

Mégadonnées, concurrence et abus de position dominante

Gustave Warby*

Table des matières

Introduction

1. L'impact des mégadonnées sur les marchés numériques
 - 1.1. La notion de mégadonnées
 - 1.1.1. La collecte des données
 - 1.1.2. Le traitement des données
 - 1.2. La structure multiface des marchés numériques
 - 1.3. Les effets de réseau inhérents à la structure des marchés numériques
 - 1.4. La concentration corollaire du pouvoir de marché
 2. L'abus de dominance : quelques exemples récents
 - 2.1. La détermination du marché pertinent dans un espace numérique
 - 2.2. La dominance
 - 2.3. L'abus
- Conclusion

Résumé

Depuis 20 ans, nous assistons à d'énormes évolutions technologiques qui ne cessent de bouleverser les structures traditionnelles de nos sociétés. Il n'en est pas autrement du secteur économique. Le déclin progressif des succursales et des centres commerciaux s'accompagne d'une migration des commerçants vers des plateformes numériques. Dans cet environnement dorénavant numérique, tant les commerçants que les plateformes se tournent vers les mégadonnées comme source de pouvoir de marché. Si l'utilisation de mégadonnées promet des avantages tangibles au consommateur, elle recèle également certains dangers – à la fois pour le consommateur *et* pour le marché. Cette étude dresse un tableau sommaire du fonctionnement des marchés numériques. En outre, elle examine, à travers quelques exemples récents tirés du droit comparé européen et américain de l'abus de position dominante, comment les tribunaux s'efforcent d'adapter le droit de la concurrence à cette nouvelle réalité. Finalement, elle aborde les modifications récentes à la *Loi sur la concurrence* canadienne.

* Avocat à la Cour d'appel du Québec et étudiant à la maîtrise (avec mémoire). Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

Mise en garde : Ce texte ne tient pas compte des modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* en date du 15 décembre 2023 et qui touchent notamment la disposition sur l'abus de position dominante (articles 79 et 78).

Introduction

Depuis une vingtaine d'années, l'évolution des technologies numériques a connu une accélération fulgurante. En 2020, 60 % de la population mondiale utilisait l'Internet¹, tandis que ce chiffre ne s'élevait qu'à 7 % en 2000². Durant cette période, le consommateur est passé de l'accès par ligne commutée (*dial-up*) aux réseaux sans fil de cinquième génération (5G) et à la fibre optique pouvant offrir des vitesses de plus d'un gigaoctet par seconde. De plus, l'usage du téléphone portable, naguère phénomène minoritaire (42 % de la population mondiale en possédait un en 2000), est devenu ubiquiste de nos jours (96 % en 2019)³.

L'avènement en 2007 des premiers téléphones portables dits « intelligents » a grandement contribué à l'intégration de chaque facette de nos vies dans un nouveau monde numérique que certains qualifient d'Internet des objets (*Internet of Things*)⁴. Ce monde implique l'imbrication sans précédent des technologies et de nos vies privées. Ainsi, il est devenu possible pour de nombreux acteurs – étatiques ou autres – d'accumuler de vastes quantités de données de nature à la fois sociologique et économique. Ils sont dès lors capables de colliger et d'analyser celles-ci pour

ensuite connaître, entre autres, les tendances d'usage des médias sociaux, d'achat de produits et de services, et de déplacement. Il s'agit des mégadonnées (*Big Data*), une véritable source de puissance de marché et, conséquemment, de richesse à l'ère du numérique.

Si l'omniprésence du phénomène que nous avons évoqué ci-dessus suscite de nombreuses questions éthiques et légales sur le plan de la protection de la vie privée, il n'en va pas autrement en matière de droit de la concurrence. Bien que nous puissions penser réflexivement à l'utilisation de ces nouvelles technologies aux fins de la surveillance par des services de renseignement⁵, il n'en demeure pas moins que les mégadonnées deviennent de plus en plus l'apanage des grandes firmes multinationales. D'une manière concomitante, la façon dont les particuliers font affaire n'a cessé d'évoluer. Les marchés traditionnels ont amorcé une migration à partir des succursales situées dans des centres d'achat (*brick-and-mortar stores*) vers des plateformes dorénavant numériques.

Nous voilà donc à l'époque des GAFAM⁶ et des FAANG⁷, de véritables *Standard Oil Co.* du XXI^e siècle. La simple existence de ces béhémoths génère des difficultés sans précédent pour le droit de la concurrence.

¹ UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS, « Measuring Digital Development: Facts and Figures 2021 », Union internationale des télécommunications, [En ligne], [\[www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx\]](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx) (30 octobre 2023).

² BANQUE MONDIALE, « Utilisateurs d'Internet (% de la population) », *La Banque mondiale*, [En ligne], [\[data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS?end=2021&start=1989\]](http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS?end=2021&start=1989) (30 octobre 2023).

³ Hannah RITCHIE, Max ROSER et Edouard MATHIEU, « Technology Adoption », *Our World in Data*, 2023,

[En ligne], [\[ourworldindata.org/technology-adoption\]](https://ourworldindata.org/technology-adoption) (30 octobre 2023).

⁴ Maurice E. STUCKE et Allen P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, OUP, 2016, p. 15 et 16.

⁵ Mark MAZZETTI et Michael S. SCHMIDT, « Ex-Worker at C.I.A. Says He leaked Data on Surveillance », *The New York Times*, 9 juin 2013, [En ligne], [\[www.nytimes.com/2013/06/10/us/former-cia-worker-says-he-leaked-surveillance-data.html\]](http://www.nytimes.com/2013/06/10/us/former-cia-worker-says-he-leaked-surveillance-data.html) (30 octobre 2023).

⁶ Sigle désignant Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

⁷ Sigle désignant Facebook, Amazon, Apple, Netflix et Google.

Ils opèrent principalement par l'intermédiaire de plateformes numériques ; leurs réseaux sont complexes, diffus, internationaux et, en grande partie, virtuels. Certains – notamment Facebook et Google – fournissent des services qui se targuent d'être gratuits⁸. Certes, il y a toujours un prix à payer : la collecte de données personnelles⁹. Ces données sont ensuite transformées en produit ou alors employées directement par les compagnies qui les collectent afin de se procurer un avantage concurrentiel¹⁰.

Bien que les marchés numériques puissent apporter des avantages certains au consommateur, leur fonctionnement interne demeure généralement impénétrable et leurs contours se révèlent nébuleux¹¹. Devient donc difficile toute tentative de réglementer le marché à dessein d'assurer un environnement économique propice à une concurrence loyale et saine. En effet, comment assurer le respect des règles du jeu alors qu'il devient progressivement plus difficile d'observer les gestes posés par les acteurs du marché ? À cette difficulté s'ajoutent l'internationalisation des marchés et l'élimination progressive des barrières au commerce que représentaient jadis les frontières étatiques et la distance géographique.

Cette nouvelle réalité a fait l'objet d'une série de rapports publiés en 2019 par les autorités de la concurrence de plusieurs pays industrialisés. Un thème récurrent y apparaît : l'inadéquation de la législation sur la concurrence par rapport à la nouvelle réalité de l'ère numérique¹².

Sans avoir la prétention de nous lancer dans une étude exhaustive du sujet, nous proposons de mettre en relief certaines des difficultés auxquelles se heurte le droit de la concurrence actuelle, plus particulièrement en matière d'abus de position dominante. Tout d'abord, nous désirons analyser pourquoi les mégadonnées ont un si grand impact sur la concurrence. Quels sont les mécanismes à la fois technologiques et économiques qui les rendent si puissantes et comment ? Quelles synergies exploitent-elles lorsqu'elles s'intègrent dans les marchés numériques et quel en est l'effet ? Par ailleurs, comment le droit de la concurrence répond-il à ces évolutions technologiques, au Canada comme ailleurs ? Les cadres analytiques qu'emploie le droit de la concurrence traditionnel sont-ils suffisamment malléables pour que l'on puisse les transposer aux marchés numériques et aux mégadonnées ?

⁸ Alexandre DE STREEL, « Big Data and Market Power », dans Damien GERARD, Bernd MEYRING et Eric MORGAN DE RIVERY (dir.), *Dynamic Markets and Dynamic Enforcement: Which Competition Policy for a World in Flux?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2018, p. 97, à la page 103.

