



LA POLITIQUE ANTITRUST DE GOOGLE OBSERVÉE AU MICROSCOPE

Sommaire

A propos d'ICOMP	2
1. Introduction	3
2. Les faits reprochés à Google	4
A. Mise en avant par Google de ses propres produits et pénalisation de ses rivaux	
B. Interdiction d'exploiter les contenus de tiers	
C. Pratiques d'exploitation et d'exclusion associées aux services publicitaires de Google, tels qu'AdWords et AdSense	
3. Des griefs exprimés par l'ensemble de l'écosystème	6
A. Outils de navigation et de cartographie	
B. Éditeurs et agrégateurs d'informations	
C. Moteurs de recherche et plates-formes de publicité concurrents	
D. Plates-formes d'exploitation mobile	
E. Droits de propriété intellectuelle – Accord Google Livres	
4. Domination croissante et stratégie d'acquisition	23
5. L'économie de l'écosystème en ligne de Google	33
Pourquoi les recherches comptent	
6. Rétablissement d'une concurrence efficace en ligne	37
Le pouvoir d'imposer des mesures	
Une mesure efficace et proportionnelle	
Des mesures correctives comportementales ou structurelles ?	
L'atténuation des effets du comportement anticoncurrentiel passé de Google	
Préparer l'avenir	
7. Conclusions	44

A propos d'ICOMP

ICOMP, « Initiative pour un marché en ligne compétitif », est un forum accessible à toutes les organisations, quel que soient leur taille ou leur secteur d'activité. Elle leur permet de se réunir et d'échanger sur les difficultés qu'elles rencontrent en termes de concurrence en ligne, mais également sur leurs répercussions sur les droits de propriété intellectuelle, la confidentialité, la sécurité et la transparence des données sur Internet.

Créée en 2008, ICOMP a pour but de réunir des participants et des représentants juridiques issus de secteurs différents mais qui partagent la même vision des choses. L'objectif est d'aborder ensemble les difficultés et de proposer des solutions. ICOMP regroupe plus de 70 membres et signataires, dont des entreprises proposant des recherches verticales, des éditeurs en ligne, des publicitaires, des fournisseurs de réseaux et de services Internet mais aussi des agences spécialisées dans la publicité en ligne. Les membres d'ICOMP soutiennent tous les principes qui, selon eux, promeuvent une concurrence saine. L'un des principaux objectifs d'ICOMP est d'encourager la concurrence, la transparence et l'adoption des meilleures pratiques existantes. Il s'inscrit dans le cadre d'un objectif global visant à promouvoir le développement d'un Internet durable, en accord avec la loi. ICOMP est un forum destiné aux sociétés et aux individus. Sa mission est d'informer et de s'informer sur les problèmes rencontrés par les entreprises proposant des services en ligne, y compris les avancées d'ordres réglementaire et juridique au sein de l'Union européenne, et au-delà de ses frontières. Ces entreprises partagent leurs connaissances et leur expertise avec les conseillers d'ICOMP, afin d'atteindre leurs objectifs. ICOMP, ses membres et ses partisans cherchent à faciliter et à établir un dialogue sur ces sujets. Celui-ci étudie la façon dont les entreprises en ligne peuvent défier efficacement la concurrence et améliorer ainsi la qualité et le choix de services en ligne proposés aux utilisateurs, à l'échelle européenne et mondiale.

1. Introduction

La future croissance économique de l'Europe dépend largement de la capacité de ses entreprises à rester compétitives au sein d'un nouvel environnement en ligne. Cette reconnaissance a inspiré la stratégie de 2020 et le programme numérique créés par l'Europe. Par ailleurs, la Commission a admis qu'un trop grand nombre d'obstacles entravent la libre circulation des services en ligne au niveau des frontières nationales.¹

Le Commissaire à la Concurrence et Vice-président de la Commission européenne, Joaquín Almunia, a lui-même soulevé les défis auxquels l'Europe fera face :

« [...] vu le rythme auquel les évolutions technologiques s'accroissent dans le domaine du numérique, nous sommes tous confrontés à des questions difficiles sur les « nouveaux marchés ». À cause de la forte croissance, de la concurrence dynamique et de l'innovation, il est souvent difficile d'anticiper l'avenir proche. Par conséquent, il est essentiel d'établir une politique de concurrence efficace ».²

Au cours des dernières années, la politique de concurrence européenne s'appliquant à la sphère Internet s'est concentrée sur le comportement d'une société en ligne dont la prédominance est écrasante sur le marché : Google. Bien que cette seule prédominance ne reflète aucun abus, une enquête sur Google est actuellement en cours afin de déterminer si ses pratiques commerciales sont contraires à l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui interdit l'abus d'une position dominante. Cela signifie, dans sa formulation la plus simple, qu'une entreprise adoptant une position dominante doit assumer une responsabilité particulière : veiller à ce que sa conduite n'affecte en aucun cas la concurrence.

De nombreuses plaintes ont été déposées contre Google. Elles suggèrent que cette société n'a pas respecté cette responsabilité particulière, qu'elle n'a cessé de prendre de l'ampleur et qu'elle a renforcé sa prédominance sur les marchés des recherches et de la publicité liée aux recherches et aux marchés voisins. Par ailleurs, cette société aurait tiré profit de ces avantages pour pénétrer de nouveaux marchés, notamment celui des recherches et de la publicité mobile. Google a atteint ces résultats en effectuant plusieurs acquisitions agressives et en adoptant des pratiques d'exploitation et d'exclusion.

Ce document a pour objectif d'évaluer les enquêtes actuelles et récentes menées sur le comportement anticoncurrentiel de Google. Par ailleurs, il vise à expliquer clairement au lecteur que l'adoption de ces pratiques anticoncurrentielles a créé un environnement qui exploite et exclut les concurrents, nuit à l'écosystème en ligne et le place entre les mains d'un seul géant de l'Internet. Des actions qui, au final, s'effectuent au détriment des consommateurs et des entreprises européennes. Par ailleurs, ce document étudie le traitement de certaines plaintes récemment déposées contre Google par les autorités de concurrence. Il tire également des leçons des événements passés et examine ainsi la façon dont la réglementation et la politique en matière de concurrence peuvent restreindre le contrôle de Google sur Internet. Enfin, il vise à limiter l'effet des précédentes activités anticoncurrentielles menées par Google, en rétablissant les conditions d'un marché en ligne concurrentiel.

¹http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/pillar.cfm.

²Discours du 18 mai 2011, La Haye.

2. Les faits reprochés à Google

De nombreuses plaintes officielles et officieuses ont été déposées à l'échelle européenne, nationale et internationale ; elles ont soulevé des préoccupations sur le comportement abusif de Google. Un consensus semble émerger au sein des organismes de réglementation antitrust. Il consiste à reconnaître que Google domine le secteur des recherches et de la publicité liée aux recherches. L'accent est mis sur les enquêtes actuelles afin de déterminer si Google abuse de sa position dominante, nuisant ainsi aux consommateurs et aux concurrents. Cela signifierait que cette société enfreint les lois conçues pour protéger le processus concurrentiel.

Il est évident que la Commission européenne ne s'est pas contentée de mener des enquêtes dans un secteur en particulier : elle a également examiné les pratiques de Google dans l'ensemble de l'écosystème en ligne.

Tout a commencé en février 2010, quand Google a annoncé que la Commission européenne l'avait prié de s'exprimer sur les plaintes déposées pour pratiques abusives par Foundem, Ciao! et eJustice. En juillet 2010, le Commissaire à la Concurrence européenne, Joaquin Almunia, a annoncé que la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne commençait tout juste à examiner des allégations concernant des comportements anticoncurrentiels sur le marché des recherches en ligne.³ Quelques mois après, en novembre 2010, la Commission européenne a annoncé qu'elle avait ouvert une enquête formelle, basée sur les plaintes suggérant que Google abusait de sa position dominante. Cette déclaration concernait:

« ... une plainte selon laquelle leurs services seraient pénalisés dans les résultats de recherche payants et gratuits de Google, et allégeant aussi que Google favoriserait ses propres services. »⁴

La Commission a annoncé qu'elle menait une enquête pour déterminer si Google a abusé de sa position dominante et a enfreint la réglementation européenne en matière de concurrence, en:

- abaissant le classement des résultats de recherche gratuits des services concurrents, tels que des comparateurs de prix (également désignés sous l'appellation « Services de recherche verticale ») ;
- favorisant les résultats de ses propres services de recherche verticale pour exclure les services concurrents ;
- augmentant le prix par clic des liens sponsorisés appartenant à des services de recherche verticale concurrents ;
- imposant des engagements d'exclusivité aux partenaires publicitaires, en les empêchant de placer certains types de publicités concurrentes sur leurs sites Web dans le but d'exclure les outils de recherche concurrents ;
- imposant aux plates-formes de publicité en ligne concurrentes des restrictions sur la portabilité d'une campagne publicitaire en ligne.

En janvier 2011, des articles de presse ont confirmé que des questionnaires officiels avaient été

³Discours sur *Competition in Digital Media and the Internet* (Concurrence sur Internet et dans les médias numériques), Conférence Jevons UCL, Londres, 7 juillet 2010

⁴<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624>

envoyés à un certain nombre d'acteurs en ligne. Selon la Commission, ces acteurs regroupaient des moteurs de recherche, des agences de publicité et d'autres types de sociétés.⁵ Peu avant l'envoi de ces questionnaires, en décembre 2010, l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels avait déposé deux plaintes supplémentaires auprès de la Commission européenne. L'une émanait d'une société de cartographie allemande, Euro-Cities, l'autre de deux groupes d'éditeurs allemands, VDZ et BDZV.

Puis, en février 2011, la maison mère d'eJustice, 1plusV, a soulevé de nouvelles préoccupations, suivies par le dépôt d'une plainte par Microsoft contre Google en mars 2011. Par ailleurs, un certain nombre de plaintes ont été établies à l'échelle nationale. Les plus importantes d'entre elles sont les décisions prises par les autorités de concurrence françaises et italiennes, respectivement dans les affaires Navx et FIEG. Des procédures civiles ont également mis en lumière des préoccupations concernant les pratiques anticoncurrentielles de Google. Citons notamment le litige opposant actuellement Skyhook à Google dans le cadre des services mobiles. Autre exemple, un tribunal new-yorkais a récemment décidé de rejeter la proposition d'accord de Google concernant le recours collectif déposé contre son service de recherche de livres. Cette décision s'explique par le fait que cette proposition d'accord était anticoncurrentielle.

En dehors de ces préoccupations de nature officielle, un certain nombre de sociétés, comme One News Page, ont également annoncé publiquement qu'elles avaient été victimes des pratiques anticoncurrentielles de Google.

En règle générale, toutes les préoccupations soulevées à ce jour portent sur le comportement exclusif et exploitant adopté par Google, dont on peut résumer les activités les plus pernicieuses comme suit :

A. Mise en avant par Google de ses propres produits et pénalisation de ses rivaux

Un certain nombre de plaintes reposent sur des éléments prouvant que Google utilise, entre autres, sa fonction de « recherche universelle » pour favoriser discrètement ses propres services par rapport aux services concurrents. En conséquence, les consommateurs pensent obtenir des classements de référencement naturel, alors que ces résultats sont faussés. En d'autres termes, Google manipule les résultats à des fins commerciales au lieu de fournir à l'utilisateur les meilleures réponses possibles. Dans certains cas, Google met à l'index les sites rivaux, ce qui influe considérablement sur les services concurrents. En effet, si les résultats de recherches Google leur attribuent artificiellement un classement bas, il leur sera beaucoup plus difficile d'attirer des utilisateurs. Le Commissaire Almunia a lui-même reconnu les dangers que présente la manipulation des résultats de recherches, y compris au tout début de l'enquête menée par la Commission:

*« si, par exemple, les résultats d'un moteur de recherche font l'objet d'une manipulation, et que les clients en étaient avisés, le marché pourrait être modifié. Mais la transparence suffit-elle ? ».*⁶

B. Interdiction d'exploiter les contenus de tiers

L'autorité française de la concurrence a confirmé la mise en lumière de préoccupations vis-à-vis de l'interdiction d'exploiter les contenus de tiers dans sa publication *Opinion sur la concurrence*

⁵<http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=125792>

⁶Discours sur « *Competition in Digital Media and the Internet* » (Concurrence sur Internet et dans les médias numériques), Conférence Jevons UCL, Londres, 7 juillet 2010

dans le domaine de la publicité en ligne.⁷ Cette publication évoquait en détail les actes de « parasitisme » menés par Google, notamment dans le domaine de l'agrégation des informations.

C. Pratiques d'exploitation et d'exclusion associées aux services publicitaires de Google, tels qu'AdWords et AdSense

- De nombreux plaignants ont fourni des preuves selon lesquelles Google impose des pénalités à ses concurrents, notamment sur le système de rémunération qu'il perçoit lorsqu'il affiche des résultats de recherches, connu sous le nom d'AdWords. Google a ainsi augmenté les coûts publicitaires et fait baisser le classement de ses rivaux.
- Des pratiques d'exclusion visent à priver les concurrents de Google de l'accès à des contenus essentiels : par exemple, Google empêche ses concurrents d'accéder à certains de ses contenus essentiels, tels que des vidéos et des livres.
- Des pratiques d'exclusion refusent à des concurrents l'accès à des informations relatives à l'interfonctionnement, notamment en interdisant aux publicitaires de pratiquer le multi-hébergement.
- Des pratiques d'exclusion tissent un réseau d'accords d'exclusivité, en empêchant, par exemple, un site Web de mettre à disposition des outils de recherche concurrents.

La plupart de ces pratiques ont empêché les concurrents de Google de proposer des résultats de recherche pertinents et d'attirer des utilisateurs.

3. Des griefs exprimés par l'ensemble de l'écosystème

Comme cela est indiqué ci-dessus, des sociétés pratiquant différentes activités sur Internet se sont plaintes des pratiques adoptées par Google. Nous vous présentons ci-dessous des exemples de ces plaintes, regroupés dans les grandes catégories suivantes : plaintes concernant les services de cartographie ; les éditeurs en ligne et les agrégateurs d'informations ; les plateformes de publicité et moteurs de recherche concurrents ; les plateformes mobiles et les droits de propriété intellectuelle.

A. Outils de navigation et de cartographie

Les outils de navigation et de cartographie sont devenus très populaires. Ils sont non seulement utiles sur Internet, mais aussi dans le cadre des technologies GPS et de géolocalisation mobile (voir le paragraphe D ci-dessous). En novembre dernier, l'outil de cartographie propre à Google, Google Maps, a été classé premier dans la liste des dix « sites de voyages » les plus visités, devant les autres sites de cartographie tels que MapQuest, Bing Maps et Yahoo! Maps.⁸

Euro-Cities

L'une des premières plaintes déposées contre Google date d'août 2009. Elle a été déposée à l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels (German Federal Cartel Office, FCO) par le Dr. Hans Biermann, propriétaire de la société de cartographie Euro-Cities, qui l'avait exprimée.

⁷Opinion no. 10-A-29 of December 14, 2010 regarding competition in online advertising

⁸<http://www.hitwise.com/us/datacenter/main/dashboard-10133.html> 24 septembre 2011

Selon l'argument principal avancé par le Dr Biermann dans sa plainte, Google propose gratuitement ses services de cartographie. Ce coût est donc inférieur aux prix actuels de production et de traitement des données cartographiques. Les lois allemandes relatives à la concurrence déloyale interdisent de vendre des produits ou services à des coûts inférieurs à leur prix de revient. Elles cherchent ainsi à protéger les PME des grands acteurs de l'industrie, qui peuvent se servir du subventionnement croisé pour conquérir de nouveaux marchés. Cette plainte a également démontré la façon dont Google favorise ses propres produits : elle révèle que les liens créés par Google ne mènent qu'à Google Maps et AdSense. Ainsi, le groupe peut proposer gratuitement ses services de cartographie tout en excluant ses rivaux commerciaux de la plate-forme d'activités en ligne. Par ailleurs, Google a attribué des licences à des sociétés tierces pour leur permettre d'utiliser ses outils d'itinéraire et de cartographie gratuitement et sans la publication d'aucune publicité. À l'inverse, les concurrents de Google dans le secteur de la cartographie, tels qu'Euro-Cities, se sont vus contraints de commercialiser leurs services en faisant de la publicité pour leurs cartes ou en les vendant. Les services de cartographie servent ainsi à financer l'achat de données cartographiques, qui se révèle souvent coûteux. Étant donné que Google pratique des prix inférieurs à ceux du marché, ses concurrents ne sont plus capables d'être à la hauteur.

En juillet 2010, le Dr Biermann a également dénoncé des « augmentations inhabituelles et significatives » des coûts publicitaires associés aux termes recherchés. Il a précisé que suite au dépôt de sa plainte, Euro-Cities avait subi des représailles de la part de Google.

Quant aux autres motifs de plainte, ils indiquaient principalement que Google avait empêché Euro-Cities d'accéder aux résultats de recherche de Google. La plainte a été transmise à la Commission en décembre 2010.

En mai 2011, Euro-Cities a déposé une seconde plainte. Elle accusait Google d'avoir conclu un accord anticoncurrentiel avec les fournisseurs d'annuaire téléphonique, Gelbe Seiten (l'équivalent allemand des Pages Jaunes). Selon Euro-Cities, cet accord était contraire aux lois allemandes relatives aux pratiques concertées. Les griefs allégués par cette société datent de juin 2009, lorsque Google et Gelbe Seiten ont conclu un accord de coopération. Selon les termes de cet accord, Google était en droit d'utiliser et d'afficher les offres et les articles de Gelbe Seiten dans ses résultats cartographiques et de recherche. En contrepartie, Gelbe Seiten était en droit de placer gratuitement des publicités sur Google. Gelbe Seiten a ainsi évité de devoir participer aux enchères proposées par AdWords sous les mêmes conditions que les autres sociétés. Euro-Cities aurait dû payer des prix plus élevés pour atteindre le même niveau que Gelbe Seiten. À l'origine, l'organisme de réglementation allemand a transmis cette plainte à la Commission. Cependant, en juin 2011, cette dernière a confirmé que les motifs de plaintes n'entraient pas dans le cadre de son enquête et a donc transmis l'affaire à l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels. Le 26 juillet, l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels a indiqué au Dr Biermann qu'après une étude approfondie de l'affaire, il n'avait pu conclure que celle-ci ne justifiait aucun motif de plainte portant sur des intérêts communs. Toutefois, il ne tient qu'au Dr Biermann de présenter l'affaire aux tribunaux allemands.

