

## **Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet ?**

**Thierry Pénard<sup>1</sup>**  
**CREM, Marsouin**  
**Université de Rennes 1**

*Résumé : L'objectif de cet article est de savoir si les marchés liés à Internet nécessitent un traitement spécifique de la part des autorités de la concurrence. A travers la présentation d'une série de décisions récentes au niveau français et communautaire, il s'agit de dégager les principaux défis posés par Internet en matière de politique de la concurrence. Ces défis portent sur l'appréciation des pratiques concertées et des accords très nombreux sur les marchés Internet. De même, comment les autorités doivent-elles traiter les situations de position dominante dès lors que les marchés Internet sont propices à la monopolisation ? Enfin, le troisième défi concerne l'examen des projets de fusion sur des marchés Internet qui sont le plus souvent émergents et incertains. Face à ces défis, c'est moins le droit de la concurrence qu'il faut changer que la manière d'appliquer ce droit, les marchés Internet exigeant de la part des autorités une plus grande prudence et souplesse que les marchés traditionnels.*

*Mots clé : Internet, politique de la concurrence, réseaux, plates-formes, standardisation, position dominante*

*Code JEL : L4, L51, L86,*

*Abstract: This article aims to understand whether or not Internet-related markets require a specific treatment and attention by antitrust authorities. Through several recent French and US antitrust cases, I emphasize the main challenges faced by competition authorities. The first challenge concerns the appreciation of concerted practices and agreements that are widespread on Internet-related markets. Secondly, how should antitrust authorities treat dominant positions, knowing that Internet related markets are highly subject to monopolisation? The last challenge concerns merger control since Internet-related markets are characterized by a high degree of uncertainty and immaturity. This paper states that Internet-related markets do not require to change antitrust law, but simply to enforce existing antitrust law more carefully than on traditional markets.*

---

<sup>1</sup> Adresse : Faculté de Sciences Economiques, Université de Rennes 1, 7 Place Hoche, 35 065 Rennes Cedex, thierry.penard@univ-rennes1.fr

## Introduction

A l'origine, Internet était un réseau de réseaux interconnectés et dédiés à des activités de recherche. En s'ouvrant à partir de 1991 à des réseaux commerciaux<sup>2</sup>, Internet a connu un développement accéléré, mais a aussi changé d'identité : les activités à but lucratif ont pris une place de plus en plus grande et les chercheurs ont vu leur influence diminuer. La montée en puissance des acteurs marchands sur Internet et les premiers succès commerciaux d'entreprises comme Amazon, Yahoo!, eBay ou Google ont suscité à la fin des années 90 un emballement autour de cette *nouvelle économie* censée balayer l'ancienne économie. L'éclatement de la bulle Internet en 2000 a remis un peu d'ordre et de raison sur les marchés liés à Internet. Aujourd'hui, la plupart des économistes s'accordent à dire qu'Internet ne constitue pas une *nouvelle économie*, mais plutôt une nouvelle infrastructure pour les activités économiques existantes. Internet est à la fois un nouveau canal de distribution des biens et services, un nouveau support de communication et d'information et un nouveau mode de coordination des activités qui amène la plupart des entreprises à repenser leurs modèles d'affaires : c'est-à-dire leur façon de travailler, de produire et de vendre<sup>3</sup>.

L'objectif de cet article est de savoir si Internet a aussi eu des répercussions sur les pratiques concurrentielles des entreprises et s'il faut repenser la politique de la concurrence à l'ère de l'Internet. En particulier, les marchés liés à Internet nécessitent-ils un traitement spécifique de la part des autorités de la concurrence ? A travers la présentation d'une série de décisions récentes au niveau français et communautaire, nous nous attacherons à dégager les principaux défis posés par Internet au regard du droit de la concurrence.

Ces défis tiennent principalement aux spécificités ou propriétés des activités industrielles et commerciales liées à Internet<sup>4</sup>. Tout d'abord, il s'agit d'activités reposant sur des infrastructures de réseau et qui génèrent donc de fortes externalités de réseau directes et indirectes. C'est-à-dire que chaque application ou service sur Internet procure une utilité croissante avec le nombre d'utilisateurs de l'application ou du service. Le courrier électronique et la messagerie instantanée en sont la meilleure illustration. Une seconde spécificité des activités liées à Internet tient à la présence de fortes économies d'échelle, tant dans le déploiement des infrastructures de réseau, que dans la mise en place des services et applications qui sont le plus souvent de nature informationnelle ou numérique (donc duplicables à un coût quasi-nul). Une entreprise présente sur Internet a donc des coûts moyens qui diminuent significativement avec le nombre de ses abonnés ou utilisateurs.

L'existence d'économies d'échelle côté offre et d'externalités de réseau côté demande a pour conséquence une tendance à la monopolisation des marchés Internet. Sur chaque activité Internet, seule une poignée d'entreprises parviennent à émerger, avec souvent une entreprise en position dominante. Par exemple, en France, le marché de l'accès Internet est dominé par Wanadoo qui fournit 50% des abonnements ADSL. Google domine de son côté le marché des moteurs de recherche<sup>5</sup> et eBay le marché des sites d'enchères. Les services et

---

<sup>2</sup> Le NSFNet, l'épine dorsale américaine du réseau Internet, mis en service en 1986 et financé par la National Science Foundation n'acceptait à l'époque de s'interconnecter qu'avec des réseaux remplissant des missions de recherche et d'enseignement, refusant jusqu'en 1991 ce droit aux réseaux commerciaux. Voir DangNguyen et Pénard (1998) pour une présentation historique du réseau Internet.

<sup>3</sup> Voir sur cette question le rapport du Conseil d'Analyse Economique de N. Curien et P.A. Muet sur « La société de l'information », en 2004.

<sup>4</sup> Voir Economides (1996), Shapiro et Varian (1998) ou Pénard (2002) pour une présentation plus complète des spécificités économiques des marchés reposant sur une infrastructure de réseau et/ou supportant des applications et services de nature informationnelle (par exemple, les marchés du transport aérien, des jeux vidéos, des télécommunications, de l'informatique et bien évidemment d'Internet).

<sup>5</sup> Sa part de marché ou plutôt son audience en France serait de l'ordre de 65% d'après Médiamétrie, en 2005.

applications Internet sont donc en d'autres termes sujets à des rendements croissants d'adoption (Arthur, 1989) : plus la masse d'utilisateurs ou d'adopteurs d'un service ou d'une application Internet est grande et plus ce service ou cette application attirera de nouveaux utilisateurs et adopteurs. Ces rendements croissants d'adoption proviennent non seulement des fortes économies d'échelle et externalités de réseau dans les activités liées à Internet, mais aussi des effets d'apprentissage<sup>6</sup>, des rendements croissants d'information<sup>7</sup> et des interrelations technologiques<sup>8</sup>. Pour Varian et Shapiro (1998), les marchés liés à Internet se distinguent des marchés traditionnels par l'ampleur des rendements croissants d'adoption. La tendance structurelle à la monopolisation de ces marchés se manifeste sous la forme de rétroactions positives par lesquelles une entreprise en position de force sur ce type de marché se renforce toujours plus et une entreprise en situation de faiblesse s'affaiblit toujours plus. Dès lors qu'une entreprise commence à prendre de l'avance sur les autres, cet avantage se creuse bien plus rapidement que sur des marchés traditionnels, aidé en cela par les anticipations auto-réalisatrices des utilisateurs<sup>9</sup>.

Internet se caractérise aussi par une très forte modularité. Chaque service ou application Internet est un assemblage de multiples éléments logiciels et matériels, développés par différentes firmes. L'interopérabilité entre tous ces modules est garantie par l'existence de normes techniques et de protocoles ouverts. Ces standards techniques sont définis collectivement au sein de diverses organisations et consortiums comme l'Internet Engineering Task Force (IETF), le World Wide Web Consortium (W3C), l'Institute of Electronic and Electrical Engineers Standard Association (IEEE) ou l'International Telecommunications Union (ITU)<sup>10</sup>. Les deux premières organisations sont particulièrement emblématiques du mode actuel de gouvernance d'Internet<sup>11</sup>. L'IETF est une organisation indépendante sans statut juridique, relevant de l'ISOC (Internet Society organisation visant à promouvoir un Internet ouvert). Elle est composée d'une centaine de groupes de travail réunissant près de 2 000 volontaires et qui fonctionnent selon une méthode de consensus, sous l'autorité de coordinateurs. Les normes issues de ces groupes de travail sont publiées sous la forme de *RFC* (requests for comments) et se veulent les plus ouvertes possibles. Le W3C est un consortium d'organisations qui propose des recommandations sur les technologies du Web et leur évolution (l'architecture du Web, le formatage des documents et les langages...). Actuellement, le consortium compte près de 400 membres qui peuvent être des entreprises (équipementiers, opérateurs de réseau, fournisseurs de contenus et de services), des laboratoires de recherche, des organes de standardisation ou des représentants de gouvernement<sup>12</sup>.

Ces différentes instances de standardisation sont les garants de l'ouverture et de l'universalité du réseau Internet qui sont indispensables à la fourniture d'applications et de services modulaires. Par leur travail d'autorégulation, ces instances viennent toutefois

---

<sup>6</sup> Plus une application est utilisée et plus l'apprentissage en est facilité. Ceci peut constituer un verrou à un changement d'applications ou de fournisseurs, tout changement entraînant une perte des gains d'apprentissage. Voir David (1985) sur l'exemple du clavier Qwerty.

<sup>7</sup> Plus une application est utilisée et plus les futurs utilisateurs disposeront d'informations dessus. Les rendements croissants d'information permettent ainsi de réduire le risque perçu d'adopter cette application.

<sup>8</sup> Plus une application est adoptée et plus il y aura d'applications ou de produits complémentaires développés autour de cette application.

<sup>9</sup> On parle d'anticipations auto-réalisatrices, car si les utilisateurs pensent que l'une des entreprises va dominer, dans le futur, le marché, alors ils ont intérêt à se tourner vers cette entreprise pour bénéficier des effets de réseau, d'apprentissage, d'information, etc., ce qui permet à l'anticipation de se réaliser.

<sup>10</sup> Voir Camp et Vincent (2005) pour une présentation détaillée et comparée du fonctionnement de ces quatre instances de standardisation.

<sup>11</sup> Voir Brousseau (2004) sur la façon dont Internet est gouverné.

<sup>12</sup> Le W3C n'a pas de statut juridique et est hébergé par l'ERCIM (Groupement Européen de Recherche en Informatique et en Mathématiques, France), le MIT (USA) et l'Université de Keio (Japon).

empiéter sur la politique de la concurrence, en promouvant l'accès sans discrimination aux protocoles et normes techniques d'Internet. Les autorités de la concurrence sont donc conduites à s'interroger sur leur rôle face à ces différents dispositifs de régulations techniques et concurrentiels d'Internet. D'autant plus que les spécificités économiques des marchés Internet leur posent des défis en matière d'application du droit de la concurrence.

Tout d'abord, comme Internet est très exigeant en matière de standardisation et d'interopérabilité, les entreprises sont amenées à discuter et collaborer étroitement, bien plus que sur des marchés traditionnels. Comment les autorités doivent-elles apprécier les nombreux accords et pratiques concertées sur Internet ?

Le second défi porte sur l'appréciation des positions dominantes. Les marchés liés à Internet étant structurellement propices à la monopolisation, les autorités doivent-elles s'y opposer et peuvent-elles le faire efficacement ?

Enfin, les fusions liées à Internet interviennent sur des marchés le plus souvent émergents, pour lesquels il est difficile de procéder à une analyse prospective. Quelle doit être l'attitude des autorités face à ces fusions ?