⁹ CENTRE DE SERVICES AUX CITOYENS D'ISDE, *L'avenir de la politique de la concurrence au Canada*, Ottawa, Innovation, Sciences et Développement économique Canada, 2022, [En ligne], [ised-isde.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-concurrence/lavenir-politique-concurrence-canada] (30 octobre 2023).

¹⁰ BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Bulletin – Le recueil des pratiques commerciales trompeuses : Volume

5 », Gatineau, Bureau de la concurrence, 4 mars 2020, [En ligne], [www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04520.html#wb-tphp] (30 octobre 2023).

¹¹ Edmond BARANES et Andreea COSNITA-LANGLAIS, « Les défis posés par l'économie numérique aux politiques de concurrence », *Annales des Mines-Réalités industrielles*, n° 3, 2016, p.29 ; Frédéric MARTY, « Algorithmes de prix, intelligence artificielle et équilibres collusifs », (2017) 31 *R.I.D.E.* 83, 84.

¹² Amelia FLETCHER, « Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement? », (2021) 12 *J. Eur. Compet. Law Pract.* 44.

Pour des fins de clarté et de compréhension, notre analyse se décline en deux temps. Dans la première partie (1), nous définirons ce que sont les mégadonnées. Nous étudierons comment elles sont employées, les synergies qu'elles exploitent et les conséquences économiques qu'elles engendrent. Une telle démarche aura pour avantage de permettre au lecteur non initié de mieux saisir l'impact des mégadonnées sur les marchés numériques ainsi que sur le droit de la concurrence. Nous verrons que les mégadonnées entraînent, par leur nature, une concentration du pouvoir de marché grâce aux effets de réseau croisés qu'engendrent les marchés multifaces numériques. Dans la deuxième partie (2), nous traiterons plus spécifiquement de l'application du droit de la concurrence aux marchés numériques. Nous étudierons la manière dont certains tribunaux aux États-Unis et en Europe ont tenté d'adapter l'analyse de l'abus de position dominante à cette évolution de l'environnement économique. Enfin, nous évaluons la portée de la réforme récente de la législation canadienne portant sur l'abus de position dominante.

1. L'impact des mégadonnées sur les marchés numériques

Les données sont devenues aujourd'hui une véritable source de pouvoir économique dans les marchés numériques.

¹³ Elena ARGENTESI et autres, « Merger Policy in Digital Markets: an Ex Post Assessment », (2020) 17 *J. Compet. Law Econ.* 95, 112 et suiv.

¹⁴ M. E. STUCKE et A. P. GRUNES, préc., note 4, p. 16.

¹⁵ L'Internet des objets « est généralement décrit comme le réseau d'appareils connectés à Internet au-delà des ordinateurs, des téléphones intelligents et des tablettes. [...] La prolifération des appareils connectés à Internet transforme les chaînes d'approvisionnement, la concurrence et le contrôle des consommateurs sur leurs achats. », CENTRE DE SERVICES AUX CITOYENS D'ISDE, *Consultation sur un*

Elles constituent un puissant outil qui augmente la compétitivité des entreprises¹³. Corollairement, les données deviennent un atout incontestable dans un environnement économique où la concurrence ne cesse de devenir plus rude. Au reste, l'accumulation de données – inégalée dans l'histoire du monde – en a engendré une nouvelle catégorie : les « mégadonnées ». Les changements qu'entraînent actuellement les mégadonnées quant au fonctionnement des marchés et de la concurrence représentent l'un des plus grands défis auxquels fait face le droit de la concurrence au XXI^e siècle. Cela soulève une question préliminaire : que sont exactement les « mégadonnées » ? Il est donc essentiel de bien les définir avant d'aller plus loin (1.1.). Ce faisant, nous pourrons ensuite mieux saisir le rôle qu'elles jouent dans les marchés numériques (1.2.), les avantages créés par leur usage (1.3.) et la concentration de pouvoir de marché qui en découle (1.4.).

1.1. La notion de mégadonnées

Quatre traits définissent les mégadonnées : (1) le volume de données traitées (2) la vitesse de leur traitement (3) leur variété et (4) leur valeur¹⁴. Le *volume*, d'abord, car l'Internet des objets¹⁵ a créé un écosystème où les utilisateurs produisent en continu une quantité phénoménale de données¹⁶. Ensuite, l'utilisation accrue des algorithmes, de l'intelligence

cadre moderne du droit d'auteur pour l'intelligence artificielle et l'Internet des objets, Ottawa, Innovation, Sciences et Développement économique Canada, 2021, [En ligne], [[ised-isde.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-droit-dauteur/consultation-cadre-moderne-droit-dauteur-pour-lintelligence-artificielle-linternet-objets#s3](https://isde.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-droit-dauteur/consultation-cadre-moderne-droit-dauteur-pour-lintelligence-artificielle-linternet-objets#s3)] (30 octobre 2023).

¹⁶ M. E. STUCKE et A. P. GRUNES, préc., note 4, p. 16-19 : 8.6 zettaoctets en 2018.

artificielle ainsi que de nouvelles formes d'analyse de données (*data analytics*), a permis le traitement de données avec une célérité et une précision jusqu'à récemment inaccessibles à l'esprit humain : la *vitesse*¹⁷. Ce processus de traitement de données est essentiel, car les données brutes n'ont pas de valeur en soi : elles doivent être classées puis analysées selon des paramètres prédéfinis pour que des conclusions probantes puissent en être tirées. La *variété* de sources desquelles les données sont recueillies est également d'une importance fondamentale, car elle permet de construire un profil plus exact du consommateur. Enfin, les mégadonnées possèdent une énorme *valeur*. Cette valeur est en grande partie dérivée des trois premières caractéristiques, car, ensemble, celles-ci permettent aux firmes de mieux capter leurs marchés respectifs, augmentant ainsi leur chiffre d'affaires¹⁸.

Aucun aspect de nos vies ne demeure intouché par la collecte et l'analyse de nos données personnelles. Comme nous l'avons déjà souligné, les mégadonnées occupent une place centrale dans le fonctionnement du commerce numérique contemporain. Se pose donc la question de savoir comment elles sont recueillies.

1.1.1. La collecte des données

La collecte s'effectue généralement d'une des trois manières suivantes¹⁹. Premièrement, les mégadonnées peuvent être collectées à partir de l'activité émanant d'une adresse IP (*Internet Protocol*). L'adresse IP est associée avec l'équipement informatique (téléphone

intelligent, ordinateur, tablette, etc.) qu'un internaute emploie pour se connecter à Internet. Deuxièmement, les internautes fournissent ces données – volontairement ou non²⁰ – en accédant aux sites Web. Cette fourniture de données peut inclure les informations qu'ils entrent eux-mêmes, mais également des informations découlant de leur activité en ligne. Finalement, les données des internautes peuvent aussi être collectées à leur insu par des moyens encore plus subtils. Il s'agit du *cyberpistage*²¹.

Tout cela a été rendu possible par l'Internet des objets. À n'en pas douter, l'interaction des différents équipements informatiques interconnectés crée un réseau qui rend possible la collecte constante de données portant sur tous les aspects de nos vies. Ainsi, cet environnement devient une source féconde d'information au sujet des consommateurs²².

1.1.2. Le traitement des données

Une fois les données brutes recueillies, il devient nécessaire de les traiter. Le processus de traitement de données sert à créer des regroupements et des catégories qui permettent notamment de mieux cibler les besoins ou les désirs du consommateur et de lui suggérer de nouveaux produits qu'il aura tendance à acheter. De surcroît, l'utilisation des mégadonnées permet de dégager des tendances de consommation avant même qu'elles ne deviennent apparentes, et ce, avec une acuité qu'aucune personne humaine, même la plus expérimentée, ne saurait posséder²³. Par conséquent, les mégadonnées

¹⁷ *Id.*, p. 22 et 23.

¹⁸ *Id.*, p. 23-28.

¹⁹ A. DE STREEL, préc., note 8, à la page 98.

²⁰ En réalité, la nature volontaire du partage de données s'avère très souvent un « choix de Hobson », c'est-à-dire un choix illusoire. Il suffit de penser aux fameux *cookies* que nous devons accepter pour parcourir certains sites Web.

²¹ A. DE STREEL, préc., note 8, à la page 98.

²² Frédéric MARTY, « Accès aux données, coopération intra-plateforme et concurrence inter-plateformes numériques », *Revue d'économie industrielle*, vol. 169, 2020, p.225.

²³ F. MARTY, préc., note 11, 98.

constituent un atout concurrentiel d'importance primordiale que toutes les grandes firmes tentent désormais de monopoliser. Ces firmes se livrent donc une concurrence acharnée à la fois *par* l'usage des mégadonnées et *pour* l'acquisition de celles-ci²⁴.

