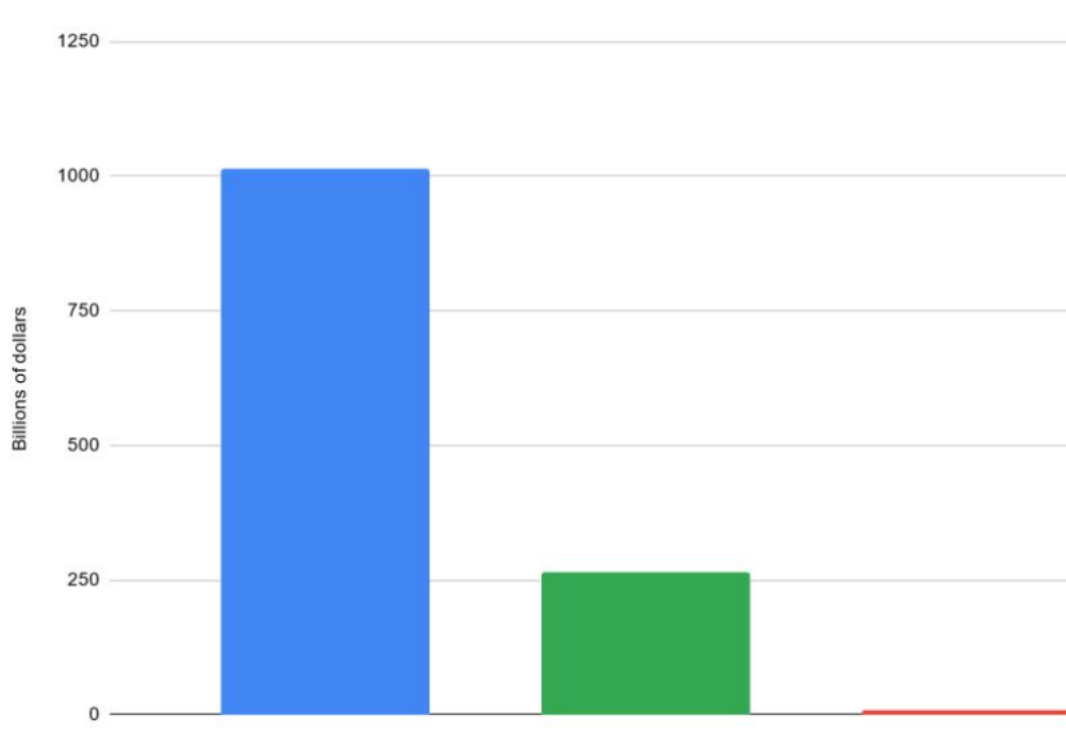


Les mesures conservatoires : Bouclier anti-abus des GAFAs au service d'une industrie numérique européenne

La confirmation par la Cour de Justice de l'Union Européenne en appel de la condamnation de Google par la Commission européenne à 2,4 milliards d'euros en cette fin 2021 pour abus de position dominante dans l'affaire Google Shopping pourrait sonner comme une victoire. Elle est amère en vérité, parce que le dossier a été ouvert en 2010, et qu'en onze années de procédure, où toutes les vicissitudes des stratégies dilatoires exploitées à leur paroxysme par le géant de Mountain View, les concurrents de Google dans le secteur des comparateurs de prix ont été décimés les uns après les autres, de telle sorte que la sanction financière – qui est encaissée par la Commission européenne – est sans commune mesure avec le dommage économique et industriel infligé aux entreprises européennes.



En bleu : le chiffre d'affaires cumulé de Google entre 2002 et 2020. En vert : son résultat opérationnel cumulé entre 2005 et 2020. En rouge (la ligne quasiment invisible) le cumul des différentes amendes antitrust infligées par la Commission européenne à Google. Source : Guillaume Champeau.

Il aura suffi à Google d'adresser pour sa défense des milliers de pages de plaidoyer, avec des téraoctets de données associées, pour que les services instructeurs de la Commission européenne soient submergés par leur obligation de respecter les droits de la défense, sans compter que la durée des procédures a permis à Google d'exiger régulièrement que l'on prenne en compte les nouvelles versions de ses services et algorithmes, permettant de retarder encore l'épilogue d'une procédure sans fin.

Or, le temps est l'allié des monopoles, et l'ennemi des acteurs concurrents, nouveaux entrants, innovants et challengers de géants installés. Ces derniers ont l'éternité devant eux. L'acteur émergent sait que son temps est compté, qu'il doit faire ses preuves rapidement, que ses actionnaires n'ont pas des moyens infinis, que son déréférencement peut lui être fatal.

Aussi, tous les droits de la défense permettront à l'acteur dominant mis en cause dans une affaire d'abus de position dominante de faire s'éterniser les procédures, soumettant ainsi ses rivaux à des conditions de marché qui leur sont insupportables, en faisant un calcul simple d'opportunité, évaluant l'intérêt d'éradiquer la concurrence dans le long terme pour prendre une avance irrattrapable, avec une amende de quelques milliards d'euros dans le pire des cas au bout de quelques années – 11 ans en l'espèce ! C'est à l'évidence ce calcul cynique qui a conduit Google, ce délinquant économique multirécidiviste, au-delà de l'ensemble des condamnations des autorités de concurrence des différents pays européens, et à s'exposer à trois autres plaintes en cours d'instruction par la Commission européenne, cumulant plus de 8 milliards d'amende encourues.