Euro-Cities n'est pas la seule société victime de ce modèle commercial proposant gratuitement des services de cartographie, comme Google Maps. Selon des articles de presse, la société de cartographie *United Maps*, située à Munich, a déposé une demande d'insolvabilité en mai 2011. Cette société a développé une application « Walk & Run » (« Marche et cours ») pour l'iPhone. Selon *United Maps*, cette application est maintenant dépassée en raison de la rapidité

des développements qui rythme ce domaine d'activité, et, plus particulièrement, étant donné que plusieurs grands fournisseurs, comme Google Maps, proposent gratuitement leurs services.⁹

B. Éditeurs et agrégateurs d'informations

Les éditeurs et les agrégateurs d'informations représentent une grande partie des plaignants, qu'ils proviennent de sites d'agrégation d'informations, de journaux ou d'associations d'édition. Nous avons exposé ci-dessous certains exemples qui démontrent comment Google a abusé de la position dominante qu'il détient dans ce domaine.

Éditeurs allemands – BDVZ et VDZ

L'année dernière, en décembre, une autre affaire a été transmise à l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels. Elle émanait des associations d'éditeurs allemands, de la Fédération des éditeurs de journaux allemands (Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger, BDZV) et de l'Association des éditeurs de magazines allemands (Verband Deutscher Zeitschriftenverleger, VDZ). Les motifs de ces plaintes, déposées par VDZ et BDZV, portaient sur l'exploitation non autorisée que pratiquait Google sur les contenus en ligne de ses membres, sans leur fournir une part équitable des revenus publicitaires.

En décembre 2009, BDZV et VDZ ont déposé une plainte à l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels. Selon cette plainte, Google avait abusé de sa position dominante en tirant profit des services proposés par ses membres, sans leur fournir de compensation en échange. Ces associations estiment que, selon ses résultats de recherche et son portail Google News consacré aux actualités, Google a extrait des faits divers actuels (des « bribes ») sur d'autres portails en ligne consacrés aux actualités, afin de compléter sa propre offre d'actualités. Ainsi, Google a exploité ces « bribes », qui dévoilent généralement les éléments essentiels d'un fait divers. Le groupe s'est donc évité des coûts en termes de rémunération de journalistes et de recherche documentaire. Les lecteurs pouvaient disposer des informations essentielles tout en restant connecté sur la page d'accueil de Google. Le groupe pouvait donc engranger des revenus grâce aux lecteurs et les personnes ayant investi dans la création de ces contenus se voyaient privées de ces revenus. Les associations se sont plaintes que Google avait touché des revenus publicitaires en exploitant les contenus qu'elles proposaient, et que Google aurait dû partager ces gains avec les éditeurs. En revanche, les éditeurs ont perdu des revenus publicitaires parce que les utilisateurs ne devaient plus cliquer sur les articles proposés, et naviguaient donc plus longtemps sur le site Google News. Google avait donc plus d'une opportunité d'afficher des publicités.¹⁰ Comme si cela ne suffisait pas, un seul moyen permettait aux éditeurs d'empêcher Google d'exploiter leurs contenus : accepter d'être exclus collectivement de ses résultats de recherche, ce qui s'apparenterait à un suicide commercial. Comme l'a expliqué le porte-parole de ces associations :

*« Google affirme qu'il nous fournit du trafic. Le problème, c'est que Google touche des milliards et que nous ne touchons rien ».*¹¹note en bas de page en anglais

Ces associations ont également soulevé d'autres problèmes. Selon elles, Google aurait exercé une politique d'exclusivité sur ses résultats de référencement naturel en discriminant ses nouveaux rivaux mais aussi en favorisant le placement des résultats de recherche qui affichaient ses propres

⁹<http://www.rws-verlag.de/hauptnavigation/aktuell/news-detail/article/57/Pohlmann-Hofmann-Insolvenzverwalter-United-Maps-GmbH-sucht-Kaeufer-fuer-Technologie.html>

¹⁰<http://www.moz.de/artikel-ansicht/dg/0/1/126289/>

¹¹<http://www.nytimes.com/2010/01/19/technology/19antitrust.html>

contenus (comme Google News, Google Maps et Google Video) et ceux de ses partenaires (notamment, Deutsche Bahn AG et l'UEFA, en Allemagne), au détriment des autres sites.

One News Page

One News Page a également exprimé ses préoccupations concernant la manipulation des résultats de recherche, qui reprennent celles qui ont été soulevées par BDVZ et VDZ, mais aussi par le moteur de recherche verticale Foundem (voir ci-dessous). One News Page est un site spécialisé dans les actualités, également membre d'ICOMP. Google lui a imposé une pénalité inexplicable de neuf mois entre mai 2009 et février 2010, ce qui a provoqué une chute de 90 % de son trafic organique. Peu de temps avant cette sanction, le nombre de visiteurs de ce site Web a culminé à 18 000 par jour. Puis le trafic a considérablement chuté et n'a plus dépassé les 700 visiteurs par jour. Google, qui indexait presque cinq cent mille pages pour ce site, n'en a plus affiché que 900. À ce moment, rien ne pouvait arriver de pire à One News Page. En effet, cette société venait juste d'achever une levée de fonds. Suite à cette pénalité imposée par Google, sans explication ni signe avant-coureur, elle a dû réviser son plan d'entreprise. Tout comme Foundem, la société a essayé d'engager le dialogue avec Google, mais n'a reçu aucune justification ni explication de sa part.¹²

Suite à cette baisse, Marc Pinter-Krainer, propriétaire de One News Page, a mis en place une campagne, avec le concours d'ICOMP, pour favoriser une plus grande transparence des moteurs de recherche, www.HaveBeenPenalized.com. L'une des initiatives de One News Page a été d'inclure un sondage réalisé auprès de 1 000 entreprises au Royaume-Uni et aux États-Unis qui a conclu que 24 % d'entre elles avaient subi une baisse considérable et inexplicable du trafic de leurs sites avec seulement 1 répondant sur 10 conscient que de telles réductions pouvaient être la conséquence de pénalités cachées de moteurs de recherche.¹³ La campagne « Have I been penalized? » (Ai-je été pénalisé ?) vise à encourager les moteurs de recherche et à augmenter la transparence, particulièrement avec les pénalités. Les propriétaires de sites Web devraient avoir le droit de savoir si leur site a fait l'objet de pénalités et pourquoi. [HaveBeenPenalized.com](http://www.HaveBeenPenalized.com) réclame également une procédure d'appel suffisante et claire et invite les sociétés et individus susceptibles de s'associer à cette campagne pour une plus grande transparence à rejoindre sa liste de diffusion et ses débats sur Twitter.

Copiepresse

Samedi 16 juillet, Le Soir, quotidien francophone le plus vendu en Belgique, affichait une couverture pour le moins inattendue. Les nouvelles relatant une longue saga (comment former un nouveau gouvernement fédéral plus d'un an après les élections parlementaires) ont été remplacées par d'autres : la bataille opposant Google au quotidien francophone belge. L'illustration de la couverture montrait un écran de recherche Google avec le texte « les journaux francophones belges censurés » dans la boîte de recherche.

La veille, Google avait retiré les journaux belges de langue française des résultats de son moteur de recherche. L'acte de Google ressemblait à une mesure de représailles en réponse à la décision la plus récente d'une longue bataille juridique opposant Google à Copiepresse, société belge de gestion des droits d'auteur de journaux francophones et germanophones.

¹²<http://www.telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/6752836/Website-at-a-loss-as-to-why-it-disappeared-from-Google.html>

¹³Voir la vidéo disponible à l'adresse <http://www.i-comp.org/members/view/139>

Copiepresse avait contesté l'utilisation non autorisée d'un article de l'un de ses membres par Google dans sa rubrique Google Actualités. Après plusieurs victoires consécutives de Copiepresse devant les tribunaux belges, la Cour d'appel de Bruxelles a condamné Google fin mai 2011 et lui a interdit de publier des articles issus du journal belge dans son service Google Actualités, sous peine d'une amende journalière de 25 000 € et d'un montant de dommages à déterminer.

La réponse de Google a été spectaculaire : supprimer les journaux belges de son moteur de recherches et pas seulement de Google Actualités. Google s'est défendu en affirmant qu'il avait fait cela pour se conformer à la décision de la Cour. Or, il était évident que la décision ne s'appliquait qu'à l'usurpation de contenu et non à la liste de sites Web d'éditeurs de journaux. Cependant, le journal belge a interprété cette mesure comme des représailles et a réagi en menaçant de porter plainte devant le Conseil belge de la Concurrence.

Le Soir a publié les faits en une, dans son éditorial et en tête de sa section économique, rappelant à ses lecteurs que Google est également « la plus grande agence de publicité au monde ». La Libre Belgique, autre quotidien belge francophone majeur, a fourni un guide permettant de trouver ses articles, expliquant aux lecteurs de saisir l'URL de son site Web et de ne pas utiliser Google.

Finalement, le lundi suivant, le « boycott » de Google avait pris fin. Les journaux ont réapparu dans les résultats de recherche de Google. La société s'est justifiée en déclarant avoir reçu la permission de la part de Copiepresse de réintégrer ses sites aux résultats de recherche de Google mais aussi la garantie que Copiepresse n'appliquerait pas de sanction pour violation des droits d'auteur.

FIEG

FIEG est la Fédération italienne des éditeurs de journaux. En août 2009, la FIEG a porté plainte officiellement auprès des autorités antitrust italiennes (AGCM) avançant que Google ne répertoriait que les sites des membres de la FIEG à condition qu'ils acceptent d'autoriser l'utilisation gratuite de leur contenu par le nouveau service d'agrégation d'informations de Google, Google Actualités.¹⁴ Selon la FIEG, cette mesure a eu un impact négatif sur la capacité des éditeurs à attirer les publicitaires et les utilisateurs vers leur page d'accueil.

En mars 2010, l'AGCM a étendu son enquête pour inclure les conditions contractuelles imposées aux sites Web pour leur publicité en ligne.¹⁵ Ses recherches ont notamment porté sur les conditions générales d'AdSense de Google, dont la rédaction manque de transparence pour les publicitaires en termes de pourcentage de leurs recettes provenant de la publicité vendue par Google sur leurs sites par l'intermédiaire d'AdSense. L'AGCM a également pris en compte le fait que les conditions générales autorisaient Google à changer de manière unilatérale la structure des prix à tout moment et à sa seule discrétion.

Le 17 janvier 2010, l'AGCM a accepté l'engagement de Google à résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la FIEG. Les mesures entreprises comportaient un engagement pour permettre aux éditeurs de sélectionner ou de supprimer leur contenu de Google Actualités Italie, sans pour autant compromettre leur présence dans les moteurs de recherche de Google ni leur classement parmi les résultats de recherche de Google. Google a également entrepris d'informer les éditeurs des parts de revenus qu'ils recevraient provenant des gains amassés par Google

¹⁴<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/3602-a420-aviata-istruttoria-nei-confronti-di-google-italia-a-seguito-di-una-denuncia-della-fieg.html>

¹⁵<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/4902-a420-fieg-federazione-italiana-editori-giornaligoogle.html>

en vendant de la publicité sur leurs sites. Google s'est également engagé à lever l'interdiction de sondages menés par des tiers pour déterminer combien de fois les utilisateurs ont cliqué sur chaque publicité.¹⁶

Le cas de la FIEG, tout comme la plainte des éditeurs allemands, démontre à quel point Google profite de sa position de leader sur le marché des recherches sur Internet et sur celui de la publicité liées aux recherches afin de renforcer sa position de force sur le marché dans d'autres services connexes, comme la cartographie et les actualités. Néanmoins, l'exemple de Copiepresse décrit plus haut indique que les règlements et solutions mis en place dans un pays (dans le cas de la FIEG, l'Italie) ne sont pas nécessairement appliqués ailleurs même s'ils ont été obtenus par une autorité nationale de concurrence.

C. Moteurs de recherche et plates-formes de publicité concurrents

Comme nous l'exposerons plus loin dans ce document, Google exerce une position dominante dans le domaine des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches. Il n'est donc pas surprenant que bon nombre des plaignants mais aussi des concurrents potentiels ou directs de Google aient subi les conséquences du comportement de Google. Les portails de consommateurs, les moteurs de recherche verticale et les plates-formes publicitaires concurrentes ne constituent que quelques exemples des victimes de Google.

Ciao!

Ciao! est l'une des premières entreprises à avoir signalé ce problème aux autorités de concurrence en Europe. Ce fournisseur leader de portails de consommateurs et de comparaison de prix en Europe a été racheté en 2008 par Microsoft. Il fournit aux consommateurs, dans plusieurs pays et langues, des informations et comparaisons détaillées relatives aux prix de plus de 10 millions de produits. En 2009, Ciao! s'est plaint à l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels de l'abus de position dominante exercé par Google, avec pour motif les mesures de représailles prises par Google à l'encontre de Ciao! après son acquisition par Microsoft en :

- exigeant que Ciao! ne traite qu'avec le réseau publicitaire AdSense de Google, interdisant de cette manière à Ciao! et les autres sur qui Google disposait d'obligations d'exclusivité similaires, de travailler avec d'autres réseaux publicitaires ;
- limitant l'accès de Ciao! aux données d'AdSense, auxquelles Google lui avait précédemment donné accès et qui avaient permis à Ciao! d'optimiser ses revenus dans la vente d'annonces publicitaires en améliorant les performances de son programme publicitaire ;
- en empêchant Ciao! d'effectuer un suivi des clics sur les publicités AdSense, ce que Google avait précédemment autorisé mais qui avait aussi permis à Ciao! d'améliorer les performances de son programme AdSense et de vérifier le nombre de clics reportés sur les publicités fournies par Google, empêchant alors Ciao! d'analyser ses performances.

Ces pratiques étaient hautement anticoncurrentielles : selon Ciao!, elles ont affaibli sa position de concurrent sur les marchés des espaces de recherche et de la publicité sur les moteurs de recherche en l'empêchant d'optimiser ses publicités en ligne. Cette conduite a également eu pour effet d'empêcher les autres plates-formes d'intermédiation publicitaire d'offrir leurs services

¹⁶Communiqué de presse de l'AGMC, 17 janvier 2010

à Ciao! En décembre 2010, l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels a transféré l'affaire à la Commission européenne puisqu'elle s'occupait déjà de plusieurs affaires similaires.

Foundem

Foundem, une nouvelle entreprise technologique fondée par Shivaun et Adam Raff en 2005, était le deuxième membre d'ICOMP à porter plainte officiellement contre Google. Foundem est l'un des sites de comparaison leaders du Royaume-Uni et offre des services de comparaison d'emplois, d'appareils électriques, de vols, d'hôtels, de matériel informatique, de propriétés immobilières et de livres, entre autres.¹⁷ La technologie de recherche verticale brevetée de Foundem propose des services de comparaison de haute performance sur son propre site et à un grand nombre de grandes sociétés de médias du Royaume-Uni, notamment Bauer, IPC Media et Future. En décembre 2008, Foundem a été élu meilleur site de comparaison de prix du Royaume-Uni par The Gadget Show (le programme télévisé sur les technologies le plus important du Royaume-Uni).

En février 2010, Foundem a déposé sa première plainte officielle directe auprès de la Commission européenne au sujet des pratiques en ligne de Google sur les marchés des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches. Les pratiques contestées sont liées aux classements actuels de recherches universelles de Google et aux pénalités imposées à Foundem entre 2006 et 2009 concernant les recherches et AdWords.

En mai 2007, Google a lancé la recherche universelle grâce à laquelle ses services occupent les premières places des résultats de recherche pour certains types de recherches. Cela permet de contourner les algorithmes appliqués aux autres sites Web et ainsi de fausser le classement normal des recherches. Google a qualifié la première étape de la recherche universelle de « *mécanisme de classement avancé qui compare automatiquement et objectivement les différents types d'information* ». Dans le cadre de cette plainte, Foundem a présenté des preuves irréfutables sur la manière dont Google favorise sa propre offre de recherche verticale, la Google Product Search (anciennement Froogle), au détriment des autres concurrents de recherche verticale qui ont vu leur trafic diminuer de manière significative, notamment Foundem mais aussi Shopping.com, Pricerunner, Nextag, Dealtime, Ciao.co.uk et Kelkoo.¹⁸ La Vice-présidente de Google, Marissa Anne Mayer, en est presque venue à admettre que les moteurs de recherche verticale menacent sérieusement les affaires de Google. En effet, la société considère qu'ils bénéficient d'un avantage concurrentiel important :

« alors que certains de nos concurrents sont toujours occupés à développer de petits moteurs de recherche verticale dont vous devez vous souvenir de leur existence, nous sommes occupés à résoudre un problème informatique très complexe. Comment transformez-vous ces médias hétérogènes en un ensemble cohérent de réponses et comment synthétisez-vous tout cela ? »¹⁹

Pourtant, les problèmes de Foundem ne se sont pas arrêtés là. En plus de voir son référencement naturel faussé par Google, Foundem a été victime de sanctions imposées par la société dans le domaine des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches.

¹⁷<http://www.foundem.co.uk/>

¹⁸ComputerWorld, http://www.computerworld.com/s/article/9140630/Google_VP_Mayer_describes_the_perfect_search_engine?taxonomyId=16&pageNumber=1

¹⁹Cet aspect de la plainte de Foundem est depuis peu devenu le sujet d'une audience au Sénat aux États-Unis lors de laquelle le sénateur Michael Lee a présenté un graphique tiré d'une étude comparant le classement des résultats de Google Product Search à ceux de sites de comparaison de produits, dont NextTag et PriceGrabber, et où les résultats de Google Product Search sont constamment classés en troisième position. Le sénateur Lee a accusé Google d'avoir « *tout orchestré pour rester en troisième position* »

Avant juin 2006, Foundem était référencé normalement dans les résultats de recherche de Google. Mais, à partir de cette date, Google a infligé une sanction de recherche à Foundem en l'excluant automatiquement de ses résultats de recherche, sauf en cas de recherche portant sur le mot « Foundem ». Foundem a envoyé une série de demandes de reconsidération à Google, notamment à son équipe en charge de la qualité. Or, l'entreprise n'a reçu aucune réponse satisfaisante. Aucun représentant de Google n'a reconnu jusqu'à présent l'existence d'une sanction de recherche et il n'y a jamais eu d'intervention manuelle de Google (c'est-à-dire « autorisation ») permettant à Foundem d'échapper à l'application de cette sanction. Suite à l'accroissement de l'intérêt des journalistes, Google a finalement été disposé à dialoguer avec Foundem qui fut remis sur liste blanche en décembre 2009.