Bien qu'une telle situation puisse *a priori* rendre la concurrence encore plus intense, elle peut néanmoins entraîner sa diminution nette. En effet, l'utilisation des mégadonnées a tendance à engendrer un effet de basculement (*tipping*), c'est-à-dire l'effet par lequel une seule entreprise finit par accaparer le marché²⁵. Cet effet de basculement résulte de plusieurs facteurs qui seront abordés à l'instant. Il s'agit du caractère multiface des marchés numériques (1.2.) et les puissants effets de réseau croisés (1.3.) qui en résultent. Une fois ce point de basculement atteint, le pouvoir de marché se voit rapidement concentré parmi les mains de peu, voire d'un seul concurrent (1.4.).

1.2. La structure multiface des marchés numériques

Comme nous venons de l'évoquer ci-dessus, la structure des marchés numériques contemporains tend fortement à créer des monopoles ou, du moins, des oligopoles. Or, il est impossible de comprendre ce phénomène sans bien saisir la structure ainsi que le fonctionnement des marchés multifactes – aussi connus sous le vocable de « plateformes ». Indéniablement, le monde des marchés

numériques se caractérise par l'omniprésence de ces plateformes, lesquelles se sont érigées en acteurs économiques incontournables. Elles sont effectivement parvenues à créer un environnement économique où elles sont *le* point de pivot par lequel tout doit obligatoirement passer en matière de rapports économiques.

Avant d'aller plus loin, regardons de plus près ce qui caractérise un marché multiface. Weyl, en se basant notamment sur les travaux de Rochet et Tirole, en identifie trois éléments clefs²⁶. Premièrement, ils offrent à plusieurs « faces » différentes du marché des services ou des produits distincts, et ce, à des prix différents. Deuxièmement, les avantages dont bénéficient les utilisateurs d'une face du marché dépendent du degré de participation des utilisateurs d'une ou de plusieurs des autres faces du marché. Autrement dit, les marchés multifactes bénéficient des effets de réseau croisés dont nous discuterons plus loin. Troisièmement, les marchés multifactes engendrent souvent des monopoles ou des oligopoles qui peuvent ensuite imposer des prix aux consommateurs à chaque face du marché. En bref, un marché multiface est un marché dans lequel plusieurs acteurs économiques différents, *appartenant à des marchés distincts*, entrent en contact par le biais d'un intermédiaire (la plateforme, en l'occurrence)²⁷.

Un exemple simple, mais classique, du marché multiface est celui du centre

²⁴ Björn LUNDQVIST, « Regulating Competition in the Digital Economy with a Special Focus on Platforms », dans Björn LUNDQVIST et Michal S. GAL (dir.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 2, à la page 7.

²⁵ Stavros MAKRIS, « Antitrust Governance in an Era of Rapid Change: Commitments-centred Intervention in Digital Markets and the Rule of

Law », dans Björn LUNDQVIST et Michal S. GAL (dir.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 325, à la page 326.

²⁶ Glen WEYL, « A Price Theory of Multi-Sided Platforms », *American Economic Review*, vol. 100, n° 4, 2010, p. 1644.

²⁷ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 2.

commercial²⁸. Dans le cas d'un centre commercial, il existe généralement deux faces au marché : la location d'espaces commerciaux et la vente au détail. Dans cet exemple, le propriétaire du centre d'achat agit comme intermédiaire entre les différents acteurs économiques qui utilisent sa plateforme. Il offre en location des espaces aux détaillants qui désirent vendre leurs produits aux consommateurs. Ainsi, le propriétaire du centre commercial facilite l'interaction entre les parties (le consommateur et le détaillant). La valeur de la facilitation de ces interactions est largement commensurable au nombre d'utilisateurs qui se situent aux deux faces du marché. Plus il y a de consommateurs, plus ce service est attrayant pour le commerçant et *vice versa*.

Ce type de marché produit des avantages évidents pour toutes les parties. Premièrement, le centre commercial permet au consommateur d'avoir accès à un grand nombre de détaillants dans un seul et unique lieu ; ce qui, en principe, lui garantit un plus grand choix de produits. Étant donné la diversité de choix (à la fois de produits *et* de détaillants), cela entraîne généralement une concurrence plus rude et donc des prix plus compétitifs pour le consommateur. Deuxièmement, malgré une concurrence plus rude, le détaillant n'est pas forcément perdant. En fait, l'achalandage risque d'être plus fort qu'ailleurs, grâce à la concentration accrue de la clientèle. Ainsi, les commerçants peuvent augmenter considérablement leur chiffre d'affaires. Finalement, le propriétaire du centre commercial est avantagé, car, au fur et à mesure que l'achalandage s'accroît, il

peut exiger des loyers et des prix de publicité plus importants.

Il existe cependant une différence somme toute importante entre l'exemple que nous venons d'évoquer et le fonctionnement des nouveaux marchés multifaces. Contrairement aux marchés multifaces traditionnels où la plateforme agit avant tout comme un intermédiaire, les nouveaux marchés multifaces jouent un rôle central dans la *création* de services et de produits qu'ils offrent. Ce faisant, les utilisateurs des différentes faces du marché n'interagissent dorénavant qu'indirectement, toujours à travers la plateforme. En devenant une « plaque tournante », la plateforme peut exploiter les effets de réseau croisés et les économies d'échelle pour rapidement s'emparer du marché.

1.3. Les effets de réseau inhérents à la structure des marchés numériques

L'effet de réseau se définit comme « le phénomène par lequel l'utilisation d'un bien ou d'un service par de nouveaux utilisateurs augmente la valeur de ce même bien ou service pour les utilisateurs déjà existants »²⁹. Afin de mieux élucider le fonctionnement de ce phénomène économique, prenons l'exemple de la firme multinationale de commerce en ligne *Amazon*. Amazon fournit un service au travers duquel deux parties différentes peuvent entrer en contact afin de conclure des actes de commerce. Le commerçant, en acceptant de verser à Amazon une partie du prix reçu, affiche ses produits sur le site Web d'Amazon. Grâce à la notoriété et à la fonctionnalité du site Web d'Amazon, ainsi qu'au moteur de recherche puissant de ce

²⁸ Rob NICHOLLS, « Algorithm-Driven Collusive Conduct », dans Deborah HEALEY, Michael JACOBS et Rhonda L. SMITH (dir.), *Research Handbook on Methods and Models of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 138, à la page 147.

²⁹ Jean-Marc ZOGHEIB, « Dictionnaire de droit de la concurrence : effet de réseau », [En ligne], [www.concurrences.com/fr/dictionnaire/Effet-de-reseau] (30 octobre 2023).

dernier, le commerçant maximise la visibilité des produits qu'il vend. Il se donne donc de meilleures chances d'augmenter son chiffre d'affaires que s'il vendait ses produits ailleurs. Le consommateur se trouve, lui aussi, dans une position plus avantageuse lorsqu'il utilise les services d'Amazon ; il accède à une plus grande gamme de produits et peut comparer les prix de même que les avis dans un seul et unique lieu. Ici, il est facile d'apercevoir l'effet de réseau. Au fur et à mesure qu'Amazon augmente le nombre d'utilisateurs de son site Web, il augmente la valeur des services qu'il offre et attire alors une clientèle encore plus grande (et ainsi de suite). Comme le souligne Marty :

La valeur d'une plateforme biface est liée à sa capacité à mettre en relation les utilisateurs (complémenteurs [*sic*] ou consommateurs — lesquels sont également des producteurs de données et de contenus) sur ses différents versants et à jouer sur les effets de réseaux qui se créent entre eux. Il s'ensuit une course à la taille entre les plateformes concurrentes et une tendance naturelle du marché à converger vers une ultra-dominance sous l'effet des économies d'échelle et d'envergure, des externalités de réseaux et des avantages liés aux données.³⁰

Prenons, cette fois-ci, l'exemple de *Facebook* (aujourd'hui *Meta Platforms Inc.*). Au risque de simplifier à outrance son modèle d'affaires, imaginons que la clientèle de *Facebook* se compose *grosso modo* de deux groupes : des particuliers, d'un côté, et des entreprises, de l'autre côté. Pour le premier groupe, c'est-à-dire pour les particuliers, la valeur du service qu'offre Facebook est intrinsèquement liée

au nombre de personnes qui l'utilisent. Certes, tout comme pour un réseau de télécommunications, un réseau social n'a de valeur pour l'utilisateur que si d'autres personnes l'emploient, et ce, idéalement en grand nombre. En utilisant les services de Facebook, les particuliers fournissent en contrepartie – qu'ils en soient conscients ou pas – leurs données personnelles. Ce faisant, ils créent une source quasi inépuisable de données. Ces données sont ensuite analysées et cataloguées pour créer des mégadonnées. Celles-ci pourront alors être vendues en tant qu'ensemble de données (*datasets*) qui serviront à de tierces entreprises. Elles peuvent aussi être employées par Facebook pour améliorer ses propres algorithmes et offrir des services de marketing hautement ciblés au deuxième groupe des entreprises. Une telle utilisation de mégadonnées crée un cercle vertueux³¹ : au fur et à mesure que la qualité du service augmente, un plus grand nombre d'utilisateurs afflue vers le service. Ainsi, ces derniers augmentent la quantité et la qualité de données que possède Facebook. Il s'agit de *l'effet de réseau croisé*.

