

ÉDITORIAL



Photo : Sandrine Roudéix.

L'année 2017 a été particulièrement riche au sein de l'Autorité de la concurrence, avec le lancement de nombreux chantiers de réflexion et la poursuite déterminée de notre action au soutien du bon fonctionnement concurrentiel des marchés.

La **numérisation de l'économie** est au cœur de notre action. Elle induit des transformations profondes pour les entreprises, qui doivent faire preuve d'une réactivité et d'une capacité d'adaptation toujours accrues. L'Autorité de la concurrence, consciente de l'ampleur de ces évolutions, continue de mettre au premier rang de ses priorités la prise en compte des sujets liés au numérique. Mener des investigations sur ces sujets numériques nécessite un investissement conséquent, pour recueillir les informations pertinentes, décrypter des fonctionnements complexes et analyser de grandes quantités de données, dans un univers très évolutif. Pour pouvoir mener à bien ses missions, l'Autorité doit donc optimiser l'usage de ses moyens et être dotée des outils juridiques et matériels les plus pertinents.

C'est dans ce but que l'Autorité a lancé, au cours de l'année 2017, un **vaste exercice de revue stratégique** de son cadre juridique et de ses modes de fonctionnement, afin de déterminer s'ils étaient toujours adaptés aux enjeux.

L'Autorité a ainsi mené une large réflexion interne qui a débouché sur de nouvelles orientations visant à renforcer encore l'efficacité globale, le pilotage des dossiers et la réactivité.

La réflexion stratégique va se poursuivre en 2018 avec le lancement de deux consultations publiques : l'une sur le cadre législatif du contrôle des concentrations, l'autre sur la procédure de transaction.

Enfin, l'année 2017 a été largement consacrée au débat européen sur le **projet de directive ECN+**, destinée à créer au niveau européen un cadre harmonisé et renforcé pour les autorités de concurrence.

En somme, l'Autorité s'est attachée, en particulier dans sa pratique décisionnelle, à donner toute son efficacité au droit de la concurrence, en sachant innover ou évoluer lorsqu'elle le jugeait nécessaire.

L'économie numérique : une priorité qui irrigue tous nos domaines d'action et qui est au cœur de nos décisions

Lorsqu'il s'agit de décrypter un secteur et d'éclairer les acteurs du marché sur des problématiques concurrentielles, l'outil de l'avis, dans son format « enquête sectorielle », est particulièrement bien adapté. Il permet d'adopter un spectre large, de se situer en amont d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, et de mener de larges échanges avec l'ensemble du secteur, sans être limité par le cadre d'une saisine ou le prisme d'une approche contentieuse.

C'est pourquoi l'Autorité a, depuis sa création, réalisé plusieurs avis importants sur les sujets numériques : on citera notamment l'avis consacré à la publicité en ligne en 2010 – qui pointait déjà la position dominante de Google sur le marché de la publicité liée aux recherches – l'étude sur les écosystèmes ouverts et fermés, réalisée en 2014 avec l'Autorité britannique, ou encore l'étude sur le *big data*, réalisée en 2016 avec l'Autorité allemande. L'Autorité a décidé de revenir en 2017 sur le secteur de la publicité en ligne, pour actualiser ses constats, et explorer la publicité dite « display », (laquelle recouvre tous les formats de publicité affichée), qui a bénéficié des nouveautés liées à la publicité « programmatique ». Après plusieurs mois d'analyse et d'échanges avec les acteurs du secteur, l'Autorité, dans son avis publié le 6 mars 2018, a décrit les lignes de forces du secteur. Celui-ci est toujours aussi dynamique et connaît de profondes mutations : son taux de croissance global est considérable (+ 12% en France en 2017).



La publicité numérique dépasse désormais en chiffre d'affaires la publicité sur les médias traditionnels et s'impose comme le premier média publicitaire en France. Par ailleurs, on observe des segments du marché en forte hausse, comme la publicité sur les réseaux sociaux.

