

ANNUAIRE FRANÇAIS  
DE  
RELATIONS  
INTERNATIONALES

2019

Volume XX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR  
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

*(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)*



Université Panthéon-Assas  
Centre Thucydide

# LES GAFA : LEUR DÉFI AU DROIT ET A LA SOUVERAINETÉ

PAR

MARKUS C. KERBER (\*)

LE PHÉNOMÈNE EMPIRIQUE :  
L'ÉMERGENCE DES GÉANTS DE L'ÉCONOMIE DIGITALE  
ET LA RUPTURE AVEC LE « CAPITALISME ANALOGUE »

C'est depuis l'émergence et la croissance exceptionnellement dynamique d'entreprises comme Google, Apple, Facebook et Amazon (les « GAFA ») que nous parlons d'« économie digitale ». Par conséquent, le reste de l'économie, à savoir tous les secteurs traditionnels de service et de production, est appelé à tort ou à raison « économie analogue ». Ce choix sémantique exige que nous mettions au clair le fait que l'économie qualifiée de « digitale » se fonde principalement sur la génération et l'exploitation de données immatérielles, cela étant rendu possible par des technologies permettant de s'approprier Internet en utilisant des *business models* très novateurs ou inconnus jusqu'à présent. La littérature académique à ce sujet est déjà immense (1). Des voix critiques alertent le public, de même que des apologistes – surtout des économistes américains pratiquement embauchés par les GAFA – prêchent les vertus des GAFA et leur bienfaits pour l'humanité (2).

(\*) Professeur à la Technische Universität Berlin (Allemagne) et à l'Ecole d'Economie de Varsovie (Pologne), invité à l'Université Panthéon-Assas (Paris II, France).

(1) Cf. Commission des monopoles (Monopolkommission), Avis spécial n°68. Cette entité allemande installée en toute indépendance à côté du ministère allemand de l'Economie et de l'Office fédéral des cartels se saisit d'office des grands problèmes que pose le droit de la concurrence. Cf. aussi Justus Haucap / Christiane Kehder, « Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol », *Ordnungspolitische Perspektiven*, n°44, juin 2013.

(2) Hal Varian (cf. l'article « Googles bester Lobbyist » paru dans *Die Zeit* le 27 août.2014, p. 20), professeur d'Economie spécialisé en « économie digitale », est carrément devenu l'économiste en chef de Google, alors que Carl Shapiro, son collègue, s'est restreint à promouvoir la cause des GAFA devant les autorités de concurrence par ses avis perspicaces. Cf. en particulier les avis versés à la procédure de la Commission européenne contre Google General Search : C. Shapiro, *Economic Analysis of Google's Shopping Commercial Unit and the Statement of Objections*, 27 août 2015. Google ne s'est pas limité à « recruter » dans les universités. Avec Bo Vesterhof, qui a versé son avis à la procédure Google Search le 6 août 2015, Google a réussi à se procurer le soutien d'un ancien président de la Cour de justice de l'Union européenne en première instance.

Comment le droit et donc l'Etat appréhendent-ils le phénomène des GAFAs ? A la lumière de cette esquisse des rapports de forces entre les GAFAs et l'Etat, nous tenterons de traiter les conséquences résultant de ces rapports de forces pour la souveraineté. Dans un premier temps, tournons notre attention sur les traits de l'économie digitale.