Du reste, il importe de noter que la dominance d'une plateforme peut également engendrer le phénomène de *dépendance au chemin emprunté (path dependence)*³². Dans une telle situation, la plateforme se situe au centre d'un réseau en étoile qui, au fil du temps, rend de plus en plus dépendants les consommateurs et les commerçants aux services offerts³³. Le chemin ayant été « emprunté » pour ainsi dire, il devient progressivement plus

³⁰ F. MARTY, préc., note 22, p.222.

³¹ Hedvig K. SCHMIDT, « Taming the Shrew: Is there a Need for a New Market Power Definition for the Digital Economy? », dans Björn LUNDQVIST et Michal S. GAL (dir.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 29, à la page 58.

³² Bruno PALIER, « Path Dependence », dans Laurie BOUSSAGUET, Sophie JACQUOT et Pauline RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 5^e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2019, p. 446.

³³ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 14.

difficile et coûteux de changer de chemin³⁴. Grâce au pouvoir de marché que cela confère à la plateforme, cette dernière peut imposer des conditions moins avantageuses aux différentes parties, sans craindre que les parties lésées fassent défection vers ses concurrents³⁵. Par exemple, une plateforme de commerce électronique pourrait imposer aux commerçants des clauses de parité afin de limiter la concurrence. Conséquemment, elle rend sa plateforme plus désirable aux yeux des consommateurs, et ce, aux dépens du commerçant qui, partant, se voit obligé d'offrir des prix en deçà de ce qu'il peut raisonnablement supporter économiquement³⁶; cette affirmation doit cependant être nuancée en supposant le contre-exemple suivant lequel les prix paritaires sont plus élevés que le prix concurrentiel. Dans ce cas, c'est l'effet inverse. La plateforme consolide donc son emprise sur le marché et peut plus facilement évincer ses concurrents. Cette *dépendance au chemin emprunté* peut également se produire lorsqu'une firme en position de dominance décide de « verrouiller » l'accès à de nouvelles technologies, à des données ou à des marchés, tout en bénéficiant d'une asymétrie d'informations par rapport aux autres acteurs économiques qui deviennent alors tributaires de la plateforme³⁷. Or, comme nous le verrons à l'instant, les phénomènes économiques décrits ci-dessus ne sont pas sans conséquence, car ils ont tendance à engendrer une concentration du pouvoir de marché.

³⁴ F. MARTY, préc., note 22, p.227 et 228.

³⁵ Frédéric MARTY, « Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique », (2019) 53 *R.J.T.U.M.* 73, 84.

³⁶ Chiara CACCINELLI et Joëlle TOLEDANO, « Assessing Anti-Competitive Practices in Two-Sided Markets:

1.4. La concentration corollaire du pouvoir de marché

Baranes et Cosnita-Langlais notent que l'exploitation des effets de réseau dans les marchés numériques aboutit souvent à une concentration de pouvoir de marché s'apparentant soit à l'*oligopole*, soit au *monopole*³⁸. S'il est vrai que les effets de réseau existent déjà dans des secteurs traditionnels de l'économie, les entreprises qui opèrent principalement dans l'espace numérique « exploitent *davantage* en mettant en relation deux ou même parfois plusieurs types d'utilisateurs *via* des plateformes bi- ou multifaces »³⁹.

Dans le contexte des marchés numériques, la puissance économique des acteurs est directement liée à la quantité de données auxquelles ils peuvent avoir accès. En effet, précise Argentesi, plus un concurrent est capable d'accumuler des données, plus il augmente son efficacité économique⁴⁰. Or, les entreprises qui font des percées précoces dans un marché se trouvent grandement avantagées, puisqu'elles accumuleront plus vite des données, et ce, à moindre prix. Tout retard peut s'avérer donc très difficile, voire impossible à rattraper pour les petites et moyennes entreprises. De toute évidence, s'il faut énormément de données pour faire efficacement concurrence, mais que ces données ne sont généralement disponibles qu'aux acteurs déjà présents sur le marché⁴¹, alors cela confère un important avantage aux premiers entrants⁴². Les *barrières à l'entrée* risquent d'être

The Booking.com Cases », (2018) 14 *J. Compet. Law Econ.* 193, 203.

³⁷ F. MARTY, préc., note 22, p. 222-223 et 240-241.

³⁸ E. BARANES et A. COSNITA-LANGLAIS, préc., note 11, 29.

³⁹ *Id.* Notre emphase.

⁴⁰ E. ARGENTESI et autres, préc., note 13, 112.

⁴¹ *Id.*

⁴² A. DE STREEL, , préc., note 8, à la page 108.

particulièrement élevées dans les marchés numériques, parce qu'une énorme quantité de données est requise pour rendre efficaces l'intelligence artificielle et l'apprentissage machine (*machine learning*).

En 2016, ces tendances ont fait l'objet d'une analyse conjointe de la part de l'Autorité de la concurrence française et du *Bundeskartellamt* (l'Office fédéral allemand de lutte contre les cartels)⁴³. Les deux autorités ont conclu que de telles tendances existent lorsque les données ne sont pas facilement accessibles sur le marché et que la détention de celles-ci constitue une condition *sine qua non* de la concurrence⁴⁴. Le dilemme suivant se pose : comment les nouveaux arrivants peuvent-ils acquérir suffisamment de données si celles-ci ne sont pas facilement accessibles ou si le coût de leur acquisition est trop élevé ? Cette situation, que certains qualifient de *paradoxe de l'œuf et de la poule*⁴⁵, représente indubitablement un enjeu majeur pour le droit de la concurrence canadien, qui vise à assurer « une chance honnête » de participation aux petites et moyennes entreprises dans l'économie⁴⁶.

La nature même des marchés numériques tend alors vers l'oligopole ou le monopole⁴⁷. Comme nous l'avons déjà mentionné, cela résulte de l'*effet de basculement* qui survient régulièrement dans les marchés numériques. Pour mieux garantir la pérennité de sa dominance,

l'entreprise s'efforcera de verrouiller l'accès aux mégadonnées, tout en bénéficiant des rendements croissants de l'utilisation de celles-ci⁴⁸. Cela a pour effet de situer la concurrence non plus *dans* le marché, mais plutôt *pour* le marché. Autrement dit, la concurrence ne vise plus la conquête d'une part d'un marché donné, mais bien la monopolisation du marché⁴⁹. Par conséquent, la tendance à évincer tout concurrent du marché constitue un danger omniprésent dans le contexte des marchés numériques⁵⁰. De plus, elle peut déboucher sur des pratiques anticoncurrentielles qui sont sanctionnées par le droit de la concurrence⁵¹. Une mise en garde s'impose toutefois. Il ne faudrait pas conclure trop rapidement que l'effet de basculement implique, *ipso facto*, la présence d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Le basculement, note Marty, ne résulte pas obligatoirement de pratiques anticoncurrentielles. Au contraire, il s'agit souvent d'une conséquence logique qui découle d'une « dynamique concurrentielle de type *winner takes all* »⁵² qui caractérise les marchés numériques. En effet, le basculement peut légitimement résulter des effets de réseau indirects, lesquels n'entraînent pas de sanctions légales⁵³.

2. L'abus de dominance : quelques exemples récents

Au Canada, la *Loi sur la concurrence*⁵⁴ (ci-après, la « Loi ») constitue la source principale du droit de la concurrence et

⁴³ AUTORITE DE LA CONCURRENCE ET BUNDESKARTELLAMT, *Droit de la concurrence et données*, Paris, Autorité de la concurrence française, 2016.