En août 2006, Foundem a également été victime d'une sanction d'AdWords relatives aux liens sponsorisés, qui a augmenté de manière exorbitante son coût par clic de 10 000 %. Foundem a vu ses scores de qualité baisser du jour au lendemain de 10/10 à 1/10, ce qui l'a exclu du marché. Foundem s'est engagée pendant plus d'un an dans une série d'appels par l'intermédiaire de l'équipe de support d'AdWords de Google. Comme précédemment, les demandes de Foundem visant à annuler la sanction ont été systématiquement rejetées jusqu'en août 2007. À cette date, Google a manuellement autorisé Foundem et lui a avoué qu'il avait été rétrogradé par un nouvel algorithme spécialement conçu pour détecter et pénaliser les services de recherche verticale, comme les comparateurs de prix et de voyages.

eJustice & 1plusV

eJustice est un moteur de recherche juridique français totalement gratuit et uniquement financé par la publicité. eJustice appartient à 1plusV, qui est le créateur d'une « technologie de recherche hybride innovante » nommée VSearch et qui a lancé une série de moteurs de recherche verticale basés sur cette technologie. En mars 2010, eJustice.fr s'est plaint de Google auprès de la Commission, dénonçant sa tentative de l'évincer du marché en retirant son moteur de recherche juridique de sa liste, l'empêchant ainsi d'apparaître dans les résultats de recherche de Google.

Il est entendu que le principal motif de la plainte à ce moment là était que, à l'instar de l'affaire Foundem, des sanctions de recherche avaient été imposées à eJustice en 2007. Ces sanctions ont eu des conséquences négatives importantes sur le nombre de visites du site et ont entraîné une baisse de ses revenus issus de la publicité. eJustice s'est plaint des pressions de Google pour l'inciter à adopter l'algorithme et le réseau publicitaire de Google.

Le 30 novembre, la Commission a annoncé qu'elle avait entamé une procédure formelle d'examen sur les pratiques en ligne de Google, y compris les pratiques remises en cause par eJustice. Quelques temps après, en février 2011, 1plusV a déposé une nouvelle plainte fondée sur les points également soulevés dans l'affaire Foundem. Les principales inquiétudes étaient les suivantes :

- Google avait rayé de sa liste d'autres sites appartenant à 1plusV à titre de représailles contre la plainte d'eJustice. Ces sites ont été réintégrés en novembre 2010 après l'ouverture formelle d'une enquête par la Commission et ce, même si le contenu de 1plusV restait inchangé. Ces éléments démontrent une nouvelle fois l'utilisation de la pratique d'autorisation manuelle à laquelle Foundem a également fait référence dans sa plainte.
- Entre 2006 et 2010, Google avait interdit à 1plusV d'utiliser AdSense, son service publicitaire. 1plusV avait donc plus de difficultés à monétiser son service gratuit grâce à la publicité.

- Google a préféré répertorier ses propres services dans le classement de recherche naturel. 1plusV a notamment mis l'accent sur le fait que Google publie des millions de liens vers des pages de sa propre activité de recherche verticale, Google Books, tout en refusant de répertorier des pages similaires sur des moteurs de recherche concurrents en raison de leur prétendu manque de contenu original.

Suite à cette plainte soumise à la Commission le 28 juin, 1plusV a déposé une demande de dommages et intérêts de 295 millions d'euros contre Google devant le Tribunal de commerce de Paris. **Cette demande est considérée comme la plus importante jamais enregistrée contre Google en Europe pour infraction aux règles de concurrence.**

Les principaux éléments de cette demande reprennent la plainte en attente déposée par 1plusV devant la Commission. 1plusV avance qu'entre 2007 et 2010, trente moteurs de recherche verticale créés par 1plusV ont été boycottés (certains d'entre eux ont récemment été autorisés) ce qui a entraîné des dommages irréparables. Selon 1plusV, si ces trente moteurs de recherche avaient été autorisés à concurrencer le marché, les ventes annuelles auraient dépassé les 30 millions d'euros.

Les procédures judiciaires devraient durer entre 16 et 24 mois. Nous devrions nous attendre à voir le nombre de demandes de dommages et intérêts déposées contre Google augmenter dans les tribunaux de l'Union européenne, étant donné la proportion de sociétés en ligne qui subissent des pertes en raison du verrouillage anticoncurrentiel. Ces réclamations devraient prendre la forme d'actions de suivi des décisions des régulateurs visant à repérer les comportements anti-compétitifs et les réclamations indépendantes.²⁰

Navx

Une autre affaire s'est soldée par une action en justice devant un tribunal national, à savoir la décision prise par l'Autorité de la concurrence française au sujet de Navx. Navx commercialise des bases de données utilisées sur les dispositifs de navigation GPS. Par exemple, Navx commercialise des bases de données qui permettent aux utilisateurs d'un dispositif TomTom ou Garmin de visualiser les prix des carburants de différentes pompes mais aussi l'emplacement des radars routiers, pratique illégale en France. Le 13 novembre 2009, sans avertissement préalable, Google a brusquement interdit à Navx de publier sa publicité sur la plate-forme publicitaire de Google AdWords. La société partait du principe que Navx avait enfreint la « politique de contenu » de Google, qui interdisait apparemment les sites offrant des services destinés à éviter les contrôles routiers. Néanmoins, Google n'a pas interdit à d'autres fournisseurs de services GPS, y compris les leaders du marché en France, d'offrir leurs services et a, par conséquent, exercé une discrimination illégale contre Navx.

Le 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence française a adopté une décision provisoire détaillée établissant que Google avait fait preuve d'un manque de transparence vis-à-vis de Navx et qu'il avait eu un comportement discriminatoire et abusif équivalent à une violation des règles de concurrence de l'Union européenne. Ce manque de transparence était injuste et restreignait la liberté commerciale de Navx et des tiers dans leur choix de partenaires commerciaux. En outre, cette discrimination a empêché Navx de pouvoir afficher de la publicité sur la plate-forme de recherche dominante. À son tour, ce manque de transparence, et plus encore la discrimination, a privé les consommateurs de leur choix en matière de services GPS qu'ils utilisent. Il a été demandé à Google de corriger son comportement dans les plus brefs délais.²¹

²⁰<http://www.ejustice.fr/Pdf/1plusV%20-%20EN%20QandA%20-%2028%20June%202011.pdf>

²¹No note found

Le 13 juillet 2010, Google a proposé plusieurs solutions qui ont été soumises aux acteurs du marché et qui ont été modifiées en conséquence pour refléter les observations faites lors du test du marché. Le 4 octobre 2010, l'Autorité de la concurrence française a approuvé les engagements contraignants suivants applicables aux clients d'AdWords de Google qui font de la publicité en France :

- Google fournira plus de détails sur la politique d'AdWords. La société précisera notamment dans quelle mesure sa politique liée aux contrôles routiers s'applique en France aux dispositifs d'avertissements et aux bases de données indiquant la position des radars. En outre, elle définira le champ d'application d'une telle politique, par exemple, si elle s'applique au texte de la publicité, aux mots clés ou au site Web lié à la publicité.
- Google fournira un préavis de trois mois et mettra en place un système de notification relatif à tous les changements réduisant le champ d'action de la politique d'AdWords concernant les contrôles routiers en France. Ce délai peut être contourné lorsqu'il existe un risque important et immédiat pour les publicitaires, utilisateurs de Google ou Google.
- Google fera état des raisons et circonstances pouvant mener à la suspension d'un compte AdWords pour les contrôles routiers en France, y compris un système d'avertissement préalable et définitif. Comme indiqué plus haut, Google peut se soustraire à cet engagement en cas de risques importants et immédiats.

Les mesures entreprises sont entrées en vigueur le 1er janvier 2011 et le resteront jusqu'en décembre 2013. Un grand nombre de participants de l'étude de marché ont été déçus par ces engagements, dont Navx lui-même. Nous nous y attarderont plus en détails dans la section VI. Mais, il est intéressant de souligner les propos de Navx avançant que les engagements devraient lui fournir une compensation financière, argument rejeté par l'Autorité de la concurrence française. En conséquence, Navx a déposé une demande de dommages et intérêts de 7 millions d'euros devant le Tribunal de commerce de Paris en octobre 2010 au motif que Google avait bloqué son compte AdWords.

Microsoft

En mars 2011, Microsoft a déposé une plainte devant la Commission européenne dépassant les plaintes que nous avons déjà mentionnées. Elle se base sur l'interopérabilité et la publicité, pas uniquement sur la manipulation et le contenu des recherches. La plainte a également soulevé une question très importante sur la manière de développer un moteur de recherche suffisamment compétitif.

En répondant à cette question, Microsoft, tout comme les nombreux participants à l'étude de marché menée par Commission dans la décision *Microsoft/Yahoo! Search Business*, met en évidence la nécessité d'obtenir de l'ampleur pour offrir une concurrence en ligne efficace. Les rendements d'échelle augmentent rapidement lorsqu'une plate-forme de recherche est petite. Mais, à mesure que ces moteurs de recherche prennent de l'ampleur, les rendements pouvant être obtenus grâce à une plus grande ampleur diminuent et stagnent. Google s'en est rendu compte et s'est lancé dans de nombreuses pratiques visant à empêcher ses concurrents de se développer et ainsi d'offrir une concurrence efficace, même si cela doit signifier des bénéfices bien moins élevés (et en effet marginaux) pour Google.

Voici quelques exemples des démarches entreprises par Google pour priver ses concurrents de leur capacité à se développer :

- Google a restreint l'accès de certains concurrents au contenu essentiel sous le contrôle de Google, comme les vidéos (notamment YouTube) et les livres scannés, bloquant l'accès à ce contenu. Cette action a eu pour effet d'empêcher les moteurs de recherches concurrents d'obtenir des résultats pertinents, d'augmenter leurs coûts et d'entraver leur capacité à offrir des services compétitifs, tout en sacrifiant volontairement le trafic vers YouTube et ses sites de livres. Google a également empêché le nouveau Windows Phone de Microsoft, concurrent de Google Android, de fonctionner correctement avec YouTube.
- Google a développé un réseau d'accords exclusifs non-économiques à long terme avec des éditeurs et des distributeurs, interdisant contractuellement aux principaux sites Web d'utiliser des services de recherche concurrents et de distribuer des barres d'outils de recherche concurrentes. Cette démarche empêche les concurrents d'attirer des utilisateurs et tend à cantonner les utilisateurs d'ordinateurs aux services Google.
- Google a signé des contrats empêchant les publicitaires d'utiliser des données de manière interopérable, ce qui les a découragés de mener des campagnes publicitaires sur des plates-formes concurrentes, plus connues sous le nom de « multi-hébergement ».
- Google manipule les résultats naturels de recherche, discriminant de cette manière les concurrents potentiels en augmentant les frais dont ils doivent s'acquitter afin d'occuper une place de choix pour leurs publicitaires et d'attirer les utilisateurs.

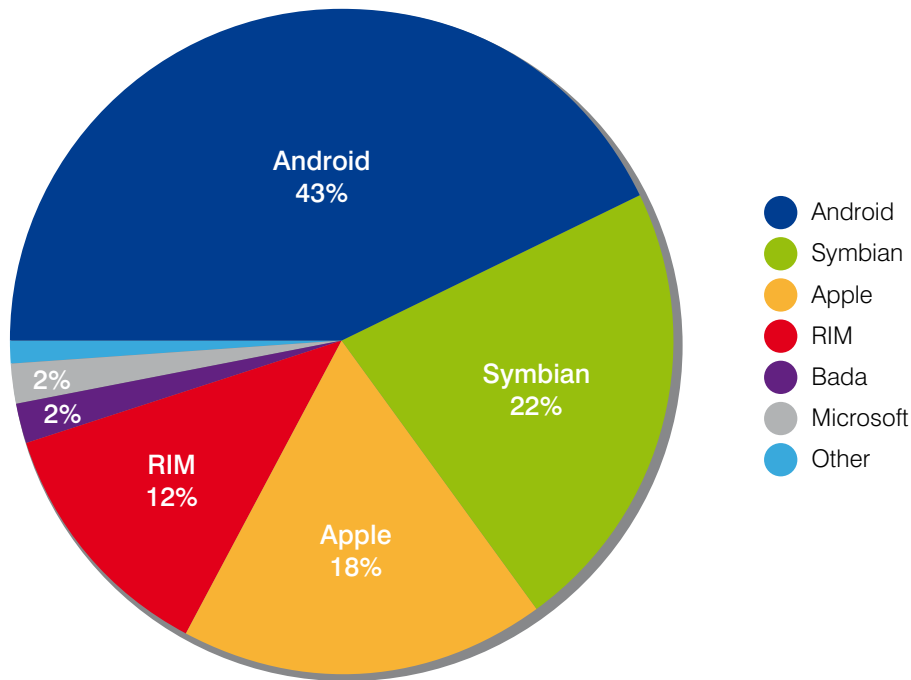
Ces pratiques ont permis de s'assurer que la position dominante de Google demeure incontestable en anticipant les opportunités d'optimisation des bénéfices, dans le but de priver les moteurs de recherche concurrents d'entrées essentielles, de limiter les options des publicitaires et de dégrader l'expérience générale de l'utilisateur final, ce qui engendre un effet de ralentissement de l'innovation.

D. Plates-formes d'exploitation mobile

La plate-forme de la téléphonie mobile est sans conteste le secteur à explorer étant donné la croissance rapide du nombre de recherches mobiles et de publicités par mobiles. L'avenir d'Internet repose sur ce secteur : environ 10 à 15 % du trafic moyen aux États-Unis provient des appareils mobiles, un chiffre qui devrait encore augmenter.²² Il n'est donc pas surprenant que Google se soit engagé dans une voie lui garantissant (et à lui seul) le contrôle de la plate-forme d'exploitation mobile à long terme.

Comme nous l'avons récemment mentionné, dans le cadre de la plainte de Microsoft, les pratiques anticoncurrentielles de Google ne sont désormais plus limitées aux moyens plus traditionnels, comme l'Internet sur PC : elles sont aujourd'hui omniprésentes sur sa plate-forme de téléphonie mobile. Google a développé « Android », un système d'exploitation mobile. Les systèmes d'exploitation mobile permettent de contrôler le téléphone mobile et ont la même fonction que Windows, Mac OS X ou Linux pour les PC et les ordinateurs portables. Depuis le lancement d'Android, sa popularité, en particulier chez les utilisateurs finaux, n'a cessé de croître et cette tendance va se poursuivre :

²²<http://www.efrontier.com/research/whitepapers/mobile-search-scaling-fast-google-dominating-et>
<http://www.stateofsearch.com/the-growth-of-mobile-search-huge-in-numbers-not-in-ctr-research/>



Source: Gartner Worldwide Smartphone Sales to End Users by Operating System in 2Q11.²³

Le succès des téléphones Android de Google est cependant survenu à un certain prix. Lorsque Google a lancé Android, l'objectif affiché était de créer une « plate-forme ouverte » que les opérateurs, les fabricants et les développeurs pourraient utiliser pour donner vie à leurs idées novatrices et pour s'assurer qu'« aucun acteur de l'industrie ne puisse restreindre ni contrôler les innovations des autres ». Google continue à défendre l'idée selon laquelle son système d'exploitation Android est géré conformément au principe de la transparence. Pourtant, malgré cette revendication selon laquelle son système d'exploitation mobile Android est un logiciel libre, Google s'est refermé et restreint à des modules propriétaires pour nombre des applications et services essentiels à l'expérience Android, comme Google Search, Google Maps, YouTube, Google Voice et l'Android.

Google a automatiquement empêché ses concurrents d'obtenir le volume de requêtes de recherche et de recettes publicitaires dont ils avaient besoin pour le concurrencer. La société a conclu une série d'accords exclusifs de recherche mobile avec des acteurs essentiels, notamment Apple pour son iPhone, puis a élargi son réseau de contrats similaires avec des opérateurs mobiles, comme Vodafone, France Télécom/Orange et Deutsche Telekom. Ces accords exclusifs ont fait de Google le moteur de recherche par défaut non seulement sur tous les appareils Android et Apple mais aussi sur une gamme d'autres périphériques portables distribués par les opérateurs, tels que le BlackBerry de RIM, les téléphones Nokia et le Windows Phone 7. En conséquence, Google retient environ 95 % des requêtes mobiles même sur d'autres appareils portables qu'Android et l'iPhone. Google a pu obtenir ces accords en offrant aux opérateurs des parts généreuses des revenus publicitaires. Cette offre repose sur les profits des monopoles générés par Google via le monopole qu'il a acquis illégalement relatifs aux recherches sur PC et à la publicité sur les moteurs de recherche.

Google a également incité les opérateurs mobiles et les fabricants d'appareils portables à utiliser Android grâce à de fausses promesses de transparence et de liberté. Par la suite, la société a

²³<http://www.gartner.com/it/page.jsp?id=1764714>. Ces données surestiment certainement la possible influence concurrentielle de Symbian à terme puisque la plate-forme n'est désormais plus développée

fait usage de pratiques anticoncurrentielles pour les empêcher de traiter avec des concurrents. Il est entendu que l'enquête menée par la Commission fédérale du commerce des États-Unis sur Google a soulevé des questions quant à l'interdiction de Google aux fabricants de smartphones utilisant Android de faire appel aux services des concurrents.²⁴ Un bel exemple est l'utilisation par Google d'un « Android Compatibility Program » (programme de compatibilité d'Android), un large ensemble d'exigences qui confèrent à Google tout le loisir d'interdire aux fabricants d'appareils et opérateurs d'utiliser le nom Android ou certains services Android clés. Ainsi, Google les empêche-t-il d'utiliser tout autre moteur de recherche, services ou technologies qui lui feraient concurrence.