Pour le juriste Lemley (1996), ces trois défis devraient conduire les autorités de la concurrence à adopter une attitude prudente. Elles devraient s'efforcer de limiter leurs interventions à la défense des principes d'ouverture et d'interopérabilité d'Internet, en empêchant qu'une entreprise ou un groupe d'entreprises par leurs comportements ou par des fusions-acquisitions ne privatisent un des standards ou protocoles d'Internet. Nous nous attacherons à voir dans cet article si la position actuelle des autorités de la concurrence en France et en Europe est plutôt proche ou éloignée de la position défendue par Lemley.

Cet article comporte quatre sections. La section 1 s'attache à délimiter les activités et marchés Internet, en s'appuyant sur deux approches complémentaires : une approche ingénierique en termes de couches réseaux et une approche économique en termes de plates-formes. Chacune de ces approches a des implications directes en matière de politique de la concurrence, dans l'appréciation que l'on peut porter sur les stratégies des acteurs présents sur ces marchés. La section 2 s'intéresse aux accords de coopération (sur des standards ou sur la mise en place de plates-formes communes). La section 3 est consacrée aux comportements des entreprises en position dominante. Enfin, la section 4 aborde le contrôle des fusions et insiste sur la complexité du bilan que les autorités doivent effectuer, compte tenu des caractéristiques des marchés et des actifs en présence.

## **1 D'une approche en termes de couches à une approche en termes de plate-formes**

Les activités et marchés Internet sont complexes à définir et à délimiter. Internet est d'abord un système d'interconnexion d'équipements et d'applications empilés en couche (1.1). Mais Internet est aussi un ensemble de plates-formes d'intermédiation économique, permettant aux acteurs d'interagir et de réaliser des échanges économiques (1.2).

### *1.1 Internet comme un empilement de couches*

Une première définition d'Internet est celle proposée par les ingénieurs, qui conçoivent ce réseau comme un empilement de couches. Ces couches verticalement liées entre elles partent de l'infrastructure pour arriver aux services et applications finales. Le modèle sous-jacent est le modèle OSI (Open system Interconnection) en 7 couches<sup>13</sup>. Ce modèle permet de mettre

---

<sup>13</sup> Les couches en partant du niveau le plus bas pour aller vers le niveau le plus haut se décomposent comme suit : 1) *Physique* (transmission des bits), 2) *Liaison de données* (détection d'erreurs), 3) *Réseau* (routage), 4)

l'accent sur les interdépendances verticales, chaque couche ayant besoin pour fonctionner des couches inférieures : chaque couche agit ainsi comme une application (software) de la couche immédiatement inférieure et comme une infrastructure (hardware) de la couche immédiatement supérieure. Pour que l'ensemble fonctionne, il faut que ces différentes couches soient bien interconnectées entre elles. C'est le rôle dévolu aux normes techniques et protocoles discutés au sein des groupes de travail de l'IETF, de l'IEEE ou de l'ITU.

Curien (2000) s'est inspiré de ce modèle OSI pour classer les marchés et activités Internet<sup>14</sup> en 3 couches :

- une couche *infrastructure* constituée des éléments matériels ou physiques du réseau (fibres optiques, routeurs, ...) et formant le squelette d'Internet
- la couche *fostructure* constituée des éléments logiciels servant à commander ou piloter le réseau et formant le « système nerveux » d'Internet (les protocoles de routage, les serveurs, ...).
- la couche *applications finales*, correspondant aux fonctionnalités et prestations offertes par Internet aux utilisateurs finals (messagerie, Web, commerce électronique,...).

Le bon fonctionnement d'Internet passe par une interopérabilité parfaite entre les trois couches, mais aussi au niveau de chacune de ces couches, par une interopérabilité entre les différents éléments matériels ou logiciels en présence.

Cette représentation d'Internet en couches a aussi été reprise par Barua et al. (1999), afin de mesurer le chiffre d'affaires et le nombre d'emplois imputables à Internet. Pour mener à bien ce projet, ces chercheurs de l'Université du Texas ont découpé Internet en 4 couches :

- la *couche infrastructure* comprenant les opérateurs de réseau Internet et fournisseurs d'accès Internet, les équipementiers qui fabriquent les matériels au cœur des réseaux et les fabricants de matériels périphériques comme les ordinateurs et autres périphériques.
- la *couche application de réseau* comprenant les éditeurs de logiciels applicatifs, de serveur Web, de logiciel de développement de sites, ainsi que les sociétés de conseils et de services informatiques.
- la *couche intermédiaire en ligne* comprenant les fournisseurs de contenus, les portails, les sites d'enchères, les sites d'intermédiations dans le tourisme, la finance, l'immobilier.
- Enfin, la *couche commerce électronique* correspondant à la vente de produits ou de services par souscription ou abonnement.

Cette représentation de l'organisation industrielle d'Internet en quatre couches témoigne de la diversité des activités industrielles et commerciales liées à Internet. Elle met là encore en évidence la forte interdépendance des acteurs économiques de l'Internet : le développement d'un acteur présent sur une des couches dépend étroitement du développement des acteurs présents sur les autres couches (en amont ou en aval).

Internet n'est pas seulement un empilement de couches, c'est aussi un ensemble de plates-formes interconnectées, ces plateformes pouvant se positionner aussi bien sur les couches basses que les couches hautes d'Internet.

## 1.2 Internet comme un ensemble de plates-formes

La notion de *plates-formes* est au cœur de la littérature récente sur les marchés multi-faces<sup>15</sup>. Une plate-forme ou un marché multi-faces présente trois caractéristiques.

---

*Transport* (acheminement, contrôle de bout en bout), 5) *Session* (organisation des échanges, dialogue entre terminaux), 6) *Présentation* (édition, syntaxe), 7) *Application* (logiciels applicatifs).

<sup>14</sup> Pour Curien (2000), cette structure en trois couches est assez générique et peut s'appliquer à toutes les industries de réseau (télécommunications, postes, transport aérien, ...).

Premièrement, une plate-forme est une infrastructure (matérielle ou immatérielle) qui s'adresse à plusieurs catégories d'utilisateurs. Deuxièmement, une plate-forme se caractérise par l'existence d'externalités de réseau indirectes. C'est-à-dire que l'utilité de la plate-forme pour une catégorie d'utilisateurs dépend de la présence des autres catégories d'utilisateurs sur cette plate-forme<sup>16</sup>. Ces externalités de réseau tiennent au rôle d'intermédiaire économique que joue la plate-forme, en permettant à ces différentes catégories d'utilisateurs d'interagir ensemble ou de procéder à des transactions. Enfin, la dernière caractéristique d'une plate-forme, qui en fait toute sa spécificité, est que la tarification de l'accès et de l'usage de la plate-forme n'est pas neutre sur le volume d'échanges ou d'interactions qui ont lieu via cette plate-forme. En d'autres termes, la valeur créée sur cette plate-forme dépend de la structure des tarifs imposés aux différentes catégories d'utilisateurs.

De nombreuses infrastructures et applications Internet remplissent ces trois conditions. Il est donc possible de penser Internet comme un enchevêtrement de plates-formes qui selon Evans et Schmalensee (2005) peuvent prendre trois formes principales :

- Les plates-formes d'échanges qui renvoient aux places de marché électroniques B2B/B2C ou aux sites d'intermédiation en ligne (sites de rencontre, comparateurs de prix,...), qui ont pour fonction de mettre en relation des catégories d'utilisateurs (acheteurs/vendeurs, homme/femme) souhaitant procéder à des transactions ou interactions directes.
- Les plates-formes d'audience comme les portails, les sites de journaux, les moteurs de recherche, dont l'objectif est d'attirer le maximum d'internautes pour vendre cette audience à des annonceurs.
- Les plates-formes d'exploitation comme le système d'exploitation Windows ou le lecteur de vidéo et de musique en ligne Realplayer, dont l'objectif est de fournir à des utilisateurs finals l'accès à des applications diverses<sup>17</sup>.

Ces différentes plates-formes se caractérisent par des politiques tarifaires fondées sur des discriminations et subventions croisées entre catégories d'utilisateurs. Ainsi, il est fréquent que certaines catégories d'utilisateurs paient un prix inférieur au coût marginal d'usage de la plate-forme, voir un prix négatif, alors que d'autres vont payer un prix très supérieur au coût marginal. L'objet de ces stratégies tarifaires est de faire venir massivement, par ces subventions, une des catégories d'utilisateurs sur la plate-forme, afin d'attirer ensuite les autres catégories d'utilisateurs. Ces derniers seront alors prêts à payer pour accéder à la plate-forme afin de bénéficier des externalités indirectes de réseau liées à la présence massive d'utilisateurs de l'autre côté (du fait des subventions). La politique tarifaire d'une plate-forme est aussi guidée par la volonté de stimuler les échanges ou transactions entre utilisateurs de la plate-forme et de créer le plus de valeur possible. Deux grands principes émergent en matière de tarification optimale selon Rochet et Tirole (2004). Tout d'abord, la plate-forme aura tendance à imposer des prix plus élevés à la catégorie d'utilisateurs étant la plus représentée sur la plateforme (en termes de taux d'utilisation de la plate-forme<sup>18</sup>). En effet, les utilisateurs sont d'autant plus captifs ou verrouillés qu'ils sont nombreux à utiliser cette plate-forme (externalités de réseau intra-groupe rendant coûteux le changement de plate-forme). Leur demande étant moins élastique, il est alors optimal de leur appliquer une plus forte marge sur

---

<sup>15</sup> Voir les surveys de Rochet et Tirole (2004), Evans, Hagiu et Schmalensee, (2004), Church et Gandal (2004) ou Evans et Schmalensee (2005) sur l'économie des multi-sided markets ou marchés multi-faces.

<sup>16</sup> Plus il y a d'utilisateurs sur une face de la plate-forme et plus l'utilité est grande pour les utilisateurs des autres faces.

<sup>17</sup> Certaines plates-formes peuvent être enchevêtrées dans d'autres plates-formes, comme c'est le cas avec RealPlayer qui est une plate-forme qui fonctionne à partir de la plate-forme Windows.

<sup>18</sup> Par exemple, si la plate-forme s'adresse à deux catégories d'utilisateurs, notés A et B et que 50% de la population A utilise cette plate-forme et seulement 30% de la population B utilise cette plate-forme, alors la catégorie A devrait supporter des frais d'accès et d'usage plus élevé que la catégorie B.

l'accès et/ou l'usage (les distorsions étant limitées quant au volume des transactions ou interactions effectuées sur la plate-forme<sup>19</sup>).

Le deuxième principe prend en compte l'asymétrie éventuelle dans les externalités de réseau entre les différentes catégories d'utilisateurs. Si une catégorie d'utilisateurs génère plus d'externalités que les autres, alors il est optimal pour la plate-forme de subventionner cette catégorie<sup>20</sup>. On retrouve plus ou moins ces principes dans la structure tarifaire des plates-formes Internet. Par exemple, eBay fait payer les vendeurs, à travers des droits d'accès et des commissions sur le montant de chaque transaction effectuée via le site, alors que l'accès et l'usage d'eBay sont gratuits pour les acheteurs. De même, le site de rencontre Meetic fait payer de 9 à 14€ par mois pour les femmes et jusqu'à 30€ par mois pour les hommes.

Les plates-formes peuvent aussi accompagner ces tarifs de règles encadrant les transactions elles-mêmes (comme la régulation des prix des transactions ou des clauses commerciales). De ce point de vue, ces plates-formes jouent un rôle de régulateur « privé » du marché, en veillant à ce qu'aucun côté du marché ne soit monopolisé ou ne détienne un pouvoir de marché excessif.

