



Recadrage de la politique de la concurrence pour l'écosystème numérique

Résumé – octobre 2016





La GSMA représente les intérêts d'opérateurs de téléphonie mobile du monde entier, réunissant près de 800 opérateurs et près de 300 entreprises dans l'écosystème mobile élargi, qui comprend des fabricants d'appareils et de dispositifs, des éditeurs de logiciels, des fournisseurs d'équipements et des entreprises Internet, ainsi que des entreprises appartenant à des filières connexes. La GSMA organise également des événements phares du secteur, tels que Mobile World Congress, Mobile World Congress Shanghai et les conférences de la série Mobile 360.

Pour plus d'informations, veuillez consulter le site institutionnel de la GSMA à www.gsma.com

Suivez la GSMA sur Twitter : [@GSMA](https://twitter.com/GSMA)



CEG met son expertise en économie et en finance pour répondre aux questions de concurrence, de règlement, de litiges et de transaction. CEG réunit des professionnels de haut niveau ayant l'expérience de l'industrie, des consultants et des universitaires ainsi que les plus grands organismes de régulation et de la concurrence, pour qu'ils apportent des conseils à la fois judicieux et fiables. En s'aidant des toutes dernières avancées en matière de théorie économique et financière et de techniques quantitatives, les collaborateurs de CEG établissent des rapports d'experts, contribuent aux informations fournies par les clients, conseillent sur la stratégie à adopter pour des dossiers cas ponctuels, et se livrent à des témoignages d'expert et à des présentations devant des organismes gouvernementaux, des tribunaux et des tribunaux d'arbitrage dans le monde entier. D'après Global Competition Review, la division concurrence de CEG figure parmi les 21 premiers cabinets de consultants en économie de la concurrence. Nos associés figurent régulièrement sur les listes des économistes réputés spécialisés dans le domaine de la concurrence.

Pour en savoir plus, visitez le site de CEG :
www.ceg-global.com

Auteurs

Dr. Maria Maher, Associée

Paul Reynolds, Associé

Paul Muysert, Associé

Dr. Fred Wandschneider, Directeur associé

Introduction

L'économie mondiale est en train de subir une transformation majeure. L'adoption rapide des technologies, y compris les communications mobiles, les plateformes numériques, les big data, le cloud computing et les médias sociaux, sont en train de transformer la nature-même des produits et services et des échanges qui ont lieu entre les individus. Cette transformation est en train de perturber les modèles d'affaires et les secteurs industriels existants, tout en offrant un potentiel considérable d'enrichir la vie et d'élever le niveau de vie des usagers.

Les caractéristiques du marché numérique nécessitent d'adopter une approche différente et plus nuancée vis-à-vis de la politique de la concurrence



La concurrence qui s'exerce sur les marchés numériques est différente de la concurrence au sein des marchés traditionnels. La concurrence sur les marchés numériques présente un certain nombre de spécificités :

- Des vagues d'investissements et d'innovations et des progrès technologiques rapides
- Des caractéristiques de qualité et de produit qui revêtent souvent plus d'importance pour les clients que le prix
- Des résultats où « le gagnant emporte tout », lorsque de nouveaux venus offrant des produits ou services innovants peuvent être en mesure de supplanter des acteurs établis
- Des économies d'échelle et des effets de réseau importants dans la fourniture de services numériques
- Des marchés et des plateformes multifaces, comptant des groupes d'utilisateurs distincts qui bénéficient de leur présence mutuelle
- La collecte et l'analyse de données à grande échelle, avec le potentiel d'effets anticoncurrentiels que cela peut avoir, surtout quand elles contribuent à la qualité du service

Ces différences remettent en question les politiques existantes et appellent au recadrage de la concurrence pour veiller à ce que le processus reste concurrentiel, ainsi qu'à l'adoption d'une approche plus nuancée envers la politique de la concurrence pour l'écosystème numérique.

Dans ce rapport, nous évaluons comment les États et les autorités réglementaires peuvent recadrer leurs dispositifs de la concurrence et de la réglementation afin de réaliser le plein potentiel de l'économie numérique.

Nos recommandations stratégiques portent sur quatre domaines :

- Définition du marché et analyse de la puissance de marché
- Adoption d'un critère du bien-être total à la place du critère du bien-être du consommateur
- L'équilibre entre la réglementation *ex ante* et la réglementation *ex post*
- Dispositifs institutionnels

Définition du marché et puissance de marché

La définition du marché est une première étape utile pour encadrer la discussion autour des préoccupations en matière de concurrence et de réglementation. L'analyse de la puissance de marché et l'évaluation critique de ses contraintes se font généralement par référence aux limites du marché pertinent défini à l'étape de la définition du marché.