L'Autorité a aussi noté que Google et Facebook occupaient une position particulière, du fait de leur poids sur ce secteur et de leurs énormes revenus. L'avis l'explique notamment par les avantages qu'ils tirent de leur accès à de vastes ensembles de données de grande qualité, et leur capacité à offrir des espaces publicitaires (ou « inventaires ») situés sur des sites particulièrement attractifs. Autre constat : un écosystème foisonnant s'est constitué, avec de multiples intervenants qui offrent des prestations techniques et commerciales très variées, portant par exemple sur la réalisation des enchères qui interviennent en temps réel pour l'allocation des publicités sur les différents sites, permettant un ciblage très fin, ou encore sur la mesure des audiences ou performances des publicités. L'enquête a également permis de recueillir un certain nombre de préoccupations auprès des acteurs du secteur quant à son fonctionnement concurrentiel. Ces éléments donneront lieu à des investigations préliminaires, menées sous l'égide du Rapporteur général, et, s'il y a lieu, à l'ouverture d'enquêtes contentieuses.

Enfin, comme elle avait eu l'occasion de le souligner lors du colloque qu'elle a organisé sur la problématique de la transparence des plateformes*, l'Autorité a constaté l'impact structurant, sur le fonctionnement du secteur, des règles relatives à la protection des données des internautes, qui constituent un paramètre important des stratégies mises en œuvre par les différents acteurs.

Pour s'adapter à l'évolution très rapide de l'économie numérique, l'Autorité innove aussi dans ses procédures contentieuses : pour la première fois, elle a réalisé, dans un cadre contradictoire *ad hoc*, un bilan *ex post* d'une décision d'engagement relative aux pratiques de Booking.com dans le secteur des plateformes de réservations hôtelières en ligne. Ceci lui a permis de constater l'évolution de la situation concurrentielle du marché et d'examiner dans quelle mesure les hôteliers avaient pu faire évoluer leur pratique, notamment s'agissant de l'utilisation des possibilités nouvelles qui leur étaient offertes en termes de différenciation tarifaire entre les plateformes de réservation hôtelière, ou des marges supplémentaires dont ils disposaient désormais en termes de commercialisation directe de leurs chambres. Ce bilan inédit a été doublé d'un exercice similaire réalisé, là encore pour la première fois, au niveau européen.

Une première encore, sur le plan cette fois du contrôle des concentrations : alors que l'Autorité avait déjà eu l'occasion d'examiner, lors de décisions précédentes, des rachats de plateformes par des acteurs traditionnels, ou d'examiner en termes généraux les concepts d'effets de réseau, elle s'est penchée cette année sur un cas « pur » de rapprochement de deux plateformes, à l'occasion de l'acquisition de Logic-immo.com par SeLogger.com. Eu égard aux parts de marché cumulées de ces deux plateformes de diffusion d'annonces immobilières par les agences, un examen approfondi de l'opération s'est avéré nécessaire : il a permis d'évaluer de façon détaillée son impact, pour les internautes qui utilisent les sites pour consulter gratuitement les annonces immobilières en ligne mais aussi pour les agences qui y diffusent leurs annonces contre rémunération. L'Autorité a pu s'appuyer sur un grand nombre de documents internes fournis par les parties, et a mené une consultation d'ampleur inédite, en adressant des questionnaires à plus de 30 000 agences immobilières. Il s'agissait notamment d'apprécier la capacité des concurrents de SeLogger et Logic-immo, – qu'ils soient actuels, tel que Le Bon Coin, ou potentiels, tel que Facebook – à animer la concurrence face au rapprochement de deux des principaux opérateurs du marché français. Le contrôle de cette opération a été l'occasion d'aborder un certain nombre de questions nouvelles : par exemple, quel est le bon critère pour apprécier la part de marché de telles plateformes, s'agit-il du nombre d'annonces diffusées, ou bien du nombre de visites des internautes, ou encore du chiffre d'affaires réalisé ? L'Autorité a également dû déterminer quel était le marché pertinent à retenir : le périmètre doit-il se limiter aux sites d'annonces immobilières payantes, ou bien s'étendre aussi aux annonces diffusées gratuitement par les propriétaires particuliers ? Dans son analyse concurrentielle l'Autorité a pris en considération, notamment pour apprécier les effets de réseau, les pratiques de « multi-homing », par lesquelles les agences recourent à un grand nombre de sites pour diffuser leurs annonces immobilières, tandis qu'en parallèle, les internautes consultent également de nombreux sites spécialisés. Au terme de cet examen particulièrement fouillé, l'Autorité a estimé qu'au cas d'espèce, et compte tenu notamment de la présence de concurrents dynamiques, cette opération pouvait être autorisée sans engagements structurels ou comportementaux.

