

TITRE 4

Les données, l'innovation et le droit des concentrations

Alexandre DE STREEL*

1. Introduction. Avec la perspicacité prospective qui le caractérise (et qui était encore basée sur une intelligence bien humaine et pas encore artificielle), Yves Poulet a très tôt compris l'importance de l'information et des données et les transformations qu'elles allaient entraîner pour la société, l'économie et donc également le droit. Avec son enthousiasme, sa générosité intellectuelle et sa force de travail, notre ami Yves a alors tenté de comprendre les nouveaux paradigmes technologiques en vue de proposer des adaptations au droit pour que ce dernier soit toujours en mesure de protéger et promouvoir ses valeurs fondamentales dans cette nouvelle civilisation des données.

2. Plan et objet de la contribution. Pour rendre hommage à cette œuvre, ma brève contribution vise à proposer quelques pistes d'adaptation au droit des concentrations pour qu'il puisse continuer à protéger efficacement la concurrence dans une économie où l'innovation basée sur les données est devenue si rapide et, souvent, imprévisible. Pour ce faire, la première partie de ma contribution tente de caractériser les données et leur rôle dans l'innovation des entreprises numériques ainsi que de mieux comprendre les modes d'innovation de ces entreprises. Sur cette base, la deuxième partie de la contribution tente de proposer quelques pistes pour adapter le droit des concentrations à ce nouvel environnement.

* Professeur à l'Université de Namur.

CHAPITRE 1. Rôle des données et type d'innovation dans la société numérique

3. Caractérisation des données. Les données, qu'elles soient personnelles ou non, jouent un rôle croissant dans l'économie et l'innovation avec le développement du big data et de l'intelligence artificielle¹. Pour certains, comme la Commissaire à la concurrence Margaret Vestager, les données sont le pétrole du 21^e siècle. Toutefois, cette comparaison est un peu trompeuse car si le pétrole est un bien rival, la donnée est, en général, un bien non-rival, *i.e.* l'utilisation de la donnée par un agent économique n'empêche pas un autre agent d'utiliser la même donnée. D'autres, comme les grandes entreprises du numériques, soutiennent que les données sont comme les rayons du soleil, disponibles facilement pour tous et en abondance (enfin, plus à la Silicon Valley qu'à Namur ...). Là encore, la comparaison est trompeuse car des restrictions techniques notamment en matière d'interopérabilité, légales notamment les législations visant à protéger la vie privée si chère à Yves ou contractuelles notamment des clauses d'exclusivité peuvent limiter l'accès aux données². Selon moi, l'OCDE a fourni la meilleure caractérisation des données en expliquant qu'elles constituent l'infrastructure nécessaire à l'innovation d'aujourd'hui³. Les données sont à la quatrième révolution industrielle ce que les chemins de fer et l'électricité étaient à la deuxième révolution industrielle ; Sergei Brin et Larry Page et leur Alphabet/Google ou Mark Zuckerberg et son Facebook ont ainsi remplacé John Rockefeller et sa Standard Oil.

4. Types d'innovation. Si les données sont à la base de la plupart des innovations contemporaines, ces dernières peuvent être de plusieurs types. Suivant Christensen⁴, on peut distinguer entre, d'une part,

¹ V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, (2013), *Big Data : la révolution des données est en marche*, Robert Laffont, 2014.

² Sur ce point, voy. I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Kluwer Law International, 2016 ; European Commission Staff Working Document of 10 January 2017 on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, SWD(2017) 2.

³ OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publications. Pour une analyse des données en droit de la concurrence dans le cadre du big data, voy. Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt (2016), *Droit de la concurrence et données*, disponible à : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf> ; A. DE STREEL, « Big Data and market power », in B. MEYRING, D. GERARD et E. MORGAN DE RIVERY (eds), *Dynamic markets, dynamic competition – dynamic enforcement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 97-112.