Ces affaires auraient pu entraîner potentiellement des demandes de mesures conservatoires. Cela aurait supposé d'obtenir après une instruction sommaire de quelques mois par la Commission européenne l'injonction d'interrompre la pratique abusive contestée au bout de quelques mois, et d'entamer à partir de ce point d'arrêt d'une pratique menaçant la concurrence une instruction au fond, pour savoir si oui ou non le comportement de l'entreprise dominante est condamnable ou pas. Qu'importe alors si les délais d'instruction sont longs ou pas. Les concurrents de l'acteur monopolistique sont protégés par les mesures conservatoires et c'est alors le monopole, entravé dans sa stratégie de développement, qui aspire à ce que la procédure s'accélère pour pouvoir lever au plus vite les injonctions qui le brident.

Mais la Commission européenne n'a quasiment jamais employé sa capacité d'imposer des mesures conservatoires, malgré le règlement de 2003 qui lui en donne pourtant le pouvoir. En effet, les standards d'utilisation de ces mesures, c'est-à-dire leurs conditions légales d'utilisation, sont dans la rédaction de l'article 8 du règlement (CE) N° 1/2003 extrêmement restrictives, de telle sorte que celles-ci n'ont été utilisées en près de 20 ans qu'une seule fois dans une affaire de concurrence dans le numérique, en octobre 2019, dans l'affaire Broadcom.

En effet, pour pouvoir justifier de telles mesures, la Commission européenne doit pouvoir démontrer qu'elle fait obstacle à des pratiques susceptibles d'avoir pour effet d'engendrer un dommage « grave » et « irréparable » à la concurrence. Tous les avocats en droit de la concurrence, tout comme les services de la Commission européenne, sont conscients qu'il est extrêmement difficile de démontrer qu'un dommage sera « irréparable », même si dans un dossier tel que celui de Google Shopping, il est possible de dire, a posteriori au regard des entreprises laissées sur le carreau, que le dommage causé a bel et bien été irréparable.

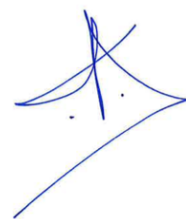
Pour éviter de risquer d'être désavouée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, la Commission s'est donc bien gardée d'intégrer ces mesures conservatoires dans sa panoplie de riposte systématique aux pratiques abusives des géants de l'internet.

A titre de comparaison, le cadre d'utilisation de ces mesures dans le droit de la concurrence français, autorise plus facilement d'y avoir recours, puisque leur usage est subordonné à la démonstration que le dommage causé aux concurrents et au marché est « grave » et « immédiat ».

Compte tenu des difficultés que la Commission européenne rencontre depuis des années pour utiliser ces dispositions, se heurtant à l'exigence de la preuve du « dommage irréparable », quelle ne fut pas la surprise des acteurs de l'écosystème numérique européen, qui réclament l'assouplissement de cette règle depuis des années, de voir ce même qualificatif de dommage « irréparable » réapparaître dans le cadre du projet de règlement Digital Markets Act (DMA) ! N'oublions pas, l'objectif majeur du DMA est de limiter les abus des géants de la tech, et tout particulièrement de réguler l'espace numérique en temps réel, en ajustant les procédures de recours, notamment celles qui permettraient d'user de mesures conservatoires.

Depuis 2018, l'association européenne Open Internet Project (OIP) a fait de cette bataille la pierre angulaire d'un changement radical du rapport de force entre le droit et les géants de la tech. Bien conscients de l'importance du temps dans le déséquilibre concurrentiel entre géants mondiaux et acteurs émergents du numérique européen, des alliés indéfectibles de cette cause se sont emparés de ce sujet, tels que la Sénatrice Catherine Morin-Desailly, qui a été à l'origine d'une proposition de résolution européenne, adoptée à l'unanimité par le Sénat français en 2017 sur ce sujet.

Pour sa part, le Député européen Dr. Andreas Schwab a également pris la mesure de l'importance de cette question, instruisant depuis de nombreuses années l'analyse de l'importance d'une procédure accélérée. C'est sur sa proposition que l'amendement remplaçant le terme dommage « irréparable » par dommage « immédiat » a été proposé dans le cadre de la discussion du DMA. Adopté le 22 novembre dernier par 42 voix contre 2 en Commission IMCO, il a désormais toutes les chances de franchir la prochaine étape de la séance plénière du Parlement européen, et d'offrir à l'avenir un bouclier fiable aux entreprises du numérique européen, qui pourront à bon droit, face à des pratiques d'éviction qui menacent leur survie, pouvoir se tourner vers Bruxelles pour faire cesser ces abus, sans avoir à craindre que cela ne les entraîne nécessairement dans des procédures interminables sans qu'un coup d'arrêt ne soit mis aux abus de position dominante, qui représentent une épée de Damoclès sur tous les potentiels d'innovation présents en Europe. Il sera ainsi essentiel que ce dispositif passe l'étape du Trilogue, afin d'être définitivement adopté au sein du DMA.



Léonidas Kalogeropoulos
Délégué Général
Open Internet Project (OIP)