La compatibilité a fait l'objet d'une bataille juridique aux États-Unis. En septembre 2010, Skyhook Wireless Inc. a, en parallèle, lancé des poursuites contre Google, un procès de brevet devant la cour de district des États-Unis du Massachusetts mais aussi une plainte pour concurrence déloyale devant la cour supérieure du Massachusetts. Skyhook commercialise une technologie de localisation disponible sur les smartphones utilisée afin de détecter la position d'un utilisateur d'appareil mobile pour des services cartographiques et d'autres applications. Sa technologie « XPS » utilise une méthode de triangulation entre les routeurs WiFi pour aider les appareils GPS autorisés à mieux établir la position de l'utilisateur. Pour ce faire, elle met à profit une base de données qui recense en détail les informations de localisation de plus de 250 millions de points d'accès WiFi.²⁵

Le cas de Skyhook repose principalement sur la tentative d'exclusion de Skyhook du marché par Google ; « [...] lorsque Google a compris le manque de compétitivité de la technologie de localisation, la société a fait appel à d'autres moyens pour affaiblir Skyhook et tenter de détruire sa position sur le marché. »

Skyhook a notamment dénoncé le contrôle exercé par Google sur, entre autres, Android et Google Maps pour pousser les fabricants à choisir sa technologie au lieu des systèmes de Skyhook. Google collecte des quantités d'informations impressionnantes à partir des recherches, de Gmail mais aussi d'autres applications. Selon Skyhook, Google a reconnu la valeur immense des informations de localisation. Par conséquent, pour rattraper Skyhook, Google s'est mis à offrir gratuitement Google Locations dans le but de monétiser ses recettes publicitaires.²⁶

Skyhook a également avancé dans sa plainte que Google avait forcé les fabricants d'appareils à mettre un terme à leurs obligations contractuelles, notamment en résiliant les accords passés entre Skyhook, d'une part, et Motorola et Samsung, d'autre part, des fabricants de téléphones mobiles utilisant les systèmes d'exploitation Android de Google. Google a dissuadé Motorola et Samsung de proposer des appareils Android qui utilisent la technologie XPS. À la place, la société les a incités à utiliser les services Google, même si la technologie Skyhook était considérée par beaucoup comme étant supérieure. Skyhook explique que Google a inventé un problème de « compatibilité », puisque la société n'était pas en mesure d'interdire aux fabricants d'utiliser XPS.

Dans un e-mail découvert récemment, un dirigeant de Google a admis que sa société utilisait la compatibilité comme un « club » pour permettre aux fabricants de téléphones de « faire ce qu'ils veulent » et comme une excuse pour refuser d'autoriser les applications de tiers même si Google n'est pas « en mesure d'affirmer que les applications enfrennent le modèle de sécurité Android ». Dans un deuxième e-mail, un autre dirigeant de Google a déclaré combien il serait « désastreux »

²⁴Wall Street Journal, « *FTC Sharpens Google Probe* », 11 août 2011

²⁵Voir Loi 360, « *Skyhook sues Google over cell phone GPS technology* » 16 septembre 2010

²⁶Il est intéressant de souligner que cela s'est produit lors du scandale de Spy-Fi de Google, dans lequel Google a utilisé ses voitures Street View pour recenser des données sur les réseaux sans fil non sécurisés – Voir http://news.cnet.com/8301-30684_3-20007277-265.html

pour la société si l'utilisation par Motorola et Samsung de la technologie XPS attirait de nouvelles entreprises vers Skyhook :

« cela réduira notre capacité à poursuivre notre collecte de données pour maintenir et améliorer notre base de données géographiques ».

Jusqu'à maintenant et au vu de cette preuve, les tribunaux américains se sont opposés aux efforts déployés par Google pour obtenir l'abandon des charges. Comme l'a reconnu la juge Judith Fabricant lorsqu'elle a refusé la demande de jugement en référé de Google, à première vue, l'affaire Skyhook n'est pas en danger d'un point de vue légal.²⁷

Google ne s'est pas seulement caché derrière des problèmes de « compatibilité » pour évincer ses concurrents du marché, il a également utilisé ce concept pour refuser l'accès à ses concurrents aux informations d'interopérabilité dont ils ont besoin pour fournir un accès mobile attractif au contenu en ligne essentiel. Un accès de haute qualité au contenu YouTube constitue un facteur concurrentiel clé permettant de faire la différence parmi les plates-formes mobiles. YouTube est de loin le leader des sites de vidéo en ligne avec plus de 540 millions de visiteurs uniques par mois. Le nombre de visionnages de vidéos en ligne sur les appareils mobiles a augmenté de 160 % en 2009. En outre, YouTube enregistrait 100 millions de visionnages par jour depuis des appareils mobiles à la mi-2010. En raison du refus répété de Google de divulguer les informations d'interopérabilité de YouTube, les téléphones Windows ont subi un désavantage concurrentiel considérable par rapport aux téléphones Android et l'iPhone d'Apple, qui utilisent tous deux Google comme moteur de recherche par défaut.

Grâce à ces méthodes mais aussi à d'autres pratiques anticoncurrentielles, Google a étendu à l'Internet mobile son monopole dans le domaine des recherches et de la publicité liée aux recherches.

E. Droits de propriété intellectuelle – Accord Google Livres

Comme nous l'avons mentionné plus haut, Google a développé une soif d'informations et de données. L'accord Google Livres constitue un exemple de la tentative de Google d'accéder à un domaine relativement inexploité et de le dominer, à savoir les livres. Bien qu'il ne constitue pas une plainte antitrust formelle, l'accord Google Livres proposé a également soulevé d'importants problèmes de concurrence toujours d'actualité et non résolus.

La première intention de Google était de copier les livres sous forme numérique dans le but d'en utiliser des extraits et les références bibliographiques. En 2004, il annonce qu'il a signé des accords avec plusieurs bibliothèques internationales majeures pour copier sous forme numérique des livres et autres documents mais aussi pour mettre en place le « Projet Bibliothèque de Google Livres », une extension de son initiative Google Print.²⁸ Il est important de garder à l'esprit que même si les bibliothèques peuvent stocker et mettre les livres à la disposition du public, elles ne sont normalement pas les propriétaires des droits d'auteur de ces livres. Google a commencé à numériser ces documents dès le lancement du projet et le nombre de livres stockés dans sa base données est estimé à plus de 15 millions.

En 2005, les premiers opposants à Google se sont manifestés aux États-Unis par l'intermédiaire d'un recours collectif au nom de plusieurs auteurs et éditeurs. Les demandeurs ont accusé Google

²⁷Voir American Lawyer.com, « Google Loses Bid to Dismiss Skyhook Antitrust Claims », David Bario, 11 mai 2011

²⁸http://www.google.com/press/pressrel/print_library.html et <http://googleblog.blogspot.com/2004/12/all-booked-up.html>

de violation des droits d'auteur puisqu'aucune autorisation de reproduction préalable n'avait été obtenue pour pouvoir numériser et dévoiler des extraits des millions de livres qui étaient toujours soumis aux droits d'auteur. En conséquence, ils ont réclamé des dommages et intérêts et déposé une demande d'injonction.

En 2006, les parties ont entamé des négociations. Conformément à la législation américaine, le règlement d'un recours collectif nécessite l'approbation d'un tribunal. Le tribunal doit estimer que l'accord est « équitable, adéquat et raisonnable et non le produit d'une entente ». Certaines préoccupations sont nées du fait que l'avant-projet de l'accord de règlement dépassait de loin les attentes du recours collectif et exagérait les problèmes de droits d'auteur et d'antitrust qui constituaient au départ l'objet de la plainte.

Le règlement a eu pour effet d'inverser les droits d'auteur puisque, conformément aux règles normales des droits d'auteur, il est nécessaire d'obtenir un accord préalable. Selon les termes de cet accord de règlement, une distinction a été faite entre les « livres disponibles dans le commerce » que Google pouvait utiliser à des fins de non-affichage et les « livres non disponibles dans le commerce » que Google pouvait afficher. Conformément aux termes de l'accord de règlement, les fins de non-affichage pouvaient notamment inclure des algorithmes de mots clés, l'affichage des informations bibliographiques et les recherches alors que les fins d'affichage permettaient à Google de révéler des extraits, des sommaires voire même le contenu entier de l'ouvrage, entre autres.

La détermination de la part de Google de mettre à disposition ou non un livre dans le commerce s'est résumée à savoir si le livre en question était « disponible » ou « épuisé ». Cela signifiait que Google pouvait numériser tous les ouvrages à des fins de non-affichage et les ouvrages épuisés à des fins d'affichage. La seule protection dont dispose le titulaire des droits est d'exiger la suppression de son ouvrage de la base de données ou de signifier à Google que ses ouvrages ne peuvent être utilisés qu'à des fins de non-affichage.²⁹ Au final, par rapport à la législation relative aux droits d'auteur en vigueur, il n'était pas nécessaire que Google demande la permission avant d'utiliser un ouvrage. En outre, les titulaires des droits d'auteur disposaient de très peu de moyens pour faire valoir leurs intérêts.

Ces éléments ont soulevés des questions spécifiques dans le cas des ouvrages orphelins (c'est-à-dire les ouvrages soumis aux droits d'auteur mais dont les titulaires des droits ne peuvent être identifiés ou localisés). Des procédures définies lors de recours collectifs menés aux Etats-Unis exigent qu'une notification décrivant le recours soit mise à la disposition de ses membres. Ainsi, aucune période de préavis de l'accord conclu entre les parties ne serait susceptible de protéger les titulaires des droits d'auteur d'ouvrages orphelins qui n'auraient pas connaissance de leurs droits.³⁰

Plus de 400 tiers ont émis des objections et des déclarations d'intérêt en relation avec l'accord de règlement proposé par le tribunal. Ces tiers ne comptaient pas uniquement des parties civiles (comme les auteurs et les éditeurs). Des concurrents de Google sur la sphère en ligne (notamment, Yahoo! et Amazon), des associations du secteur privé (comme l'Open Book Alliance) mais aussi le Département américain de la justice et les gouvernements français et allemands se sont joints à eux. La République française, par exemple, a soutenu que l'accord était contraire aux droits d'auteur français, aux directives de l'Union européenne et au Traité sur les droits d'auteur.³¹ Mais

²⁹Accord de règlement, Authors Guild/Google, Inc., affaire 05 CIV 8136 ECF, datée du 28 octobre 2008

³⁰*Op. Cit*

³¹« Memorandum Of Law In Opposition To The Settlement Proposal On Behalf Of The French Republic » (Exposé de droit contre la proposition de règlement au nom de la République française), Authors Guild/Google, Inc., affaire 05 CIV 8136 ECF

ce furent les conclusions du Département américain de la justice qui ont suscité le plus d'intérêt et dont l'impact a été le plus important. Elles furent étonnamment percutantes.

Les déclarations d'intérêt du Département américain de la justice ont établi à titre préliminaire que l'accord cherchait à résoudre « *des préoccupations d'ordre public, pas uniquement privé* » qui constituent « *le type de changement caractéristique réalisé dans la législation, pas par l'intermédiaire d'un accord juridique privé* ». ³² De plus, le Département américain de la justice a conclu que l'accord de règlement proposé soulevait au moins deux problèmes de concurrence « *sérieux* ».

Tout d'abord, l'accord « *attribuerait à Google des droits de fait pour la distribution des ouvrages orphelins* » et « *engendrerait la dangereuse probabilité que seul Google aurait la capacité de commercialiser un service d'abonnement complet à une bibliothèque numérique* ». C'est « *précisément le type d'effet concurrentiel que la Sherman Act [loi antitrust américaine] veut éviter* ».

Par ailleurs, l'accord a été conclu pour restreindre la concurrence tarifaire (1) en créant un mécanisme de partage des recettes de l'industrie au niveau de la vente en gros applicable à tous les ouvrages, (2) en fixant des prix par défaut au niveau de la vente au détail et (3) en régulant la tarification des ouvrages orphelins par rapport aux éditeurs et auteurs dont les livres pourraient concurrencer ces ouvrages orphelins.

Le Département de la justice a également remarqué que l'accord « *ressembl[e] de très près et de manière assez embarrassante aux types d'accords horizontaux caractéristiques de violations per se* » de la loi américaine antitrust.

En raison du grand nombre de contestations, les parties ont convenu de modifier l'accord et la seconde proposition a été approuvée provisoirement en novembre 2009. Cette nouvelle proposition a limité l'accord aux livres en langue anglaise, c'est-à-dire les livres soumis aux droits d'auteur américain, enregistrés à l'Office américain des droits d'auteur ou publiés au Canada, au Royaume-Uni ou en Australie. Il a également établi un fiduciaire pour les ouvrages non réclamés afin de représenter les droits des ouvrages orphelins, en complément du registre mis en place en vertu du premier accord de règlement visant à protéger les titulaires de droits en général. Cette proposition a été suivie d'une audience d'impartialité en février 2011.

Après révision de l'accord de règlement modifié ; le Département de la justice a soumis une déclaration d'intérêt supplémentaire. ³³ Même s'il a reconnu que des améliorations avaient été apportées à l'accord, il a confirmé que les problèmes principaux demeuraient toujours.

En outre, il a notamment soulevé des problèmes d'antitrust similaires aux inquiétudes formulées dans la première déclaration d'intérêt. L'une des inquiétudes les plus vives du Département de la justice est que le règlement modifié n'avait pas réussi à corriger le fait qu'aucune autre entité ne serait capable d'obtenir des droits de la même manière que Google le ferait sur le marché et que, de ce fait, son pouvoir sur le marché demeurerait incontesté.

Le Département de la justice a reconnu que Google jouissait déjà d'une position dominante dans le domaine des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches et que « *cette position dominante pourrait être encore plus ancrée grâce à l'accès exclusif [de Google] au contenu par*

³²Déclaration d'intérêts des États-Unis, Authors Guild/Google, Inc., affaire 05 CIV 8136 ECF, datée du 18 septembre 2009

³³Déclaration d'intérêts des États-Unis, Authors Guild/Google, Inc., affaire 05 CIV 8136 ECF Case, daté du 4 février 2010

l'intermédiaire de l'ASA », contenu que le Département de la justice estimait comme ne pouvant être découvert que par un seul moteur de recherche, Google, considéré à l'abri de la concurrence.

Le Département de la justice en est venu à affirmer qu'un tel résultat « *ne pouvait être obtenu par une avancée technologique dans les recherches ou par une opération des forces normales du marché* » mais qu'il était plutôt « *la conséquence directe de la numérisation de millions de livres sans l'accord des titulaires des droits d'auteur* ».

En ce qui concerne les dispositions du règlement lui-même, le Département de la justice a fait une distinction entre les dispositions qui avaient trait aux « *allégations précises de la violation* », c'est-à-dire les anciennes activités de copie et d'affichage d'extraits d'ouvrages par rapport à ces dispositions qui étaient prospectives. Ces dispositions prospectives faciliteraient « *une exploitation sans fin des ouvrages de toutes les personnes qui ne se retirent pas de ces exploitations* ». Ce problème a lourdement influencé la décision du juge Denny Chin qui a décidé de rejeter l'Accord de règlement modifié.

Le 22 mars 2011, le juge Denny Chin de New York a rendu un jugement établissant que l'Accord de règlement ne « *survivrait pas tel quel* ». ³⁴ Dans son jugement, le juge Chin a déclaré que « *l'accord de règlement irait simplement trop loin* » puisqu'il a renversé la charge de la preuve, de telle façon que les titulaires des droits d'auteur devaient manifester leur intention de protéger leurs droits. Ainsi, Google n'aurait pas besoin de demander leur accord pour utiliser leurs travaux.

Cependant, l'évènement le plus remarquable a été que les principales préoccupations du juge Chin se sont orientées vers le fait que l'accord renforcerait la position dominante de Google sur le marché des recherches sur Internet. Selon le juge Chin, l'accord octroierait à Google un « *monopole de fait sur [au moins] les ouvrages non réclamés* » renforçant ainsi le pouvoir de Google sur le marché des recherches sur Internet. Après avoir accompli sa tâche de numérisation, Google aurait la capacité d'exclure les autres bases de données concurrentes n'incluant pas les ouvrages orphelins et qui, de ce fait, sont bien moins complètes. En autorisant l'utilisation des ouvrages non réclamés, ce règlement, s'il avait été approuvé, aurait conféré à Google un « *droit dont personne d'autre au monde ne disposerait* ». Dans la mesure où toute autre organisation désireuse d'utiliser ces documents devrait supporter la procédure « *rigoureuse* » et « *onéreuse* », comme l'a définie le juge, d'obtention de permission et puisque qu'il paraît peu probable que des droits puissent être obtenus étant donné que leurs auteurs ne peuvent être localisés, le juge Chin a établi que le système d'opposition aurait conféré à Google le pouvoir de développer la base de données la plus complète, renforçant de ce fait sa position dominante.

Enfin, le juge Chin a remarqué qu'il existait une différence entre l'Accord de règlement modifié et les règlements appliqués dans d'autres recours collectifs. Si les membres du recours collectif ne se font jamais entendre, ils ne font qu'émettre des « *réclamations* » de dommages et intérêts pour des griefs passés. Par opposition, dans le cas de l'accord de règlement modifié, si un titulaire de droits ne marque pas son opposition, les réclamations relatives à une conduite passée mais également à une conduite future sont abandonnées. Par conséquent, le juge Chin a recommandé que les parties modifient l'accord pour passer d'une option d'opposition à une option d'adhésion. La troisième version de l'accord est actuellement en négociation. Google ainsi que les plaignants ont signalé qu'ils allaient soumettre une proposition de règlement révisée au tribunal.

Même si cette décision était extrêmement bénéfique pour les auteurs, les autres titulaires de droits

³⁴Authors Guild v. Google, Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011)

et les organisations désireuses de développer des bibliothèques en ligne, il subsiste néanmoins des préoccupations importantes puisque Google poursuit la numérisation des ouvrages vers sa base de données, quasiment sans aucune contestation. En effet, en juin cette année, Google a signé un accord avec la British Library pour rendre 250 000 livres accessibles en ligne.³⁵

Plus récemment cette année, en août, Google a conclu un accord avec le plus important éditeur français, Hachette Livre. Conformément à ce contrat, des dizaines de milliers de livres en français seront fournis sous forme numérique grâce à l'eBook store de Google Éditions. Seul point positif des conditions générales de cet accord, Hachette garderait le contrôle sur les livres pouvant être numérisés et vendus par Google contrairement au règlement modifié en vertu duquel Google aurait été en mesure de numériser tout ouvrage épuisé. Cependant, cet accord met en lumière de sérieuses inquiétudes quant au secteur de la publication et plus encore, puisqu'il permet à Google d'accéder à environ un quart des livres publiés en France.³⁶

Google combine sa recherche Google Books à son projet de recherche universelle afin de s'assurer que ses services littéraires surclassent ceux de ses concurrents. En outre, Google peut faire usage de ces livres pour améliorer les services de traduction qu'il place également au-dessus des services concurrents. Il utilise aussi les associations de mots dans les ouvrages numérisés pour perfectionner ses algorithmes de recherche et les extraits de livres pour répondre aux requêtes de recherche.