La définition du marché joue par conséquent un rôle essentiel pour déterminer si une entreprise est réputée détenir une position dominante ou une puissance significative sur le marché. Elle fournit un cadre pour l'application *ex-post* des règles de concurrence et pour le contrôle des concentrations. Il s'agit d'une étape déterminante à l'analyse pour déterminer la nécessité ou non d'une intervention réglementaire *ex ante*.

Lors de leur définition des marchés et de leur analyse de la puissance de marché, les autorités de la concurrence doivent tenir compte des spécificités des marchés numériques. Avec les services et les produits numériques, il devient plus difficile d'utiliser des outils tels que le test de l'augmentation légère mais significative et non provisoire du prix (le test SSNIP).

L'objectif principal de la définition du marché consiste à cerner les contraintes concurrentielles auxquelles est confronté le fournisseur d'un service ou d'un produit donné. La définition d'un marché pertinent n'est pas une fin en soi. L'exercice de définition du marché cherche à établir un cadre qui permettra d'analyser les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, les aspects compétitifs des concentrations ou la nécessité d'une réglementation.

Bien que les outils existants puissent ne pas s'appliquer à certains marchés numériques, la définition du marché et l'analyse de la puissance de marché continuent de remplir un rôle important pour répondre à des questions spécifiques portant sur la concurrence ou la réglementation sur les marchés numériques. Ce n'est pas en raison des lacunes de quelques-uns des outils les plus connus, tels que le test SSNIP, qu'il existe pour autant des raisons impérieuses à ce que les autorités se passent d'une étape formelle de définition du marché. Ceci dit, les autorités peuvent et doivent user de leur pouvoir discrétionnaire dans le choix de leurs outils d'évaluation, qui peuvent être contenus dans la législation ou les lignes directrices qui s'y rapportent. Au bout du compte, la définition du marché doit se faire le reflet de des effets compétitifs probables analysés. On aurait tort de la considérer comme un simple exercice de remplissage de formulaire pour satisfaire aux exigences légales.

Recommandation 1: Ajuster les outils existants pour tenir compte des spécificités des marchés numériques

Lorsqu'elles utilisent des outils existants pour définir les marchés pertinents dans l'écosystème numérique, les autorités doivent faire preuve de prudence mais aussi de souplesse dans leur approche et accepter différents types d'éléments de preuve pour définir des produits et des marchés géographiques.

Il est important que les autorités tiennent compte des rapports qui existent entre les différentes faces des marchés bifaces ou multifaces (que ce soit à l'étape de définition du marché ou ultérieurement au cours de la phase d'analyse de la concurrence). L'ajustement du test SSNIP pour les marchés bifaces peut y contribuer.

Recommandation 2: Mettre l'accent sur les phénomènes de substitution réels

Dans les secteurs traditionnels, les marchés sont souvent définis autour de produits présentant des caractéristiques physiques similaires. En revanche, les marchés numériques ont tendance à réunir un large éventail de services ou de capacités que les clients traitent comme étant des substituts. Ainsi, les frontières traditionnelles entre les produits et services, telles que définies par la technologie utilisée pour les fournir ou les produire, commencent à s'estomper.

La définition du marché doit s'attacher à comprendre et à décrire les phénomènes de substitution réels qui s'opèrent. Il est souvent inutile et trompeur d'essayer de dessiner de solides démarcations entre les caractéristiques des produits ou les technologies lorsque les consommateurs ne perçoivent pas de limites claires entre les produits ou les services en question.

Recommandation 3: Utiliser d'autres outils pour cerner les principaux éléments déterminants au comportement de changement de fournisseur par le consommateur

Dans le cadre d'un exercice ordinaire de définition du marché, le prix est perçu comme étant le principal facteur au changement de fournisseur de la part du consommateur. Or sur les marchés numériques, le consommateur peut accorder davantage d'importance aux différences entre les caractéristiques ou les fonctionnalités des produits. Par conséquent, le recours au test SSNIP traditionnel ne convient pas dans les cas où il n'existe pas de prix monétaire ou où la concurrence se joue sur des facteurs autres que le prix, tels que la qualité.

Lorsque les biens et services sont fournis gratuitement, les autorités doivent envisager s'il existe des approches alternatives au test SSNIP, comme des changements des niveaux de qualité ou des coûts non monétaires relatifs à la protection de la vie privée (par ex. le recours au test SSNIP relatif à l'augmentation légère mais significative et non provisoire du prix) pour saisir les principaux facteurs au changement de fournisseur par les consommateurs.