***La dynamique de la croissance et l'anéantissement des concurrents (« The winner takes it all ! »)***

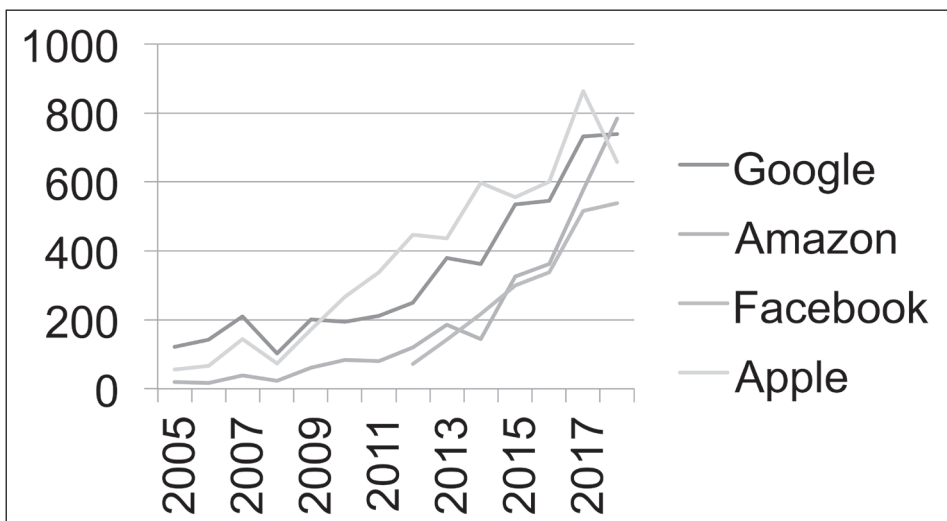
L'économie digitale prend son origine dans des *start-up* sises en Californie qui, après une phase de darwinisme social, se constituent comme entreprises robustes visant une croissance ultra-rapide, soutenue par une nécessité impérieuse : la collecte de données pour amplifier l'échantillon à la base de l'élaboration d'algorithmes qui, eux, représentent « le » secret des secrets de l'économie digitale. En effet, l'élaboration et l'emploi des algorithmes sont pour l'économie digitale aussi importants que la recette de fragrances pour les producteurs de cosmétiques et la composition d'essences pour la production de Coca-Cola. Leur exactitude dans l'exploitation de données dépend toujours de l'ampleur de l'échantillon. De là vient la première logique de l'économie digitale : croître vite et en tout cas plus vite que les concurrents. Google en donne l'exemple également en matière de croissance externe : comme un aspirateur ce groupe a acheté depuis sa fondation plus de 200 entreprises (3).

***Economie digitale et capitalisme financier : la dynamique des capitalisations boursières des GAFAs***

La bourse – surtout aux Etats-Unis – adore la croissance. Elle anticipe les attentes de croissance d'une façon exponentielle. Elle estime la valeur de l'entreprise non seulement en fonction de ses dividendes, mais aussi en fonction de la croissance de son chiffre d'affaires à venir. En effet, l'ampleur presque monopolistique des GAFAs dans leur secteur respectif ou, du moins, leur position de marché très considérable fait de ces derniers un objet idéal d'investissement. Ce qui s'avère peut-être un problème sociétal – leur position sur le marché – est très apprécié par les investisseurs. C'est ainsi que les capitalisations boursières des GAFAs ont pris des dimensions jamais atteintes dans l'histoire du capitalisme, comme l'illustrent les données du graphique ci-dessous :

(3) Chiffre publié par Google jusqu'à décembre 2016 disponible à l'adresse [en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_mergers\\_and\\_acquisitions\\_by\\_Alphabet](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet). L'Office fédéral des cartels, dans un document internet, « Digitale Ökonomie und Internetplattformen : zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz » (oct. 2015, p. 23), juge ces chiffres réalistes.

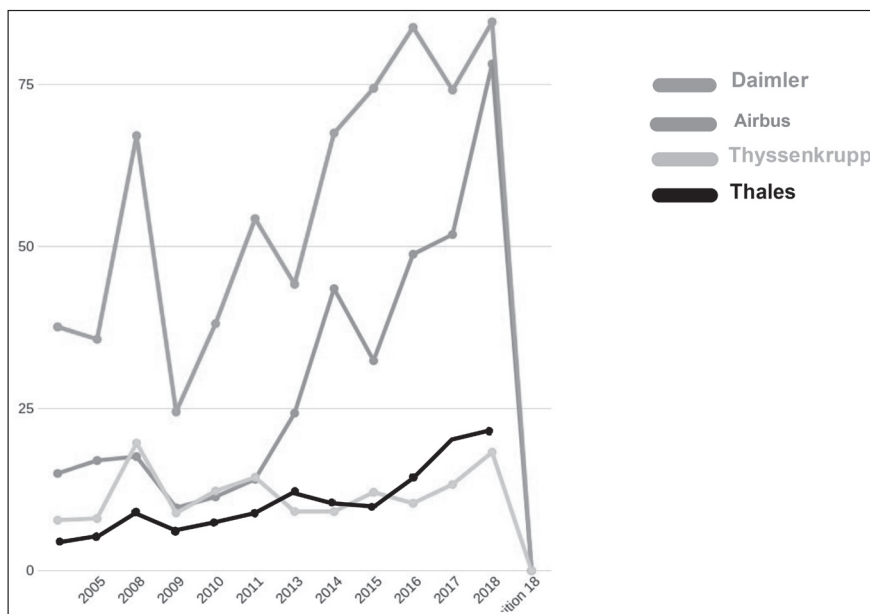
**Evolution de la capitalisation boursière des GAFA en milliards de dollars**



Source : [www.macrotrends.net/stocks/charts/GOOGL/alphabet/market-cap](http://www.macrotrends.net/stocks/charts/GOOGL/alphabet/market-cap).