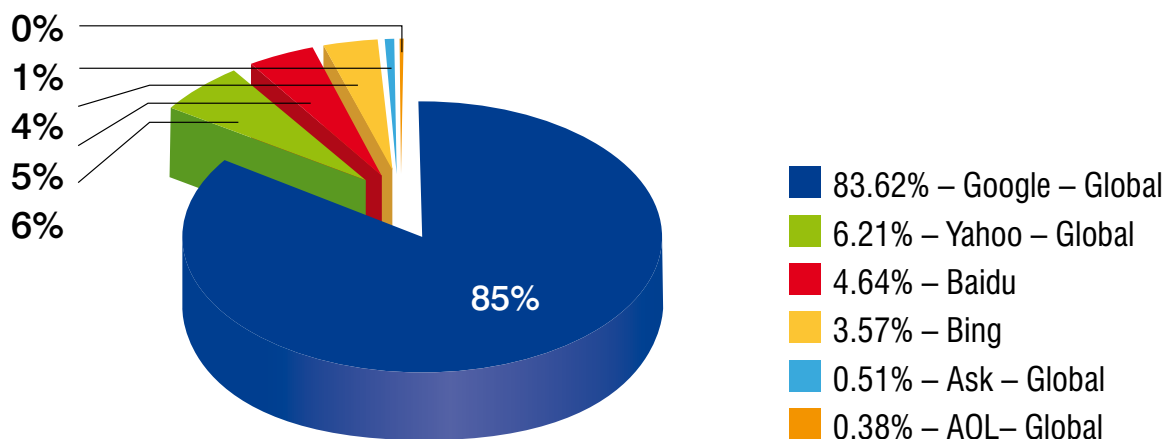
En rendant ses recherches plus complètes que ne le peuvent ses concurrents, Google est capable de gagner de l'ampleur, au détriment de ces concurrents respectueux des lois et des droits d'auteur, qui, contrairement à Google, ne sont pas en mesure d'accéder à une foule de renseignements et qui, par conséquent, sont incapables de développer des produits et services en ligne. Cela se traduit ensuite par une baisse du nombre d'utilisateurs réalisant des recherches sur les plates-formes concurrentes, les rendant alors moins attirantes aux yeux des publicitaires. À l'instar de nombreux autres projets Google, l'accord « Google Books » n'affecte pas uniquement le marché des recherches mais l'intégralité de l'écosystème en ligne.

4. Domination croissante et stratégie d'acquisition

Google a longtemps exercé une position dominante sur les marchés des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches. Sa part de marché a augmenté de manière significative dans le domaine de la publicité par annonce, notamment suite à son acquisition de DoubleClick en 2008. Selon des données statistiques publiées en juin 2011, Google concentre 83,62 % des recherches mondiales. Au niveau de l'Union européenne, le constat est encore plus sombre. Google détient très souvent des parts de marché sur plus de 90 % des marchés nationaux.

³⁵<http://www.telegraph.co.uk/technology/google/8586824/Google-and-the-British-Library-see-relevance-together.html>

³⁶<http://www.nytimes.com/2011/08/08/technology/internet/after-much-ado-a-google-book-deal-in-france.html>



Source: NetMarketShares, June 2011

Outre ses parts dans les marchés des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches, depuis 2001 jusqu'à août 2011, Google a fait l'acquisition de 103 sociétés, dont 30 durant ces douze derniers mois.³⁷ Google a mené une stratégie d'acquisition agressive pendant plusieurs années, en devenant propriétaire de toute une série de sociétés novatrices et pleines de promesses, spécialisées dans de nombreux domaines : les recherches sur Internet et la publicité liée aux recherches, l'intermédiation en ligne, la technologie de la publicité par annonce sur Internet, la publication de recherches sur Internet, la publicité mobile et la recherche verticale de comparaison de prix (notamment pour les vols et les services financiers). Ces transactions ont permis à Google d'assurer ses parts de marché dans les recherches sur Internet et la publicité liée aux recherches. Cependant, elles font également partie d'une stratégie plus vaste de domination des recherches verticales clés et d'autres domaines importants de la publicité en ligne, permettant ainsi à Google de contrôler les marchés en ligne en amont et en aval.

DoubleClick

L'une des premières fusions à signaler et qui a vraiment renforcé la position dominante de Google sur le marché a été l'acquisition de DoubleClick en 2008.³⁸ En avril 2007, Google a annoncé qu'il avait acquis DoubleClick pour 3,1 milliards de dollars en espèces. DoubleClick conçoit et fournit des services de publicité en ligne à des agences, des spécialistes du marketing et des éditeurs qui les proposent à leur tour aux clients. En plus de services auxiliaires, elle commercialise des technologies pour la gestion des annonces publicitaires et la mesure d'audience destinées à des éditeurs de sites Web, à des annonceurs et à des agences publicitaires.³⁹

La commission fédérale du commerce des États-Unis (Federal Trade Commission ou FTC) et la Commission ont entrepris une révision détaillée de la fusion. L'étude de marché de la Commission a défini plusieurs marchés clés. La Commission a tout d'abord établi qu'il n'existait plusieurs marchés de la publicité et qu'une distinction entre publicité en ligne et hors ligne devait être faite.

Sur le *marché de la publicité en ligne*, la Commission a constaté que les annonces textuelles pouvaient ou non être liées aux recherches alors que les affichages publicitaires étaient presque uniquement constitués de publicités non liées aux recherches. Compte tenu de cette distinction, la Commission a étudié la question, sans toutefois se prononcer, de la sous-division ou non

³⁷http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_acquisitions_de_Google

³⁸Affaire N° COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick, 11 mars 2008

³⁹<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/426> et <http://www.ftc.gov/opa/2007/12/googledc.shtm>

du marché en *annonces liées aux recherches et annonces non liées aux recherches*. Dans ce cadre, il a été remarqué que, du point de vue d'un publicitaire, les annonces liées ou non aux recherches ont des effets et des objectifs distincts. Les annonces liées aux recherches visent les centres d'intérêts connus de l'utilisateur alors que les annonces non liées aux recherches sont basées sur une définition moins précise, comme le contexte du site Web. La Commission a également constaté que la publicité en ligne et des marchés plus restreints fondés sur le principe de recherche ou de non recherche devraient être divisés le long des *frontières nationales ou linguistiques au sein de l'EEE*.

La FTC a également adopté une approche similaire concernant la définition du marché, établissant qu'il ne pouvait pas exister un marché pour « toute la publicité en ligne », y compris les annonces liées aux recherches, les annonces vendues par des intermédiaires et les annonces vendues directement. En effet, les publicitaires achètent des inventaires publicitaires variés à des fins différentes. En outre, un type de publicité n'influence pas considérablement les tarifs d'un autre.⁴⁰

La Commission a également considéré qu'il existait un *marché pour l'intermédiation en ligne* en faisant la distinction entre les ventes directes et les ventes par intermédiaire par les éditeurs de sites Web aux publicitaires. Cependant, elle n'a pas tranché la question de savoir si le marché pourrait par la suite être divisé entre les *annonces liées aux recherches et les annonces non liées aux recherches*. Pour ce qui est du marché géographique, la définition de l'intermédiation a été faite à l'échelle de l'EEE. La décision prise par la FTC a adopté la même approche dans la mesure où elle a établi qu'il existait un *marché antitrust approprié à l'intermédiation publicitaire*.⁴¹

Le dernier marché à avoir été défini par la Commission dans sa décision relative à l'affaire *Google/DoubleClick* est celui de la *fourniture de technologies pour la diffusion d'affichages publicitaires en ligne*. La technologie de diffusion d'affichages publicitaires est l'outil utilisé une fois qu'un espace publicitaire est vendu pour s'assurer que la bonne publicité est réellement affichée (c'est-à-dire qu'elle est utilisée) sur le site Web de l'éditeur au bon endroit et au bon moment. La Commission a conclu que l'étude de marché avait confirmé un marché distinct pour la fourniture d'annonces destinées à être affichées et qu'un tel marché ne pouvait pas être *subdivisé en marché pour les annonceurs et marché pour les éditeurs*. Sur le plan géographique, la Commission définit les marchés de la fourniture de technologies pour la diffusion d'affichages publicitaires comme s'étendant, au minimum, à l'ensemble de l'EEE.

L'accord a soulevé de nombreuses préoccupations en Europe et aux États-Unis dans le domaine de la concurrence, se concentrant sur la capacité de Google à se débarrasser de ses concurrents, ainsi que dans le domaine privé. Au niveau européen, les préoccupations portaient notamment sur l'exclusivité des conditions générales de certains contrats publicitaires de Google mais aussi sur des craintes que DoubleClick avait en sa possession une collection unique de renseignements qui, ajoutés aux informations des clients de Google, engendreraient la création de barrières d'entrée.

Suite à sa première enquête, la Commission a signalé que le projet d'acquisition entraînerait des problèmes de concurrence sur les marchés de la commercialisation et de la gestion des annonces publicitaires en ligne. Elle s'est ensuite engagée dans une révision plus approfondie, notamment pour déterminer si DoubleClick aurait pu devenir un « concurrent effectif de Google » et si avec la création d'une société ayant accès à tous les composants de la procédure de publicité en

⁴⁰<http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>

⁴¹*Ibidem*

ligne (espaces publicitaires en ligne, services d'intermédiation et l'affichage publicitaire en ligne), l'accord aurait pu avoir des conséquences anticoncurrentielles pour ses rivaux et un impact négatif sur les consommateurs.

Suite à l'enquête approfondie menée par la Commission, cette dernière a autorisé la fusion en mars 2008, établissant que :

- Google et DoubleClick n'exerçaient pas de fortes pressions concurrentielles sur leurs activités mutuelles et que les deux entreprises ne pouvaient donc pas être considérées comme des concurrents à cette époque.
- Il serait impossible de mettre en œuvre des stratégies visant à marginaliser les concurrents de Google, principalement en raison de la présence d'autres outils crédibles de diffusion d'annonces vers lesquels les clients peuvent se tourner.⁴²

La FTC a approuvé l'acquisition par un vote à 4 voix contre 1 pour des motifs similaires, considérant que sur des marchés de diffusion d'annonces tiers, la concurrence entre les sociétés était acharnée et susceptible d'augmenter. La commission a également conclu que l'entrée de Google, même si elle devait être couronnée de succès, ne devrait pas avoir un impact important sur la concurrence.⁴³

Il semblerait que, malgré la justification donnée par les régulateurs après avoir approuvé la fusion, les inquiétudes soulevées par d'autres acteurs du marché n'étaient pas infondées. En effet, il est maintenant évident que Google s'est lancé dans une stratégie de marginalisation de ses concurrents. Par ailleurs, en dépit des autres petits acteurs du marché, les alternatives viables à Google s'offrant aux consommateurs et publicitaires sont limitées et ne sont pas susceptibles d'imposer des contraintes significatives à Google à l'avenir, étant donné que Google bloque l'accès de ses concurrents à des données importantes.

Yahoo! Inc.

Suite à l'acquisition de DoubleClick par Google, l'entreprise a ensuite entrepris des démarches en 2008 pour constituer un accord de publicité avec *Yahoo! Inc.*, dans une tentative de blocage de la fusion Microsoft/Yahoo!. L'accord a été examiné par le service antitrust du Département américain de la justice. L'accord proposé offrirait à Yahoo! la possibilité d'utiliser Google pour vendre des publicités destinées à être diffusées sur les pages de résultat de recherche de Yahoo! et certains sites Web de partenaires collaborateurs à la place de publicités vendues par l'intermédiaire de la plate-forme publicitaire concurrente de Yahoo!. Les résultats de l'enquête menée par le Département américain de la justice ont montré que la *publicité liée aux recherches et la publication de recherches sur Internet* constituent les marchés antitrust concernés et que Google dispose de parts de plus de 70 % sur les deux marchés, Yahoo! étant le concurrent de Google le plus sérieux. Le Département américain de la justice a signalé aux parties qu'il s'opposerait à l'accord si elles essayaient d'y apporter des modifications, puisqu'il aurait réduit de manière significative les incitations de Yahoo! à investir dans les domaines de son activité de recherche publicitaire.⁴⁴

Par opposition, le Département américain de la justice et la Commission ont approuvé un accord

⁴²http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4731

⁴³<http://www.ftc.gov/opa/2007/12/googledc.shtm>

⁴⁴<http://www.justice.gov/opa/pr/2008/November/08-at-981.html>

de licence entre Yahoo! Search Business et Microsoft en 2010.⁴⁵ L'accord a d'abord été annoncé en juillet 2009. L'objectif de cette union était de permettre au site web de Yahoo! d'utiliser Bing, le moteur de recherche de Microsoft. Les deux sociétés devraient se partager les revenus générés.⁴⁶ La part de l'activité de Yahoo! soumise à la transaction était son activité de recherche comprenant ses recherches par Internet et son activité de publicité en ligne, y compris sa plate-forme de publicité sur son moteur de recherche en ligne, Panama.

Lors de son enquête sur les marchés, la Commission a confirmé que certains de ces marchés, comme la publicité en ligne et l'intermédiation, avaient auparavant été définis dans sa décision relative à l'affaire *Google/DoubleClick*.

Elle a alors poursuivi sa démarche en examinant un certain nombre d'autres marchés :

- **Recherches sur Internet** : la Commission a étudié, sans toutefois se prononcer, un marché potentiel pour les recherches sur Internet. Elle a établi une distinction entre la recherche sur Internet verticale et les recherches sur Internet classiques, puisque le premier type de recherche met l'accent sur des domaines spécifiques. Contrairement aux recherches sur Internet classiques, les moteurs de recherche verticale utilisent un robot plus ciblé qui répertorie les pages web pertinentes pour des sujets prédéfinis. La Commission a remarqué que Google est actif dans les recherches sur Internet et la recherche verticale.
- **Publicité de recherche mobile** : la Commission a également eu l'occasion de d'envisager un marché potentiel pour la publicité mobile. Les annonces de publicité mobile sont généralement des annonces courtes et textuelles sur lesquelles les utilisateurs mobiles peuvent cliquer pour être redirigés vers la page de renvoi du publicitaire ou pour appeler les publicitaires directement depuis leur téléphone portable.
- **Accords de distribution sur les points d'entrée** : la Commission a également remarqué que les moteurs de recherche sur Internet, comme Google, utilisent une plate-forme bilatérale dont se servent gratuitement les utilisateurs et dont les publicitaires tirent profit. Selon la Commission, pour remplir son rôle de manière efficace, un opérateur de moteur de recherche tentera d'attirer le plus de participants possibles de chaque côté de la plate-forme. Pour ce faire, les moteurs de recherche s'efforcent d'atteindre les clients, grâce à différentes chaînes de distribution de chaque côté de la plate-forme, par l'intermédiaire de points d'entrée. La Commission a étudié un marché potentiel pour les accords de distribution sur les points d'entrée. Mais, elle ne s'est pas prononcée sur la question.

Le Département américain de la justice et la Commission ont tous deux approuvé l'accord, leurs enquêtes ayant montré que les acteurs du marché ne prévoyaient aucun effet négatif sur la concurrence ou sur leurs activités. L'enquête menée par la Commission a établi que Google dominait clairement le marché avec, en 2009, des parts de 90 à 100 % sur la plupart des marchés nationaux de l'Union européenne pour les recherches et la publicité liée aux recherches. En revanche, la Commission a remarqué que Microsoft et Yahoo! détenaient tous deux des parts de marché inférieures à 5 à 10 %. D'après ses conclusions, les sociétés s'attendaient à ce que l'accord ne fasse qu'accroître la concurrence dans le domaine des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches en permettant à Microsoft d'obtenir plus d'ampleur et de devenir un concurrent plus crédible face à Google. La décision du Département américain de la justice

⁴⁵Affaire n° COMP/M.5727 – *Microsoft/ Yahoo! Search Business*, 18 février 2010. Voir aussi http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255377.htm, 18 février 2010

⁴⁶<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/8522606.stm>

ne s'est pas contentée de reconnaître qu'un moteur de recherche a besoin d'ampleur pour être plus compétitif. En réalité, le Département américain de la justice a tenté de décrire les effets de réseau inhérents aux plates-formes de recherche et de publicité de recherche : « *Le secteur des recherches et de la publicité rémunérée sur les moteurs de recherche est caractérisé par une relation inhabituelle entre l'ampleur et les performances concurrentielles. La transaction permettra à Microsoft d'améliorer ses performances concurrentielles. En effet, la société aura accès à un plus grand éventail de requêtes, ce qui devrait accélérer l'apprentissage automatique des algorithmes de recherche et de recherche rémunérée et accroître sa capacité à fournir des listes de résultats de recherche et de recherche rémunérée plus pertinents en ce qui concerne les requêtes rares ou de « longue traîne ». Les requêtes accrues reçues par cette opération combinée fourniront à Microsoft un ensemble de données plus grand qu'il n'a déjà ou qu'il n'est susceptible d'obtenir sans cette transaction. Ce plus grand ensemble de données pourrait permettre des tests plus effectifs et, de ce fait, l'accélération des innovations potentielles dans le domaine des nouveaux produits liés aux recherches, des modifications de la présentation des listes de résultats de recherche et de recherche rémunérées, d'autres changements de l'interface de l'utilisateur et des nouveautés dans les algorithmes de recherche ou de recherche rémunérée. Si elle est réalisée, cette performance accrue devrait exercer une pression concurrentielle proportionnellement plus forte sur le marché* ». ⁴⁷

AdMob

Le prochain sur la liste d'acquisition de Google était AdMob, une plate-forme de publicité mobile de l'un des plus gros concurrents de Google. Google a annoncé en novembre 2009 qu'il allait acquérir AdMob pour 750 millions de dollars. L'affaire a fait l'objet d'une surveillance étroite de la part de la FTC. Les preuves rassemblées de son enquête ont démontré que chaque partie de la fusion considérait l'autre comme son concurrent principal sur le marché des réseaux publicitaires mobiles et que chaque société avait pris ses décisions d'affaires en réponse directe à l'autre partie. L'affaire a également été reçue avec beaucoup de réticences : il a été avancé que l'accord affaiblirait la concurrence sur le marché de la publicité sur les téléphones portables. Les opposants à cet accord comprenaient, entre autres, des groupes de consommateurs soutenant que les consommateurs seraient confrontés à des prix plus élevés, moins d'innovations et un choix réduit suite à cette fusion.

Malgré tout, en mai 2010, la FTC a approuvé à l'unanimité la fusion, estimant que cette acquisition n'affaiblirait pas la concurrence sur le marché florissant de la publicité mobile. Les récents développements entrepris sur le marché pendant l'enquête se trouvaient au cœur de la décision, notamment l'acquisition de Quattro par Apple suivie par le lancement d'iAd. Selon la FTC, cet achat signifiait que la concurrence était présente sur le réseau de la publicité mobile. ⁴⁸ Néanmoins, la FTC a tenu à préciser qu'elle « *continuerait à surveiller le marché des technologies mobiles pour assurer un environnement compétitif et pour protéger les intérêts des consommateurs* ». ⁴⁹ Malheureusement, en dépit de ces promesses de surveillance, Google s'est approprié de manière excessive 95 % du marché de la recherche mobile. Ce que Google a un jour perçu comme une menace ne représente aujourd'hui qu'une énième propriété de Google.