Recommandation 4: S'assurer que la définition du marché est suffisamment tournée vers l'avenir, et réviser et adapter les politiques pour intégrer pleinement les changements survenus sur le marché pertinent

Les marchés numériques sont extrêmement dynamiques. Par conséquent, il est essentiel que la définition du marché soit suffisamment tournée vers l'avenir afin de déterminer les éventuels effets anticoncurrentiels qui pourraient survenir. L'horizon temporel utilisé devrait envisager la période au cours de laquelle tout recours serait susceptible d'influer sur le marché, ainsi que tout préjudice à court terme. La définition du marché *ex ante* est susceptible de nécessiter d'envisager un horizon plus long que ceux habituellement utilisés par les autorités de la concurrence pour l'application *ex post*.

Si des éléments de preuve révèlent que des changements sont survenus, ou sont susceptibles de survenir, sur les marchés et qui sont tels qu'il est possible de présumer de déréglementation, les autorités de la concurrence et de réglementation doivent réviser les interventions existantes, et notamment envisager l'établissement de clauses de caducité qui peuvent justifier la prise de mesures pendant une courte durée restante. Lors de l'introduction de nouvelles réglementations ou en cas de resserrage de celles qui existent, il est bon d'user de prudence car les opérateurs peuvent y voir là des raisons à freiner leurs velléités d'investir et d'innover s'ils ne sont pas en mesure de recouvrer leurs coûts.

Recommandation 5 : Se concentrer sur les pratiques prétendument anticoncurrentielles et leurs effets probables plutôt que de déduire la puissance de marché d'après la structure du marché

Sur les marchés numériques, des indicateurs structurels de puissance de marché, comme une forte concentration ou des marges élevées, peuvent être trompeurs. La concurrence entre un petit nombre d'acteurs peut être intense. Les leaders sur le marché peuvent bel et bien se retrouver supplantés en un court laps de temps.

Les autorités de la concurrence devraient se concentrer sur les pratiques prétendument anticoncurrentielles et leurs effets probables (ou réels) et ne pas déduire d'après la structure du marché des préoccupations en termes de puissance de marché.

Sur les marchés numériques, l'indicateur de puissance de marché est habituellement le pouvoir d'exclure, ce qui n'a pas forcément de rapport avec des parts de marché ou des profits plus élevés.

Recommandation 6 : Apprécier dans quelle mesure les big data confèrent une puissance de marché

Les activités de collecte et d'analyse de données à grande échelle sont devenues un élément important des marchés numériques, avec les éventuels effets anticoncurrentiels que cela peut présenter. Les pratiques généralisées de collecte, de stockage et de traitement des données peuvent dans certains cas dresser des barrières à l'entrée pour de nouveaux rivaux potentiels. L'impact des big data sur la puissance de marché dépend du produit ou du service en question. Il convient de l'analyser au cas par cas. Les principaux enjeux portent sur la répliquabilité de l'information et sur l'importance de l'échelle et de l'envergure des données pour les performances concurrentielles.

Les autorités ne doivent pas perdre de vue qu'en soi, les données ne soulèvent pas de problèmes de concurrence. En revanche, des problèmes de concurrence peuvent survenir lorsque des entreprises dominantes fusionnent les données des utilisateurs pour créer des synergies multi-plateformes permettant à une entreprise de devenir le gardien de l'accès à des intrants essentiels. Des problèmes peuvent aussi survenir lorsque la puissance de marché est exploitée sur les marchés émergents où il existe un effet d'interdiction d'accès. Globalement, les retombées sur la concurrence et le bien-être de ces stratégies sont ambiguës et méritent d'être étudiées avec soin.

Recommandation 7 : Maintenir un seuil d'intervention élevé basé sur la position dominante conjointe

Une position dominante conjointe peut se produire sur les marchés comptant un nombre limité d'opérateurs où aucune entreprise ne détient à elle seule une puissance significative sur le marché mais où ensemble des entreprises peuvent détenir une position dominante conjointe. Pour qu'une position dominante conjointe apparaisse sur le marché et s'y maintienne, les conditions suivantes doivent être satisfaites : les entreprises doivent pouvoir parvenir à une position concertée, elles doivent pouvoir se contrôler mutuellement, tout écart de la position concertée doit être perçu comme coûteux, et d'autres entreprises et d'autres clients ne doivent pas être en mesure de saper la position concertée.

Les marchés numériques sont dynamiques et extrêmement innovants. De puissants effets de réseau sont à l'œuvre, avec la possibilité que « le gagnant emporte tout ». Ils sont mal adaptés à une position concertée et à une position dominante conjointe. Par conséquent, il convient de maintenir haut placé le seuil d'intervention dans le cas d'une position dominante conjointe, bien plus haut qu'en cas de position dominante de la part d'une entreprise agissant seule.