Enfin, la prise en compte des évolutions numériques dans le secteur audiovisuel a été au cœur du réexamen des obligations pesant sur le groupe Canal Plus, au titre des opérations de rachat de TPS et des chaînes Direct 8 et Direct Star. L'Autorité devait se prononcer sur la nécessité de maintenir pour une durée de 5 années supplémentaires un ensemble complexe d'obligations concernant les différents marchés liés au secteur de la télévision payante et de la télévision gratuite. L'un des points majeurs du raisonnement suivi par l'Autorité a été la prise en compte des stratégies d'intégration verticale de la chaîne de valeur mises en œuvre par des opérateurs de télécommunications comme Altice, ainsi que

*Les vidéos du « Rendez-vous de l'Autorité » organisé le 24 novembre 2017 sont en ligne sur le site internet de l'Autorité.

l'irruption sur les marchés audiovisuels d'acteurs venus de l'univers des « plateformes » (Amazon par exemple) ou d'acteurs audiovisuels directement constitués selon un modèle de plateforme, et diffusant selon de nouveaux procédés, comme l'OTT (pour « over the top »), à l'image de Netflix. L'Autorité a ainsi considéré que les stratégies mises en œuvre par ces acteurs, et l'évolution profonde des modes de consommation avec l'irruption du « multi-écran », conduisaient à l'affaiblissement des positions concurrentielles du groupe Canal Plus sur des segments significatifs du marché. Par cette décision, l'Autorité a ainsi montré son souci d'adapter ses décisions aux évolutions du marché, afin qu'elles demeurent strictement proportionnées aux exigences du jeu concurrentiel.

Le réexamen stratégique du cadre d'action de l'Autorité : le cas du contrôle des concentrations

L'Autorité a décidé de procéder à un réexamen du cadre législatif applicable au contrôle des concentrations, et de ses conditions de mise en œuvre, et a lancé à cette fin une vaste consultation.

L'activité du contrôle des concentrations ne cesse de battre des records : l'année 2017 a encore dépassé toutes les années antérieures, avec 236 décisions d'autorisations prononcées dont huit avec engagements, rendues en phase 1. Cette activité soutenue se maintient en 2018 avec un rythme supérieur à date à celui de l'année dernière. Elle est synonyme de bonne santé pour l'économie française.

L'Autorité a jugé utile de dresser un bilan partagé du cadre légal applicable aux concentrations d'entreprises, en particulier des seuils aujourd'hui en vigueur.

Plusieurs thèmes de réflexion ont ainsi été identifiés :

- La procédure de nomination des mandataires et le suivi de leurs missions ;
- La simplification des procédures applicables au contrôle des concentrations, y compris sous l'adaptation du cadre applicable à la procédure simplifiée ;
- Enfin, la réponse à apporter aux opérations susceptibles de poser des problèmes de concurrence et qui échappent au contrôle des concentrations.

Le recours aux mandataires est souvent nécessaire pour le suivi d'engagements complexes et innovants. Les missions qu'ils effectuent sont de nature très variable, selon qu'il s'agit d'engagements comportementaux ou structurels, et selon leur complexité ou celle du secteur concerné. L'Autorité souhaite envisager toutes les voies d'amélioration du recours aux mandataires, en termes de conditions d'agrément ou de suivi et d'encadrement de leurs missions.

S'agissant des formulaires et procédures, l'Autorité a souhaité examiner les possibilités de simplification, notre objectif est en effet de simplifier autant que possible la charge qui pèse sur les entreprises, dans une mesure compatible avec l'efficacité de notre contrôle et les enjeux concurrentiels des opérations concernées.

Nous ferons ainsi le bilan de la procédure simplifiée – créée en janvier 2011 pour les opérations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence – qui concerne aujourd'hui 50 % des décisions de concentrations en France, contre environ 70 % des décisions rendues par la Commission européenne. Nous examinerons s'il est possible de créer un nouveau mode de notification encore plus allégé.