ITA

Après une série d'acquisitions dans des secteurs liés à la publicité en ligne, Google s'est attelé à renforcer des offres de recherche verticale, malgré sa position dominante dans le domaine

⁴⁷http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255377.htm

⁴⁸<http://www.ftc.gov/os/closings/100521google-admobstmt.pdf>

⁴⁹<http://www.ftc.gov/opa/2010/05/ggladmob.shtml>

des recherches sur Internet. Dans son rapport annuel de 2009, Google reconnaissait que les moteurs de recherche verticale, comme Kayak, Monster.com, Amazon et eBay, constituaient une menace concurrentielle.⁵⁰

La deuxième conquête la plus marquante de Google a été ITA, un fournisseur d'informations sur les vols et un éditeur de logiciel qui transmet des données utilisées par la plupart des sites de recherche de voyages. ITA conçoit et développe notamment un produit appelé QXP, qui est utilisé par beaucoup de compagnies aériennes, agences de voyage en ligne et sites de recherche de voyages en ligne dans le but de fournir une fonction de recherche de vols aux consommateurs. Ce produit aux capacités uniques peut faire office de « mini moteur de recherche » pour les sites de voyages.

En juillet 2010, Google a annoncé son plan d'acquisition d'ITA pour 700 millions de dollars afin de proposer un produit de recherche de voyages en ligne, qui passerait en revue les tarifs des vols sur les sites compagnies aériennes, plus connus sous le nom d'intermédiaires de voyage en ligne (Online Travel Intermediaries ou OTI), utilisant la technologie QXP. Le Département américain de la justice a révisé l'affaire et émis une deuxième requête fin août 2010. Selon son enquête, il était probable que la transaction n'entraîne pas une baisse importante de la concurrence. Le Département américain de la justice a notamment découvert que, comme beaucoup d'OTI se reposent sur ITA pour publier leurs services, Google aurait la capacité et les moyens de fermer ITA à ses concurrents ou tout au moins de dégrader la qualité des services QPX mis à leur disposition. De telles activités en amont du marché de la tarification et du commerce pourraient réduire considérablement la concurrence en aval sur le marché de la recherche comparative de vols. Les concurrents et clients d'ITA ont dénoncé cet accord qui placerait Google dans une situation de concurrence déloyale en fournissant des résultats de recherche de voyage.⁵¹

En avril 2011, le Département américain de la justice a approuvé l'accord mais uniquement conformément à un décret conçu pour assurer aux titulaires d'une licence ITA un accès continu à QXP et pour permettre aux nouveaux arrivants ou aux nouveaux titulaires d'une licence d'obtenir le logiciel QXP dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. En vertu de ce décret, Google a, entre autres, dû :

- octroyer des licences pour QXP et ses suppléments. Google doit honorer les licences déjà en cours, renouveler les licences en cours sous des conditions similaires et proposer des licences aux OTI selon des principes équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND).
- continuer à mettre à jour QPX. Google doit continuer à développer des mises à jour et des améliorations de QPX mais aussi à consacrer les mêmes ressources à la recherche et au développement qu'ITA.
- mettre en place des pare-feu. Google doit mettre en place des pare-feu pour assurer la confidentialité des informations des titulaires d'une licence.
- assurer un arbitrage. Google doit reporter toutes les plaintes qui lui sont adressées.

BeatThatQuote

Le 7 mars 2011, Google a annoncé qu'il avait fait l'acquisition de *BeatThatQuote*, le site de comparaison de prix le plus florissant du Royaume-Uni qui fournit des services de comparaison de

⁵⁰Rapport annuel de 2009 de Google, p. 34

⁵¹<http://www.justice.gov/atr/cases/google.html>

prix des crédits à la consommation, pour 37,7 millions de livres sterling.⁵² À l'instar d'ITA, Google était déjà actif dans la recherche verticale, offrant de nombreux services, comme son Google Product Search et son Google Comparison Advertising. L'Autorité britannique de la concurrence (Office of Fair Trading ou OFT) avait entrepris une première phase de révision de cette fusion et reporté deux fois la date de remise prévue de sa décision pendant la révision. De nombreuses préoccupations ont bien entendu été soulevées par les participants. Ces derniers craignaient notamment que l'accord accentue la dominance de Google sur le marché de la recherche horizontale et renforce sa capacité à restreindre ou à éliminer les concurrents réels ou potentiels dans le domaine de la recherche verticale, limitant de ce fait le choix des consommateurs et étouffant l'innovation.

Le 1er juillet 2011, l'OFT a décidé de ne pas porter l'affaire devant la Commission britannique de la concurrence concluant que la fusion ne représentait pas une menace réelle de réduction importante de la concurrence sur les marchés de la *fourniture d'espaces publicitaires sur des sites de comparaison de prix (Price Comparison Sites ou PCS) des crédits à la consommation et pour la fourniture de tous les espaces publicitaires en ligne*. Cependant, l'OFT a souligné que les PCS constituent des produits bilatéraux : il s'agit de « plates-formes » qui agissent en tant qu'intermédiaire entre deux types de clients bien distincts et non apparentés, les utilisateurs et les publicitaires.⁵³

Ainsi, l'OFT n'a pas uniquement évalué les effets de la transaction sur les deux marchés mentionnés plus haut mais également sur les marchés de la *fourniture aux utilisateurs de services de recherche de crédits à la consommation sur des PCS et la fourniture de plates-formes techniques de PCS « génériques »*. Avant l'opération, les parties empiétaient sur la demande de PCS de crédits à la consommation, alors que Google fournissait des recherches sur Internet et BTQ des plates-formes « génériques », permettant ainsi à Google de distribuer sa technologie de comparaison de prix à des tiers.

L'affaire a posé des problèmes verticaux et horizontaux. Concernant les problèmes horizontaux, l'OFT les a rapidement mis de côté car elle considérait que cette fusion n'entraînerait pas un essoufflement de la concurrence réelle étant donné les parts apparemment faibles des parties dans la fourniture d'espace publicitaires sur les PCS de crédits à la consommation au Royaume-Uni en 2009 (Google enregistrant moins de 1 % et BTQ entre 0 et 10 %). Face à ces parts de marché visiblement faibles, l'OFT a conclu qu'il n'y avait pas de raisons de s'inquiéter quant aux effets unilatéraux tant que le marché est étroitement contrôlé.

Par ailleurs, l'OFT a reçu un nombre important de commentaires de tiers qui s'inquiétaient du caractère vertical de la fusion et qui suggéraient que la nouvelle entité aurait la capacité et l'incitation nécessaires pour exclure ses concurrents, en particulier parce que Google constitue une source de trafic essentielle. L'OFT a conclu que la nouvelle entité pourrait être en mesure de mener une telle stratégie d'exclusion. Pour arriver à cette conclusion, l'OFT s'est basé sur des preuves suggérant que Google est une importante source de trafic pour les consommateurs rivaux (qui pourraient ne pas abandonner facilement) et sur les comptes Google représentant une part considérable du trafic des PCS de crédits à la consommation. L'OFT a également mis l'accent sur des exemples de modifications du classement des résultats de recherche de PCS de Google, telles que la modification du « premier mai »;⁵⁴ des variations fréquentes et inexplicables des classements de mots clés formant des sources de trafic clés (comme « assurance automobile »)

⁵²<http://www.beatthatquote.com/>

⁵³http://www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2011/Google-BeatThatQuote.pdf

⁵⁴Un algorithme de modification appliqué aux classements de Google en mai 2010

et des variations dans les classements suite à l'altération manuelle de Google des classements de sites web, y compris le déclassement de BTQ en mars 2011.

En dépit de ces observations, l'OFT a conclu que s'il y avait une possibilité d'exclusion des rivaux, la fusion n'incitait pas forcément Google à le faire. En effet, selon le principal intéressé, Google renoncerait à des manques à gagner plus importants sur la publicité qu'avec les ventes supplémentaires issues des PCS en aval.

AdMeld

Une autre acquisition annoncée récemment est celle d'AdMeld. Cette société de publicité en ligne sera achetée pour 400 millions de dollars, si l'affaire est conclue. Cette entreprise située à New York fournit une technologie de « gestion des rendements » permettant aux éditeurs web de vendre instantanément des annonces publicitaires. La publicité par annonce constitue un domaine dans lequel Google a développé ses parts de marché depuis son acquisition en 2008 de DoubleClick pour 3,1 milliards de dollars (tel que précédemment mentionné).⁵⁵ Il existe des chevauchements concurrentiels évidents entre les deux sociétés et le bruit court que Google envisage de proposer gratuitement AdMeld à ses clients.⁵⁶ Le Département américain de la justice réalise actuellement une vérification menée par les autorités de la concurrence de l'acquisition et a soumis des demandes de renseignements de la part des concurrents d'AdMed, de plusieurs entreprises de partage de données, de plates-formes publicitaires et relatives à la demande mais aussi d'autres sociétés du groupe AdTech. Étant donné le caractère non limité de ces requêtes, on s'attend à ce que le Département américain de la justice devrait réclamer plus de renseignements à l'avenir et il est possible qu'une décision ne soit pas prise avant l'année prochaine.

Motorola

Plus récemment, Google a annoncé le 15 août 2011, l'acquisition d'un fabricant d'appareils portables, Motorola Mobility Holdings Inc., pour 12,5 milliards de dollars, étendant ainsi sa présence sur les marchés importants de la recherche et de la publicité mobiles. Selon Associated Press, cette acquisition est « *de loin la plus grosse acquisition de Google et marque l'intention du leader des recherches sur Internet d'élargir sa portée au-delà de son activité centrée sur Internet et de placer le marché mobile en rapide expansion à l'ordre du jour* ». ⁵⁷

Les parties ont fait parvenir ou vont bientôt faire parvenir un préavis de fusionnement aux régulateurs des États-Unis, de l'Union européenne, du Canada, de Chine, d'Israël, de Russie, de Turquie et de Taïwan.⁵⁸

D'une certaine manière, cette transaction ne semble pas poser de problème puisque Google n'est pas actuellement un fabricant actif de smartphones. Néanmoins, la position dominante de Google sur les marchés des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches complexifie la nature verticale de cette fusion. En effet, beaucoup de préoccupations soulevées en relation avec cette affaire renvoient aux questions traitées par les engagements de Google envers *ITA*. Les régulateurs antitrust du monde entier devraient identifier quatre préoccupations principales :

⁵⁵<http://www.cnn.com/id/43384229> et <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303635604576391972711586988.html>

⁵⁶<http://www.digiday.com/stories/google-admeld-probe-widens/>

⁵⁷http://hosted.ap.org/dynamic/stories/U/US_TEC_GOOGLE_MOTOROLA_MOBILITY?SITE=CAACS&SECTION=HOME&TEMPLATE=DEFAULT

⁵⁸http://www.techworld.com.au/article/400832/google_motorola_file_merger_clearance_many_countries/

- **Un traitement préférentiel des services propres à Google.** Google a pour habitude de promouvoir ses propres services au détriment de ceux de ses concurrents, en particulier lorsqu'il s'agit de son propre classement de recherche. Les médias ont signalé des problèmes similaires dans le secteur de la téléphonie mobile. Beaucoup craignent que Google ne favorise Motorola par rapport aux fabricants de téléphones concurrents lorsqu'il apporte de nouvelles améliorations au système Android, détériorant ainsi la qualité des produits proposés par les concurrents de Google et de Motorola. En effet, le PDG de Skyhook, Tom Morgan, redoute que Google « *ne favorise le fabricant de téléphones portables qui soutient les intérêts stratégiques de Google. Actuellement, ils s'intéressent à des intérêts stratégiques de 12 milliards de dollars* ». ⁵⁹ Google a déjà essayé de garder secrètes les nouvelles données relatives aux nouveaux appareils Android et aux nouvelles versions du système : la société a exigé que les informations concernant Android dans le cadre du procès par le Département américain de la justice sur l'acquisition de AT&T et de T-mobile demeurent confidentielles. ⁶⁰
- **Une autorisation d'accès à la plate-forme de Google accordée aux fabricants d'appareils portables selon des modalités imposées par la société.** Certains considèrent également que Google utilisera l'accès à sa plate-forme pour imposer des conditions aux fabricants de mobiles concurrents. Dans le cas de *Skyhook*, par exemple, la plainte portait sur le fait que Google a forcé les fabricants d'appareils à mettre fin aux accords d'utilisation de sa technologie de localisation en invoquant un problème de compatibilité « imaginaire » pour résilier les accords conclus entre Motorola et Samsung et Skyhook. Une fusion entre Google et Motorola ne fera qu'accroître son envie de recommencer.
- **Des accords d'exclusivité avec des fabricants de téléphones mobiles.** Comme nous avons pu le constater, Google a pour habitude de conclure des accords exclusifs de recherche et de publicité de recherche avec de nombreux opérateurs tels qu'Apple, Vodafone, Orange et Deutsche Telekom. Google est susceptible de continuer à utiliser sa plate-forme mobile (renforcée par l'acquisition de Motorola et de son large portefeuille de brevets) pour enfermer les fabricants de téléphones portables et, en fin de compte, les utilisateurs finaux dans son espace de recherche et de publicité de recherche mais aussi les obliger à utiliser des produits connexes, comme les services de cartographie et de localisation. Google pourrait facilement faire cela en réalisant, par exemple, des mises à jour d'Android soumises à ces accords exclusifs.
- **Les brevets de Motorola qui ne seront pas mis à disposition à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.** Si l'accord est approuvé, Google obtiendra 17 000 brevets Motorola ; qui incluront un groupe de brevets essentiels aux innovations technologiques pour l'industrie mobile, tels que les services de localisation, la conception des antennes, les e-mails, les écrans tactiles, la gestion des applications et la technologie sans fil 3G. ⁶¹ Étant donné l'importance de ces brevets pour l'industrie mobile, Google pourrait très bien ne pas respecter les licences préexistantes accordées à ses concurrents ou proposer ces licences sous des conditions qui ne sont ni équitables, ni raisonnables ni non discriminatoires, utilisant ces licences pour imposer aux fabricants de téléphones portables des conditions d'exclusivité telles que celles précédemment citées. Les régulateurs antitrust auront la lourde tâche de déterminer quelles sociétés accordent des licences pour la technologie Motorola, en réalisant des enquêtes approfondies sur l'impact de ces licences sur les marchés concernés

⁵⁹http://www.usatoday.com/tech/news/2011-08-15-google-motorola-antitrust_n.htm

⁶⁰<http://electronista.com/articles/11/09/28/google.worries.att.lawsuit.leaks.plans.to.apple/>

⁶¹<http://www.mobiledia.com/news/103953.html>

ainsi qu'en se demandant dans quelle mesure ces accords de licence donneront plus de pouvoir à Google sur les marchés concernés.

Toutes les inquiétudes précédemment mentionnées sont fondées compte tenu des pratiques anticoncurrentielles de Google sur les plates-formes de l'Internet sur PC et désormais sur les plates-formes de l'Internet mobile.

Nous avons pu constater dans cette section de quelle manière Google a entrepris une série d'acquisitions et d'accords à tous les niveaux de l'écosystème en ligne. Ces démarches sont très préoccupantes : d'une part, elles ne permettent pas à Google de renforcer sa position dominante sur les marchés des recherches et de la publicité liée aux recherches et, d'autre part, elles contribuent au renforcement de son contrôle sur tous les fronts de la plate-forme de recherche sur Internet, tout en évinçant ses concurrents.

5. L'économie de l'écosystème en ligne de Google

Pourquoi les recherches comptent

Au commencement de l'ère Internet, cet outil n'était pas considéré pas Internet comme faisant partie du « monde réel » mais comme un monde virtuel, dans lequel tout ce que nous faisons en ligne n'aurait aucune incidence sur nos vies quotidiennes. Une telle notion ne peut plus être soutenue aujourd'hui. Les modèles commerciaux et l'interaction sociale subissent des changements constants. Que « nous » soyons des citoyens, consommateurs ou entreprises, nous pensons et agissons différemment, en termes de stratégie commerciale, d'habitudes de consommation et même dans notre manière de communiquer. Tant les consommateurs que les sociétés ne peuvent à peine survivre virtuellement ou « réellement » s'ils n'ont pas accès à des informations en ligne.

L'importance d'Internet a été démontrée par des statistiques récentes. En décembre 2009, on ne comptait pas moins de 319 895 346 utilisateurs d'Internet au sein de l'Union européenne, soit 65,3 % de la population et une augmentation de 238,9 % entre 2000 et 2009.⁶² Au vu de cette croissance rapide continue en Europe, nous ne pouvons ignorer le fait que la plupart des sociétés et des consommateurs voient en Google la passerelle vers Internet. En effet, il existe un fort degré d'interdépendance entre les entreprises et les internautes en ligne, puisqu'Internet, et notamment Google, constituent les véhicules d'identification des sociétés par les consommateurs et vice-versa. En mai 2011, Google est devenu le premier site à atteindre le milliard de recherches, captant l'attention de la majorité des utilisateurs en ligne de l'Union européenne.⁶³

Les parts de marché de Google et ses pratiques en ligne sont donc devenues de plus en plus préoccupantes, ce qui a déclenché le lancement officiel par la Commission d'une enquête sur les pratiques en ligne de Google en novembre 2010. Le comportement de Google ne devrait pas être considéré comme faisant partie d'une stratégie d'ensemble visant à étendre sa position dominante sur les plates-formes en ligne mais aussi à éviter toute concurrence sur les marchés existants et les nouveaux marchés, ces derniers étant connectés entre eux grâce à leurs plates-formes bifaces et multifaces.

⁶²<http://www.internetworldstats.com/stats9.htm#eu>

⁶³http://www.comscore.com/2011/06/google-reaches-1-billion-global-visitors/google-sites-1-billion_may-2011/

La plate-forme Google

Dans sa décision approuvant l'acquisition par *Microsoft de Yahoo! Search Business*, la Commission a remarqué que Google opère sur une plate-forme biface desservant à la fois « *les utilisateurs du moteur de recherche (« gratuitement ») et les publicitaires (« contre rémunération »)* ». Elle a ajouté que, pour remplir son rôle de manière efficace, Google tente d'attirer le plus de participants possibles de chaque côté de la plate-forme.⁶⁴ Les marchés et réseaux bifaces constituent des plates-formes économiques fonctionnant avec de groupes d'utilisateurs distincts qui profitent mutuellement des bénéfices du réseau. Les marchés multilatéraux sont des plates-formes avec plus de deux côtés. Sur des marchés bifaces et multifaces, les entreprises nécessitent au minimum deux groupes différents de clients qui évaluent la participation de chacun au sein de la même plate-forme dans le but de générer une valeur économique.