Le critère du bien-être total

Lorsqu'on évalue les effets de la politique de la concurrence et de la réglementation, les économistes acceptent généralement que les interventions devraient être évaluées en faisant référence à un critère du bien-être total plutôt qu'au critère du bien-être du consommateur qui est adopté plus couramment par les autorités. À titre de premier principe, la politique et la réglementation de la concurrence devraient se préoccuper du bien-être de la société dans son ensemble. Il serait arbitraire qu'un gouvernement n'accorde aucune importance au bien-être de certains segments de la société. C'est d'autant plus vrai compte tenu que les gens qui produisent sont aussi des consommateurs, des actionnaires qui reçoivent des dividendes, des salariés qui peuvent s'attendre à en dégager des bénéfices supplémentaires sous la forme de hausses de salaire, ou des investisseurs tels que les titulaires de fonds de pension.

Le critère du bien-être du consommateur utilisé par la plupart des autorités considère uniquement les gains de l'intervention pour les consommateurs, où le « surplus » que les consommateurs reçoivent correspond à la différence entre ce que les consommateurs sont prêts à payer pour un bien ou service et ce qu'ils paient dans la réalité. Ce critère ne tient compte des gains d'efficacité que dans la mesure où ils profitent aux clients qui achètent le bien ou service en question, en particulier si les gains d'efficacité se traduiront par des prix plus bas. En revanche, le critère du bien-être total envisage l'impact d'une intervention sur le bien-être économique de tous les acteurs du marché, producteurs et consommateurs inclus. En vertu du critère du bien-être total, la politique et la réglementation de la concurrence s'intéressent à la hausse ou à la baisse de la valeur combinée (pour les consommateurs et les producteurs), sans tenir compte de la manière dont les gains ou les pertes spécifiques sont répartis.

Recommandation 8 : Adopter un critère du bien-être total à l'appui d'une croissance de la productivité à long terme et d'une hausse du niveau de vie

L'adoption du critère du bien-être total dans l'appréciation des questions de concurrence contribuerait à la hausse du niveau de vie sur la durée. Un critère du bien-être total tiendrait compte de tous les gains d'efficacité, et les pèserait explicitement par rapport aux effets sur la concurrence. Cette approche serait préférable à la simple mesure du bien-être du consommateur, qui pourrait entraîner l'interdiction à tort de concentrations propices à des gains d'efficacité.

Les autorités devraient autoriser des concentrations qui sont censées accroître le bien-être global, en tenant compte des incidences probables tant sur la concurrence que sur l'efficacité. Il est aussi fort probable que les concentrations qui donnent lieu à des économies de coûts profitent aux consommateurs d'autres marchés vers lesquels des ressources seraient redéployées. Quant aux préoccupations en matière de répartition, il est possible d'y remédier en pondérant les avantages et les coûts différemment en fonction des différents groupes de consommateurs et par le biais d'une politique budgétaire, les gains en matière de bien-être total étant redéployés afin qu'ils viennent en aide aux groupes les plus vulnérables.

Recommandation 9 : Mettre l'accent sur les effets dynamiques lors de l'évaluation des concentrations et de la concurrence sur les marchés numériques

Bien souvent, les pratiques concurrentielles des entreprises sur les marchés numériques se répercutent non seulement sur les prix mais aussi sur la qualité, sur l'innovation et sur l'efficacité économique globale. Les lignes directrices concernant les évaluations

des concentrations reconnaissent les effets que la concurrence peut avoir sur la qualité, sur la variété des produits et sur l'innovation, ainsi que sur les prix. Or dans la pratique, les autorités ont tendance à se concentrer sur les prix.

Le fait que les examens des concentrations se focalisent sur les effets sur les prix (souvent à court terme) est particulièrement problématique en ce qui concerne les marchés de l'écosystème numérique, où les entreprises proposent des produits différenciés et où les consommateurs accordent souvent autant, voire plus, d'importance à la qualité. Sur les marchés numériques, l'innovation offre le potentiel d'améliorations significatives en matière de qualité sur la durée. Les concentrations peuvent être un moyen d'éliminer le dédoublement inutile des coûts et de favoriser des investissements qui permettent d'améliorer la qualité du service ou de lancer des services nouveaux. Il est par conséquent essentiel de procéder à une appréciation rigoureuse des effets probables sur la qualité, sur l'innovation et sur l'efficacité pour comprendre les effets que des concentrations pourraient avoir sur la concurrence.

Plusieurs approches analytiques peuvent être employées pour évaluer les effets dynamiques : un exposé clair d'une théorie de préjudice ou d'avantage, une évaluation de la manière dont la concentration ou le comportement modifierait la volonté ou la capacité des entreprises à innover, le recours accru à des experts indépendants de l'industrie et à des spécialistes techniques, et des approches pour soupeser les effets contraires, dès lors où l'on s'attend à ce que la concentration ou le comportement envisagé(e) entraîne à la fois des hausses de prix ainsi que des améliorations de la qualité.

