°/ Articles (en français)

- B. CHARLIER BONATTI, *Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.64
- N. LENOIR, *Le droit de la concurrence confronté à l'économie du Big Data*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2016 p.66
- Commission Européenne, *Protection des données dans l'UE: l'accord sur la réforme proposée par la Commission va booster le marché unique numérique*, Bruxelles 15 Décembre 2015
- C. PLU, *EU data protection rules can learn from antitrust enforcement*, 9th of February 2015
- M. A FRISON-ROCHE, *Réguler les entreprises cruciales*, Recueil Dalloz 2014 p.1556
- N. MALLET-POUJOL, *Les virtualités du droit à l'oubli numérique*, Juris art etc. 2013,

n°2, p.43

- B. LASSERRE, *Nous sommes confrontés à des monopoles qui se revendiquent libertaires, contre les Etats*, L'Opinion 16 Mars 2015
- L. RAPP, *Numérique et concurrence*, Rapp, RFDA 2014, p.86
- C. BLOUD-REY, *Quelle place pour l'action de la CBIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles*, Recueil Dalloz 2013, p2795
- L-M. AUGAGNEUR, *Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique*, RTD Com. 2015 p.455
- M. BEHAR-TOUCHAIS, Préface, *A quoi sert la concurrence ?*, Concurrences, Revue des droits de la concurrence
- F. CURTO MILLET, *La concurrence dans l'économie numérique*, Site Internet : A quoi sert la concurrence ?, Concurrences, Revue des droits de la concurrence
- A. PERROT, *L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste*, AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2016, p74
- A. LACRESSE, *La Commission européenne lance son offensive contre Google*, Revue Lamy Droit des Affaires 2015
- R. GOLLA, *La proposition de règlement européen sur les données personnelles, enjeux et opportunités pour l'entreprise et les citoyens*, Lamyligne 2015

3°/ Articles (en anglais)

- European Data Protection Supervisor, « *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy* », March 2014
- C. PLU, *EU data protection rules can learn from antitrust enforcement*, 9th of February 2015
- Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 Mai 2016
- S.CIRIANI, *The Economic Impact of the European Reform of Data Protection* Regulatory Affairs, Orange, 2015
- D. GERADIN & M. KUSCHEWSKY, *Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, SSRN, 12 Février 2013

4°/ Rapports et Avis

- C. PAUL, C. FERAL-SCHUHL, *Rapport d'information déposé par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique*, Assemblée nationale
- Autorité de la Concurrence, *L'utilisation croisée des bases de clientèle*, Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010
- Chaire Innovation & Régulation des Services Numériques, *La Régulation des Plateformes Numériques*, 7 avril 2015
- Conseil National du Numérique, *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions pour un environnement numérique ouvert et soutenable*, 13 Juin 2014
- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Communiqué de Presse n°70/14 : Arrêt dans l'affaire C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, Luxembourg, le 13 mai 2014
- Contrôleur Européen de la protection des données, *Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives ('Big Data')*, Communiqué de Presse, EDPS 2014/06, 26 Mars 2014
- *Nouvelle réforme de protection des données personnelles* (Communiqué du 14 avril 2016, Réforme sur la protection des données, GRDA avril 2016, n°356)
- W. MAXWELL, T. PENARD, *La régulation des plateformes numériques en Europe Livre blanc*, 10 Décembre 2015
- Conseil de la concurrence, *Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit*, 2007
- Autorité de la concurrence, *Avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France*,
- Autorité de la concurrence, *Avis n° 10-A-13 du 14 juin 201 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle*
- BCG – DLA Piper, *Le big data face au défi de la confiance*, Juin 2014

5°/ Etude des Autorités de la Concurrence

- Etude conjointe de Autorité de la concurrence française et le Bundeskartellamt allemand, *Droit de la concurrence et données*, 10 Mai 2016