Cette évolution met en évidence la marginalisation boursière de l'« économie analogue ». Voici l'évolution de la capitalisation de quelques groupes traditionnels de l'« économie analogue ».

**Evolution de la capitalisation boursière de grands groupes de l'« économie analogue » en milliards de dollars**



La conséquence logique consiste pour les investisseurs à se retirer des valeurs classiques et à se tourner en premier lieu vers l'économie digitale. Le moment venu, ce désintérêt se paiera à long terme parce que l'économie analogue ne souhaite pas se contenter du financement bancaire.

***L'Etat en retard : ses fonctionnaires comprennent mal cette économie de la génération Y***

L'Etat, dans ses fonctions régaliennes, est resté perplexe devant le phénomène des GAFAs. Il n'a rien prévu et il ne parvient toujours pas à s'expliquer ni le phénomène, ni sa concentration en Californie.

L'Etat ne rencontre le phénomène en direct que là où la protestation civile se manifeste :

- les éditeurs réclament leur dû lorsque Google communique des liens sur leurs articles sans leur payer aucune contrepartie ;

- les libraires de détail se retournent contre Amazon et ses pratiques agressives parce qu'ils craignent qu'elles visent à casser leurs marges et donc à ruiner leur fonds de commerce, tandis que les éditeurs de livres se plaignent des remises commerciales demandées par Amazon en raison de sa puissance d'achat ;

- des producteurs de marchandises ou des prestataires de services se plaignent de ne pas être listés par Google Shopping ou d'être traités d'une façon discriminatoire par rapport aux produits privilégiés par Google ;

- des titulaires de données protestent contre la violation de la confidentialité, soit par des transferts volontaires (Facebook), soit du fait de fuites techniques ;

- des consommateurs protestent contre la pratique de Google consistant à manipuler leur recherche de produits, au détriment de leurs préférences, en faveur des produits préférés et promus par Google.

Cette litanie ne peut pas mentionner tous les comportements critiqués et critiquables. Nous pourrions cependant en distinguer trois catégories :

- le comportement prétendument anti-concurrentiel des GAFAs ;
- la violation des règles de protection du consommateur ;
- les entraves des GAFAs aux droits à l'information, en particulier à l'autonomie individuelle d'information – baptisé en Allemagne *Datensouveränität*, à savoir « autodétermination informationnelle ».

Quelles sont les procédures engagées en matière anticoncurrentielle afin de révéler les facettes de la puissance économique des GAFAs ? On se propose ici d'en donner un résumé.

LUEUR D'ESPOIR : LES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

Bien que le droit de la concurrence au niveau communautaire ainsi qu'en Allemagne s'inspire historiquement du droit antitrust américain, son application est différente en Europe et outre-Atlantique. Cela s'explique

moins par des différences doctrinales – qui existent naturellement –, que par les politiques d'application concrète. Les autorités aux Etats-Unis ont camouflé, par des arguments juridiques défendables (pronostic difficile eu égard à la dynamique du marché) leur réticence à engager des procédures antitrust contre les GAFA, surtout contre Google (4). Le président Donald Trump, dès le début de son mandat, s'est déclaré prêt à protéger les GAFA juridiquement, à condition qu'ils fassent rentrer leurs recettes aux Etats-Unis au lieu de les « défiscaliser » par leur transfert dans des paradis fiscaux.

### *Le défi juridique*

En Europe, plusieurs procédures contre Google pour abus de position dominante sont en cours et ont abouti. Les deux dernières procédures contre Google (5) illustrent bien les problèmes juridiques ainsi que le biais politique indéniable. En effet, le Commissaire européen en charge de la concurrence avait publiquement déclaré sa volonté de « discipliner » Google (6). Depuis, des procédures concernant Google ont abouti alors que l'Office fédéral des cartels avait renoncé à délibérer contre Google faute de preuve d'une position dominante (7). En revanche, l'Autorité allemande a engagé une procédure contre Facebook (8). Nous regarderons ces procédures sous l'aspect de l'appréhension du pouvoir économique. D'ores et déjà et malgré l'appréciation juridique assez différente à Bruxelles et à Bonn, nous constatons un dénominateur commun à toutes les procédures : l'incertitude dans le jugement économique des GAFA.