Recommandation 10 : Utiliser de meilleurs outils pour évaluer les gains d'efficacité

La charge de la preuve particulièrement lourde imposée aux gains d'efficacité risque d'entraver des concentrations qui profiteraient sinon à la société et aux consommateurs. Les autorités devraient rejeter les revendications qui ne sont pas suffisamment étayées. Des pratiques commerciales innovantes peuvent néanmoins justifier de véritables incertitudes et il n'existe aucune raison impérieuse à ce que, en ce qui concerne ces gains d'efficacité, les autorités infligent une charge de la preuve plus élevée que celle qu'elle impose aux effets sur les prix à court terme.

Les autorités de la concurrence devraient améliorer leurs approches pour apprécier les gains d'efficacité. Parmi les approches analytiques à la disposition des autorités, on peut citer : le recours à des experts économiques, techniques et de l'industrie, des éléments de preuve de gains d'efficacité réalisés dans le cadre de transactions passées ou sur d'autres marchés (notamment en se référant aux études en cours de développement sur la répercussion intégrale des coûts) et des techniques analytiques dites « d'analyse d'enveloppement des données » et de « compensation des réductions de coûts marginaux ».

Réglementation ex-ante et ex-post

L'écosystème numérique convergent a renforcé les échanges qui existent entre les acteurs qui utilisent différentes technologies, ou qui offrent des services et des applications différents, ce qui permet de baisser les barrières à l'entrée et d'accroître la concurrence. En conséquence, il y a moins besoin de réglementation *ex-ante* et il existe un plus grand risque que le maintien de la réglementation fausse la concurrence et décourage l'innovation.

La réglementation sectorielle et le droit de la concurrence ont tous deux évolué pour faire face aux problèmes susceptibles de résulter d'une défaillance du marché et/ou d'une puissance de marché. Bien qu'une réglementation *ex ante* se justifie où il existe des sources durables de puissance de marché, il est fort probable que le rôle de la réglementation *ex-ante* sera limité. La réglementation sectorielle devrait satisfaire aux conditions suivantes :

- La réglementation devrait viser les activités économiques dépourvues de tout potentiel de concurrence et devrait autoriser la concurrence dans les autres parties de la chaîne de valeur. La concurrence est plus efficace que la réglementation à stimuler l'innovation des produits et des services sur la durée.
- Le potentiel de concurrence devrait être évalué sur une période suffisamment longue, en prévoyant si possible des jalons visant à supprimer la réglementation afin d'attirer de nouveaux acteurs. Cela permettrait d'éviter une réglementation inutile et qui se perpétue automatique.
- Il convient de soupeser l'avantage d'une réglementation résultant de corrections des défaillances du marché par rapport aux coûts. Une attention particulière devrait être accordée au risque de carence réglementaire et aux coûts associés découlant de prix établis de manière inefficace ou de l'obligation d'un niveau de qualité donné qui entraînerait une baisse des

offres alors que les clients auraient à bénéficier d'offres plus différenciées.

- Lorsque les investissements font face à des risques *ex ante* importants (par ex. une demande très incertaine ou l'emploi d'une technologie non prouvée), il peut être nécessaire de s'abstenir de réguler, du moins pendant un certain temps, en raison de la difficulté d'établir des modalités qui ne nuisent pas aux incitations d'investissements futurs.¹
- Lorsque le service est fourni à des clients dotés d'un pouvoir de négociation suffisamment important pour faire contrepoids, il se peut que la réglementation *ex ante* ne soit pas nécessaire pour empêcher le recours à la puissance de marché.²

L'application du droit de la concurrence *ex post* est bien mieux adaptée à des marchés dynamiques, où les risques de carence réglementaire sont élevés. Le droit de la concurrence est intrinsèquement plus souple que la réglementation *ex ante* : en effet, il s'abstient de préciser ce que les entreprises devraient faire, et se contente d'indiquer ce qu'elles ne devraient pas faire. L'application du droit de la concurrence accorde ainsi aux entreprises la liberté nécessaire d'établir leurs modalités dans les limites d'un éventail potentiellement large de pratiques acceptables. Il peut s'agir là d'un facteur important sur les marchés numériques, où les entreprises pourraient souhaiter introduire une gamme d'offres différenciées s'accompagnant de diverses combinaisons de prix, de fonctionnalités de produit et de qualité de service et où les conditions du marché peuvent changer rapidement.

La réglementation peut entraver les incitations à l'entrée basées sur des innovations en matière de modèles d'affaires et de technologies. La réglementation doit être envisagée dans une perspective tournée vers l'avenir, en prévoyant de la retirer dès lors qu'il existe un potentiel d'arrivée d'acteurs qui pourrait conduire à une concurrence effective. La suppression de réglementation

1. Par exemple, les États reconnaissent généralement que le plafonnement de la compensation versée aux titulaires de brevets nuirait au gain d'efficacité dynamique.