### *1.3 Implications des deux approches d'Internet pour la politique de la concurrence*

Ces deux approches ou représentations d'Internet ont des implications directes en termes de politique de la concurrence. Si l'on s'en tient à l'approche ingénierique, la mission centrale des autorités devrait être de veiller à une bonne interopérabilité ou interconnexion entre les différentes couches d'Internet et au sein de chacune de ces couches. Il s'agit en particulier d'identifier d'éventuels goulets d'étranglement sur chacune des couches du système et d'intervenir le cas échéant pour empêcher la création ou le renforcement de ces goulets d'étranglement. Le rôle des autorités de la concurrence ne serait alors pas très différent de ce qu'il est dans les autres industries de réseau et en particulier dans le secteur des télécommunications<sup>21</sup>. Si l'on adopte une approche plus économique inspirée par la théorie des marchés multi-faces, la mission centrale des autorités serait de surveiller les conditions d'accès aux différentes plates-formes existantes et d'intervenir en cas de comportements abusifs de la part d'une plate-forme ou d'une des catégories d'utilisateurs de cette plate-forme. Toutefois, dans le second cas, la tâche des autorités de la concurrence pourrait être allégée par l'action de régulation privée menée par la plate-forme elle-même.

Même si ces deux approches peuvent conduire à des politiques de la concurrence légèrement différentes, elles mettent toutes les deux en lumière l'importance de la coopération sur les marchés liés à Internet, qu'il s'agisse de faciliter l'interopérabilité entre couches et au sein d'une même couche ou qu'il s'agisse de mettre en place des plateformes communes (section 2). Ces deux approches mettent aussi l'accent sur les positions dominantes que peuvent obtenir certaines entreprises à travers le contrôle d'une des couches d'Internet ou d'une des plates-formes d'Internet (section 3). La création ou le renforcement d'une position dominante peut d'ailleurs passer par des acquisitions en amont ou aval ou par des fusions de plates-formes (section 4). Nous allons développer chacun de ces points dans les sections suivantes.

---

<sup>19</sup> Il s'agit là d'un résultat classique en tarification multi-produits ou multi-clients, connu sous le nom de tarification à la Ramsey-Boiteux.

<sup>20</sup> Voir Caillaud et Jullien (2003) pour une présentation des politiques tarifaires lorsque plusieurs plates-formes sont en concurrence.

<sup>21</sup> Voir Glais (2001) et Pénard et Thirion (2005) pour une présentation de la politique de la concurrence dans le secteur des télécommunications.

## 2 Comment apprécier les coopérations entre les entreprises ?

Internet est un réseau propice à la coopération entre les internautes, mais aussi entre les acteurs marchands d'Internet (DangNguyen et Pénard, 2004). Comment les autorités de la concurrence doivent-elles apprécier les nombreux échanges d'informations et accords qui se nouent autour d'Internet ? Nous verrons que ces accords peuvent être classés en deux grandes catégories : des accords visant à une meilleure interopérabilité ou interconnexion (2.1) et des accords visant à la mise en place de plates-formes (2.2). Ces deux classes d'accords font-ils l'objet d'un traitement différent de la part des autorités ?

### 2.1 Coopération sur les standards

Internet est un ensemble de standards et de protocoles définis et adoptés de manière concertée par l'ensemble des acteurs d'Internet. Si le droit de la concurrence interdit les accords entre les entreprises et pratiques concertées ayant pour objet ou effet de restreindre ou fausser la concurrence, il prévoit des exceptions ou exemptions pour les accords contribuant au progrès économique et qui réservent « aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte »<sup>22</sup>. Les accords de standardisation entrent clairement dans cette catégorie, puisque l'intérêt de la standardisation est d'accroître les externalités de réseaux au profit des utilisateurs<sup>23</sup>.

On pourrait multiplier les exemples d'accords sur Internet visant à définir un standard commun ou à permettre une interopérabilité entre différentes applications ou à établir une interconnexion entre différents réseaux. A titre d'illustration, MSN et Yahoo ont annoncé en octobre 2005 qu'ils allaient rendre compatibles leurs messageries instantanées respectives, les utilisateurs de MSN Messenger pouvant désormais communiquer avec les utilisateurs de Yahoo Messenger. L'objectif est de créer une communauté de 275 millions d'internautes et de s'imposer comme le standard du marché.

Dans certains cas, ce type d'accords réussit à réunir les principaux acteurs du marché, permettant l'émergence d'un standard unique (ou d'une interopérabilité totale). Par rapport à une situation de guerre des standards (dans laquelle chaque entreprise cherche à imposer son standard propriétaire au prix souvent d'une surenchère dans les subventions d'accès accordés aux premiers utilisateurs), la coopération sur les standards se traduit sans doute par une concurrence moins intense initialement, mais permet de maintenir dans le temps cette concurrence. Au lieu de conduire à un vainqueur unique qui peut ensuite exercer son pouvoir de marché (issue classique d'une guerre de standards sur Internet<sup>24</sup>), elle préserve une offre concurrentielle tout au long du cycle de vie du produit ou du service. Pour les entreprises, il

---

<sup>22</sup> Récemment, la Commission a décidé d'assouplir sa position, en appliquant une approche d'exception légale. Désormais, les accords entre entreprises n'ont plus à être notifiés et sont d'office exemptés (afin d'alléger le travail des autorités et leur donner les moyens de lutter contre les accords les plus dommageables, les cartels, qui eux n'étaient jamais notifiés). Toutefois, ces accords peuvent faire l'objet d'un examen ex post et donner lieu à des sanctions, si les autorités découvrent des clauses ayant des effets ou objets anti-concurrentiels. Règlement N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, Journal officiel *L 1*, 04/01/2003. Voir Pénard et Souam (2002) sur l'intérêt économique de ce régime d'exception légale.

<sup>23</sup> Voir Shapiro (2001) ou Gandal (2002) sur l'intérêt de la standardisation et les différents moyens de parvenir à cette standardisation.

<sup>24</sup> Néanmoins, il est possible qu'à l'issue d'une guerre de standards, plusieurs standards incompatibles coexistent si les coûts de passage de l'un à l'autre ne sont pas très importants (possibilité pour un utilisateur d'adopter plusieurs standards) ou si les consommateurs ont une forte préférence pour la variété (différenciation horizontale).

est souvent préférable de s'engager dans un processus coopératif de standardisation, plutôt que de risquer de perdre une guerre de standards. Par ailleurs, c'est souvent une condition nécessaire au décollage du marché. En effet, les utilisateurs sont souvent frileux face à une guerre annoncée de standards, de peur de se retrouver orphelin (en cas de choix du standard perdant)..

Parmi les standards collectifs, il est important de distinguer les standards ouverts accessibles à toutes les entreprises, sans discrimination ou exclusivité et les standards propriétaires contrôlés par un groupe d'entreprise. Dans ce dernier cas, la coopération sur les standards peut se transformer en un cartel d'entreprises érigeant, de fait, des barrières à l'entrée sur le marché. La coopération sur les standards devient alors l'antichambre d'une entente anti-concurrentielle, les discussions techniques se prolongeant en concertation sur les prix et le partage du marché.

Deuxième inconvénient, la standardisation peut réduire la différenciation dans les offres et les services. Sur certains marchés Internet, le gain d'un standard unique en termes d'effets de réseau peut ne compenser que partiellement la perte en termes de diversité ou de variété des offres. Les modalités de standardisation peuvent jouer un rôle important pour atténuer ces effets négatifs, en laissant par exemple aux offreurs la possibilité de personnaliser ou d'adapter leurs offres. La tâche des autorités de la concurrence devrait donc être de veiller à ce que les accords de standardisation ne comportent pas de clauses trop contraignantes (pour permettre une diversité dans les offres et services) ou de clauses empêchant toute interopérabilité ou passerelle avec des standards concurrents. Si chaque standard (en particulier les standards collectifs) se voit dans l'obligation de fournir les informations nécessaires à une bonne interopérabilité avec des standards alternatifs, la diversité technologique et industrielle sera préservée tout en favorisant les externalités de réseau (entre utilisateurs des différents standards grâce à l'interopérabilité des services ou applications). De cette manière, on abaisse les barrières à l'entrée et on réduit les risques de cartellisation du marché.

A titre d'exemple, la Commission européenne a approuvé en 2000 un accord entre Hitachi, Matsushita, Mitsubishi, Toshiba et Time Warner consistant à mettre en commun leurs brevets liés à la technologie DVD et à créer une licence unique pour toute entreprise souhaitant accéder à cette technologie (pour fabriquer des lecteurs DVD). La Commission a estimé que cet accord permettait d'économiser sur les formalités administratives (une seule licence au lieu de plusieurs), sans comporter pour autant de clauses abusives (les licences étant non exclusives et non discriminatoires)<sup>25</sup>. Il est certain que cet accord a contribué au succès de ce standard qui s'est imposé en quelques années, en stimulant la concurrence (les baisses de prix) sur les matériels (Gandal et Dranove, 2003).

Dans le cas d'Internet, les exigences d'ouverture et de standardisation sont de toute manière si fortes que les entreprises sont généralement contraintes de renoncer à leurs droits sur certains brevets pour imposer un standard. En effet, les acteurs d'Internet sont réticents à adopter un standard qui ne serait pas suffisamment ouvert. Dans les processus coopératifs de standardisation, la règle veut que les entreprises s'engagent à révéler les brevets essentiels qu'ils détiennent. Il s'agit d'éviter qu'un standard soit adopté parce que les acteurs pensaient qu'il était libre de droit et qu'après coup une entreprise vienne réclamer des royalties sur ce standard. Ce scénario est apparu sur le standard GIF qui après avoir été mis dans le domaine public par CompuServe en 1987, s'est largement diffusé comme format pour les images sur le Web. Unisys Corporation qui avait obtenu un brevet en 1986 sur un algorithme utilisé par le format GIF (brevet LZW), est resté silencieuse dans un premier temps, puis en 1994, s'est manifestée publiquement pour faire valoir ses droits auprès de CompuServe et d'autres

---

<sup>25</sup> Communiqué de la Commission européenne IP/00/1135 « La Commission autorise un programme de licence de brevet en vue de mettre en œuvre la norme DVD ».

entreprises qui transféraient leurs images sur Internet via ce format. La réaction des acteurs d'Internet a été de convertir leurs images en d'autres formats libres de droit, empêchant Unisys de tirer bénéfice du standard GIF. Cet exemple montre qu'il est souvent non rentable pour une entreprise de refuser l'ouverture ou l'interopérabilité au moins partielle de son standard. De fait, les acteurs économiques de l'Internet assurent eux-mêmes une partie du travail de régulation concurrentielle en faisant obstacle à certaines tentatives de privatisation des standards. Ceci devrait donc inciter les autorités de la concurrence à rester en retrait dans les processus de standardisation.

## *2.2 Coopération sur les plates-formes*

Les accords de coopération sur Internet peuvent aussi prendre la forme d'une mise en commun de ressources pour créer une plate-forme Internet. Les motivations des entreprises impliquées sont de partager les coûts fixes et coûts de fonctionnement et de mettre en commun leurs compétences. Mais surtout, l'intérêt d'une coopération est de favoriser l'émergence d'une plate-forme la plus neutre possible, au sens où elle ne sera pas contrôlée par un seul acteur du marché. La neutralité est en effet une condition essentielle afin de rendre une plate-forme attractive pour tous les acteurs économiques.

L'exemple typique est la création d'une place de marché électronique. Une place de marché se caractérise par un ensemble de services en ligne permettant la mise en relation de fournisseurs et d'acheteurs, et la dématérialisation et l'automatisation d'une partie ou de la totalité des flux d'information et de transactions entre ces derniers. On distingue deux types de places : les places verticales qui mettent en relation des fournisseurs et acheteurs d'un même secteur (la grande distribution avec WWRE ou GNX, l'automobile avec Covisint, la sidérurgie avec Steeltrade) et les places horizontales qui permettent à des acheteurs de différents secteurs d'entrer en relation avec des fournisseurs, par exemple de matériels de bureau ou d'informatiques. L'intérêt de ces places est de réduire les coûts de transaction, en favorisant l'agrégation des offres et/ou des demandes (gains de temps, baisse des coûts de recherche), en dématérialisant la procédure (gains de papier et de temps) et en garantissant la sécurité des transactions. Ces places peuvent aussi fluidifier le marché, en facilitant la fixation des prix.