⁴⁴ *Id.*, p. 35.

⁴⁵ Duy D. PHAM, « Visa-Mastercard and the Identification of Collusive Practices in Two-Sided Markets », (2016) 29 *C.C.L.R.* 1, 7.

⁴⁶ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1.

⁴⁷ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 3.

⁴⁸ *Id.*, à la page 7.

⁴⁹ H. K. SCHMIDT, préc., note 31, à la page 40, 44 et 59.

⁵⁰ E. ARGENTESI et autres, préc., note 13, 114.

⁵¹ Notamment l'abus de position dominante, *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 79.

⁵² F. MARTY, préc., note 22, p.222.

⁵³ *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, 493 F. Supp. 3d 817 (N.D. Cal. 2020), p. 94.

⁵⁴ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

s'applique à travers le pays. Plus spécifiquement, son article 79 permet au Tribunal de la concurrence de sanctionner les firmes en position de dominance qui se livrent à des pratiques d'agissements anticoncurrentiels ayant pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence sur un marché. L'article 78 de la Loi, quant à lui, prévoit une liste non exhaustive de comportements pouvant constituer des agissements anticoncurrentiels. Ces deux articles trouvent leur analogue à l'article 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*⁵⁵ (ci-après, le «TFUE») et à la Section 2 du *Sherman Act*⁵⁶ aux États-Unis. En vertu du droit canadien, une firme peut être sanctionnée si (1) elle possède un pouvoir de marché substantiel et (2) se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels (3) dont l'effet est d'empêcher ou de réduire la concurrence au Canada⁵⁷. Ces trois éléments constitutifs de l'abus de position dominante sont cumulatifs. Nous en traiterons dans les trois prochaines sous-sections. Premièrement, nous verrons les difficultés que pose la détermination du marché pertinent dans le contexte des marchés numériques (2.1.). Deuxièmement, nous aborderons la question du degré de pouvoir de marché requis pour être sanctionné et la manière de mesurer cette dominance. À travers un exemple récent tiré de la jurisprudence européenne, nous mettrons en exergue les facteurs qui doivent obligatoirement faire partie de toute analyse d'une position de dominance alléguée au sein d'un marché numérique (2.2.). Finalement, nous traiterons de l'abus de position dominante,

à la fois en droits canadien et européen. Nous verrons que le fonctionnement des marchés numériques a rendu encore plus difficiles la détection et la sanction de l'abus, mais que le droit de la concurrence ne se retrouve pas pour autant dépourvu de moyens juridiques et conceptuels pour y faire face (2.3.).

2.1. La détermination du marché pertinent dans un espace numérique

Toute analyse d'un abus de position dominante allégué doit obligatoirement commencer par la détermination du marché pertinent, c'est-à-dire la délimitation de cet « espace géographique [...] et matériel à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »⁵⁸. De prime abord, la détermination des limites géographiques du marché pertinent peut se révéler difficile dans le contexte des marchés numériques. Ces marchés franchissent de simples limites géographiques et les services offerts sont souvent désincarnés.

Alors, où et comment tracer les limites du marché? Les services de recherche qu'offre Google sont-ils de nature mondiale ou demeurent-ils circonscrits dans les limites d'un marché national ou régional? La jurisprudence européenne et américaine démontre que la difficulté que présente la détermination du marché pertinent dans le contexte des marchés numériques n'est pas insurmontable. Le Bureau de la concurrence du Canada soutient d'ailleurs que le cadre d'analyse demeure inchangé, les « principes clés de l'application du droit de la concurrence

⁵⁵ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)*, J.O. C 202/47, art. 102 (7 juin 2016).

⁵⁶ *Sherman Anti-Trust Act*, 15 U.S.C. § 2 (1994).

⁵⁷ Karounga DIAWARA, *Droit de la concurrence. Aspects théoriques et appliqués*, Montréal, Éditions

Yvon Blais, 2015, p. 263. Ces critères ont été réitérés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29, par. 10.

⁵⁸ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 267 et 268.

demeur[ant] valables dans les enquêtes concernant les mégadonnées »⁵⁹.

Pour répondre à ce défi, les tribunaux américains ont eu recours à une analyse basée sur les *exigences* du marché. Dans l'affaire *Bazaarvoice*⁶⁰, un litige concernant des plateformes numériques de notation et d'avis (*rating and review platforms*), la Cour du district nord de Californie a conclu que le marché pertinent était national et se situait aux États-Unis. À son avis, plusieurs facteurs militaient en faveur d'une telle délimitation : la disponibilité des produits selon le pays, les particularités lexiques des utilisateurs du service et la modération du contenu par des locuteurs américains⁶¹. Ces facteurs découlaient non pas d'une stratégie commerciale adoptée par Bazaarvoice, mais bien des exigences qu'imposait le marché lui-même. Par ailleurs, dans une autre affaire américaine récente, *Epic Games*⁶², la même Cour est arrivée à la conclusion que le marché était plutôt d'envergure mondiale. Elle a rejeté les prétentions d'Apple selon lesquelles le marché pertinent était national. S'il est vrai, explique la juge, que les termes, les conditions et les services varient d'une région à l'autre sur l'App Store, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une restriction imposée par Apple qui ne résulte pas des exigences du marché⁶³. La Commission européenne a aussi appliqué un cadre d'analyse similaire dans l'affaire

*Google Shopping (Search)*⁶⁴. La Commission a conclu qu'il existait de nombreux facteurs inhérents à la nature même du marché qui exigeaient une délimitation sur le plan national⁶⁵. Parmi ces facteurs, notons les différences linguistiques des pays, la disponibilité, l'offre et la demande d'un produit donné ainsi que les contraintes commerciales et légales qui varient d'un pays à l'autre.

Ces enseignements pourraient être particulièrement pertinents au Canada, étant donné la nature bilingue et bijuridique du pays. Cependant, jusqu'ici, le Tribunal de la concurrence n'a pas eu l'occasion de rendre un jugement à ce sujet. Cela dit, à notre avis, il peut être anticipé qu'une telle occasion se présente dans un futur proche. En effet, d'importantes modifications à la Loi sont entrées en vigueur le 23 juin 2022 ; lesquelles ont notamment pour effet de créer un droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence en matière d'abus de position dominante⁶⁶. À cet égard, la législation canadienne s'approche sensiblement du droit antitrust américain qui permet depuis longtemps ce type d'accès privé aux tribunaux (*private enforcement*)⁶⁷. Nous traiterons des autres changements à la Loi plus loin.

Sur le plan matériel, l'application des cadres d'analyse traditionnels aux marchés numériques n'est pas non plus

⁵⁹ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Mégadonnées et innovation : les grands thèmes de la politique en matière de concurrence au Canada*, Gatineau, Bureau de la concurrence du Canada, 2018, p. 5.

⁶⁰ *United States of America v. Bazaarvoice, Inc.*, No. 13-cv-00133-WHO, 2014 WL 203966 (N.D. Cal. 2014). Il importe de noter que ce litige concernait une fusion anticoncurrentielle sanctionnée par la section 7 du *Clayton Antitrust Act*, codifié à 15 U.S.C. §§ 12-27. L'analyse du marché pertinent demeure néanmoins applicable pour les fins d'un recours en abus de position dominante.

⁶¹ *Id.*, par. 120-124.

⁶² *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, préc., note 53.

⁶³ *Id.*, p. 89 et 90.

⁶⁴ *Google Search (Shopping)*, Affaire AT-39740, 27 juin 2017, J.O. C 9 du 12.01.2018.

⁶⁵ *Id.*, par. 251-263.

⁶⁶ BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, « Guide des modifications apportées en 2022 à la Loi sur la concurrence », Bureau de la concurrence Canada, [En ligne], [\[www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04671.html\]](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04671.html) (30 octobre 2023).