2. Par exemple, l'Australie fait preuve de cette approche minimaliste aux services que les aéroports fournissent aux compagnies aériennes (voir Productivity Commission, « Economic regulation of airport services », (2011)).

appliquée uniquement à un sous-ensemble d'entreprises concurrentes peut aussi améliorer l'efficacité en permettant aux entreprises de rivaliser entre elles sur un pied d'égalité.

Recommandation 11: Revoir les seuils de la réglementation *ex-ante* afin d'assurer l'équilibre entre la réglementation et les risques d'investissement

Le cadre réglementaire européen des communications électroniques identifie les marchés comme étant soumis à la réglementation *ex ante* sous réserve de trois conditions: (i) la présence de barrières à l'entrée structurelles, juridiques ou réglementaires, élevées et non transitoires; (ii) la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence dans le délai applicable; et (iii) le droit de la concurrence est incapable de remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché. Dans la pratique, le cadre européen établit un seuil pour la réglementation *ex ante* qui est fondé sur le constat d'une puissance significative sur le marché.

Les gouvernements devraient revoir les seuils établis pour la réglementation *ex ante*, afin de parvenir au juste équilibre entre les gains attendus de la réglementation par rapport aux risques posés aux investissements et aux innovations. Par exemple, le seuil approprié pour la réglementation *ex ante* vis-à-vis de l'accès doit soupeser les avantages d'autoriser une concurrence fondée sur un accès réglementé par rapport aux risques posés aux investissements de la part des investisseurs dans l'infrastructure. Sur les marchés où des risques importants menacent les investissements et l'innovation par les entreprises en place ou des nouveaux venus, les coûts de la réglementation *ex ante* peuvent l'emporter sur l'avantage qu'ils présentent ou appeler à des formes de réglementation moins intrusives. Il est important de tenir compte des risques posés aux investissements en envisageant un horizon de temps suffisamment long pour évaluer le potentiel d'arrivée de concurrents sur le marché.

Recommandation 12: Axer la réglementation *ex ante* sur la puissance de marché durable

La convergence technologique devrait permettre de supprimer une partie de la réglementation *ex ante* pour axer celle qui reste sur la puissance de marché durable où la reproduction de l'infrastructure rivale (de n'importe quelle technologie) est peu probable. En présence d'infrastructures qui se limitent mutuellement, directement ou indirectement, par la concurrence qui s'exerce au niveau de la vente au détail, la réglementation de l'accès est moins susceptible d'apporter des avantages importants

qui l'emporteraient sur les risques menaçant la poursuite d'investissements et d'innovations.

Alors que beaucoup d'aspects de l'écosystème numérique suggèrent la relative rareté d'une situation de puissance de marché durable, un cadre réglementaire solide devrait permettre d'appliquer la réglementation là où de nouveaux goulets d'étranglement émergent et où les bénéfices attendus de la réglementation l'emportent sur les coûts. Sur les marchés dynamiques à forts niveaux d'innovation, les autorités devraient se concentrer sur les pratiques des entreprises pour s'assurer que les nouveaux goulets d'étranglement ne viennent pas gêner la concurrence, plutôt que de se livrer à des contrôles des prix qui risquent de nuire aux incitations à l'investissement.

Recommandation 13: Assurer une réglementation cohérente et rationnelle qui est conforme au droit de la concurrence

Bien que le droit de la concurrence ait tout lieu d'être efficace dans bien des situations en traitant le risque de puissance de marché durable, la réglementation *ex ante* peut elle aussi avoir un rôle à jouer dans de pareils cas. Un régulateur spécialisé peut, par exemple, déterminer plus facilement les modalités d'accès requises pour protéger la concurrence sur les marchés connexes. Il faudrait envisager les mérites relatifs de l'application de la réglementation *ex ante* et du droit de la concurrence *ex-post* pour décider du rôle approprié de chacun.

Des analyses de l'impact de la réglementation devraient être entreprises lorsqu'on juge que la réglementation *ex ante* pourrait être mieux adaptée pour faire face à un problème de concurrence donné. Ces analyses veillent à ce que la réglementation *ex ante* soit proportionnée, à ce que ses principaux effets soient cernés, et à ce qu'elle apporte de plus grands avantages nets que les autres solutions possibles. Sur des marchés dynamiques, hautement innovants et multifaces, les régulateurs devraient se méfier d'intervenir pour modifier les modalités, sauf s'ils peuvent avoir la certitude que leur intervention apportera des bénéfices nets.