A la lumière de l'élan politique de la Commission – qui, sur un plan normatif, paraît bien problématique parce qu'il soumet le droit à la politique –, il n'est pas étonnant que sa Direction générale de la concurrence ait prétendu, dans ses deux procédures contre Google, que Google est dominant sur le marché du « *general search* » et de l'emploi du système de gestion des *smartphones* connu sous le nom d'« Android ». En effet, la problématique épineuse de l'abus de position dominante exige bien l'existence d'une domination de marché justiciable devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). C'est la raison pour laquelle

(4) De plus, un *lobbying* auprès des partis politiques, comportant des moyens financiers jamais vus, a peut-être démotivé l'agressivité des autorités.

(5) « Google Shopping », Décision de la Commission européenne du 27 juin 2017, affaire AT.39740 ; « Google Android », affaire AT.40099.

(6) Joaquin ALMUNIA, « Ich diszipliniere Google », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 mai 2014, p. 11. Il s'agit d'une réponse publique à la lettre de protestation de Mathias Döpfner, PDG du groupe éditorial Springer, par laquelle Döpfner avait interpellé la Commission pour agir contre les prétendus abus de position dominante pratiqués par Google (cf. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 avr. 2014) tout en s'adressant directement au PDG de Google à l'époque, Eric Schmidt.

(7) Office fédéral des cartels, décision du 8 décembre 2015, aff. B-6126/14.

(8) L'objet de cette procédure pour abus de position dominante est l'agrégation des données collectées en dehors des données partagées avec Facebook en tant que réseau social. Cf. le communiqué de presse disponible à l'adresse [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html).

les efforts juridiques se concentrent sur une définition du marché qui soit favorable à la thèse de la Commission, ou, à l'inverse, favorable aux thèses de Google et de ses experts. Non sans un certain aplomb discrétionnaire, la Commission, en vertu des enquêtes approfondies du marché, considère Google comme quasi monopoliste dans le « *general search* », alors que Google pointe d'autres GAFAs comme Facebook et Amazon, dont les capacités de recherche devraient être prises en considération. Non sans raison, Google fait savoir qu'en matière de concurrence « *the klick is just around* » : le monopoliste prétendu veut ainsi prouver la proximité de la concurrence sans barrières que la Commission aurait omis de prendre en considération.

La définition du marché pertinent est un exercice juridiquement très difficile, contestable, mais concluant pour l'appréhension plus en amont du phénomène du pouvoir économique. Bien que la doctrine générale de la définition ne soit pas très controversée, l'application de ses principes a conduit à des débats juridiques qui sont au fond des questions de fait et de leur appréhension économique.

Pendant un certain temps, l'existence d'un marché de « *general search* » a été contestée dans la mesure où l'obtention du service de recherche se faisait sans contrepartie monétaire. Ensuite, il a été acquis dans la doctrine de la concurrence que le caractère pécuniaire du marché ne dépend pas d'un versement financier. En effet, les données personnelles sont devenues la monnaie d'échange dans l'économie digitale.

La définition du marché pertinent se fait en fonction de la substituabilité des services de Google Search du côté de l'offre ainsi que du côté de la demande, cela à la lumière de la concurrence potentielle (9). Alors que la Commission ne voit qu'un marché séparé du « *general search* », à distinguer nettement des services carrément commerciaux ou des services très spécialisés (10), Google plaide, dans sa défense, en faveur d'un marché qui intègre la totalité des options permettant aux consommateurs d'effectuer des recherches sur Internet, à savoir les réseaux sociaux comme Facebook ainsi que des plateformes d'intermédiation comme Amazon (11).

Il convient donc de laisser de côté la question de la définition du marché pertinent en attendant que la Cour de justice se prononce. D'ores et déjà, la complexité des structures des marchés transparaît des écrits longs et compliqués de la Commission et de Google. A cet égard, la Commission, comme toute autre autorité d'Etat chargée de la concurrence, se livre elle-même à une procédure de découverte, une conquête de l'inconnu, pour arracher à Google une part de vérité sans pouvoir jamais égaler ses connaissances. Nous nous trouvons donc dans une situation où des

(9) Cf. la définition classique dans Commission européenne, Communication des griefs dans l'affaire AT.39740, n°71 et suiv.

(10) *Ibid.*, n°88 et suiv.

(11) Cf. la défense de Google du 27 août 2015 qui, en raison du secret professionnel, n'a pas été rendue publique. La Commission, en réponse à cette défense, avait répliqué que Facebook, depuis l'automne 2014, avait renoncé à la fonction « General Search » sur son site Web. Cf. la communication des griefs n°95.

décisions précipitées ou même poussées par la politique pourraient relever de « *la prétention de savoir* », formule chère à Hayek. Ce dernier avait soutenu la thèse selon laquelle les agents économiques, comme l'Etat, ne peuvent prévoir les évolutions futures. Il leur faudrait le marché et la concurrence pour cerner la réalité. C'est ainsi qu'est né le concept de « *la concurrence comme procédure de découverte* » (12). Les procédures engagées par la Commission contre Google sont, pour la Direction générale de la concurrence comme pour toute autre autorité de concurrence, un processus de découverte.