Les places de marché sont donc a priori source de progrès économique et bénéficient à tous les acteurs de marché (en rendant les marchés plus transparents, plus fluides et donc plus efficaces). Toutefois, on peut se poser la question de la répartition des gains entre les différentes parties du marché. Certains fournisseurs se plaignent que ces places ne bénéficieraient qu'aux acheteurs et renforceraient leur pouvoir d'achat, notamment dans la grande distribution. Sont particulièrement visés les systèmes d'enchères inversées mis en œuvre sur ces places et qui permettent de mettre en concurrence les fournisseurs, en retenant celui qui annonce le prix de vente le plus bas. Mais, ces places de marché peuvent aussi être contrôlées par les fournisseurs et servir de support à des ententes ou collusions. La transparence accrue offerte sur ces places peut en effet être un facteur propice à la collusion, en facilitant la surveillance des prix des concurrents et en permettant de réagir rapidement à toute baisse de prix décidée par l'une des entreprises. La transparence est généralement une condition essentielle à la stabilité et la survie des collusions (Pénard, 2003 ; Dick, 1996). Face à ce risque réel, les autorités de la concurrence sont très attentives aux conditions de transparence et aux échanges d'information qui ont lieu sur ces places et demandent aux places de s'engager à encadrer les échanges d'informations pour laisser suffisamment d'autonomie ou d'indépendance dans les choix des entreprises. Ainsi, la Charte de la place de marché Quadrem (spécialisée dans les minerais) comporte-t-il l'engagement suivant : « Nous

mettons en œuvre des mesures de sécurité pour protéger les informations recueillies contre la perte, l'usage abusif et la falsification. [...] ces mesures s'appliquent également lors de la distribution, communication ou du partage des informations de transaction aux participants de la place de marché »<sup>26</sup>.

Un second problème concerne les conditions d'accès à ces places de marché, surtout lorsque ces places de marché ne sont pas neutres (c'est-à-dire lorsqu'elles sont la propriété d'un ou de quelques acteurs du marché). Une place peut être ouverte (accessible à tous les acteurs du marché, qu'ils soient ou non propriétaires de la place) ou au contraire fermée. Dans ce dernier cas, elle peut s'inscrire dans une volonté des promoteurs de la place de renforcer les barrières à l'entrée ou d'éliminer certains acteurs du marché, par des pratiques de forclusion (forclusion amont pour les acheteurs qui se voient privés de l'accès à une partie des fournisseurs ou forclusion aval pour les vendeurs qui se voient privés d'une partie des débouchés du marché). Ce point est d'autant plus sensible que l'on assiste ces dernières années à un regroupement des places. Les autorités peuvent-elles alors utiliser la doctrine des facilités essentielles pour contraindre une place à s'ouvrir à tous les acteurs du marché ? Rappelons que cette doctrine peut être mobilisé lorsqu'il existe une infrastructure ou ressource essentielle, détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprise en position dominante, qui est difficilement duplicable (à des coûts raisonnables) et est indispensable pour l'accès au marché. Le ou les détenteurs d'une facilité essentielle peuvent être contraint d'offrir l'accès à cette facilité dans des conditions raisonnables et non discriminatoires à des tiers (des entreprises concurrentes) si l'accès permet de stimuler la concurrence et d'améliorer l'efficacité économique<sup>27</sup>.

Dans tous les cas récents que la Commission européenne a eu à traiter, elle s'est assurée que les créations collectives de places de marché (ou de plates-formes) ne présentaient pas de risque de création d'une facilité essentielle fermée. Par exemple, la Commission a dû examiner, en 2000, le projet de place de marché Covisint, créée conjointement par DaimlerChrysler, Ford, General Motors, Nissan et Renault<sup>28</sup>. Cette bourse de commerce automobile sur Internet était destinée à assurer l'approvisionnement de l'industrie automobile et la gestion de la chaîne d'approvisionnement, dans le but de réduire les coûts d'approvisionnement. La Commission a autorisé cet accord de coopération entre les principaux constructeurs automobiles mondiaux, estimant que les effets positifs attendus étaient élevés (en termes de baisse des coûts de transaction) et les effets anticoncurrentiels limités, du fait des dispositions et engagements pris par les constructeurs pour garantir un accès non discriminatoire à cette place (notamment aux constructeurs extérieurs à cet accord) et une protection des données sensibles (notamment sur les transactions effectuées sur cette place). En effet, selon la Commission, des places de marché comme Covisint « devraient accroître la transparence, contribuant de ce fait à relier davantage d'opérateurs entre eux et à intégrer les marchés. Elles augmenteront probablement aussi l'efficacité des marchés, en

---

<sup>26</sup> De même pour le directeur d'Auchan Interactif, la place de marché WWRE n'est « en aucun cas une alliance pour acheter ensemble. Les informations, les prix, les approvisionnements sont gérés de façon privative et ne sont pas partagés ».

<sup>27</sup> Voir Glais (2001) sur la notion de facilités essentielles et son usage par les autorités de la concurrence.

<sup>28</sup> La création collective d'une place de marché électronique peut être examinée soit au regard du contrôle des concentrations (lorsque les entreprises exercent un contrôle de plein droit sur la place commune), soit au regard du contrôle des pratiques et accords restrictifs (lorsque les entreprises n'exercent pas de contrôle sur les décisions commerciales stratégiques). MyAircraft.com une place de marché créée par Honeywell, URC et i2 dans le secteur de la construction aéronautique a été examinée par la Commission européenne comme une opération de concentration (Décision M.1969 UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com, 4/8/2000), alors que Covisint a été apprécié comme un accord de coopération.

réduisant les coûts de recherche et d'information et en améliorant la gestion des stocks, ce qui se traduira en fin de compte par une diminution des prix pour le consommateur final. »<sup>29</sup>.

Néanmoins, on peut se demander si la Commission n'a pas surestimé les gains de Covisint. Dès son lancement, cette place a en effet eu du mal à attirer les équipementiers et les volumes de transactions se sont révélés bien inférieurs aux prédictions. Covisint a ainsi procédé à 150 suppressions de postes en 2002 et a changé trois fois de PDG en un an. Finalement, cette place a été revendue en 2004 à Compuware, une société de service en ingénierie informatique, qui a décidé d'en faire une plate-forme électronique multi-sectorielle. A l'origine de cet échec, on trouve un manque de confiance entre constructeurs et équipementiers, ces derniers considérant cette place comme non neutre. Par ailleurs, les constructeurs n'ont pas toujours joué le jeu et ont continué à entretenir des relations contractuelles en dehors de cette place de marché. A travers cet exemple, on voit donc combien le succès d'une place de marché est conditionné par le fait qu'elle soit neutre et ouverte. De ce fait, les autorités de la concurrence peuvent donc considérer avec bienveillance les places de marché, sans chercher à procéder à des examens approfondis.

Nous allons maintenant considérer les problèmes posés par l'Internet en matière d'abus de position dominante.

### **3 Comment apprécier les positions dominantes ?**

Les positions dominantes peuvent s'obtenir très rapidement sur les marchés Internet. Cette rapidité s'oppose au temps plus lent de l'action des autorités de la concurrence. Lorsque ces dernières sont saisies, leurs décisions n'interviennent-elles pas trop tardivement, une fois la monopolisation réalisée ? (3.1) Mais à l'inverse, en intervenant rapidement, les autorités ne prennent-elles pas le risque de devoir décider qui détiendra au final la position dominante sur le marché ? (3.2) On peut dans les deux cas s'interroger sur l'efficacité de l'intervention publique sur les marchés Internet.

#### *3.1 Les abus de positions dominantes*

Certaines entreprises peuvent refuser de coopérer (sur les standards, sur la mise en place d'une plate-forme commune, ...) et chercher à s'imposer en s'appuyant sur les rendements croissants d'adoption qui sont caractéristiques des services et applications Internet. Pour cela, une entreprise peut recourir à des *subventions d'accès* afin d'obtenir rapidement une masse critique d'utilisateurs<sup>30</sup>. Elle peut aussi décider dans le cas du lancement d'une plate-forme de développer elle-même certains des services ou applications de la plate-forme afin d'attirer les utilisateurs. Cette stratégie d'intégration permet d'amorcer

---

<sup>29</sup> Communiqué de la Commission européenne « La Commission autorise la création de Covisint, une bourse de commerce automobile sur Internet », IP/01/1155, le 31 juillet 2001. La FTC a eu une position semblable concernant Covisint, "B2B electronic marketplaces offer great promise as means through which significant cost savings can be achieved, business processes can be more efficiently organized, and competition may be enhanced. B2Bs have a great potential to benefit both businesses and consumers through increased productivity and lower prices. Of course, as is the case with any joint venture, whether in the traditional or new economy, B2Bs should be organized and implemented in ways that maintain competition."

<sup>30</sup> Les subventions d'accès peuvent prendre différentes formes : les premiers mois d'abonnement offerts, le prêt gratuit de matériel ou la vente à un prix inférieur à son coût de fabrication. L'objectif est de réduire le coût d'adoption pour les utilisateurs, dans un contexte de choix risqué (risque d'opter pour un standard perdant et de devenir orphelin).

les externalités de réseau indirectes et de faire venir par la suite d'autres développeurs d'applications ou de services. Enfin, une entreprise peut aussi recourir massivement à la publicité et au marketing afin de convaincre que sa plate-forme ou son standard est le meilleur du marché. Il s'agit de jouer sur les anticipations des utilisateurs pour s'imposer comme le standard de fait. Une entreprise ne peut donc obtenir une position dominante qu'en l'annonçant publiquement à ses concurrents, mais aussi aux utilisateurs. C'est à première vue une bonne nouvelle pour les autorités de la concurrence qui n'ont pas à déployer des moyens importants pour mettre à jour d'éventuelles pratiques abusives, car l'efficacité de ces pratiques sur les marchés liés à Internet tient justement à leur visibilité aussi bien du côté des utilisateurs (peser sur les anticipations) que du côté des concurrents (les inciter à abandonner la course au standard gagnant).

Les pratiques mentionnées précédemment pour s'imposer sur un marché seront toutefois considérées comme abusives si l'entreprise détient déjà une position dominante sur un marché connexe. Plusieurs décisions ont mis en évidence des stratégies de levier consistant pour une entreprise en situation de quasi-monopole (parce qu'elle détient un standard ou une plate-forme) à utiliser son pouvoir de marché pour monopoliser des marchés liés.

L'exemple le plus célèbre est Microsoft à qui il a été reproché à plusieurs reprises d'utiliser sa position dominante sur les systèmes d'exploitation PC (95 % de parts de marché) pour monopoliser certains marchés applicatifs comme celui des navigateurs Internet (avec Internet Explorer), celui des serveurs Internet (avec Windows Server) ou celui des lecteurs en ligne de musique ou de vidéo (avec Windows Media Player). Ainsi, au milieu des années 90, Microsoft avait décidé d'imposer son navigateur Internet face au navigateur Netscape qui dominait à l'époque le marché (avec 85% de parts de marché en 1996). Pour cela, il proposait aux assembleurs des ristournes sur le prix des licences Windows pré-installées sur les PC neufs en contrepartie d'un engagement de ces assembleurs de ne pas installer ou promouvoir des applications concurrentes de Microsoft (et notamment le navigateur Netscape). Par ailleurs, Microsoft avait intégré son navigateur Internet Explorer à son système d'exploitation (Windows 95 à l'époque), qui devint ainsi le navigateur par défaut et gratuit des utilisateurs de PC. Microsoft proposait aussi aux Fournisseurs d'accès Internet de les installer dans le bureau Windows des PC neufs à condition qu'ils n'aient plus aucune relation contractuelle avec Netscape (et qu'ils incitent leurs clients à utiliser Internet Explorer). Cette stratégie a été très efficace puisqu'en quelques années Microsoft a réussi à détrôner Netscape et à devenir le navigateur dominant<sup>31</sup>.