⁴ C.M. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, Harvard Business School Press, 1997. Voy. aussi J. GANS, *The disruption dilemma*, MIT Press, 2016.

l'innovation de continuité qui s'inscrit dans le cadre du réseau de valeur des entreprises en place et complète ou améliore les caractéristiques que les clients apprécient déjà et, d'autre part, *l'innovation de rupture* qui sort du cadre du réseau de valeur des entreprises en place et introduit des caractéristiques différentes de celles que les clients habituels apprécient historiquement⁵. L'innovation de rupture est, d'une part, très imprévisible car elle vient d'une partie inattendue du marché et, d'autre part, peut déstabiliser fortement les entreprises en place, même les plus puissantes, puisqu'elle amène à une reconfiguration de la chaîne de valeur. Il suffit de voir comment l'iPod d'Apple a reconfiguré radicalement les marchés de la distribution de la musique ou des films. C'est donc à juste titre qu'Andy Grove, l'ancien dirigeant d'Intel, conseillait aux dirigeants des entreprises numériques d'être paranoïaques⁶. L'importance accrue de l'innovation rupture nécessite également d'innover dans les méthodes d'application du droit de la concurrence pour qu'elles puissent mieux appréhender la dynamique de cette nouvelle réalité.

CHAPITRE 2. Adaptations du droit européen des concentrations

5. L'approche traditionnelle – la définition des marchés. Actuellement, lorsqu'une concentration est notifiée à une autorité de concurrence, celle-ci commence l'analyse en définissant les marchés pertinents qui visent à déterminer le champ d'action concurrentiel, le périmètre du terrain au sein desquels les entreprises sont en concurrence⁷. Pour ce faire, l'autorité détermine les contraintes concurrentielles exercées par les substituabilités

⁵ Notons que la distinction entre *innovation de continuité* ou *de rupture* ne doit pas être confondue avec la distinction entre *innovation progressive* ou *radicale*. La première a trait au réseau de valeur : une innovation de continuité s'inscrit dans le cadre du réseau de valeur, alors qu'une innovation de rupture est extérieure au réseau de valeur et le remplace. La seconde fait référence au processus technologique : une *innovation progressive* marque un léger progrès, alors qu'une *innovation radicale* implique un saut technologique considérable. Par exemple, le passage du VHS au DVD est une innovation de radicale car elle s'inscrit dans le même réseau de valeur tandis que le passage du DVD au webstreaming est une innovation de rupture car elle s'inscrit dans un autre réseau de valeur.

⁶ A. GROVE, *Only the Paranoid Survive: How to Exploit the Crisis Points That Challenge Every Company*, Doubleday Business, 1996.

⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.*, C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, § 2.

du côté de la demande et du côté de l'offre en évaluant les réactions des consommateurs et des concurrents à une augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés (ce qu'on nomme en anglais le *Small but Significant Non Transitory Increase in Price* – SSNIP test⁸). Cette première étape est essentielle car elle structure la manière dont l'autorité de concurrence appréhende la réalité économique et sa dynamique concurrentielle ; en d'autres termes, définir les marchés, c'est mettre ses lunettes. En particulier, la définition des marchés permet de qualifier les effets de la concentration : ils sont horizontaux si les entreprises sont actives dans le même marché pertinent, verticaux si les entreprises sont actives dans des marchés différents et directement liés (comme par exemple, un fournisseur qui achète son distributeur) ou congloméraux si les entreprises sont actives sur des marchés différents et non directement liés entre eux.

6. Suite – l'analyse concurrentielle. Ensuite, l'autorité analyse les effets de la concentration sur les principaux paramètres de concurrence, en particulier le prix, mais également la qualité, le choix et l'innovation. Si la concentration diminue substantiellement la concurrence effective, *i.e.* dégrade ces paramètres de concurrence, l'autorité doit interdire l'opération ou demander des modifications⁹. Cette appréciation concurrentielle dépend du type d'effets de la concentration. Ainsi les concentrations horizontales, qui impliquent des concurrents directs, sont davantage susceptibles de dégrader la concurrence que les concentrations verticales ou conglomérales. Pour les effets horizontaux, l'autorité analyse en particulier les parts de marché de l'entreprise fusionnée, l'intensité de la concurrence qui existait entre les parties à la concentration ou les barrières à l'entrée¹⁰. Pour les effets verticaux, la Commission analyse en particulier la capacité et les incitants de l'entreprise fusionnée à verrouiller l'accès au marché par ses concurrents¹¹.

⁸ *Ibid.*, §§ 13-24.

⁹ Art. 2 du Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.*, L 24 du 21 janvier 2004, p. 1.