La Commission européenne a dû par exemple apprendre que l'effacement par Google de ses concurrents Alta Vista et Lycos, dans les années 1990, s'explique par son développement plus rapide de l'« *indexing technology* » permettant une plus fine analyse du comportement des utilisateurs et de leurs préférences (13). Cette avance technologique est en corrélation avec les investissements faits par Google depuis des années dans le domaine du « *general search* ». Ces investissements dépassaient plusieurs fois les montants investis par ses concurrents (14). Une autorité de concurrence n'est pas en position juridique d'interdire à un GAFA le choix de ses investissements et de sanctionner les avantages concurrentiels qui en découlent.

Un problème similaire se pose dans la procédure de la Commission européenne contre Google pour abus de position dominante en raison de son système d'exploitation Android (15).

Eu égard à l'évolution du marché des *personal computers* (PC) vers les mini-ordinateurs portables au milieu des années 2000, Google avait massivement investi dans le développement d'un système d'exploitation. Ce système ouvert, Android, est basé sur Linux et utilise le langage de programmation Java. Bien que le code-source soit rendu public, Google exige de la part de tous les producteurs de mobiles utilisant Android que son application de « *general search* » ainsi que Play Store soient préinstallés sur l'appareil (16). La Commission conclut qu'il existerait un marché pour les brevets-licences de systèmes d'exploitation et que Google y disposerait d'une position dominante (17). La Commission est fondée à faire observer que la part de marché de Google pour la licence d'Android

(12) Cf. le fameux discours inaugural de Friedrich Hayek à l'occasion de la remise du prix Nobel d'Economie le 11 décembre 1974 (« *The pretence of knowledge* »). Hayek avait élaboré son « économie du savoir » bien avant : cf. Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1960, prem. partie, chap. 5. Plus tard, Hayek, dans une conférence devant la Philadelphia Society à Chicago, inventa la formule « *competition as a discovery procedure* ». Tel fut également le titre de ladite conférence, le 29 mars 1968. Le texte a été publié plusieurs fois. Nous nous référons ici à la version allemande, publiée sous le titre « *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren* », in F. Hayek, *Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, Tübingen, 2003, pp. 132 et suiv.

(13) Cf. Commission, Communication des griefs, aff. AT.39740, n°216.

(14) *Ibid.*, n°217.

(15) Commission européenne, aff. AT.40099.

(16) *Ibid.*, Communication des griefs, n°64 et suiv.

(17) *Ibid.*, Communication des griefs, n°169 et suiv.



(hors Chine) dépasse depuis 2013 90% (18). On ne peut pas contester dans ces conditions l'existence d'une position dominante de Google, même si cette position résulte du développement autonome d'un système d'exploitation dont la performance semble séduire le marché. Le reproche de la Commission d'utiliser cette position de levier due à Android en imposant aux producteurs de *smartphones* de préinstaller ses applications mérite discussion. Google se défend en pointant la performance d'Android comme un système d'exploitation qui devancerait tous ses concurrents. En concurrence du système fermé que représente Apple, Android offrirait aux producteurs de *smartphones* une plus grande liberté de différenciation du produit (19).

Le reproche d'« abus » de position dominante dans les procédures brièvement décrites ci-dessus repose sur un argumentaire semblable.

Dans l'affaire *Google Search*, le pouvoir incontestable de Google en cette matière – qualifié comme indispensable pour tout agent économique – a rendu sa position sur le marché de la publicité incontournable. On parle dans ce contexte d'un « *tying* », pratique répandue chez des quasi-monopolistes (20).

Dans l'affaire *Android*, la pratique du « *tying* » est encore plus palpable : Google, fort de sa technologie d'Android, réclame des fournisseurs de *smartphones* la pré-installation de ses applications (21).

Comme le démontre l'exposition des arguments, les conclusions peuvent varier. Alors que dans l'affaire *Google Search* la Commission plaide en faveur d'un abus de position dominante selon l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'Office fédéral des cartels, dans une affaire opposant Google et des groupes d'édition allemand, a renoncé à demander à Google une rémunération en contrepartie de la publication gratuite d'articles et de leur contenu (22). L'affaire est au fond comparable à la procédure *Google Search*. Sa spécificité allemande consiste à traiter le droit en vertu de la législation nationale permettant aux éditeurs de demander une compensation à Google en échange de la publication partielle du contenu d'articles. De fait, Google avait impérativement exigé que les éditeurs renoncent à cette compensation, jugée incompatible avec son *business model*. Comme le trafic sur leurs propres sites Internet avait chuté suite au *delisting* par Google, les éditeurs avaient cédé rapidement à la pression de Google.