Même si Microsoft a été poursuivi et contraint de retirer ses clauses d'exclusivité<sup>32</sup>, il a pu atteindre son objectif : la monopolisation du marché des navigateurs. Il est intéressant de noter toutefois que les experts économiques lors de ce procès se sont opposés sur la définition du marché pertinent. Les défenseurs de Microsoft considéraient que les navigateurs n'étaient pas un marché en soi, mais une fonctionnalité additionnelle de la plate-forme Windows, tout comme les correcteurs d'orthographe sont une fonctionnalité additionnelle des traitements de texte. Dès lors, l'intégration de Internet Explorer à Windows sans supplément de prix ne pouvait pas être considérée comme de la vente liée, mais comme une amélioration de la qualité du logiciel Windows qui bénéficiait aux clients de Microsoft.

---

31 Netscape qui proposait des licences payantes avant l'arrivée d'Internet Explorer a été contraint de distribuer gratuitement son navigateur, ce qui a fortement réduit ses revenus. L'entreprise, en difficultés financières, a été rachetée par AOL en 1998.

32 La procédure a démarré en 1996 par une enquête des autorités de la concurrence américaine et a donné lieu à deux procès en 1998 et 1999, suivis d'appels de Microsoft au termes desquels Microsoft a échappé au démantèlement. La procédure s'est terminée en 2002, par un accord à l'amiable avec les pouvoirs publics américains (même si certains Etats ont refusé de signer cet accord).

Microsoft a de nouveau fait l'objet d'une enquête en Europe lors du lancement de Windows 2000. La Commission soupçonnait là encore Microsoft d'abuser de sa position dominante sur les systèmes d'exploitation PC pour tenter de monopoliser le marché des logiciels pour serveurs et certaines applications Internet, notamment les lecteurs de vidéo et de musique en ligne. Des acteurs comme Sun se plaignaient que Microsoft refusait de divulguer des informations importantes sur Windows2000, en matière d'interopérabilité. Ils accusaient Microsoft de saboter volontairement la qualité des logiciels applicatifs concurrents, pour promouvoir ses propres logiciels qui eux bénéficient d'une parfaite interopérabilité avec le système d'exploitation Windows. L'enquête approfondie de la Commission a abouti à une condamnation de Microsoft en 2004<sup>33</sup>.

Le principal grief retenu concernait l'attitude de Windows sur le marché des lecteurs de vidéo en ligne. Microsoft était accusé de favoriser Windows Media Player au détriment de Realnetwork, l'acteur dominant sur ce marché (avec RealPlayer). La Commission a infligé à Microsoft une amende de 500 millions d'euros et a imposé plusieurs obligations. Tout d'abord, l'obligation de publier les codes sources nécessaires à une parfaite interopérabilité des applications sur la plate-forme Windows (afin d'éviter toute discrimination entre les applications développées par Microsoft et celles développées par des concurrents). Ensuite, l'obligation de commercialiser deux versions de Windows, une avec Windows Media Player et l'autre sans Windows Media Player. Microsoft a fait appel de cette décision et surtout a réussi en octobre 2005 à trouver un arrangement à l'amiable avec RealNetworks. Microsoft a versé 761 millions de dollar et s'est engagé dans un partenariat avec Real sur les jeux et les services en ligne. Microsoft s'est par ailleurs engagé à faciliter l'intégration des solutions applicatives Real dans Windows et leur interopérabilité avec les technologies Windows Media. Ce revirement témoigne des difficultés de mener une politique de la concurrence dans un secteur où les cartes se redistribuent rapidement et où des entreprises rivales peuvent devenir en quelques mois des alliés<sup>34</sup>.

Un autre cas intéressant d'abus de position dominante concerne France Télécom et sa filiale Wanadoo. L'opérateur historique s'est vu reprocher d'avoir abusé de son monopole sur le réseau local de télécommunication (appelé boucle locale) pour tenter de préempter le marché de l'ADSL. Plusieurs FAI concurrents ont accusé Wanadoo d'avoir bénéficié de manière abusive des infrastructures et des services de France Télécom. Tout d'abord, Wanadoo a pu déployer ses équipements ADSL dans la boucle locale et procéder à des tests techniques, avant les autres FAI, grâce à ses liens privilégiés avec les équipes techniques en charge du réseau local de France Télécom. Ceci a permis à Wanadoo d'être prêt avant les autres et de pouvoir prendre de l'avance dans la commercialisation des abonnements ADSL. Par ailleurs, Wanadoo a aussi bénéficié dans les premières années de commercialisation de ses offres ADSL, d'un accès direct à la base de données des lignes France Télécom, lui permettant en temps réel de savoir si la ligne était éligible ou non à l'ADSL. Il pouvait donc installer et activer une ligne ADSL en quelques jours. A l'inverse, les autres FAI s'étaient vu refuser l'accès à ces données et devaient donc faire des demandes par écrit à France Télécom, ce qui ne leur permettait pas de répondre à leur client avec la même rapidité que Wanadoo. Le Conseil de la Concurrence a estimé que le différentiel pour servir un client pouvait être d'une à deux semaines. Le Conseil a donc prononcé une injonction contre France Télécom, lui interdisant de commercialiser ses abonnements ADSL dans les agences France Télécom, tant

---

33 Communiqué de la Commission européenne « La Commission conclut l'enquête sur Microsoft, impose des mesures correctives visant à modifier son comportement et inflige une amende », IP/04/382, le 24 mars 2004 (Affaire COMP/37.792 - MICROSOFT/ W2000).

34 Dans le même ordre d'idée, en 2004, Microsoft avait versé 20 millions de dollars à la CCIA, l'association qui regroupe les principaux acteurs de l'informatique et de l'Internet (Sun, Oracle, IBM, Yahoo et AOL ...), pour qu'elle retire sa plainte dans cette affaire.

qu'il n'offrirait pas les mêmes conditions d'accès à sa base de données sur les lignes éligibles à l'ADSL<sup>35</sup>. Il est intéressant de noter que France Télécom a répondu en quelques semaines à cette injonction, en installant un Extranet permettant aux FAI concurrents d'accéder de l'extérieur à cette base de données, alors que France Télécom avait affirmé devant le Conseil qu'un tel Extranet était complexe à mettre en place. Pour France Télécom, ces différentes pratiques lui ont permis d'obtenir des positions fortes sur le marché de l'ADSL (sa part de marché sur l'accès Internet est passé de 46% à 72% entre 2001 et 2002) et donc de bénéficier avant les autres de rendements croissants d'adoption.

Les FAI concurrents ont aussi saisi le Conseil, accusant Wanadoo d'utiliser les base de données de France Télécom sur les consommations téléphoniques de ses abonnés (une ressource qui peut être qualifiée d'essentielle, liée à son monopole historique sur le réseau local), pour identifier les internautes clients d'un FAI alternatif et leur proposer des offres commerciales attractives<sup>36</sup>. Les concurrents ont aussi reproché à plusieurs reprises à France Télécom d'avoir pratiqué des prix prédateurs sur les services ADSL et de ne pas facturer à Wanadoo le coût réel de la commercialisation de ses offres dans les agences France Télécom. Pour les concurrents, il s'agit là d'une concurrence déloyale. La Commission européenne a d'ailleurs condamné en 2002 France Télécom à une amende de 10,35 millions d'euros pour prédation, en lui reprochant d'avoir fixé des prix en dessous de ses coûts variables<sup>37</sup>. « Il ressort des investigations de la Commission que les prix pratiqués par Wanadoo ont été fortement inférieurs aux coûts variables jusqu'en août 2001, avant de s'établir pour la période suivante approximativement au niveau des coûts variables mais significativement en-deçà des coûts complets. Cette pratique a conduit Wanadoo à supporter des pertes importantes jusqu'à la fin 2002. »<sup>38</sup> Pour sa défense, Wanadoo invoquait l'existence d'économie d'échelle et d'externalités de réseau importantes sur le marché de l'ADSL. Les subventions d'accès accordées à ses premiers clients ADSL n'étaient donc qu'une restitution par anticipation des économies d'échelle attendues dans les années à venir.

Les autorités peuvent aussi être saisies pour des pratiques abusives d'une entreprise déjà en position dominante sur le marché et qui cherche par tous les moyens à se maintenir. Les pratiques les plus courantes sont le contrôle ou le verrouillage les différentes catégories d'utilisateurs, en les obligeant à signer des clauses d'exclusivité (interdiction d'utiliser d'autres standards ou plates-formes rivales) ou des durées excessives de contrat (coût de résiliation). De même, l'entreprise peut refuser d'ouvrir son standard ou sa plate-forme à des concurrents (en interdisant toute compatibilité ou interopérabilité, en refusant toute licence). Toutes ces pratiques rendent difficile l'entrée sur le marché ou le lancement d'une nouvelle

---

35 Décision n°02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France. Avis 02-35 de l'ART (9/01/02) pour le Conseil de la Concurrence (saisine de T-Online).

36 Décision n°04-D-73 du 21 décembre 2004 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet

37 Décision de la commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/38.233 –Wanadoo Interactive). France Télécom a aussi été condamné par le Conseil de la Concurrence pour abus de position dominante sur le marché de gros de fourniture d'accès Internet à haut débit (ADSL). Là encore, France Télécom a utilisé son monopole sur l'infrastructure essentielle que constitue la boucle locale (les derniers kilomètres du réseau) pour empêcher des opérateurs alternatifs de proposer des offres de collecte du trafic Internet (Décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit).

38 Communiqué de la Commission européenne « Internet à haut débit : la Commission impose à Wanadoo une amende pour abus de position dominante » IP03/1025, le 16 juillet 2003. La Commission s'est appuyé sur la jurisprudence communautaire pour établir l'existence d'un abus de prix prédateur. Lorsque les coûts variables ne sont pas couverts, l'abus est présumé d'office ; lorsque les coûts variables sont couverts mais que les coûts complets ne sont pas couverts, l'abus est constaté dès lors qu'il s'inscrit dans un plan d'éviction des concurrents.

plate-forme. Dans ce cas, les autorités peuvent mobiliser la doctrine des facilités essentielles, pour contraindre l'entreprise à fournir un accès non discriminatoire et à des conditions raisonnables à sa facilité. Cette doctrine a été largement utilisée dans les industries de réseau (liste des abonnés du téléphone, réseau local de télécommunication, réseaux câblés)<sup>39</sup>. Mais, le recours à cette doctrine doit se faire avec mesure car il ne s'agit pas non plus de décourager les entreprises à investir et innover dans des infrastructure ou des plates-formes. En effet, si elles anticipent qu'elles peuvent être dépossédées de certains de leurs droits sur leurs actifs, elles peuvent réviser à la baisse leurs efforts d'investissement. Souvent les autorités vont donc imposer comme conditions supplémentaires que l'accès à cette ressource par des tiers conduise à fournir des services qui n'existent pas actuellement (en termes de variété ou de qualité).

Si certaines pratiques d'entreprises en position dominante sur Internet méritent d'être condamnées, les autorités doivent cependant faire preuve d'une grande prudence. En effet, plus que dans tout autre secteur d'activité, la notion de position dominante est difficile à apprécier sur Internet et surtout toute intervention peut apparaître comme discutable eu égard aux objectifs d'efficacité économique.