¹⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.*, C 31 du 5 février 2004, p. 5.

¹¹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.*, C 265 du 18 octobre 2008, p. 6.

7. La remise en cause de l'approche traditionnelle. L'approche traditionnelle du droit des concentrations est remise en cause par plusieurs caractéristiques de l'économie numérique et des données¹² :

- Premièrement, une dynamique concurrentielle avec des innovations fréquentes et, souvent, basée sur une concurrence *pour* le marché (et une suite de destruction créatrice décrite par Schumpeter¹³) plutôt qu'une concurrence *dans* le marché remet en cause la corrélation traditionnelle entre parts de marché et pouvoir de marché, partant l'information qui peut être tirée des parts de marchés.
- Deuxièmement, l'absence fréquente de prix monétaire pour les services numériques (dont la contrepartie est souvent des données personnelles) remet en cause l'utilisation du SSNIP test pour définir les marchés et le prix comme paramètre concurrentiel principal pour juger de la légalité de la concentration. En outre, l'importance prise par les données personnelles peuvent amener de nouveaux paramètres concurrentiels comme la protection de la vie privée.
- Troisièmement, la multiplication des innovations disruptives qui modifient les réseaux de valeur remet en cause l'utilité de la définition de marchés basée sur les réseaux de valeur en place avant l'innovation et, partant la qualification des effets horizontaux, verticaux ou congloméraux de la concentration sous revue¹⁴.

8. Les aménagements à l'approche traditionnelle – la moindre valeur informationnelle des parts de marchés. Pour tenir compte des caractéristiques de l'économie numérique et des données, les méthodologies traditionnelles du droit des concentrations doivent s'adapter. Pour tenir compte de la première caractéristique, les autorités de concurrence doivent réduire la valeur informationnelle des parts de marché. Cela a été bien compris par la Commission et les juridictions européennes. Ainsi, la Commission a autorisé en 2011 l'achat de Skype par Microsoft malgré les parts importantes des parties à la concentration sur le marché des communications résidentielles car elle considérait que l'innovation rapide du secteur rendait ces parts de marché peu indicatives du pouvoir de marché¹⁵. Sur recours, le Tribunal de l'Union européenne a validé cette approche en jugeant que : « le secteur des communications résidentielles est un secteur

¹² Voy. notamment OECD, *The Digital Economy*, DAF/COMP(2012)22 et OECD, *Merger Review in Emerging High Innovation Markets*, DAFFE/COMP(2002)20 .

¹³ J. SCHUMPETER, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, Payot, 1990.

¹⁴ A. DE STREEL et P. LAROUCHE, « L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de concurrence », *Note pour le Forum mondial sur la concurrence*, DAF/COMP/GF(2015)7.

¹⁵ Décision de la Commission européenne du 7 octobre 2011, aff. M. 6281 *Microsoft/Skype*.

récent en pleine expansion qui se caractérise par des cycles d'innovation courts et dans lequel de grandes parts de marché peuvent s'avérer éphémères. Dans un tel contexte dynamique, les parts de marché élevées ne sont pas nécessairement indicatives d'un pouvoir de marché¹⁶».

9. Suite – les multiplication des paramètres concurrentiels. Pour tenir compte de la deuxième caractéristique, les autorités de concurrence ne doivent plus se concentrer exclusivement, ou même principalement, sur l'évolution des prix qu'entraînerait la concentration sous revue, mais également d'autres paramètres concurrentiels comme l'évolution de l'innovation¹⁷ ou de la protection de la vie privée. Ces adaptations commencent à être appliquées par la Commission. Ainsi, en autorisant la reprise de LinkedIn par Microsoft¹⁸, la Commission a analysé de manière approfondie comment les données dont disposaient LinkedIn pouvaient être utilisées pour développer et améliorer certaines solutions logicielles grâce aux techniques d'intelligence artificielle basée sur l'apprentissage machine¹⁹. La Commission a également reconnu plus explicitement que par le passé que la protection de la vie privée était un paramètre de concurrence lorsque les consommateurs la considèrent comme un facteur de qualité important et que les parties à la concentration se livrent concurrence sur ce facteur²⁰. De façon plus prospective, certains auteurs proposent de remplacer les tests basés sur les prix monétaires par des tests alternatifs basés sur la qualité des produits ou sur la quantité des données récoltées²¹.