Les marchés comportant plus d'un côté peuvent être opposés aux marchés unilatéraux plus traditionnels, sur lesquels les sociétés proposent des biens et services aux différents types de consommateurs qui ne sont pas interdépendants. Les salons de coiffure constituent un exemple simple permettant d'illustrer le concept de marché unilatéral : ces établissements peuvent choisir de servir soit des hommes soit des femmes ou les deux à la fois.

Par opposition, avec les plates-formes bifaces et multifaces, les acheteurs traitent avec beaucoup de vendeurs et les vendeurs avec beaucoup d'acheteurs. Généralement, les marchés composés de plus d'un côté ont tendance à proposer gratuitement des biens et services à l'un des côtés du marché.

L'*Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)*, qui joue un rôle majeur dans le développement des politiques antitrust, a reconnu que beaucoup de plates-formes, notamment celles régies par une économie basée sur Internet, ont plus de deux côtés et que les idées tirées des plates-formes bifaces s'appliquent plus généralement aux plates-formes unilatérales. Ces faits sont essentiels, puisque la plate-forme en ligne de Google constitue un marché multilatéral sur lequel opèrent beaucoup de types de sociétés différents. Au centre de ces marchés, on retrouve actuellement un seul acteur avec des parts de marché extrêmement importantes Google. Le Commissaire Almunia a lui-même reconnu publiquement l'importance de cela et a souligné la nécessité d'être vigilant dans l'industrie des TIC au sein de laquelle :

*« nous sommes confrontés à des effets du réseau contribuant à des parts de marché extrêmement élevées. Google en est un exemple »*⁶⁵

Google prend en considération le fait que chaque type de client qu'il attire rapporte plus de valeur aux autres types de clients. Cette interdépendance a des implications importantes pour le comportement économique des entreprises en ligne et des conséquences sur leur manière de choisir leurs partenaires économiques, en particulier Google. Par exemple, la position dominante de Google dans le domaine des recherches sur Internet est au cœur de la conception de son activité publicitaire. Les marchés multilatéraux des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches font partie d'une chaîne de valeur distribuant du contenu aux utilisateurs en ligne parfois en échange de récompenses attribuées aux créateurs de contenu et de paiements versés aux fournisseurs de l'infrastructure de distribution. Dans cette chaîne, on trouve également d'autres fournisseurs de services, notamment des éditeurs proposant du contenu, des agences

⁶⁴Affaire n° COMP/M.5727 – *Microsoft/ Yahoo! Search Business*, aux paragraphes 47 – 48

⁶⁵Discours du 8 avril 2011 à St Galon

publicitaires et des sociétés de technologie. Il est essentiel de permettre à la concurrence de se mettre en place à tous les niveaux de cette chaîne de valeur.

Pour cette raison, la définition du marché doit tenir compte du lien entre les différents groupes de clients en ligne et du fait que les pratiques anticoncurrentielles ne se feront pas seulement ressentir sur le marché sur lequel elles sont réalisées mais sur de nombreux marchés ayant des effets cumulatifs.⁶⁶

L'ampleur de Google

À cet effet, il est important de ne pas négliger les puissants effets indirects du réseau découlant de la plate-forme de Google qui lui ont permis de prendre de l'ampleur. Selon la *Table ronde de l'OCDE sur les marchés bifaces*, les plates-formes bifaces internalisent généralement les effets indirects du réseau entre le client et les groupes d'utilisateurs.⁶⁷ Les effets indirects du réseau surviennent lorsque la consommation d'un produit ou d'un service sur un réseau influe sur la valeur d'un réseau ou produit complémentaire, ce qui peut entraîner une hausse de la valeur du produit ou du service d'origine.

Ces effets indirects ne constituent en aucun cas un concept nouveau. Dans l'industrie des télécommunications, les effets indirects sont dérivés du réseau et sont liés au prix : les clients de téléphonie mobile bénéficient de prix plus avantageux pour des appels sur le propre réseau du client (on-net, à l'intérieur du réseau) que pour les appels vers les autres réseaux (off-net, en dehors du réseau). Les abonnés qui ont un nombre important d'appelants (amis, famille, etc.) sur le même réseau seront attirés par ces appels moins chers et seront encouragés à s'abonner à ce réseau. En retour, cela entraînera une hausse des coûts de transfert vers un autre réseau.

Ces effets indirects de réseau contrastent avec les effets de réseau bénéficiant de la plate-forme Google, qui ne sont pas liés au prix mais fondés sur les « effets d'expérience » des utilisateurs.⁶⁸ Google utilise cet effet d'expérience pour garder les utilisateurs de la plate-forme. Google obtient des effets indirects, par exemple, de son volume important de requêtes de recherche faites par les utilisateurs, ce qui lui permet de collecter des données sur les habitudes et goûts de chaque utilisateur, en améliorant son modèle publicitaire et, de manière plus générale, ses classements de recherche. Les moteurs de recherche en apprennent sur les goûts des consommateurs mais également sur la manière de corriger les fautes d'orthographe : plus il y a de requêtes de recherche, plus il y a de fautes d'orthographe, ce qui donne la possibilité au moteur de recherche de les corriger et de tirer des leçons de ces erreurs.

Ces résultats de recherche améliorés permettent à Google de stimuler son activité publicitaire complémentaire. Plus de publicitaires sont attirés par la plate-forme en raison du volume important d'utilisateurs attirés par les classements de recherche. Cela constitue un « cercle vertueux » qui rend la plate-forme Google plus attrayante aux yeux des publicitaires et des utilisateurs, réduisant ainsi la probabilité qu'ils se tournent vers la concurrence. La manipulation des résultats de recherche par Google aide à renforcer ce cercle. En plaçant la barre de ses services plus haut que les autres, Google garantit presque que certaines sociétés ne seront jamais à la portée des utilisateurs, principalement parce que les utilisateurs cliquent très rarement sur des sites moins bien classés.⁶⁹ Bien sûr, il est largement reconnu que les quatre ou cinq premiers résultats génèrent 80 % d'intérêt (mesuré en nombre de clics).

⁶⁶http://www.concurrences.com/article_revue_web.php3?id_article=16302

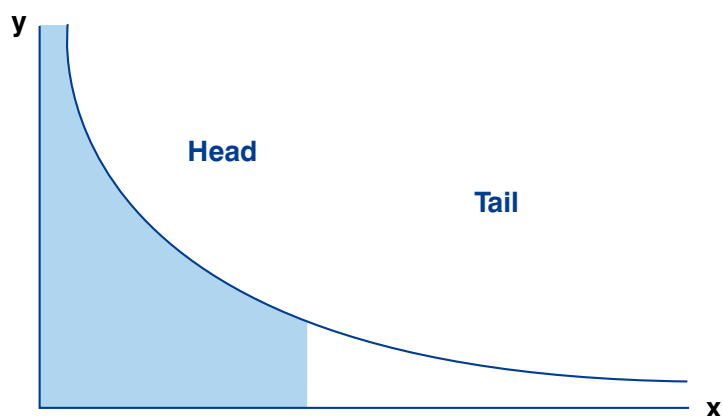
⁶⁷Table ronde de l'OCDE sur les marchés bifaces, 2009, disponible à l'adresse www.oecd.org/dataoecd/38/61/44445730.pdf

⁶⁸<http://www.nytimes.com/2008/07/07/technology/07iht-07google.14282611.html>

⁶⁹Voir le témoignage de Frank Pasquale, <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/Pasquale080715.pdf>

Ces effets indirects ont permis à Google de gagner de l'ampleur : comme la Commission l'a reconnu, les moteurs de recherche doivent être plus concurrentiels.⁷⁰ Dans l'affaire *Microsoft/Yahoo! Search Business*, l'étude de marché réalisée par la Commission a révélé que « Google jouit d'un avantage concurrentiel considérable par rapport aux autres moteurs de recherche et est perçu par les utilisateurs comme le moteur de recherche à utiliser ».⁷¹ En effet, cela constitue un avantage concurrentiel de taille qui est devenu un obstacle à l'entrée, puisque, sans la possibilité de se développer, les concurrents ne parviendront pas à défier la position dominante de Google.

L'ampleur de Google lui permet de satisfaire la demande en haut et en bas des requêtes de recherche, ce que ses concurrents ne peuvent pas offrir. Derrière ce constat, on retrouve la « loi des 80/20 », c'est-à-dire la règle selon laquelle 80 % des effets sont le produit de 20 % des causes (également connue sous le nom de loi de Pareto). Sur le marché des recherches sur Internet, cela signifie qu'un nombre relativement faible de termes recherchés justifie l'ensemble du trafic, délaissant une grande partie de termes recherchés qui apparaît moins souvent et qui sont, par conséquent, plus difficiles à satisfaire. Puisque Google contrôle la plus grande plate-forme en ligne (et dispose de vastes quantités de données), il est capable de répondre non seulement à la plupart des requêtes de recherche qui sont liées à des sujets populaires (shopping, voyages, informations médicales, etc.) mais également à des requêtes plus ambiguës (requêtes de « longue traîne » en référence à la pente descendante d'un graphique).



Selon certaines recherches, tout le monde réalise des recherches de longue traîne ambiguës de temps à autres et la satisfaction de la demande « à la traîne » accroît la consommation « à la tête ». En effet, les clients recevant des résultats satisfaisants à leurs requêtes de longue traîne sont plus susceptibles d'être fidèles à ce moteur de recherche. Ces « requêtes de longue traîne » sont essentielles lorsqu'un consommateur choisit un moteur de recherche et, encore une fois, influencent le trafic, qui en retour génère les revenus issus de la publicité.

Bénéficiant d'importants revenus issus de la publicité et d'une base d'utilisateurs importante, Google a pu expérimenter de nouvelles fonctionnalités et de nouveaux classements, en ajustant son algorithme et en se développant sur d'autres marchés, attirant à son tour de plus en plus d'utilisateurs sur ses plates-formes. Il est également capable d'obtenir plus de contrats de collaboration grâce à son volume de requêtes important, en collectant des fonds supplémentaires et d'étendre son rayon d'action aux sites Web tiers, laissant très peu de place sur le marché pour des moteurs de recherche concurrents.

⁷⁰Affaire n° COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, au paragraphe 153

⁷¹*Ibidem* au paragraphe 219

En somme, le « cercle vertueux » de Google est devenue un cercle vicieux pour ses concurrents qui essaient de rattraper leur retard mais demeurent incapables de gagner du terrain en raison des pratiques d'exclusion de Google. Moins les concurrents ont de clients, moins ils sont capables d'attirer des publicitaires, ce qui se traduit par des revenus nettement inférieurs. Associée à la manipulation par Google de ses résultats de recherche, cette situation est d'autant plus grave que les consommateurs vont rarement au-delà de la première page de résultats. Par conséquent, des sociétés en ligne, comme Foundem, One News Page et 1plusV, n'auront jamais la possibilité d'atteindre les consommateurs ni de générer des revenus issus de la publicité.

Au vu de ce constat, la revendication de Google selon laquelle la concurrence est « à portée de clic » est absolument fautive, il n'existe pas d'autre alternative que Google pour les publicitaires et les éditeurs. En ce qui concerne les utilisateurs, nous ne devrions pas être distraits par ce qu'ils sont susceptibles de faire. Au contraire, nous devrions nous rendre à l'évidence que plus de 90 % des utilisateurs ne reconnaissent pas l'existence de concurrents à Google.

6. Rétablissement d'une concurrence efficace en ligne

Nous avons décrit dans ce document plusieurs pratiques anticoncurrentielles menées par Google au sein de plusieurs marchés en ligne sur, ce qui représente jusqu'à maintenant une période de temps relativement longue. Ces pratiques ont eu pour conséquence d'évincer les concurrents de tous les côtés de la plate-forme en ligne et, en même temps, de permettre à Google de se constituer des avantages colossaux et insurmontables grâce à son ampleur. Aujourd'hui, la question essentielle n'est pas de savoir pourquoi ni de quelle façon Google a détérioré le processus concurrentiel mais comment une concurrence efficace peut être rétablie en ligne.

Le pouvoir d'imposer des mesures

Les organismes de régulation de la concurrence peuvent imposer des « solutions » ou accepter des « mesures » pour corriger le processus concurrentiel lorsqu'il a été altéré. Si elle constate une infraction aux règles de la concurrence, la Commission a le pouvoir d'exiger qu'une société mette effectivement fin à cette infraction. Ainsi, la Commission peut :

« à cette fin, [...] leur imposer toute mesure corrective de nature **structurelle** ou **comportementale, proportionnelle** à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser **effectivement** l'infraction ». ⁷²

Une mesure efficace et proportionnelle

Deux grands points clés doivent être dégagés de cette disposition : une mesure doit faire cesser l'infraction en toute **efficacité** et être **proportionnelle** à l'infraction commise. Cela nous amène à nous poser la question de l'ampleur de la mesure. En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles de Google, les mesures ne devraient pas être limitées à faire cesser ces pratiques mais devraient viser à éliminer ou neutraliser les effets de ces pratiques, c'est-à-dire s'attaquer à ces effets anticoncurrentiels du comportement qui persistent toujours en exigeant l'annulation des conséquences de cette infraction. ⁷³ Afin de déterminer si une mesure est

⁷²Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁷³Voir affaire C-119/97P *Ufex/Commission*, Recueil 1999 I-1341 et « Remedies in European Antitrust Law » (*Mesures du droit communautaire sur les ententes*), Antitrust Law Journal, vol. 56, pages 43 – 63

proportionnelle à l'infraction, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante. En outre, les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés.⁷⁴

Nous pouvons déjà nous inspirer de situations dans lesquelles Google a accepté de prendre des engagements contraignants dans le cadre de procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante devant les autorités de concurrence françaises et italiennes mais aussi devant le Département américain de la justice (pour ITA). Ces affaires proposent quelques pistes de réflexion sur la manière dont les mesures pourront contrecarrer le comportement anticoncurrentiel de Google.

L'affaire Navx a constitué l'une des premières occasions pour l'Autorité de la concurrence française d'intervenir. D'une certaine façon, ce fait permet d'expliquer son approche plutôt conservatrice. Les engagements pris dans l'affaire Navx, en particulier, ont été conçus d'une manière qui, dans une certaine mesure, entravait la liberté de Google. Néanmoins, l'Autorité de la concurrence française aurait pu aller plus loin en abordant la question de l'avantage concurrentiel que Google avait tiré de ses pratiques d'exclusion, notamment en ce qui concerne l'ampleur de Google. Dans le cas de Navx, les problèmes concurrentiels auraient pu être traités plus efficacement si les engagements avaient eu une portée plus large et une durée plus longue. Par exemple, Navx, les Pages Jaunes et e-Kanopi ont soutenu que ces engagements ne devaient pas se limiter aux publicitaires dans le secteur lié à la régulation du trafic mais qu'ils devaient être plus larges et s'appliquer à tous les comptes AdWords, indépendamment de l'activité.⁷⁵

L'Autorité de la concurrence française a conclu que, dans le cas présent, une telle mesure irait au-delà de la résolution de problèmes de concurrence. Cependant, avec le recul, une telle mesure n'aurait peut-être pas été appropriée étant donné que Google a, depuis lors, continué d'empêcher ses concurrents ou du moins de restreindre leur capacité à générer des revenus issus de la publicité sur de nombreux marchés. En prenant cette décision, l'Autorité de la concurrence française a adopté un point de vue relativement équilibré par rapport au comportement de Google et n'a pas pris en compte son impact sur la plate-forme en ligne.

Les engagements de Navx ont laissé Google libre de décider lorsqu'il désire modifier la politique d'AdWords sans avertissement préalable. Conformément aux conditions de ces engagements, Google n'est pas tenu d'avertir par avance des changements qu'il apporte à la politique d'AdWords ou du fait qu'une entreprise a enfreint la politique d'AdWords lorsqu'il y a « risque immédiat et sérieux » pour les publicitaires, les utilisateurs ou Google elle-même. Par conséquent, cela oblige la société à démontrer que ses actions n'étaient pas anticoncurrentielles et qu'il ne faisait que répondre à un risque immédiat et sérieux.

Notre dernière remarque relative aux engagements de Navx concerne leur durée relativement courte par rapport aux effets concurrentiels à long terme sur le marché : ils débutent en janvier 2011 pour s'achever en décembre 2013. Face aux préoccupations grandissantes quant aux représailles mises en place par Google contre les plaignants, Google pourrait se remettre à ses anciennes pratiques une fois ces engagements expirés.

Contrairement à l'autorité de la concurrence française, au moment de l'acquisition d'ITA, le Département américain de la justice s'est sérieusement penché sur la question du fonctionnement

⁷⁴Affaire T-260/94, *Air Inter/Commission*, Recueil 1997 II-997, paragraphe 144 et affaire T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commission* Recueil 2003 II – 4653, paragraphe 201

⁷⁵Voir décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010, *op. cit.*

interne de la plate-forme en ligne, ayant déjà envisagé plusieurs fusions dans le domaine de la publicité sur les moteurs de recherche. Cela permettrait d'expliquer son approche dans son accord de règlement conclu avec Google.

Cet accord de règlement s'oppose aux engagements de Navx, dans la mesure où il cherche tout au moins à assurer une concurrence efficace à long terme. L'obligation d'autoriser des données vitales pour proposer des services de recherche comparative de vols a permis d'aborder les inquiétudes formulées selon lesquelles la fusion réduirait de manière considérable la concurrence, puisque cela signifiait que Google ne serait pas capable de bloquer l'accès de ses concurrents à ITA. Ainsi, il est possible de garantir que de tels services seraient en mesure d'optimiser leurs sites web pour concurrencer tout site web de tarifs de vol susceptible d'être lancé par Google.⁷⁶ L'engagement était également d'une durée plus longue que ceux de Navx et expirera dans cinq ans.

Des mesures correctives comportementales ou structurelles ?

La Commission a le pouvoir d'imposer des mesures correctives comportementales ou structurelles. Dans les cas de Navx et d'ITA, ces engagements sont des exemples de mesures correctives comportementales.