### *3.2 Faut-il s'opposer aux positions dominantes ?*

Internet se caractérise par un rythme soutenu d'innovations. Rares sont les marchés qui parviennent à la phase de maturité. A peine un standard ou une plate-forme commence à s'imposer qu'une nouvelle génération de standards ou de plates-formes entre en course. Les positions ne sont donc jamais bien établies et il est courant de voir des changements de leaders sur des laps de temps très courts. C'est le cas du marché des moteurs de recherche où Google a réussi à s'imposer au détriment de moteurs bien installés comme Altavista. De même, Internet Explorer a réussi à renverser la situation en très peu de temps, alors que Netscape détenait 85% de part de marché.

Plusieurs raisons peuvent expliquer la fragilité des positions dominantes. Tout d'abord, les fortes exigences d'Internet en matière d'interopérabilité et de compatibilité limitent les coûts de changement de fournisseurs. Lorsqu'un utilisateur adopte un nouveau standard ou change de plate-forme, il dispose souvent de moyens ou de passerelles pour conserver une interopérabilité avec les plates-formes ou standards existants (et bénéficier au moins partiellement des effets de réseau de ces derniers). Les utilisateurs ne sont donc jamais complètement verrouillés. Si un internaute change de FAI, il peut toujours accéder au portail de son ancien FAI ou communiquer avec les internautes clients de ce dernier. Si un internaute décide de changer de navigateur, il pourra récupérer ces liens favoris. Deuxièmement, les effets d'apprentissage qui peuvent être un frein au changement, ne sont jamais entièrement spécifiques à un standard ou une plate-forme et peuvent être partiellement transférés vers d'autres standards ou plates-formes relevant des mêmes types d'usages. Autrement dit, si on sait se servir d'une messagerie instantanée A, on peut facilement apprendre à se servir d'une messagerie instantanée B. De même, si on sait se servir d'un site d'enchères comme eBay, alors on sait se servir d'autres sites d'enchères.

Enfin, Internet fournit des moyens de communication et de coordination collective qui peuvent faciliter des basculements rapides et massifs de marché. Ainsi, un petit groupe d'utilisateurs peut plus facilement sur Internet que sur les marchés traditionnels convaincre de changer d'applications ou de standards. Gandal et Dranove (2003) décrivent bien le rôle des

---

<sup>39</sup> Voir Glais (2001) pour une présentation de ces différentes décisions.

forums sur Internet, dans la bataille de standard entre DVD et DVIX. A travers plusieurs forums Internet, les premiers acheteurs de lecteurs DVD ont ainsi réussi à convaincre les futurs adopteurs que le standard dominant serait le DVD.

Bien évidemment, pour certains standards ou plates-formes, les coûts de changement peuvent être très élevés et conduire à un verrouillage durable du marché. Le système d'exploitation Windows en est le meilleur exemple. De même, le site d'enchère eBay comporte des coûts élevés de changement, liés à son système d'évaluation. Concrètement, à la fin de chaque transaction sur eBay, il est possible d'évaluer son partenaire (positivement ou négativement). Le profil de chaque utilisateur d'eBay est défini à partir de toutes les évaluations obtenues dans le passé et peut être librement consulté par tous les autres utilisateurs eBay. Plusieurs études empiriques ont montré l'intérêt de disposer d'un bon profil sur eBay (c'est-à-dire d'avoir de nombreuses évaluations positives), notamment pour les vendeurs qui ont alors une plus grande probabilité de trouver un acquéreur et d'obtenir un prix élevé (Houser et Wooders 2005, Resnick et Zeckhauser, 2002). Or, le profil eBay d'un utilisateur n'est pas transférable sur d'autres places de marché et il peut donc être coûteux pour celui qui dispose d'un bon profil sur eBay, de changer de place de marché. Ainsi, le système d'évaluation mis en place par la plate-forme eBay, non seulement, lui a permis d'accroître le volume des transactions (en réduisant les comportements opportunistes), mais aussi de verrouiller durablement ses utilisateurs.

Il est donc important pour les autorités de la concurrence de distinguer sur Internet les marchés présentant des coûts élevés de changement de fournisseurs et ceux présentant des coûts faibles. Dans ce dernier cas, les positions dominantes ont toutes les chances de changer rapidement et les autorités risquent de perdre leur temps à poursuivre des pratiques d'entreprises dont la position dominante est temporaire<sup>40</sup>. En d'autres termes, selon Shapiro (2000), les autorités ne doivent pas s'inquiéter de l'apparition d'entreprises en position dominante (puisque c'est dans la nature même de ces marchés), mais seulement de la persistance d'une position dominante (une telle situation résultant souvent de pratiques abusives).

Une autre difficulté pour les autorités a trait à la nature des marchés. Les pratiques incriminées portent souvent sur des marchés émergents, sur lesquels les autorités n'ont pas d'expériences ou de références. Les risques d'erreurs d'analyse sont grands sur ces marchés incertains. La prudence est donc de mise pour les autorités, même si il ne s'agit pas de s'interdire toute faculté d'intervention<sup>41</sup>. Par exemple, des parts de marché élevés ne doivent pas être appréciés de la même manière sur les marchés émergents de l'Internet et sur des marchés traditionnels, compte tenu de la forte volatilité des positions sur Internet. La décision récente du Conseil de la Concurrence sur les pratiques de France Télécom et TPS sur le TV

---

40 En s'opposant à l'émergence d'une entreprise en position dominante, le risque pour les autorités est de favoriser l'émergence d'une autre position dominante (c'est-à-dire de remplacer une position dominante par une autre position dominante). Or on peut se demander si c'est bien le rôle des autorités de la concurrence que d'intervenir dans le choix de celui qui dominera le marché. Si l'on revient sur la guerre des navigateurs entre Microsoft et Netscape, c'était Netscape qui était initialement en position dominante. Fallait-il le protéger contre la tentative d'entrée de Microsoft sur ce marché au risque de maintenir un peu plus longtemps sa position dominante ? On peut légitimement poser cette question par rapport aux objectifs de la politique de la concurrence qui sont entre autres de promouvoir la libre entrée sur les marchés.

<sup>41</sup> Comme l'a précisé la Commission dans la décision du 16 juillet 2003 concernant la société Wanadoo : « *A cet égard, il y a lieu de rappeler que rien dans l'article 82 du Traité ou de la jurisprudence communautaire en la matière ne prévoit d'exception d'application des règles de concurrence aux secteurs n'ayant pas encore atteint une phase de complète maturité ou qui seraient considérés comme des marchés « émergents ».* Faire dépendre l'application des règles de concurrence d'une stabilisation complète du marché reviendrait à priver les autorités de concurrence de la faculté d'intervenir en temps utile avant que les abus constatés n'aient exercé la plénitude de leurs effets et que les positions acquises indûment ne soient ainsi définitivement consolidées" » (Affaire COMP/38.233 –Wanadoo Interactive).

par ADSL illustre bien cette complexité<sup>42</sup>. Le Conseil a été sollicité en 2004 par plusieurs FAI qui reprochaient à France Télécom et à TPS d'avoir signé un accord d'exclusivité, privant les autres FAI de la possibilité de diffuser dans leurs offres de TV par ADSL les chaînes TF1, M6 et certaines chaînes éditées par TPS. Par ailleurs, l'offre Ma Ligne TV mise en place par Wanadoo (permettant de recevoir TPS par l'ADSL) n'est pas compatible avec un dégroupage de la ligne (une ligne gérée par un opérateur alternatif). Le Conseil a estimé que le fait de pouvoir offrir des services que les autres FAI ne peuvent pas répliquer pourrait freiner le dégroupage de la boucle locale (sur laquelle France Télécom est en position dominante) et pourrait servir d'effet de levier sur le marché de l'accès Internet par ADSL<sup>43</sup>. Toutefois, la question centrale est de savoir si la TV par ADSL est un marché pertinent en soi ou seulement un nouveau moyen de diffusion pour la TV. Or, personne actuellement ne connaît la réponse, tant les évolutions et convergences technologiques sont rapides et parfois inattendues autour de l'Internet, de la téléphonie et de la TV.

Il est aussi important de considérer avec prudence les plaintes pour abus de position dominante que peuvent déposer des concurrents en position de faiblesse. Souvent cette situation tient à un départ tardif ou une stratégie mal adaptée par rapport à l'entreprise détenant la position dominante sur le marché. Or dans Internet, tout erreur stratégique, tout retard est amplifié ou décuplé par les rendements croissants d'adoption et les effets de rétroaction positifs. Récemment, le conseil de la concurrence a été saisi par le site de vente de musique en ligne VirginMega qui accusait Apple d'abuser de sa position dominante sur le marché de la musique en ligne<sup>44</sup>. En l'occurrence, VirginMega reprochait à Apple de refuser de lui licencier son format propriétaire de musique AAC. Apple, à travers ses lecteurs IPOD et son site de vente de musique en ligne iTunes, est un des acteurs dominants puisqu'il détenait en 2004 une part de marché de plus de 70% sur les lecteurs avec disque dur. Toutefois, cette part de marché est en forte diminution avec l'apparition de formats concurrents proposés par Microsoft d'une part et par Sony, d'autre part, ces derniers acceptant de licencier leur format à de très nombreux fabricants de lecteurs de musique et sites de vente de musique en ligne. Ainsi, le Conseil a rejeté la plainte de VirginMega, estimant qu'il existait d'autres alternatives que la plate-forme d'Apple, pour accéder au client final, notamment via les standards de Microsoft, de Sony ou le standard ouvert MP3. Le Conseil a donc refusé de mobiliser la doctrine des facilités essentielles dans cette affaire.

La présence de nombreuses plates-formes multi-faces sur Internet peut aussi justifier la prudence dont les autorités de la concurrence devraient faire preuve sur les positions dominantes. Selon Evans (2004), le traitement des positions dominantes devrait être repensé dès lors qu'il s'agit d'une plate-forme ou d'un marché multi-faces. Tout d'abord, la délimitation du marché pertinent devrait prendre en compte toutes les faces du marché, c'est-à-dire toutes les demandes auxquelles fait face la plate-forme, notamment pour le calcul des élasticités prix de la demande. En effet, les demandes étant interdépendantes, une hausse des prix d'accès et d'usage de la plate-forme d'un côté du marché va non seulement réduire la demande de ce côté-ci, mais aussi de l'autre côté (lié à la baisse des externalités de réseau). La plate-forme sera donc contrainte si elle veut maintenir constante sa demande de l'autre côté, de réagir par une baisse de prix compensatrice. Or cette baisse de prix va relancer la demande des deux côtés et ainsi limiter l'effet négatif de la hausse de prix initiale. Le pouvoir de marché d'une plate-forme doit donc être apprécié en prenant en compte l'interdépendance des

---

42 Décision n°04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM.

43 Voir aussi l'avis de l'ARCEP au Conseil de la Concurrence sur les demandes d'Iliad et Free, et de LDCOM et 9 Télécom (N° 04-72 du 15 janvier 2004).

44 Décision n°04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet des baladeurs numériques.

demandes sur les différentes faces du marché. Par ailleurs, les plates-formes ont tendance à recourir à des pratiques de prix excessivement bas (subventions) ou excessivement élevées, à des couplages de tarifs ou des ventes liées. Si ces pratiques tarifaires sont considérées isolément, alors les autorités peuvent être amenées à les considérer comme des abus. Mais, si on les replace dans une logique économique de marchés multi-faces, elles peuvent se justifier en termes d'efficacité économique, en stimulant les externalités de réseau et en accroissant le volume des transactions sur le marché, le recours à des discriminations et subventions croisées entre les différentes catégories d'utilisateurs de la plate-forme étant un moyen de créer plus de valeur économique. Selon Rochet et Tirole (2004), ce qui est valable pour des marchés traditionnels ne l'est plus forcément pour des marchés multi-faces, donc pour Internet.