Enfin, l'Autorité examinera si les seuils de notification en vigueur sont bien proportionnés ou doivent être revus, notamment pour appréhender les opérations échappant aujourd'hui au contrôle des concentrations. Des réflexions similaires ont été menées au niveau du contrôle européen des concentrations et ont abouti à des réformes législatives, en Allemagne et en Autriche, créant un nouveau cas de contrôle fondé sur un « seuil de valeur de transaction ». La multiplication d'opérations de rachat d'entreprises pour lesquelles la valeur de la transaction était très élevée, mais qui peuvent échapper au contrôle des concentrations en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires généré par la cible a été le déclencheur de ces réflexions à l'échelle européenne. Deux secteurs retiennent particulièrement l'attention des autorités de concurrence : le secteur numérique (avec par exemple, le rachat de WhatsApp par Facebook) et le secteur pharmaceutique. La consultation vise donc à déterminer s'il y a un « angle mort » qui pourrait s'avérer préjudiciable dans le cadre législatif français, et quelles seraient, le cas échéant, les pistes pour le combler, en s'inspirant notamment de ce qui existe dans les autres pays : seuil en parts de marché comme en Espagne, ou « supply share » au Royaume-Uni, seuil en valeur de la transaction comme en Allemagne ou en Autriche, pouvoir résiduel de contrôle *ex post* comme en Suède.

L'Autorité s'attachera à identifier la meilleure solution en termes de proportionnalité par rapport aux enjeux concurrentiels identifiés, et en gardant à l'esprit la nécessité d'assurer une sécurité juridique pour les entreprises. Pour clore la consultation associant l'ensemble des acteurs concernés (praticiens, entreprises et organisations représentatives, mandataires, universitaires), l'Autorité organisera une rencontre permettant d'affiner les diagnostics et les solutions.





La transaction : un succès qui se confirme

Dans la continuité de 2016, l'année 2017 a vu se confirmer le succès de la procédure de transaction auprès des entreprises. Issue de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques d'août 2015, la transaction est un outil mis à la disposition des entreprises, qui peut leur apporter d'importants bénéfices et qui est entouré de nombreuses garanties procédurales. Les entreprises qui estiment que les griefs notifiés par l'instruction ne peuvent guère être contestés ni sur le plan des faits ni sur celui de la qualification ou bien qui souhaitent limiter leur risque financier, peuvent obtenir des réductions de sanction substantielles, qui sont la contrepartie des gains procéduraux conférés à l'Autorité. Outre une diminution de la sanction encourue, et des frais associés à la gestion d'un contentieux, l'entreprise, en recourant à cette procédure, peut définitivement tourner la page et s'engager plus rapidement dans la voie de la mise en conformité de ses pratiques. La procédure est souple dans sa mise en œuvre et laisse une large place au libre choix des entreprises mises en cause : elles décident ou non de solliciter le recours à cette procédure, et peuvent y renoncer jusqu'à la signature du procès-verbal de transaction, sans être alors pénalisées, les échanges relatifs à la transaction n'étant pas versés au dossier. Les discussions se font sur la base de la notification de griefs adressée par le Rapporteur général, ce qui garantit aux entreprises la connaissance des éléments retenus à leur encontre, et leur permet de faire leurs choix procéduraux en étant parfaitement éclairées. La procédure confère à l'entreprise une plus grande visibilité sur la sanction encourue, celle-ci ne pouvant se situer que dans les limites fixées par le procès-verbal de transaction signé avec le Rapporteur général. Enfin l'impartialité de la procédure est garantie par l'intervention du collège de l'Autorité qui décide *in fine*, au vu de l'ensemble du dossier, et avec un total pouvoir d'appréciation du bien-fondé et du *quantum* de la sanction. L'Autorité estime ainsi que cette procédure est de nature à répondre aux exigences de célérité et d'efficacité de ses procédures.

En 2016, sur les trois affaires dans lesquelles la procédure était applicable, toutes ont donné lieu à une transaction. En 2017, cette dynamique a été maintenue puisque cinq affaires ont conduit à des transactions avec les parties. Parmi ces décisions, qui ont concerné tant des pratiques d'ententes que d'abus de position dominante, certaines sont particulièrement remarquables. Tout d'abord, l'Autorité a pour la première fois appliqué cette procédure à un cartel d'envergure. Trois fabricants de revêtements de sols, dont deux grands groupes internationaux, et un syndicat professionnel, ont été sanctionnés à hauteur de plus de 300 millions d'euros pour s'être entendus pendant de longues années sur de multiples pratiques. Le montant important des sanctions infligées tient à l'importance des marchés affectés, à la gravité et à la durée des pratiques. Mais on peut souligner que les sanctions infligées auraient pu être bien plus importantes sans la transaction. Par ailleurs, cette décision a conduit pour la première fois l'Autorité à faire une application combinée de la procédure de transaction avec la procédure de clémence, ce qui a permis à deux entreprises d'en cumuler les bénéfices. Une deuxième décision relative cette fois à un abus de position dominante sur les marchés du gaz et de l'électricité a également conduit à une sanction (de 100 millions d'euros) intégrant une diminution liée au recours à la transaction.