⁶⁷ Voir *Clayton Antitrust Act*, 15 U.S.C. § 15(a).

sans difficulté, car ces nouveaux marchés entrent rarement dans des catégories hermétiques⁶⁸. Se pose d'ailleurs la question de savoir exactement comment évaluer le pouvoir de marché d'une entreprise lorsqu'elle bénéficie de puissants effets de réseau croisés grâce à des services gratuits qui sont offerts à l'une des faces du marché⁶⁹. Certaines méthodes traditionnellement employées par les tribunaux se révèlent en effet mal adaptées aux réalités économiques du monde numérique. Il s'agit notamment du *test du monopoleur hypothétique*⁷⁰. Comment appliquer ce test à Google ou à Facebook ? Google et Facebook offrent des services ne nécessitant pas de contrepartie pécuniaire, mais qui génèrent quand même d'importants avantages concurrentiels par les effets de réseau croisés⁷¹. Marty, Harnay et Toledano résument bien le dilemme que cela pose :

Doit-on par exemple intégrer les places de commerce en ligne dans le marché des services de comparaison de prix en ligne sur lequel opère Google Shopping ? Le système d'exploitation mobile Android constitue-t-il en lui-même un marché pertinent ou peut-on considérer qu'iOS (Apple) est un concurrent ? La qualification comme anti-concurrentielle de certaines pratiques peut-elle être retenue dès lors qu'une plateforme biface propose gratuitement un service sur l'un de ses versants pour attirer des participants sur un second ? S'agit-il d'une pratique de prédation dès lors qu'un concurrent exerçant son activité sur un seul segment de marché ne peut répliquer à ce modèle d'affaires ?⁷²

Les tribunaux n'ont d'ailleurs pas hésité à souligner cette inadéquation. Dans *Google Search (Shopping)*, la Commission européenne a remis en question la pertinence du test du monopoleur hypothétique, car le service offert à une des faces du marché (le service de comparaison de prix) est gratuit⁷³. Dans *Epic Games*, la Cour de district a également souligné l'inadéquation de ce test en ce qui a trait à sa capacité de mesurer et de prendre en compte les effets de réseau croisés⁷⁴. Pour pallier cette insuffisance, la jurisprudence américaine et européenne s'est appuyée avant tout sur le critère de l'*interchangeabilité fonctionnelle* pour délimiter le marché sur le plan matériel.

2.2. La dominance

Le marché pertinent ayant été préalablement déterminé, il faut ensuite que le tribunal conclue que la firme y occupe une position dominante, c'est-à-dire qu'elle possède un degré *substantiel* de pouvoir de marché⁷⁵. Cela dit, il peut être difficile de mesurer avec précision le pouvoir de marché d'un acteur économique lorsque ce pouvoir découle de l'usage des mégadonnées. Celles-ci peuvent faire en sorte qu'une compagnie possède un énorme pouvoir de marché dans un ou plusieurs marchés connexes même si, *prima facie*, elle semble ne pas être en position dominante⁷⁶. Ce pouvoir peut être difficile à mesurer – et même à détecter en premier lieu – à cause des effets de réseau croisés. Ainsi que le souligne Lundqvist, *toute* analyse du

⁶⁸ A. FLETCHER, préc., note 12, 47.

⁶⁹ AUTORITE DE LA CONCURRENCE ET BUNDESKARTELLAMT, préc., note 43, p. 30 et 31.

⁷⁰ B. LUNDQVIST, préc., note 24, aux pages 9 et 10.

⁷¹ H. K. SCHMIDT, préc., note 31, à la page 46.

⁷² Frédéric MARTY, Sophie HARNAY et Joëlle TOLEDANO, « Algorithmes et décision

concurrentielle : risques et opportunités », *Revue d'économie industrielle*, vol. 166, 2019, p.93.

⁷³ *Google Search (Shopping)*, préc., note 64, par. 242 et 245.

⁷⁴ *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, préc., note 53, pp. 56-58.

⁷⁵ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 265-267.

⁷⁶ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 11.

pouvoir du marché doit porter une attention particulière à ces effets de réseau⁷⁷.

La Commission européenne, dans l'affaire *Google Shopping (Search)*, a démontré qu'elle est pleinement consciente de cette réalité. L'absence de prestations monétaires, remarque-t-elle, n'implique pas l'absence d'activité économique⁷⁸. La fourniture de services gratuits peut, *a fortiori*, constituer une stratégie économique gagnante dans un secteur dominé par l'utilisation de mégadonnées. Google traite et réutilise ensuite les données recueillies pour rendre ses moteurs de recherche encore plus puissants. Ce faisant, le service de Google devient plus attirant pour le consommateur. Le nombre accru d'utilisateurs qui en résulte permet à Google d'exiger des prix plus élevés aux compagnies désirant faire de la publicité sur ses sites Web. Dans sa décision, la Commission a mis en exergue l'importance d'évaluer les effets économiques indirects des choix commerciaux opérés par Google sur des faces différentes du marché⁷⁹. Comme elle l'a noté dans cette décision, « même si les services de recherche générale ne se font pas concurrence sur les prix, il existe d'autres paramètres de concurrence entre les services de recherche générale. Il s'agit notamment de la pertinence des résultats, de la rapidité avec laquelle ils sont fournis, de l'attrait de l'interface utilisateur et de la profondeur de l'indexation du Web »⁸⁰.

Naturellement, ce type de service requiert un grand nombre de recherches afin de générer des mégadonnées⁸¹. Cela crée

d'imposantes *barrières à l'entrée*, empêchant l'arrivée des concurrents⁸². D'autres barrières à l'entrée résultent, entre autres, des *économies d'échelle* dont bénéficient les firmes déjà incrustées dans le marché. Ces économies sont intrinsèquement interreliées avec le processus de collecte et de traitement de données⁸³. La Commission note que la position occupée par Google au sein du marché a pour effet de créer un puissant effet de rétroaction positive (un « cercle vertueux »)⁸⁴. Conséquemment, tout concurrent potentiel doit faire des investissements de capital énormes, ne serait-ce que pour mettre le pied dans le marché⁸⁵. La position de Google est *in concreto* inattaquable et *l'éphémérité* présumée de la dominance dans le secteur des TI – qu'elle soit réelle ou simplement hypothétique – ne saurait faire échec à l'application des règles du droit de la concurrence⁸⁶.

La dominance mentionnée à l'article 102 TFUE implique le pouvoir d'agir indépendamment du marché, et ce, dans une mesure appréciable⁸⁷. Ici, le degré de dominance requis par le droit de la concurrence européen semble être légèrement assoupli par rapport au droit canadien. En effet, la Cour suprême du Canada a déjà précisé que « [l]e degré requis de puissance commerciale au sens de [l'article 79] de la Loi comprend le "contrôle" et non simplement la capacité d'agir indépendamment du marché »⁸⁸.

Quant à la part de marché, la Commission souligne que, sauf exception, une part de marché s'élevant à 80 % est *prima facie*

⁷⁷ *Id.*, à la page 12.

⁷⁸ *Google Search (Shopping)*, préc., note 64, par. 158.

⁷⁹ *Id.*, par. 159.

⁸⁰ *Id.*, par. 160. Nous traduisons et soulignons.

⁸¹ *Id.*, par. 287-290.

⁸² *Id.*, par. 268.

⁸³ *Id.*, par. 270.

⁸⁴ *Id.*, par. 292-297, 444-450.

⁸⁵ *Id.*, par. 285 et 291.

⁸⁶ *Id.*, par. 267.

⁸⁷ *Id.*, par. 264.

⁸⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 654.

suffisante pour conclure à la dominance⁸⁹. Encore une fois, l'analyse qu'emploie le droit européen se distingue légèrement du droit canadien dans la mesure où le Tribunal de la concurrence n'a pas reconnu un seuil à partir duquel il existe une présomption de dominance⁹⁰. Dans sa décision, la Commission européenne avait conclu que les marchés pertinents étaient ceux du marché des services de recherche générale et du marché des services de comparaison de prix. Google y occupait une position dominante allant jusqu'à 80 % et à 95 % dans ces deux marchés respectifs⁹¹.

Le fond de cette décision a récemment été confirmé en appel par la Cour de justice de l'Union européenne⁹². Un élément particulier du jugement mérite d'être souligné : la Cour indique que les pages de résultats généraux de Google s'apparentent à une forme d'« infrastructure essentielle »⁹³. Cette position se démarque sensiblement de celle adoptée par la Cour de district américaine dans *Epic Games*. Dans cette dernière affaire, la Cour a conclu que l'App Store d'Apple ne constituait pas une infrastructure essentielle, car il existait d'autres moyens pour faire parvenir son produit au consommateur⁹⁴. La Cour a refusé aussi de trancher la question de savoir si une infrastructure composée entièrement de propriété intellectuelle pourrait éventuellement constituer une infrastructure essentielle. La juge a toutefois précisé que les prétentions d'Apple selon lesquelles la propriété intellectuelle ne peut constituer une infrastructure essentielle ne sont pas

« sans mérite »⁹⁵. À notre avis, l'interprétation que propose la jurisprudence européenne est à privilégier. S'il est vrai qu'il peut exister, *stricto sensu*, d'autres moyens pour faire parvenir un produit au consommateur, le fait de ne pas avoir ou d'avoir un accès limité à certaines infrastructures des marchés numériques (comme Google Search ou l'App Store) pourrait sonner le glas d'un concurrent. En pratique, les moyens « alternatifs » disponibles se révèlent illusoire. L'interprétation excessivement formaliste avancée par la Cour du district nord de Californie dans *Epic Games* risque de permettre des comportements abusifs visant à évincer des concurrents du marché.