(18) *Ibid.*, n°316/317.

(19) Google, Réponse à la communication de griefs de la Commission (aff. 40099) en date du 23 décembre 2016.

(20) Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker / Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich, 2014 (3<sup>e</sup> éd.), §18, n°32 et suiv.

(21) Cf. le raisonnement de la Commission dans sa Communication de griefs, n°689 et suiv.

(22) Office fédéral des cartels, aff. B 6-126/14, 8 sept. 2015, pp. 27 et 46.

L'Office fédéral des cartels a pourtant prudemment apprécié la domination du marché ainsi que la notion d'abus (23). « *Pour l'instant* », l'Office ne voyait pas de nécessité d'engager une procédure contre un abus car la domination du marché ainsi que son éventuel abus seraient « *contestables* ». Malgré le soulagement de Google à l'époque, il ne s'agissait pas d'une décision en faveur de Google et contre la revendication équitable des éditeurs, mais d'un acte de prudence résultant de la spécificité de la procédure (24). Cette attitude montre – à la différence de la Commission européenne – le professionnalisme prudent de l'autorité allemande, qui se satisfait de l'application du droit sans arrière-pensée politique sous-jacente.

Le choix de la Commission est au demeurant en phase avec la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'affaire *Intel*, la Cour, en première instance, suivant les recommandations de son avocat général, avait encore confirmé sa jurisprudence en matière de contrôle d'abus de position dominante. Depuis l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, une entreprise en position dominante qui pratiquait des rabais de fidélité était censée abuser de sa position selon l'article 102 du TFUE (25). De fait, la Cour de justice avait comparé comme équivalentes les pratiques de rabais de fidélité avec des clauses d'exclusivité – radicalement interdites à une entreprise en position dominante. Dans son arrêt du 12 juin (26), la Cour avait au fond confirmé cette jurisprudence, mais néanmoins postulé que des systèmes de rabais non strictement exclusifs ont un effet restrictif sur la liberté du concurrent. Cependant, elle a confirmé la présomption d'une telle restriction au cas où les rabais de l'entreprise sont la contrepartie d'achats exclusifs du client auprès du fournisseur en position dominante (27).

Dans son arrêt en deuxième instance du 6 septembre, la Cour de Justice, prenant ses distances avec cette position traditionnelle, se prononce en faveur d'un devoir de la Commission de vérifier les restrictions à la concurrence émanant d'un rabais de fidélité exigé par l'entreprise dominante en faisant le « *as efficient competitor test* » (28). La Cour exige dorénavant une enquête approfondie de la part de la Commission permettant de pronostiquer les effets restrictifs réels engendrés par le système de rabais de fidélité.

L'autorité allemande avait donc anticipé cette nouvelle prudence de la Cour de justice, qui remplace le regard *a priori* sur les pratiques d'un quasi-monopoliste par une analyse circonstancielle et approfondie.

(23) *Ibid.*

(24) Le §32c de la Loi contre les restrictions de la concurrence permet à l'autorité de la concurrence d'enquêter sur une affaire et de conclure en constatant qu'il n'y a pas lieu d'approfondir l'investigation.

(25) Cf. l'arrêt du 13 février 1979, aff. 85/76, Recueil 1979, p. 461, n°90. On parlait d'un abus *per se*.

(26) Affaire T-286/09 « Intel » du 12 juin 2014, n°71 et suiv.

(27) *Ibid.*

(28) Cour de Justice, arrêt du 6 septembre, aff. C-413/14 P Curia S. 12.

Cette attitude de prudence n'a pas empêché l'Office fédéral des cartels d'ouvrir en 2017 une enquête contre Facebook. Cette procédure critique la pratique de Facebook d'agréger la totalité des données repérées non seulement par Facebook mais aussi par des services du groupe avant même que l'utilisateur n'y ait consenti (29). L'Office fédéral des cartels considère Facebook comme dominant sur le marché allemand des réseaux sociaux (30 millions d'utilisateurs mensuels, 23 millions d'utilisateurs quotidiens). L'exploitation des données personnelles agrégées par Facebook représente, selon l'Office fédéral des cartels, une condition abusive de ses pratiques commerciales vis-à-vis des utilisateurs, lesquels perdraient le contrôle sur les données collectées par Facebook. L'antitrust peut ainsi comporter des éléments de la protection du consommateur (30).