Après plus de deux ans de mise en œuvre effective de cette procédure, l'Autorité a désormais un recul suffisant sur cette dernière pour élaborer un communiqué de procédure. Elle a ainsi pris l'initiative d'échanges avec les parties prenantes, et diffusé un projet de communiqué de procédure le 8 mars 2018, dans le cadre d'une large consultation publique. Au vu des contributions qui auront été versées, l'Autorité finalisera le communiqué au cours de l'année 2018.

La directive ECN + : une négociation en bonne voie, qui pourrait permettre une adoption en 2018

La préparation de cette directive témoigne de la place particulière occupée à Bruxelles par la politique de la concurrence et le réseau européen des autorités de concurrence. L'une comme l'autre font figure de réussite exemplaire de l'ambition européenne et ont d'ailleurs servi de modèle pour des avancées dans d'autres domaines de la régulation. En dépit des résultats obtenus, déjà très conséquents, il a été jugé utile de lancer un vaste exercice de « remise à niveau » des pouvoirs des différentes autorités de concurrence nationales, au sein desquelles l'Autorité de la concurrence française fait figure de référence du fait des prérogatives dont l'a dotée le législateur et de sa pratique (notamment les mesures conservatoires).

La proposition de directive relative au réseau européen de concurrence vise à renforcer tous les moyens des autorités de concurrence en Europe. Si le modèle législatif français est déjà très complet, ce n'est pas le cas de tous les États membres, dont les autorités de concurrence ne peuvent pas toujours infliger elles-mêmes des sanctions administratives, ou ne peuvent prononcer que des sanctions de faible montant, rendant leur intervention peu dissuasive. Certaines autorités disposent parfois d'une autonomie fragile, que le projet de directive s'attachera à renforcer. Il tend vers une harmonisation renforcée des outils avec une même palette d'outils minimale pour toutes les autorités nationales. Les entreprises déployées à l'étranger et victimes de pratiques déloyales pourront ainsi s'adresser à un réseau de concurrence renforcé à l'échelle de toute l'Europe pour obtenir le rétablissement de la concurrence.

Des décisions fortes et innovantes au service d'une concurrence effective

Dans différentes décisions rendues au cours de l'année 2017, l'Autorité n'a pas hésité à innover lorsqu'elle était confrontée à des pratiques d'un type nouveau, ou lorsqu'elle estimait nécessaire de faire évoluer sa pratique. Ainsi, dans sa décision relative au cartel des revêtements de sol, elle a sanctionné pour la première fois une pratique d'entente ayant porté sur la mise en œuvre d'une politique de communication neutralisant les différences de performance environnementale des produits. Dans cette décision, l'Autorité a également indiqué qu'elle n'entendait plus, désormais, prendre en compte de façon générale les engagements relatifs à la mise en place de programmes de conformité pour justifier des diminutions de sanction, s'agissant de grandes entreprises ayant mis en œuvre des pratiques d'entente à fort caractère de gravité. Elle a en effet estimé que les entreprises devaient, dans leur propre intérêt, mettre en œuvre de tels programmes, qui ont vocation à figurer parmi les outils normaux de gestion des entreprises, particulièrement les plus grandes d'entre elles.

L'Autorité a également, pour la première fois, sanctionné une pratique d'obstruction à l'instruction d'un dossier contentieux, en faisant application d'une disposition introduite dans le droit positif en 2001. Elle a ainsi infligé une sanction de 30 millions d'euros à une entreprise pour avoir fait obstruction à l'instruction d'un dossier portant sur des pratiques anticoncurrentielles. A cette occasion, l'Autorité s'est attachée à préciser la portée des obligations qui pèsent sur une entreprise faisant l'objet d'une procédure de la part de l'Autorité, qui impliquent qu'elle coopère en fournissant les pièces et informations sollicitées pour les besoins de l'instruction.

Au terme de cette année bien remplie, l'Autorité se tourne avec énergie vers une année 2018 qui promet d'être tout aussi active, et qui verra notamment la mise en œuvre du deuxième cycle de la réforme des professions réglementées, concernant les notaires. Ce sera alors l'occasion de tirer tous les enseignements de la première phase de mise en œuvre de cette importante réforme. L'Autorité se consacrera également aux problématiques de santé, avec la finalisation de son avis sectoriel sur le sujet.



Isabelle de Silva