¹⁶ T.U.E., 12 décembre 2013, aff. T-79/12, *Cisco et Messagenet c. Commission*, EU:T:2013:635, § 69.

¹⁷ J.G. SIDAK et D.J. TEECE, « Dynamic Competition in Antitrust Law », *Journal of Competition Law and Economics*, 5, 2009, 581-631 ; H.A. SHELANSKI, « Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet », *University of Pennsylvania Law Rev.*, 161, 2013, 1663-1705.

¹⁸ Décision de la Commission européenne du 6 décembre 2016, aff. M. 8124 *Microsoft/LinkedIn*.

¹⁹ *Ibid.*, §§ 253-277.

²⁰ *Ibid.*, § 350. Notons toutefois que la Commission précise que protection de la vie privée en tant que tel ne relève pas du droit européen de la concurrence. Elle suit en cela la jurisprudence que la Cour de justice avait établi dans l'affaire *Asnef* quand elle avait jugé 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 » : C.J.U.E, 23 novembre 2006, aff. C-238/05 *Asnef-Equifax c. Ausbanc*, ECLI:EU:C:2006:734, § 63.

²¹ J.M. NEWMAN, « Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations », *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 2015, 149-206 et « Antitrust in Zero-Price Markets:

10. Suite – l'analyse du marché des intrants à l'innovation. Pour tenir de la troisième caractéristique, en particulier de l'imprévisibilité liée à l'innovation, les autorités de concurrence doivent remonter la chaîne d'innovation et analyser la position des entreprises sur les marchés des ressources nécessaires pour innover plutôt que se concentrer sur la définition des marchés relatifs aux produits et services existants qui reflètent une chaîne de valeur pouvant être radicalement re-configurée. Cette approche a été récemment initiée par la Commission en approuvant sous conditions la concentration *Dow/DuPont* dans le secteur agro-chimique²². La Commission a ainsi défini des « lignes de recherche » comprenant des scientifiques, des brevets, des équipements dédiés à un objectif de recherche défini. Elle a ensuite analysé la position concurrentielle des entreprises parties à la concentration et leurs concurrents pour déterminer si la concentration allait entraîner une diminution de l'innovation. Si cette approche est plus facile à appliquer dans des secteurs où la chaîne d'innovation est bien balisée notamment par la régulation comme le secteur chimique, elle peut néanmoins être étendue à tous les secteurs où l'innovation est importante. Dans les secteurs numériques, les principaux intrants à l'innovation consistent notamment dans les données, les ingénieurs et autres scientifiques des données et algorithmes et le capital-risque. Les autorités de concurrence devraient donc analyser la position des entreprises sur ces marchés avant d'autoriser une concentration.

Conclusion

11. Les nécessaires adaptations. Yves Poulet est un véritable pionnier puisqu'il a compris très tôt l'importance croissante qu'allait prendre l'information et les données dans la société et les transformations du droit qui s'en suivraient. Toutes les branches du droit sont impactées, notamment le droit des concentrations devenu si important dans une économie numérique dominée par quelques grands acteurs, principalement américains et chinois. Ma contribution vise à proposer trois adaptations au droit des concentrations : (i) la valeur informationnelle des parts de marché doit diminuer, (ii) les paramètres concurrentiels analysés doivent s'étendre, en particulier à l'innovation et à la protection des données

Applications » *Washington University Law Review*, 94 (1), 2016, 49-111. Également : MS. GAL et D.L. RUBINFELD, « The hidden costs of free goods: Implications for antitrust enforcement », *Antitrust Law Journal*, 80, 2016, 521-562.

²² Décision de la Commission européenne du 27 mars 2017, aff. M. 7932 *Dow/DuPont*.

et (iii) l'attention des autorités de concurrence doit se déplacer des marchés des produits résultants d'une innovation passée vers les marchés des intrants à l'innovation, en particulier les données. Le droit des concentrations est suffisamment flexible pour accommoder ces adaptations car il est basé sur des théories économiques souples et génériques. Et on peut se réjouir de constater que les autorités et les juridictions ont commencé à emprunter ces voies.