### ***Malgré les difficultés juridiques, la menace antitrust pèse sur les GAFA***

A la lumière des expériences des autorités de concurrence dans l'économie digitale, nous mesurons l'incertitude des appréciations, par le droit antitrust, de la puissance des GAFA. Cependant, la cause n'est pas perdue. Il se peut que les GAFA, de par leurs énormes connaissances technologiques, paraissent infiniment supérieurs aux autorités de concurrence. D'un côté, ces autorités sont habilitées à enquêter dans les domaines les plus intimes des entreprises digitales. De l'autre, il ne faut pas perdre de vue les énormes sanctions pécuniaires qui sont la conséquence d'une infraction constatée. Cette perspective incite même les GAFA à trouver une solution amiable. Ces derniers sont conscients du fait que tout contentieux durera approximativement cinq ans, période pendant laquelle l'affaire litigieuse circule dans les médias et met en danger la réputation de l'entreprise concernée (31). Cela compte dans les rapports de force entre l'Etat et les GAFA, d'autant plus qu'ils ont bâti leur stratégie de communication sur les prétendus bienfaits pour l'humanité de leurs technologies. Il ne faut donc pas sous-estimer le pouvoir des autorités de la concurrence. Toutefois, l'acharnement exigé par le rapporteur responsable au sein de l'autorité antitrust est énorme et dépasse tous les cas d'investigation normale.

Parallèlement à la formation des équipes d'enquêtes au sein des autorités de la concurrence, le législateur adapte ses normes. En Allemagne, une réforme du droit de la concurrence a permis de mieux tenir compte de la position d'une entreprise digitale en fonction de sa présence dans

(29) Cf. l'adresse [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5).

(30) La procédure est pionnière et reste ouverte pour l'instant.

(31) La décision de la Commission dans la procédure *Google Search* du 27 juin 2017 (*Journal officiel de l'Union européenne*, 12 janv. 2018, C 9/11) ne comporte pour l'instant qu'un résumé des considérations juridiques parce que Google invoque le secret professionnel. Dans la procédure *Android*, Google a déposé un recours le 9 octobre 2018 contre la décision de la Commission du 18 juillet 2018 (non encore publiée).

les réseaux (32). Dans le cadre du contrôle de concentration, l'Office fédéral des cartels est dorénavant habilité à se saisir des opérations de concentration concernant des entreprises d'un chiffre d'affaires négligeable mais entraînant une contrepartie exorbitante (33). En effet, Android était une minuscule entreprise de logiciels lorsqu'elle a été acquise par Google. De même, What's app était, par son chiffre d'affaires, assez peu important lorsqu'il fut absorbé par Facebook.

#### FISCALITÉ : GAFA ET ETATS EN COMBAT INÉGAL ?

Etant donné que l'objet principal du commerce des GAFA, les données, est immatériel, l'optimisation de leur fiscalité par le choix d'écrans divers dans des pays de fiscalité avantageuse est notoire et relativement facile. S'y ajoutent des pratiques – difficiles à qualifier –, vis-à-vis des pays de taille modeste comme l'Irlande, de négociation des impôts à payer. Ces pratiques ont attiré à juste titre l'attention de la Commission européenne qui, en appliquant les articles 107 et suivants du TFUE, a mis au clair qu'il s'agit-là d'une aide d'Etat qu'il faut rembourser. La politique de *tax dumping* pratiquée par les GAFA mérite une réponse collective et organisée en Europe (34). De fait, les gouvernements américains successifs ont toujours protégé les GAFA contre des investigations extraterritoriales (35).

#### LE RÉVEIL DE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET LA NAISSANCE DU CONCEPT DE « SOUVERAINETÉ SUR LES DONNÉES »

Même avant les scandaleuses fuites de données admises par Facebook, la société civile s'était réveillée à propos de l'« autodétermination informationnelle » de l'individu, menacée par la collecte des données pratiquée par les GAFA. La Cour de justice de l'Union européenne avait institué, dans un souci de protection de données personnelles, un « droit à l'oubli » vis-à-vis de Google (36). Avant même cette évolution jurisprudentielle fulgurante, la Commission, conjointement avec le Parlement européen, avait élaboré une directive pour la protection des données personnelles (37). Dès lors, le débat monte, dans la mesure où la prise de conscience de la société civile sur l'ambivalence des GAFA fait son chemin.

(32) Cf. le nouveau §18 III a) du GWB (Lois contre les restrictions à la concurrence).

(33) Cf. §35 Ia GWB.