La réglementation devrait être rationalisée pour être neutre au regard de la concurrence. Lorsqu'un régulateur spécialisé décrète que certaines modalités et conditions ne nuisent pas à la concurrence, celles-ci ne devraient pas être jugées en violation du droit de la concurrence. Il est toutefois important que l'application ne soit pas lacunaire. Les autorités de la concurrence devraient pouvoir donner suite à des questions que le régulateur peut ne pas avoir examinées correctement. Les régulateurs devraient adhérer à un cadre réglementaire clair et à long terme et s'engager à ajouter, supprimer ou modifier de la réglementation en fonction des changements de circonstances.

Dispositifs institutionnels

Si une transition vers une application *ex post* dans l'écosystème numérique est souhaitable, en laissant le soin à la réglementation *ex-ante* de se concentrer sur la puissance de marché durable, toute la question est de savoir comment faire pour y parvenir. Ces dernières années, des pays ont adopté différents dispositifs institutionnels. On peut citer les suivants :

- L'intégration de la réglementation sectorielle et/ou de la protection des consommateurs au sein de l'autorité de la concurrence
- Des régulateurs sectoriels indépendants dotés de pouvoirs de concurrence concomitants
- Un régulateur polyvalent, capable d'intervenir dans l'ensemble des industries réglementées, de sorte à confier à une seule et même autorité la réglementation relative aux goulets d'étranglement des infrastructures des divers secteurs

Bien que le schéma institutionnel varie et qu'il n'existe pas de dispositif institutionnel qui soit « meilleur », nous pouvons tirer plusieurs constats d'ordre général de l'étude des différents dispositifs.

- L'indépendance des régulateurs et des autorités de la concurrence est essentielle pour garantir un système équitable et transparent qui soutienne le processus concurrentiel, quel que soit le dispositif institutionnel. Les pays dont les dispositifs institutionnels sont faibles devraient se doter d'autorités de la concurrence et/ou réglementaires indépendantes, recevant un financement approprié et soumises à des règlements clairs et crédibles qui soient propices aux investissements et à l'innovation.
- Les autorités de la concurrence et les régulateurs sectoriels devraient coopérer étroitement pour veiller à l'application uniforme des principes de la politique de concurrence dans l'ensemble des secteurs et adhérer à la tendance favorisant l'application *ex post*.

Recommandation 14 : Réévaluer les dispositifs institutionnels

Les États devraient réévaluer leur cadre institutionnel et leurs règlements pour s'assurer qu'ils sont capables de faire face au passage d'une application *ex ante* à une application *ex post*. Alors que le cadre institutionnel idéal varie d'un pays à l'autre, différents dispositifs institutionnels y ont été mis en œuvre, chacun présentant ses avantages et ses inconvénients.

L'intégration de régulateurs sectoriels à des autorités de la concurrence peut être un moyen de réduire le contournement et l'augmentation insidieuse de la réglementation, d'accroître l'efficacité du contrôle de la concurrence, de renforcer la sécurité juridique et de réduire les coûts grâce à des économies de gamme. Des synergies considérables peuvent en ressortir, et l'expertise et l'expérience considérables apportées par les régulateurs et les experts de la concurrence peuvent être un moyen de remédier aux incohérences qui existent dans l'application de la politique de la concurrence et de la réglementation économique, renforçant ainsi la qualité des décisions des autorités.

Les défenseurs de régulateurs sectoriels séparés, dotés de pouvoirs concomitants, font valoir que les différentes approches requises entre la politique de la concurrence et la réglementation économique risquent d'aboutir à une autorité de la concurrence qui met trop l'accent sur le transfert de richesse à court terme pour les consommateurs, et de nuire ainsi aux incitations à l'investissement au lieu de favoriser les intérêts des consommateurs à plus long terme. D'autres avantages peuvent être cités au maintien de régulateurs sectoriels : une plus grande quantité d'informations sectorielles, une moindre asymétrie de l'information et l'accès à la concurrence par comparaison pour comparer les performances des différents régulateurs.

Un autre dispositif adopté dans certains pays confie à un seul et même régulateur l'ensemble des goulots d'étranglement des infrastructures. Dans ce cas-là, la réglementation met l'accent sur la puissance de marché durable et facilite la migration vers un système qui s'en remet plus lourdement à l'application du droit de la concurrence *ex post*. Alors que dans une certaine mesure, un régulateur d'infrastructure unique aurait tendance à rationaliser la réglementation, il subsisterait le risque d'incohérence entre l'autorité de concurrence et le régulateur.

Lorsqu'il existe plus d'un régulateur, les États devraient prévoir des dispositifs institutionnels qui minimisent les chevauchements de responsabilités et évitent la duplication d'organismes ayant des responsabilités similaires. Il s'agit là d'un moyen d'assurer la cohérence réglementaire, d'éviter toute incertitude et de réduire les coûts, autant pour les États que pour les entreprises, de régulateurs multiples qui se penchent sur les mêmes questions.