D'une manière générale, les mesures comportementales ont pour objectif de rectifier un comportement spécifique alors que les mesures structurelles visent à changer les motivations de l'entreprise dominante du marché.⁷⁷ D'autres exemples de mesures comportementales incluent la résiliation de contrats ou de modalités d'un contrat, des obligations en matière de non-discrimination ou encore des obligations d'approvisionnement. La restitution de bénéfices réalisés de manière illégale pourrait également constituer une mesure antitrust s'il s'avère que ces profits ont permis à l'entreprise en question de continuer à altérer la concurrence.

Une comparaison intéressante et probablement utile des problèmes en matière de concurrence exposés ici pourrait reposer sur le domaine des systèmes de réservation informatisés (SIR) pour le transport aérien. Développés dans les années 1950 et déployés dans les agences de voyage dans les années 1970, la probabilité selon laquelle les SIR pouvaient altérer la concurrence était largement reconnue. La Commission européenne a adopté plusieurs décisions⁷⁸ relatives à la discrimination sur ces plates-formes électroniques et le refus d'y autoriser l'accès. Dans l'affaire Sabre, la Commission a estimé qu'une société de transport à la position dominante était soumise à une obligation de neutralité, tout en lui permettant de poursuivre son principe d'efficacité économique nécessaire à l'étude et à la mise en œuvre de toutes les mesures raisonnables requises pour garantir une telle neutralité.

Ces affaires faisaient partie de l'élan qui a mené à la législation antitrust ainsi qu'à un code d'autorégulation formel pour les SIR dans le cadre de la politique communautaire du transport aérien. La législation antitrust⁷⁹ mentionne spécifiquement la discrimination liée au prix, au service, à la sécurité des données et à l'exposition des priorités :

⁷⁶http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/269589.htm

⁷⁷« Remedies in European Antitrust Law » (*Mesures du droit communautaire sur les ententes*), *Antitrust Law Journal*, vol. 56, page 47

⁷⁸Voir affaire IV/32.318 – *London European/Sabena* (1988) et affaire IV/33.544 – *British Midland/Aer Lingus* (1992) ainsi que le communiqué de presse de la Commission IP/00/835 « *La Commission prend des mesures pour empêcher toute discrimination entre les systèmes informatisés de réservation aérienne* » (2000)

⁷⁹Règlement (CEE) n° 2672/88 de la Commission du 26 juillet 1988, relatif à l'application de l'article 81(3) du traité à certaines catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes de réservation informatisés pour les services de transport aérien, JO 1988 L 239/13, au considérant 5

« la coopération ne devrait pas permettre aux transporteurs associés de se réserver pour eux-mêmes des avantages injustifiés et de fausser ainsi la concurrence. Il est donc nécessaire de s'assurer qu'il n'existe aucune discrimination entre les transporteurs associés et les transporteurs participants, en particulier en ce qui concerne l'accès et le caractère neutre de l'affichage. Cette exemption devrait être assortie de conditions garantissant que tous les transporteurs aériens peuvent prendre part aux systèmes sur une base de non-discrimination relative à l'accès, à l'affichage, au chargement des informations et aux redevances. En outre, afin de préserver la concurrence dans un marché oligopolistique, les abonnés doivent pouvoir passer d'un système à l'autre moyennant un préavis court et sans pénalisation. Par ailleurs, les vendeurs des systèmes ainsi que les transporteurs aériens ne doivent pas agir d'une façon qui restreindrait la concurrence entre les systèmes ».

L'objectif de ce code de régulation⁸⁰ était de résoudre les problèmes soulevés par les SIR afin de corriger les défaillances concurrentielles mais dont l'introduction renvoyait également aux intérêts des passagers, définissant le problème selon les termes suivants :

« les abus consistant à refuser l'accès aux systèmes, la discrimination relative à la fourniture, au chargement, à l'affichage des données ou les conditions déraisonnables imposées aux participants ou aux abonnés peuvent léser gravement les transporteurs aériens, les agents de voyage et les consommateurs ».

Le Code établissait des principes exigeant que les affichages de SIR soient clairs, impartiaux et non discriminatoires, en particulier en ce qui concerne l'ordre de présentation. Il comprenait également une interdiction de transférer des données de nature personnelle sur les passagers aux tiers ne prenant pas part à la transaction.

D'autre part, les mesures correctives structurelles incluent généralement une obligation de démanteler ou de séparer le contrôle sur les infrastructures de façon à ce qu'une position dominante ne puissent permettre de bénéficier d'un avantage concurrentiel injuste, que ce soit en aval ou sur des marchés contigus. En règle générale, les mesures correctives structurelles ne peuvent vraiment être imposées que s'il n'existe pas de mesure corrective comportementale d'efficacité équivalente ou si une mesure corrective comportementale d'efficacité équivalente n'est pas plus contraignante qu'une mesure corrective structurelle.⁸¹ Les changements apportés à la structure d'une entreprise sont proportionnels lorsque celle-ci entraîne un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée.⁸²

Les mesures correctives structurelles ont été utilisées dans le cas de *Raso* pour résoudre le double rôle conflictuel d'une entreprise portuaire active dans la manutention portuaire. L'autorité portuaire a conféré à l'entreprise le droit exclusif de fournir du travail temporaire nécessaire à ses concurrents. La Commission a établi que ce double rôle conférait à l'entreprise un monopole sur la fourniture de travail temporaire, lui permettant de facturer à ses concurrents des prix excessifs et de leur fournir des travailleurs moins efficaces. Cette situation a été décrite par la Commission comme représentant un conflit d'intérêts et celle-ci a estimé que :

⁸⁰Règlement (CEE) n° 2299/89 du Conseil du 24 juillet 1989 instaurant un code de conduite pour l'utilisation de systèmes informatisés de réservation (modifié ultérieurement par le règlement 3089/93)

⁸¹Régulation 1/2003, article 7

⁸²Régulation 1/2003, considérant 12

« il n'était pas nécessaire d'attendre que l'entreprise en question commette effectivement un abus de ce genre pour intervenir. Il suffit en effet que l'entreprise soit mise, de par la loi, dans une situation qui l'amène à commettre un abus dès lors qu'elle y trouve un intérêt »⁸³

Un exemple plus récent de l'acceptation par la Commission de mesures correctives structurelles est celui de RWE.⁸⁴ Dans cette affaire, RWE s'est engagée à céder son réseau ouest-allemand de transport de gaz à haute pression. Selon la Commission, cette mesure permettrait de s'assurer que RWE n'exercerait aucun contrôle sur le réseau de transport de gaz et qu'elle ne pourrait plus user de pratiques anticoncurrentielles relatives à l'accès du réseau, y compris la promotion de ses propres réserves.

L'atténuation des effets du comportement anticoncurrentiel passé de Google

Aujourd'hui, la question est de savoir comment les organismes de réglementation de la concurrence peuvent adopter des mesures visant à neutraliser les dommages infligés par Google à l'écosystème en ligne de manière efficace et proportionnée. Comme nous l'avons exposé plus haut, il est clair qu'une simple ordonnance d'interdiction ne suffira pas. La Commission a elle-même reconnu qu'une telle injonction n'empêcherait aucun contrevenant, comme Google, de recueillir les fruits de ses violations passées, particulièrement dans les industries de réseau.⁸⁵

En analysant les mesures les plus efficaces et les plus appropriées pour remédier aux effets anticoncurrentiels du comportement de Google, il est nécessaire de tenir compte du fait que le comportement de Google n'a pas uniquement endommagé les marchés concernés. Il a également dégradé la plate-forme en ligne dans son intégralité. De manière générale, toutes les mesures devraient viser à atténuer l'ampleur que Google a obtenu de manière illégale et à promouvoir l'innovation mais aussi le choix des consommateurs, tout en encourageant Google lui-même à innover et à livrer une concurrence basée sur ses mérites.

Plusieurs preuves ont fait état de la manipulation par Google de ses résultats naturels et payants visant à évincer ses concurrents du haut du classement dans les recherches, les privant ainsi de trafic et de revenus issus de la publicité, ont été présentées. Toute mesure devrait refléter l'idée selon laquelle Google ne devrait pas être autorisé à organiser l'affichage de ses résultats de recherche naturels ou payants à des fins de représailles ou d'exclusion. Dans ce contexte, une mesure devrait empêcher Google de tenir compte des facteurs inappropriés suivants concernant le classement des recherches : le site web ou le service en question est-il ou non proposé par Google, une succursale ou une unité d'exploitation de Google ou l'un des partenaires commerciaux de Google, la société promeut-elle des produits concurrents aux produits de Google ou la société a-t-elle déposé plainte contre Google. De la même manière, Google devrait être confronté à une interdiction formelle d'imposer des représailles à tout produit, service, site web ou société.

Nous avons notamment évoqué dans ce document l'utilisation par Google de son mécanisme de recherche universelle pour placer ses produits en haut des classements, augmentant de ce fait son trafic. Dans le but de corriger cette manipulation, les mesures devraient encourager un classement équitable et neutre de la plupart des résultats de recherche naturels, donnant aux sociétés qui se classent comme « meilleure réponse à une requête » l'opportunité d'être un jour en tête du classement. Une telle mesure nécessiterait d'être soutenue par un mécanisme indépendant de réparation rapide qui pourrait prendre la forme d'un arbitrage comme lors de l'affaire ITA.

⁸³Décision de la Commission du 21 octobre 1997 relative aux dispositions de la législation portuaire italienne en matière de travail (« Raso ») (97/744/EC)

⁸⁴Affaire COMP/ 39,402 – RWE Verrouillage des marchés du gaz, décision de la Commission, 18 mars 2009

⁸⁵« Remedies in European Antitrust Law » (Mesures du droit communautaire sur les ententes), Antitrust Law Journal, vol. 56, page 48

Google a également adopté un comportement très opaque sur les plates-formes en ligne. Les mesures devraient d'une certaine manière exiger que Google agisse de manière plus transparente et plus ouverte dans l'ensemble, notamment en ce qui concerne sa façon d'organiser ses résultats de recherche, la politique d'AdWords, ses explications quant à la réduction des scores de qualité, le calcul des revenus d'AdSense et les mises à jour des algorithmes.

Le comportement de Google a également eu pour conséquence d'empêcher ses concurrents d'utiliser ses contenus et ses services, y compris les plates-formes concurrentes. Google a gêné l'utilisation d'outils permettant à une campagne publicitaire d'être menée sur plusieurs plates-formes publicitaires à la fois (telle qu'une campagne intégrée utilisant les données de Google et de Yahoo!). En outre, la société a limité l'utilisation par ses concurrents de contenu tiers essentiel sous son contrôle, comme des exemplaires numérisés de livres et des vidéos, réduisant ainsi l'efficacité des services concurrents. Toute mesure visant à résoudre ces problèmes devrait aller au-delà de l'accord de règlement conclu dans le cas d'ITA. Elle doit aider à améliorer les offres concurrentes de recherches sur Internet et de publicité liée aux recherches concurrentes, augmenter la concurrence, encourager les innovations et attirer de nouveaux arrivants sur le marché mais aussi élargir, en retour, le choix offert aux consommateurs et l'« expérience utilisateur » en général.

Google a également conclu des accords avec de nombreux participants, y compris des fabricants, des propriétaires de contenu et des opérateurs de téléphonie mobile, exigeant qu'ils soutiennent et/ou distribuent exclusivement des services Google. Ces accords ont empêché ses concurrents de prendre l'ampleur nécessaire pour concurrencer Google. Les acteurs en ligne ayant conclu des accords contenant de telles modalités d'exclusivité ou d'autres clauses anticoncurrentielles pouvaient avoir la possibilité de résilier unilatéralement l'accord ou de rendre inexécutable la clause du contrat.

Une telle mesure permettrait également de faire face à la situation dans laquelle les éditeurs sont contraints d'autoriser Google à accéder à leur contenu pour, en échange, ne pas être retirés de ses résultats de recherche. Cela permettrait aux sociétés de prendre leurs propres décisions, à savoir de continuer à n'utiliser que les SERP de Google ou de faire le tour des autres plates-formes, offrant alors la possibilité aux autres plates-formes en ligne concurrentes de prendre de l'ampleur et d'améliorer leurs services. Néanmoins, une mesure allant dans ce sens devrait être suivie de près pour s'assurer que Google n'a pas pris de mesures de représailles contre des sociétés souhaitant modifier leurs contrats.

Enfin, tout concurrent de Google est confronté à un problème majeur : Google a réussi et continue toujours à tirer profit de sa situation de monopole sur l'écosystème en ligne. Cette situation lui a permis de dépasser presque tous ses concurrents actuels ou potentiels sur le plan des atouts essentiels, comme l'ampleur, la technologie et les clients. Si des solutions doivent être trouvées pour remédier au déséquilibre concurrentiel sous-jacent et ne pas uniquement réguler un comportement monopolistique, il sera fondamental de trouver des moyens pour limiter la mesure dans laquelle les fonds de Google peuvent être utilisés pour assoir sa position.

Préparer l'avenir

Outre les préoccupations et problèmes décrits précédemment, il est important d'analyser et de préparer l'avenir de ces marchés susceptibles d'évoluer. Leur aspect le plus décisif est sans doute celui du développement de l'accès à l'Internet mobile.

Selon certaines prévisions, les ventes d'appareils compatibles avec Internet autres que les PC dépasseront celles des PC cette année et que les ventes de tablettes seules surpasseront les ventes d'ordinateurs portables d'ici 2015. Cette même année, les ventes annuelles mondiales de smartphones devraient dépasser le milliard. Selon une autre étude récente, la croissance annuelle du trafic de données mobiles pour les quatre à cinq années à venir devrait être supérieure à 90 %. L'importance de ce segment est confirmée par la somme conséquente que Google est prêt à investir pour acquérir l'activité de conception de smartphones de Motorola.

À mesure qu'Internet devient mobile, les recherches suivent la même tendance. Le volume de requêtes de recherche et de revenus issus de la publicité, généré par les appareils mobiles, s'est considérablement accru ces dernières années. Selon les estimations, il s'envolera dans les deux à trois années à venir. Les utilisateurs d'appareils mobiles accordent autant voire plus de valeur à la recherche que les utilisateurs de PC car ils ont souvent besoin d'informations spécifiques rapidement et sont moins disposés à passer au crible d'importantes quantités de contenu sur un petit écran lorsqu'ils sont en déplacement. Les publicitaires accordent également beaucoup de valeur aux appareils mobiles en raison du temps que les consommateurs passent à les utiliser et parce que les utilisateurs de tels périphériques sont plus enclins que les utilisateurs de PC à prendre des décisions concrètes et immédiates en réponse aux annonces visées.⁸⁶

L'essor spectaculaire de la recherche mobile constitue une opportunité majeure car il génère un terrain propice à l'innovation dans les nouveaux services et applications ainsi qu'une source de revenus considérable et encore largement inexploitée pour les sociétés à travers l'écosystème mobile. Google, toujours détenteur du monopole dans le domaine des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches sur les PC, a très vite reconnu que cette tendance au mobile constituait une menace importante pour son activité. À mesure que Google a commencé à se rendre compte que cet essor massif de la recherche mobile pourrait permettre à ses concurrents de gagner l'ampleur dont ils avaient besoin pour le concurrencer, la société a entrepris des efforts systématiques pour contrer cette concurrence en bloquant des sources de requêtes mobiles et de revenus publicitaires majeurs. Il est essentiel que les organismes de régulation antitrust tirent des leçons des pratiques de Google dans le domaine de la publicité de recherche sur PC pour s'assurer que les consommateurs aient accès à une plate-forme concurrentielle.

⁸⁶Particulièrement lorsqu'il s'agit de géolocalisation

7. Conclusions

Dans ce document, ICOMP a expliqué comment Google a utilisé sa position dominante sur le marché des recherches sur Internet et de la publicité liée aux recherches pour s'adonner à des pratiques caractérisées par l'exploitation, l'exclusion et la discrimination sur les plates-formes Internet PC et de plus en plus sur les plates-formes Internet mobiles. Des plaintes relatives à ces pratiques ont été déposées auprès de nombreuses autorités de concurrences qui enquêtent activement sur ce sujet.

De nombreux éléments tendent à démontrer que ces pratiques ont gravement endommagé la concurrence dans plusieurs secteurs (cartographie, technologies de localisation, journaux, livres, éditeurs, agrégation d'actualités, moteurs de recherche, moteurs de recherche verticale et comparaison de prix), au détriment des acteurs en ligne et, au final, des consommateurs. Selon nombre d'arguments, ces pratiques équivalaient à une violation évidente de l'article 102 du traité de l'UE qui interdit les abus de position dominante mais aussi à la responsabilité particulière de Google (en tant qu'entreprise dominante), conformément à la législation de l'UE, de ne pas adopter une conduite qui pourrait davantage entraver la concurrence sur ces marchés.

Outre ces mauvais agissements, la stratégie d'acquisition agressive de Google a cherché à exploiter sa position dominante actuelle dans les recherches sur Internet et la publicité liée aux recherches dans de nouveaux domaines de l'écosystème en ligne, comme l'Internet mobile.

L'ampleur acquise par Google grâce à sa position dominante dans les recherches et la publicité liée aux recherches mais aussi par son comportement d'exclusion et sa stratégie d'acquisition a débouché sur une situation dans laquelle la concurrence est impossible, ne laissant aucune alternative possible à Google.

Cependant, ICOMP ne considère pas qu'il ne s'agisse simplement d'une question de regret mais plutôt de mesures correctives. Que pouvons-nous faire pour rétablir la concurrence sur le marché en ligne ?

Les mesures correctives doivent tenir compte du passé et du futur. Il ne suffit pas aux organismes de concurrence de mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles actuelles de Google (comme des accords d'exclusivité illégaux et des accords de partage des bénéfices anticoncurrentiels) même si elles sont très répandues. Pour créer un marché sain et ouvert à la concurrence en Europe et dans le reste du monde, il est impératif que des mesures correctives, structurelles ou comportementales (ou les deux) abordent la question de l'ampleur obtenue illégalement par Google sur les plates-formes en ligne, PC ou mobiles.

Les autorités antitrust doivent également envisager des moyens pour éviter que Google n'utilise les richesses accumulées illégalement pendant des années en vue de fausser la concurrence et d'entraver l'entrée sur le marché.

Qu'il soit ou non nécessaire d'imposer des mesures visant à décourager Google de recourir à des comportements illégaux constitue une question primordiale pour les autorités antitrust. Néanmoins, au cours des prochains mois, il sera plus évident de déterminer si Google se sera assagi suite aux plaintes, aux enquêtes et aux décisions négatives prises en conséquences ou si la société poursuivra ses agissements comme si de rien n'était. S'il s'avère que Google continue ses pratiques habituelles, il ne fait aucun doute que des mesures sévères seront nécessaires mais également assez drastiques pour avoir un effet dissuasif.