(34) Cf. dans ce contexte l'initiative franco-allemande en vue d'une taxation effective des GAFA : Grégoire DESOUCHE / Anne-Julie MAPAKOU, « Fiscalité des GAFA : vers une taxe européenne assise sur le chiffre d'affaires des géants du numérique ? », *Revue OFIS*, 11/2017.

(35) Nous rappelons dans ce contexte à nouveau l'influence significative des GAFA sur la vie des partis aux Etats-Unis.

(36) Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 13 mai 2014, aff. C-131/12.

(37) Directive 95/46/EG du Parlement et du Conseil en date du 24 octobre 1995, *Journal officiel de l'Union européenne*, L. 281, p. 31.

\* \*  
\*

Bien que ce débat complète les efforts de l'Etat visant à regagner sa souveraineté à l'égard des GAFAs, quelle est l'utilité de recourir à des démarches plus structurelles sur le plan du droit de la concurrence ?

Les Etats-Unis ont donné l'exemple pour combattre des entreprises d'une taille inacceptable. La pratique de la « *divestiture* », c'est-à-dire la déconcentration d'entreprises géantes, était devenue un défi pour le droit américain. Les GAFAs ont atteint une taille inimaginable et représentent une puissance financière difficilement compatible avec la pluralité des idées en démocratie (38). Il est donc pertinent d'actualiser les instruments de déconcentration du droit de la concurrence, même si le passé nous enseigne les énormes difficultés de fait et de droit en la matière (39). Les mesures de déconcentration ont été, dans le passé, réservées aux cas d'abus de position dominante ou de monopolisation structurelle. Elles sont problématiques parce qu'elles portent atteinte au droit de propriété. En effet, la propriété est lésée lorsqu'une autorité de concurrence décrète la cession d'un département de l'entreprise ou octroie le partage d'un algorithme ou même décide de couper en plusieurs morceaux des géants comme les GAFAs.

La réticence des autorités de la concurrence en matière de *divestiture* et la prudence des législateurs à ce sujet s'expliquaient encore une fois par les erreurs de jugement dans le passé. IBM et Microsoft qui ont fait l'objet de telles procédures ont dû accepter au fil du temps – indépendamment de toute procédure – la diminution plus ou moins radicale de leur position sur le marché. Les forces vives du capitalisme schumpétérien se sont révélées plus efficaces que les décisions des autorités de concurrence. Dans le contexte de *divestiture*, la concurrence se confirme aussi en tant que processus de découverte.

Cependant, avec les GAFAs, la puissance économique et la menace pour l'autodétermination informationnelle ont atteint un niveau que l'Etat démocratique dans son ambition souveraine ne peut plus accepter sans perdre sa raison d'être et même sa crédibilité. Le débat sur la menace de la liberté informationnelle par les GAFAs est ardent (40). Toutefois, le *nexus* entre la taille des entreprises (leurs avancées technologiques, leur puissance financière, leur influence) et le devoir de l'Etat de protéger ses citoyens justifie pour la première fois des mesures antitrust pragmatiques, sans tabou et surtout déliées de tout reproche d'abus de position dominante. Les autorités de concurrence agiraient ainsi en tant que gardiennes des

(38) Cf. le tableau sur la capitalisation financière des GAFAs.

(39) Cf. Markus C. KERBER, *Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB*, Baden-Baden, 1987.

(40) Cf. Andrea LOHSE, Comments on Google's proposed commitments to the European Commission, 27 mai 2013 ; Heike SCHWEITZER, *Wettbewerb auf Plattformmärkten : Funktionsweise, Bedingungen und Anforderungen an Informations- und Wettbewerbsregeln*, Berlin, 2016

libertés informationnelles en démocratie. Elles ne devraient pas capituler devant la puissance économique. La pure puissance financière est en outre devenue un objet d'attention des autorités de la concurrence qui ont le souci d'examiner si ces conglomérats sinon paralysent, du moins faussent la concurrence (41). S'y ajoute, depuis peu, l'intérêt porté par la supervision bancaire allemande aux algorithmes permettant l'exploitation de quantités de données en provenance de services de paiement qui, comme Paypal, attirent les GAFA (42).

Ces questions mettent en évidence les rapports de forces entre l'Etat démocratique et les GAFA.

(41) Cf. Axel OCKENFELS / Martin SCHMALZ, « Die stille Gefahr für den Wettbewerb », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 juil. 2016, p. 18 : les auteurs décrivent les effets silencieux des grands conglomérats financiers comme Blackrock sur la concurrence.

(42) Cf. « Finanzaufsicht nimmt Google & Co ins Visier », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8 déc. 2018, p. 26.