Recommandation 15: Adopter des mesures provisoires pour accélérer l'application *ex post* et atténuer les préjudices potentiels de pratiques anticoncurrentielles

Le droit de la concurrence *ex post* est souvent critiqué pour sa lenteur, surtout lorsqu'il s'agit de traiter de questions de concurrence sur les marchés numériques qui connaissent une évolution rapide. Dans bien des cas de concurrence, la durée d'une enquête entre la première plainte et la décision finale prend des années. Si elle se poursuit au cours de l'enquête, l'infraction concurrentielle peut causer des préjudices graves et irréparables à la concurrence. Indépendamment de tout recours pouvant résulter de l'enquête, l'infraction peut conduire à la position dominante permanente de l'entreprise en infraction, surtout si ses rivaux disparaissent.

Les autorités de la concurrence peuvent imposer des mesures provisoires pour empêcher tout préjudice supplémentaire et plus permanent. Cependant sur les marchés numériques, le préjudice potentiel peut être difficile à apprécier et l'application d'une mesure provisoire peut être surprotectrice et nuire à une entreprise qui se révèle plus tard non coupable d'infraction au droit de la concurrence. La prudence s'impose donc dans le choix de la mesure provisoire à adopter. Deux principales conditions doivent être remplies avant d'imposer une mesure provisoire :

- L'urgence en raison du risque de préjudice grave et irréparable à la concurrence
- La probabilité d'un constat d'infraction

Il incombe aux autorités de vérifier les délais pour veiller à trouver le juste équilibre entre la rapidité des procédures de concurrence et la qualité de l'enquête. Devant la complexité relative des marchés numériques, il faut trouver le juste équilibre entre la rapidité de l'enquête tout en lui laissant suffisamment de temps pour se dérouler dans les formes et reposer sur des bases factuelles. Pour cela, il s'agit (i) de donner la priorité aux dossiers urgents où le risque de préjudice est élevé, (ii) d'améliorer les capacités de collecte et de traitement des données, (iii) de faire appel sans tarder à des experts extérieurs de l'industrie, (iv) d'avoir recours à des règlements et engagements rapides le cas échéant et (v) de garantir une procédure d'appel adaptée et rationalisée.

Conclusion

L'économie numérique peut rendre la vie plus facile, plus productive et plus agréable pour les gens partout dans le monde. Il revient aux États de s'assurer que leurs cadres de la concurrence et de la réglementation tiennent bien compte des mutations du marché qui s'opèrent et fournissent une base solide propice à la pérennité de la concurrence, des investissements et de l'innovation au profit de tous.

Définition du marché et puissance de marché

1. Ajuster les outils existants pour tenir compte des spécificités des marchés numériques

2. Mettre l'accent sur les phénomènes de substitution réels

3. Utiliser d'autres outils pour cerner les principaux éléments déterminants au comportement de changement de fournisseur de la part du consommateur

4. S'assurer que la définition du marché est suffisamment tournée vers l'avenir, et réviser et adapter les politiques pour intégrer pleinement les changements survenus sur le marché pertinent

5. Se concentrer sur les pratiques prétendument anticoncurrentielles et leurs effets probables plutôt que de déduire la puissance de marché d'après la structure du marché

6. Apprécier dans quelle mesure les big data confèrent une puissance de marché

7. Maintenir un seuil d'intervention élevé basé sur la position dominante conjointe

Le critère du bien-être total

8. Adopter un critère du bien-être total à l'appui d'une croissance de la productivité à long terme et d'une hausse du niveau de vie

9. Mettre l'accent sur les effets dynamiques lors de l'évaluation des concentrations et de la concurrence sur les marchés numériques

10. Utiliser de meilleurs outils pour évaluer les gains d'efficacité

Réglementation ex-ante et ex-post

11. Revoir les seuils de la réglementation *ex-ante* afin d'assurer l'équilibre entre la réglementation et les risques d'investissement

12. Axer la réglementation *ex-ante* sur la puissance de marché durable

13. Assurer une réglementation cohérente et rationnelle qui est conforme au droit de la concurrence

Dispositifs institutionnels

14. Adopter des mesures provisoires pour accélérer l'application *ex post* et atténuer les préjudices potentiels de pratiques anticoncurrentielles

15. Réévaluer les dispositifs institutionnels



SIÈGE DE LA GSMA

Floor 2
The Walbrook Building
25 Walbrook
London, EC4N 8AF
Royaume-Uni
Tél.: +44 (0)20 7356 0600
Fax: +44 (0)20 7356 0601