2.3. L'abus

En droit de la concurrence, la détection et la démonstration des pratiques anticoncurrentielles constituent toujours un exercice hautement complexe, technique et laborieux. Or, cette analyse risque d'être encore plus difficile à effectuer lorsque le marché est numérique. Dans un contexte traditionnel, un fournisseur en position de dominance se livre à une pratique anticoncurrentielle évidente lorsqu'il refuse de vendre des produits à ses clients à moins que ceux-ci s'engagent à s'approvisionner exclusivement chez lui. Cependant, les pratiques anticoncurrentielles peuvent être plus sournoises lorsqu'elles découlent de l'usage des mégadonnées. La difficulté ne réside pas seulement dans la preuve de la pratique elle-même ; encore faut-il la détecter en premier lieu. Par ailleurs, rappelons-le, le

⁸⁹ *Google Search (Shopping)*, préc., note 64, par. 266.

⁹⁰ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 285.

⁹¹ *Google Search (Shopping)*, préc., note 64, par. 154, 190 et 192.

⁹² *Google et Alphabet c. Commission (Google Shopping)*, Affaire T-612/17, 10 novembre 2021, [En ligne],

[curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=T-612/17] (30 octobre 2023).

⁹³ *Id.*, par. 224 et suiv.

⁹⁴ *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, préc., note 53, p. 158 et 159.

⁹⁵ *Id.*, p. 158. Voir la note infrapaginale n° 626 du jugement.

simple fait d'employer un modèle d'affaires qui instrumentalise les mégadonnées ainsi que les effets de réseau croisés ne saurait, *en soi*, constituer un abus de position dominante⁹⁶.

Les articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence* établissent le cadre normatif de l'abus de position dominante en droit canadien. L'article 78 dresse, de façon indicative et non exhaustive, une liste de comportements pouvant constituer des agissements anticoncurrentiels. L'article 79 – la disposition clef de la Loi en matière d'abus de position dominante – permet au Tribunal de la concurrence de rendre des ordonnances interdisant les pratiques reprochées. En revanche, n'est pas sanctionné le simple fait de détenir une position de dominance. Encore faut-il en abuser. De plus, cet abus doit obligatoirement avoir pour effet d'empêcher ou de réduire la concurrence⁹⁷. Cela distingue sensiblement le droit canadien de la concurrence de celui ayant cours aux États-Unis où la *monopolisation* constitue encore le paradigme principal⁹⁸. Quant au droit européen, il s'inscrit dans une approche très semblable à celle qui prévaut en droit canadien. Ainsi, l'article 102 TFUE sanctionne l'abus de position dominante et non pas la dominance en soi :

[T]out effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence. Par définition, la concurrence

par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation.

Cependant, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur.⁹⁹

Ces passages tirés de l'affaire *Intel* illustrent de manière limpide le cadre juridique applicable. L'article 102 TFUE exige la démonstration (1) d'une position dominante et (2) d'un abus de cette dominance (3) qui empêche ou diminue la concurrence. Notons d'ailleurs que, contrairement au droit canadien, le cadre applicable en droit européen ne prévoit pas formellement l'exigence d'une pratique d'agissement anticoncurrentiel, mais emploie plutôt la notion plus large d'« abus »¹⁰⁰.

Qu'en est-il cependant de l'abus ? Comment différencier, d'une part, une pratique d'agissements anticoncurrentiels d'une pratique commerciale légitime d'autre part ? La ligne entre les deux s'avère souvent mince.

Tout d'abord, notons qu'il doit s'agir véritablement d'une pratique. Autrement dit, l'agissement reproché ne doit pas constituer un geste isolé, ponctuel ou circonstanciel, et il doit s'inscrire dans une

effet, cette notion fait l'objet d'interprétations divergentes entre la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne. Pour une discussion des multiples interprétations issues de la notion d'« abus » en droit de la concurrence européen, voir Peter BEHRENS, « The Ordoliberal Concept of 'Abuse' of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU », dans Fabiana DI PORTO et Rupprecht PODSZUN (dir.), *Abusive Practices in Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 5.

⁹⁶ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 16.

⁹⁷ Pour une analyse du cadre applicable, voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 236.

⁹⁸ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 259 et 260.

⁹⁹ *Intel Corporation Inc. c. Commission européenne*, Affaire C-413/14P, 6 septembre 2017, par. 134 et 135.

¹⁰⁰ Bien que cette notion, plus large, offre théoriquement une souplesse accrue sur le plan conceptuel, elle n'est néanmoins pas sans inconvénient en ce qui a trait à son application. En

certaine durée¹⁰¹. Jusqu'à la réforme de la *Loi sur la concurrence* en 2022, la pratique devait viser l'exclusion ou la discipline des concurrents sur le marché. Or, depuis la réforme, la pratique peut dorénavant viser la « concurrence » plus généralement¹⁰². En outre, elle doit être mue par un dessein prédateur qui va bien au-delà des règles ordinaires de la concurrence¹⁰³. L'analyse se fait au cas par cas et elle doit scruter le contexte économique dans lequel s'inscrit la pratique reprochée. Pour arriver à la conclusion qu'il s'agit d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, il est essentiel de pouvoir en déduire un dessein prédateur, et ce, à partir des preuves disponibles.

De toute évidence, ce n'est guère une tâche aisée, car les différentes pratiques d'agissements anticoncurrentiels peuvent être extrêmement difficiles à déceler dans les marchés numériques. Prenons, en guise d'exemple, la manipulation algorithmique des prix par laquelle l'on effectue des changements tarifaires selon le profil du consommateur. L'utilisation des mégadonnées permet aux algorithmes d'identifier avec un grand degré de précision le prix maximal que paierait chaque consommateur et d'ajuster le prix en conséquence¹⁰⁴. Il s'agit d'une forme de *profilage économique* discriminatoire. Ce profilage économique pourrait aussi se traduire par une manipulation des résultats de recherche afin d'inciter le consommateur à acheter certains produits

– par exemple, ceux d'Amazon, plutôt que ceux d'un concurrent¹⁰⁵. Certes, la démonstration d'une telle pratique est difficile. Pis encore, ce type de pratique passe généralement inaperçu par le consommateur ordinaire.

D'ailleurs, tout comme le profilage économique, l'autopréférence constitue une nouvelle pratique d'agissements anticoncurrentiels rendue possible par les marchés numériques. L'autopréférence désigne la pratique par laquelle une plateforme promeut « ses propres produits et services au détriment de ceux de ses rivaux »¹⁰⁶. Cela se fait généralement par une manipulation du classement des résultats qui affichent en premier les produits du propriétaire du moteur de recherche¹⁰⁷. Comme nous l'avons déjà mentionné, la Commission européenne a été saisie de cette question en 2017 dans l'affaire *Google Search (Shopping)*¹⁰⁸. Au milieu des années 2000, Google a lancé un service de comparaison de produits en ligne, connu sous le nom de « Google Shopping » depuis 2013. Ce service permet aux internautes de comparer facilement les prix dans un seul et unique lieu. Néanmoins, Google, par le truchement d'algorithmes qu'emploie son moteur de recherche, favorisait ses propres services et rétrogradait ceux de ses concurrents dans les résultats de recherche¹⁰⁹. La Commission européenne a conclu qu'une telle utilisation d'algorithmes constituait un abus de position dominante par Google

¹⁰¹ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 307.

¹⁰² Voir *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34., art. 79(1) *in fine* : « agissement anti-concurrentiel s'entend de tout agissement destiné à avoir un effet négatif visant [...] à nuire à la concurrence ». Emphase originale.

¹⁰³ K. DIAWARA, préc., note 57, p. 307 et suiv.

¹⁰⁴ F. MARTY, préc., note 11, 92.

¹⁰⁵ *Id.*, 93.