Dans la section suivante, nous allons revenir sur la difficulté d'analyser des marchés émergents et incertains, notamment dans le cadre de l'examen des projets de fusion.

#### **4 Comment apprécier les fusions**

Les autorités sont confrontées à deux types de fusion : des fusions horizontales qui peuvent créer ou renforcer une position dominante (4.1) et des fusions verticales qui peuvent créer des barrières à l'entrée par effet de levier (4.2).

##### *4.1 Les fusions horizontales*

Lors de l'examen d'une fusion sur Internet, les autorités de la concurrence doivent mettre en balance les effets négatifs de la création ou du renforcement d'une position dominante avec les gains attendus. Une fusion peut par exemple renforcer les économies d'échelle et les externalités de réseau sur le marché. Ces effets positifs sont significatifs dans le cas de plates-formes ou de places de marchés. Une fusion permettant l'émergence d'une seule place de marché est souvent bénéfique aux utilisateurs de cette place. Au premier semestre 2005, les deux places de marché électroniques dans la grande distribution GNX et WWRE ont ainsi annoncé leur fusion, donnant lieu à une des principales places, regroupant près de 8 000 distributeurs dans le monde, dont Carrefour, Casino, PPR, Tesco et Sears. Les arguments mis en avant sont les économies dans les coûts de transaction pour les utilisateurs et les économies d'échelle dans l'exploitation de ces plates formes. Comme le dit l'un des dirigeants de GNX, "the industry will benefit as we drive de-facto standards that will be adopted. We will utilize secure networks and the latest proven technology in order to reduce costs of goods and cost to serve, and ultimately in consumers reaping the benefits of improved product availability and pricing."<sup>45</sup>

Mais, comme pour les abus de position dominante, l'examen des fusions liées à Internet est complexe, les marchés n'étant pas stabilisés et les effets futurs attendus difficiles à estimer. Les risques d'erreur sont importants, les autorités pouvant interdire des fusions qui sont favorables au progrès économique (erreur de première espèce) ou au contraire laisser faire des fusions anti-concurrentielles (erreur de seconde espèce). De plus, lorsqu'elles autorisent des fusions sous condition, elles peuvent aussi commettre des erreurs dans le choix

---

<sup>45</sup> Traduction : « l'industrie en bénéficiera, car nous allons faire émerger un standard de fait qui sera adopté par tous. Nous allons utiliser des réseaux sécurisés et les dernières technologies existantes afin de réduire les coûts de production et de distribution, et au final les consommateurs en retireront un gain en termes de meilleures disponibilités et de meilleurs prix des produits ».

des remèdes, en imposant soit des remèdes excessifs, soit des remèdes insuffisants ou inefficaces.

Les remèdes sont d'autant plus difficiles à établir que les activités Internet reposent en grande partie sur des actifs immatériels. Or s'il est facile de contrôler la cession d'actifs matériels, tel n'est pas le cas pour des actifs immatériels. L'efficacité de remèdes basés sur des cessions d'actifs immatériels est très aléatoire. Un exemple intéressant est fourni par l'américain Worldcom, créé en 1983, qui en quelques années est devenu un opérateur majeur dans les télécommunications et Internet, par une succession de rachat (rachat des opérateurs de réseau Internet UUnet en 1995 et MFS en 1996, puis de l'opérateur américain longue distance MCI en 1997). En 1999, il soumet un nouveau projet de fusion avec Sprint, le deuxième opérateur américain de télécommunications. Les autorités américaines et européennes, après enquête, ont identifié un risque de position dominante de la nouvelle entité sur les activités de transport de données Internet. En effet, ces deux opérateurs faisaient partie en 1999 des 4 principaux opérateurs Internet, qui à l'époque étaient en mesure de fournir des services de connectivité universelle ou globale (disposant de dorsales ou de backbones couvrant l'ensemble du monde). Or avec la fusion, les autorités craignaient que les backbones ne deviennent à terme une infrastructure essentielle contrôlée par MCI-Worldcom-Sprint ou du moins que le petit nombre d'acteurs sur ce marché n'exerce une domination collective, étant donné que la nouvelle entité aurait contrôlé près de 50 % du trafic Internet mondial, avec des parts de marché très élevés sur les liaisons USA-Europe.

Face aux craintes des autorités, MCI-Worldcom a proposé de céder les activités, les actifs et les clients Internet de Sprint. Mais la Commission européenne a jugé ces engagements non viables et trop complexes<sup>46</sup>. Elle ne voyait pas qui aurait pu reprendre ces actifs et la migration des activités Internet aurait pris entre 2 et 4 ans. De plus, il n'était pas prévu de céder les activités Intranet, Extranet et voix sur IP de Sprint, ce qui réduisait la valeur des cessions. Par ailleurs, de nombreuses incertitudes pesaient sur le transfert des personnels, des savoir-faire et brevets prévus dans le cadre de cette cession d'actifs : comment s'assurer que MCI-Worldcom transférerait bien tous les savoir-faire et compétences nécessaires au bon fonctionnement de cette future entité ? Mais surtout, la Commission avait en mémoire les engagements de Worldcom lors de sa fusion avec MCI. Worldcom devait céder les actifs et clients Internet de MCI à Cable and Wireless. Or si les réseaux ont bien été cédés, les clients eux sont majoritairement restés chez Worldcom/MCI. La plupart étaient abonnés aux services de téléphonie de MCI et souhaitaient garder le même opérateur pour les services de télécommunications et Internet. L'essentiel de la valeur des actifs rachetés par Cable and Wireless est donc resté chez Worldcom-MCI. La Commission a eu peur que le même phénomène se reproduise avec Sprint, la plupart des clients Internet de Sprint étant aussi abonnés aux services de téléphonie de Sprint. La Commission a estimé que la clause de non sollicitation proposée par Worldcom-MCI ne constituait pas un remède crédible et a décidé de s'opposer à la fusion Worldcom-Sprint<sup>47</sup>. Selon M. Monti, commissaire en charge de la concurrence à l'époque, "il était crucial pour la Commission que les activités cédées deviennent un concurrent fort et viable afin d'empêcher WorldCom/Sprint de dominer les dorsales internet. L'engagement proposé par les parties ne donnait pas cette assurance, car les activités Internet de Sprint et ses activités de télécommunications traditionnelles sont totalement interconnectées",

On peut toutefois s'interroger sur la réalité de la menace d'une position dominante de Worldcom/Sprint à l'époque. Si Cremer, Rey et Tirole (2000) soutenaient la position de la Commission européenne, Economides (2004) estimait que cette fusion ne posait pas de

<sup>46</sup> Décision M.1741 MCI WorldCom/Sprint, *JOCE L 300*, 18/11/2003.

<sup>47</sup> Deux ans plus tard, Worldcom-MCI s'est retrouvé en situation de faillite (sous le chapitre 11), avant de redémarrer ses activités sous le nom de MCI

problèmes anti-concurrentiels. Selon ce dernier, le marché de la connectivité universelle se caractérise par des barrières à l'entrée faibles et des excès de capacité qui conduisaient à l'époque les prix vers le bas (la plupart des acteurs perdant de l'argent sur cette activité). Les acheteurs de connectivité étaient donc en position de force et avaient tendance à se raccorder à plusieurs backbones, ce qui les rendait peu dépendant d'un backbone (les coûts de changement de fournisseurs étant par ailleurs faibles). D'après Economides, les excès de capacités auraient permis aux backbones concurrents de MCI-Worldcom-Sprint de facilement étendre leur activité dans le cas où la nouvelle entité aurait essayé de réduire ses capacités pour faire monter les prix.

#### *4.2 Les fusions verticales*

Les fusions verticales entre des firmes opérant sur des marchés connexes de l'Internet posent sans doute des défis plus importants que les fusions horizontales au regard de la politique de la concurrence. En effet, les interdépendances et complémentarités entre les marchés liés à l'Internet sont très fortes. Le risque est alors qu'une fusion entre deux entreprises présentes sur deux marchés connexes serve d'effet de levier pour créer ou renforcer des positions dominantes sur les deux marchés. La fusion peut en effet rendre plus difficile l'entrée sur les deux marchés, en obligeant une firme souhaitant entrer sur un des marchés à entrer sur les deux. La fusion peut aussi conduire à l'éviction des firmes existantes sur l'un ou l'autre des marchés, lorsque ces marchés sont verticalement reliés. Les concurrents peuvent ainsi se voir privés d'une source d'approvisionnements (ce qui augmente leurs coûts) ou d'un débouché (ce qui réduit leurs revenus). Si la fusion consiste à rapprocher une plate-forme et certains services ou applications pouvant être offerts sur cette plate-forme (comme dans le cas de la fusion eBay-Skype<sup>48</sup>), là encore les entreprises développant des services ou applications proches peuvent se voir refuser désormais l'accès à cette plate-forme ou les entreprises et les plates-formes concurrentes peuvent se voir priver de l'accès aux services et applications de la nouvelle entité.

La fusion de Time Warner et AOL en 2000 a été examinée à l'aune de ces préoccupations. N'y avait-il pas un risque anti-concurrentiel dans le rapprochement des contenus de Time Warner (films, musiques) et des services d'accès à l'Internet d'AOL ? La fusion a été autorisée moyennant des engagements comportementaux de la part de la nouvelle entité<sup>49</sup>. Selon la Commission, cette fusion risquait de créer une position dominante sur le marché émergent de la musique en ligne, en donnant naissance à un acteur intégré, disposant d'un accès privilégié aux contenus musicaux (droits sur les catalogues de musique de Time Warner et de Bertelsmann, à travers l'accord qui existait à l'époque en Europe entre AOL et Bertelsmann) et d'un logiciel de lecture des vidéos et musique en ligne Winamp. Par ailleurs, AOL était un des premiers FAI aux USA et en Europe. Les craintes de la Commission était que la fusion permette à la nouvelle entité de devenir la plate-forme dominante sur le marché de la musique en ligne, en s'appuyant sur les complémentarités entre le catalogue musical de Time Warner et la base installée d'internautes d'AOL. Les deux entreprises furent donc contraintes de dénouer leurs accords avec Bertelsmann au motif que « dans un tel contexte, rien n'empêcherait AOL de dominer le marché émergent de la distribution de musique en

---

<sup>48</sup> Le site de vente aux enchères eBay a annoncé en septembre 2005 l'achat de la firme de téléphonie sur Internet pour 2,6 milliards de dollars, plus 1,5 milliard en fonction des résultats de Skype. L'objectif annoncé est de créer un "environnement extraordinairement puissant pour faire des affaires sur le Net". eBay se veut donc une plate-forme de transaction, proposant des services de téléphonie et sécurisation des paiements (après le rachat de l'entreprise Paypal).

<sup>49</sup> Décision M.1845 AOL/Time Warner, JOCE L 268 , 09/10/2001.

ligne sur Internet, qui couvre à la fois le téléchargement numérique et la lecture en transit. AOL/TW deviendrait pour ainsi dire le gardien de ce marché naissant, sur lequel elle pourrait dicter les conditions de la distribution des fichiers audio sur Internet. Elle pourrait ainsi être tentée de formater la musique de TW et de Bertelsmann de façon à ce qu'elle soit uniquement compatible avec le logiciel de lecture d'AOL Winamp, mais pas avec des logiciels concurrents. En raison des limites techniques qui caractérisent les autres logiciels de lecture, AOL/TW serait en mesure d'imposer Winamp comme le logiciel dominant. »<sup>50</sup>.