¹⁰⁶ BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Le Bureau de la concurrence lance un appel aux participants au

marché et sollicite des renseignements à l'égard de potentiels comportements anticoncurrentiels dans l'économie numérique », Bureau de la concurrence Canada, [En ligne], [\[www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04494.html\]](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04494.html) (30 octobre 2023).

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Google Search (Shopping)*, préc., note 64.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 344.

et lui a infligé une amende de 2,42 milliards d'euros¹¹⁰.

Au reste, la détention de mégadonnées pourrait-elle constituer le fondement d'une pratique anticoncurrentielle en l'absence d'autres agissements ? De prime abord, une réponse *a priori* négative semble s'imposer. En effet, n'est pas sanctionnée la position dominante elle-même, mais bien l'abus de celle-ci. En pratique, la réponse n'est pas aussi catégorique. Le fait de verrouiller, voire simplement de limiter, l'accès à certaines données *pourrait* constituer un agissement anticoncurrentiel entraînant des sanctions. C'est du moins ce que laisse présager un certain courant jurisprudentiel des tribunaux européens¹¹¹. Selon ce courant, le caractère abusif d'une pratique pourrait dépendre de la disponibilité publique des données¹¹². Autrement dit, une entreprise qui possède une position dominante dans un marché pourrait se voir sanctionnée si elle employait des données en vue de s'attribuer un avantage injuste *et* que ces données ne sont pas facilement accessibles ou autrement « reproductibles » dans ce marché.

Existerait-il alors une l'obligation positive de rendre publiques les données ? Kerber répond par l'affirmative en avançant que le refus de rendre publiques des données qui ne sont pas autrement disponibles ou reproductibles sur le marché peut constituer un abus de position dominante – du moins dans le contexte européen –, et ce, puisque l'entreprise dominante prive ses concurrents d'une « ressource

essentielle pour l'innovation dans le marché numérique »¹¹³.

En droit canadien, cette question demeure sans réponse pour l'instant. Cependant, à notre avis, les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* par le législateur canadien en 2022 ouvrent dorénavant la porte à la conclusion qu'une pratique visant à « verrouiller » l'accès aux données dans un marché constitue un abus de position dominante¹¹⁴. Notons, d'abord, l'ajout d'un nouveau type d'agissement anticoncurrentiel à l'article 78 de la Loi :

78 (1)

j) la réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel, visant à entraver ou à empêcher l'entrée ou l'expansion d'un concurrent sur un marché ou à l'éliminer du marché.

L'ajout du sous-paragraphe j) à l'article 78 n'est pas sans conséquence, car les pratiques d'exclusion et d'éviction sont au cœur des stratégies concurrentielles employées par les plateformes numériques. Comme le note Lundqvist, la structure des marchés dont la concurrence se fait principalement par l'exploitation des données (*data-driven competition*) crée des environnements économiques favorables aux monopoles et aux quasi-monopoles¹¹⁵. Dans ces marchés, l'entreprise dominante utilise la collecte de données afin de maximiser son pouvoir économique, tout en limitant l'accès à ces données aux concurrents. La limitation peut s'effectuer, notamment, par l'intégration verticale ou par l'établissement de liens de dépendance inégaux entre l'entreprise dominante et ses fournisseurs. En guise d'exemple, le chef de file du

¹¹⁰ *Id.*, par. 754.

¹¹¹ A. DE STREEL, préc., note 8, aux pages 104 et 105.

¹¹² *Id.*

¹¹³ Wolfgang KERBER, « Competition, Innovation and Competition Law: Dissecting the Interplay », dans Damien GERARD, Bernd MEYRING et Eric MORGAN DE

RIVERY (dir.), *Dynamic Markets and Dynamic Enforcement: Which Competition Policy for a World in Flux?*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2018, p. 33, à la page 54.

¹¹⁴ BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 66.

¹¹⁵ B. LUNDQVIST, préc., note 24, à la page 11.

marché pourrait commercialiser des systèmes de cuisine intelligente intégrés (*smart kitchen*) qui sont difficilement intégrables avec les différents appareils des concurrents¹¹⁶. L'avantage est évident. Un concurrent peut difficilement envisager de faire concurrence dans le marché, puisque tout l'intérêt de ce système est l'intégration harmonieuse des appareils qui le composent. Le choix est clair : il faut s'intégrer dans le réseau de l'entreprise dominante ou, sinon, risquer la forte possibilité de l'éviction du marché. Bien que ce type de pratique ait déjà été qualifié d'agissement anticoncurrentiel par la doctrine¹¹⁷, l'ajout du sous-paragraphe j) à l'article 78 de la Loi ne laisse plus de doute qu'il s'agit, en droit, d'une forme d'abus de position dominante. Ce nouveau sous-paragraphe devrait envoyer un signal clair au Tribunal de la concurrence qu'il faut dorénavant sévir contre de telles pratiques.

D'ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 79 a aussi été substantiellement modifié. Désormais, le Tribunal de la concurrence pourra prendre en compte les facteurs suivants lorsqu'il évalue l'effet de la pratique d'agissements anticoncurrentiels :

79 (4)

- a)** les entraves à l'accès au marché, y compris les effets de réseau ;
- b)** tout effet de la pratique sur la concurrence hors prix ou par les prix, notamment la qualité, le choix ou la vie privée des consommateurs ;
- c)** la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent ;
- d)** tout autre facteur qui est relatif à la concurrence dans le marché et qui est ou serait touché par la pratique.

Ces nouvelles dispositions offrent aussi une assise juridique solide au Tribunal de la concurrence lui permettant de conclure

que le verrouillage constitue en fait un agissement anticoncurrentiel. En particulier, le libellé « fourre-tout » du sous-paragraphe d) ouvre le chemin à des développements jurisprudentiels qui seraient plus à l'affût des évolutions économiques des marchés numériques que ne saurait l'être le législateur.

Conclusion

À travers ce bref survol de l'évolution récente du droit de la concurrence à l'ère numérique, nous avons tenté de mettre en relief les principaux impacts engendrés par l'utilisation des mégadonnées, de même que les difficultés éprouvées par le droit de la concurrence.

Les vingt dernières années ont entraîné de majeures évolutions technologiques qui rendent plus difficilement applicables les cadres d'analyse traditionnels du droit de la concurrence. Cette transformation résulte principalement de l'avènement des mégadonnées et leur utilisation comme outil concurrentiel. Les mégadonnées permettent aux entreprises de posséder incommensurablement plus d'informations qu'autrefois à propos de leur clientèle et du marché. L'obtention de mégadonnées devient donc un objectif incontournable pour toute compagnie qui désire être compétitive.

Dans un environnement économique où pullulent des marchés multifaces, les mégadonnées représentent à la fois un produit et un levier puissant. La concentration des mégadonnées confère un pouvoir de marché énorme aux firmes qui peuvent être tentées d'en abuser. Les effets de réseau croisés créent un cercle vertueux qui permet aux premiers arrivants de monopoliser l'accès aux mégadonnées et, conséquemment, de consolider leur position dominante sur le

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ F. MARTY, préc., note 11, 89.

marché. Ce faisant, ils créent des barrières à l'entrée qui s'avèrent généralement insurmontables. En effet, sans accès à ces mégadonnées, l'émergence de nouveaux concurrents devient extrêmement ardue, voire complètement illusoire.

La concurrence se situe dès lors non pas *dans* le marché, mais *pour* le marché¹¹⁸. Le résultat ? L'émergence de grandes multinationales quasi indétrônables qui bousculent le franc jeu concurrentiel. Malgré les difficultés que présentent les mégadonnées pour le droit de la concurrence, les différentes autorités de la concurrence n'ont pas pour autant déposé les armes. Grâce au caractère prétorien du droit de la concurrence, les tribunaux américains et européens se sont efforcés d'adapter – avec plus ou moins de succès – le droit de la concurrence à cette nouvelle réalité. En particulier, l'affaire *Google Search (Shopping)* laisse croire que le droit de la concurrence actuel, bien qu'imparfait, demeure suffisamment malléable pour sanctionner de nouvelles formes d'abus de dominance dans les marchés numériques. Cela nécessite toutefois que les juges portent une attention particulière aux *effets concurrentiels indirects* résultant de l'utilisation des mégadonnées et de la synergie entre plusieurs faces du marché. En étant conscients, ils pourront façonner de nouveaux cadres d'analyse qui répondent mieux aux réalités des marchés numériques.

¹¹⁸ H. K. SCHMIDT, préc., note 31, à la page 40, 44 et 59.