Cette décision illustre la difficulté de mener des analyses prospectives sur des marchés émergents. En effet, avec le recul, on constate que les craintes des autorités européennes en 2000 étaient largement exagérées. Sur le marché émergent de la musique en ligne, les plates-formes qui sont en course aujourd'hui pour dominer le marché sont celle d'Apple (autour d'iTunes et du format AAC), celle de Windows (autour de Windows Media Player et du format WMA) et enfin dans une moindre mesure celle de Sony (autour de Sony Connect et du format ATTRAC). Mais nulle trace de la plate-forme d'AOL-Time Warner. Idem pour le logiciel Winamp qui a été supplanté par Realplayer ou Windows Media Player. D'ailleurs, Time Warner vient d'annoncer courant 2005 qu'il cherchait à revendre AOL, preuve que les synergies annoncées n'ont jamais eu lieu et que les risques de création d'une plate-forme dominant le marché étaient en grande partie infondés. On voit donc combien les autorités sont susceptibles de faire des erreurs d'analyse sur les marchés Internet<sup>51</sup>. De même, dans la fusion Vivendi-Seagram, la Commission avait surestimé l'importance stratégique du portail mobile/Internet Vizzavi (propriété commune de Vodafone et Vivendi) et avait obligé Vivendi à quelques concessions comme la non-exclusivité des contenus d'Universal Music sur ce portail<sup>52</sup>. Or ce portail n'a jamais réellement marché, conduisant Vivendi à s'en désengager en 2002.

## Conclusion

Nous avons vu qu'Internet pose de nombreux défis pour les autorités de la concurrence, en matière de contrôle des comportements et de contrôle des structures de marché. Néanmoins, ces défis ne justifient en aucun cas la mise en place d'un nouveau droit de la concurrence propre à Internet, les textes actuels semblant suffisants pour y faire face. C'est simplement l'application du droit de la concurrence qui mérite d'être repensée, dans le sens d'une plus grande prudence et d'une plus grande souplesse. En effet, la nature multifaces des marchés Internet, la présence d'importantes externalités de réseau et la forte modularité des services et applications facilitent à la fois la monopolisation de ces marchés et l'émergence de coopération entre acteurs économiques. Ces phénomènes doivent être examinés avec une relative bienveillance, car ils s'accompagnent le plus souvent d'effets positifs pour la croissance du marché et le bien-être des consommateurs. De plus, le rythme soutenu de l'innovation et le renouvellement rapide des marchés font que les positions installées et les accords de coopération ne se maintiennent jamais durablement, permettant l'émergence de nouveaux acteurs et de nouvelles alliances.

---

50 Communiqué de la Commission européenne « La Commission approuve sous conditions la concentration AOL/Time Warner », IP/00/1145, le 11 octobre 2000.

51 Sauf à considérer que le remède de la Commission a été si efficace qu'elle a effectivement bloqué le développement de la plate-forme AOL-Time Warner, pour le plus grand profit d'Apple.

52 Voir décision M.2050 Vivendi/Canal+/Seagram, 13/10/2000 et le communiqué de la Commission européenne « La Commission autorise la fusion entre Vivendi, Canal+ et Seagram sous réserve de conditions », IP/00/1162, le 13 Octobre 2000

Par ailleurs, Internet se caractérise par de nombreuses plates-formes d'intermédiation, souvent neutres et qui peuvent apparaître comme autant d'institutions privées de régulation de la concurrence. Ces plates-formes ont, en effet, intérêt à veiller à ce qu'il y ait suffisamment de vendeurs et d'acheteurs de chaque côté, afin d'éviter que l'un des côtés ne capture tout le surplus des échanges. Pour cela, elles peuvent imposer des contraintes ou des règles sur les politiques tarifaires pratiquées entre les acteurs, ou plus simplement surveiller les prix comme le ferait une autorité de la concurrence. La présence de ces plates-formes, mais aussi l'existence de différentes organisations et consortiums de standardisation sur Internet permettent d'alléger le travail de surveillance et de régulation des autorités de la concurrence.

Internet pose d'autres défis, en termes de droit et de régulation, que nous n'avons pas abordé dans les sections précédentes, mais qui pourraient prendre de l'importance dans les années à venir. Ces défis renvoient au commerce électronique et à son impact sur les restrictions verticales qui existent traditionnellement dans la distribution, notamment dans la distribution exclusive et sélective. Par exemple, un producteur peut-il interdire à ses distributeurs d'ouvrir leur propre site de vente en ligne, dans le cadre d'un réseau de distribution exclusive ? Tout dépend de l'interprétation que l'on donne au commerce électronique. S'agit-il d'une forme de vente passive ou active ? La jurisprudence actuelle estime qu'un site Internet relève de la vente passive<sup>53</sup>. Un producteur peut donc mettre en place son propre site de vente en ligne, sans que cela soit incompatible avec les contrats d'exclusivité qu'il a signé avec ses distributeurs, tout comme un distributeur exclusif peut aussi disposer de son propre site Internet. Par contre, l'envoi de courriers électroniques ciblés relève de la vente active et n'est donc pas nécessairement compatible avec des clauses d'exclusivités territoriales. Concernant les réseaux de distribution sélective, tout dépend des critères établis pour sélectionner les distributeurs. Si le principal critère est la qualité du service rendu, il est alors possible de défendre le fait qu'Internet puisse offrir des niveaux de services équivalents à ceux d'un point de vente physique (en termes de qualifications des vendeurs ou de conseils d'achat)<sup>54</sup>. Les litiges risquent de se multiplier dans les années à venir, certains producteurs ou certaines marques étant prêts à tout pour empêcher le développement du commerce électronique par des pure players ou par leurs propres distributeurs.

Internet pose aussi des défis en matière de droit des consommateurs. Compte tenu des fortes subventions d'accès accordées aux clients sur ce type de marché, la contrepartie est souvent l'utilisation de clauses souvent abusives pour fidéliser les clients. Récemment, le Tribunal de Grande Instance a sanctionné plusieurs FAI pour clauses abusives ou illicites<sup>55</sup>. Dans le cas de Tiscali et Liberty Surf, 24 clauses ont été incriminées concernant la conclusion et l'exécution du contrat, sa modification ou sa fin (comme par exemple, la clause imposant comme seul moyen de paiement de l'abonnement, le prélèvement automatique). De même, l'imposition d'une durée minimale à un contrat ou à sa reconduction ne doit pas empêcher le client de pouvoir résilier en cas de motif légitime, a estimé le TGI.

Au final, on peut dire que les défis posés par Internet aux autorités de la concurrence ont eu comme effet positif de rapprocher ces dernières des autres instances de régulation et de contribuer à une certaine convergence dans les (bonnes) pratiques et analyses de marché,

---

<sup>53</sup> Voir Dietrich et Menais (2000).

<sup>54</sup> Voir l'affaire Fabre c/ Alain B. La Cour d'Appel de Versailles dans son jugement du 2 décembre 1999, a estimé qu'en l'état actuel de la technologie, le site Web incriminé ne respectait pas les critères de qualité fixés par l'entreprise de produit cosmétique Fabre. Mais, la Cour a considéré que l'on ne pouvait pas exclure a priori le commerce électronique de la distribution sélective et que des sites Web pouvaient parfaitement dans un proche avenir satisfaire les critères qualitatifs de la distribution sélective.

<sup>55</sup> Décision du 5 avril 2005 du TGI.

comme en témoignent les relations qu'entretiennent ces dernières années en France, l'ARCEP et le Conseil de la Concurrence.

## Bibliographie

- Arthur, W.B., (1989) « Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-in by Historical Events », *Economic Journal*, vol. 99, pp. 116-131.
- Barua A., Pinnell J., Shutter J., Whinston A. (1999) "Measuring the Internet Economy: an Exploratory Study", Center for Research in Electronic Commerce, University of Texas at Austin.
- Brousseau, E. (2004) « Internet : un laboratoire institutionnel ? », *Sciences Humaines*, HS N° 44, Mars 2004.
- Caillaud B., Jullien B. (2003) "Chicken & egg: competition among intermediation service providers", *Rand Journal of Economics* vol.34, N°2, pp.309-328.
- Church, Jeffrey and Neil Gandal, 2004. "Platform competition in Telecommunications", Discussion Paper CEPR N°4659.
- Cremer, J., P. Rey, and J. Tirole (2000), "Connectivity in the Commercial Internet" *Journal of Industrial Economics* 48, pp. 433-472.
- Curien, N., (2000) *Economie des réseaux*, Repères la Découverte.
- DangNguyen, G., Pénard, T., (1998) "Les accords d'interconnexion dans Internet", *Communication & Strategies* 32 (Numéro Spécial Internet : la Nouvelle économie d'Internet).
- David, P. (1985) "Clio and the Economics of QWERTY," *American Economic Review*, vol. 75(2), pp.332-37.
- Dick, A. (1996) « When are Cartels Stable Contracts ? », *Journal of Law and Economics* 39, pp.241-282.
- Dietrich Y., Menais A., (2000) "Réseau de distribution et vente sur Internet", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°125.
- Economides N. (2004) « The Economics of Internet Backbones », AEI-Brooking related publications, Center for regulatory studies.
- Economides, N., (1996), « The Economics of Networks », *International Journal of Industrial Organization* 14, pp.673-699.
- Evans D., Hagiu A., Schmalensee R., (2004) "A Survey of the Economic Role of Software Platforms in Computer-Based Industries," forthcoming in *Industrial Organization and the Digital Economy*, G. Illing and M. Peitz, eds. MIT Press.
- Evans D., Schmalensee R., (2005) "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms ", Working Paper, MIT, Cambridge.
- Evans, D. (2003) "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets," *Yale Journal on Regulation*, 20, pp.325-82.
- Gandal N. (2002) "Compatibility, Standardization, & Network Effects: Some Policy Implications," *Oxford Review of Economic Policy*, 18, p.80-91.
- Gandal N., Dranove D. (2003) "The DVD vs. DIVX Standard War: Empirical Evidence of Network Effects and Preannouncement Effects," *Journal of Economics and*

- Management Strategy*, 12, pp.363-386
- Glais M. (2001) « Les marchés nouvellement ouverts à la compétition face aux règles du droit de la concurrence : le cas du secteur des télécommunications », *Economie publique*, pp.59-82.
- Houser, Daniel and John Wooders (2005) "Reputation in Auctions: Theory and Evidence from eBay", forthcoming in *Journal of Economics and Management Strategy*.
- Lemley M.A. (1996) « Antitrust and the Internet Standardization Problem », *Connecticut Law Review*, Vol. 28, pp.1041-1100.
- Pénard, T. (2002) " Stratégies et dynamique concurrentielle dans la Net-Économie" in *eEurope questions économiques, politiques et juridiques pour la société européenne de l'information en 2010*, M. Basle et T. Pénard, eds., Economica.
- Pénard T., (2003) " Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés", *Économie rurale*, N°277-27, pp.80-98.
- Pénard T., Souam S. (2002) "Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du Droit de la concurrence", *Revue d'Économie Politique*, N° 112(6), pp.863-887.
- Pénard T., Thirion N. (2005) « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée droit et de l'économie », à paraître dans *Revue internationale de Droit économique*.
- Resnick, P., Zeckhauser R., (2002) "Trust Among Strangers in Internet Transactions: Empirical Analysis of eBay's Reputation System", in Volume 11 of *Advances in Applied Microeconomics*, M. Baye, ed., Amsterdam: Elsevier Science, pp.127-157.
- Rochet J.-C., Tirole J., (2004) "Two Sided-Markets: an Overview", IDEI Working Paper N°274.
- Shapiro, C. (2000) "Competition Policy in the Information Economy," in *Competition Policy Analysis*, E. Hope, ed., Routledge Studies in the Modern World Economy.
- Shapiro, C. (2001) "Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion?," in *Expanding the Bounds of Intellectual Property*, R. Dreyfuss, D. Zimmerman, and H. First, eds., Oxford University Press.
- Shapiro, C., Varian, H., (1998), *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press.
- Vincent C., Camp J. (2005) "Setting Standards : looking to the Internet for Models of Governance", Working Paper, Kennedy School of Government Harvard University.