

Journée d'étude
L'Economie et le Droit des moteurs de recherche
16 mai 2008

Les moteurs de recherche : quelle régulation de la concurrence ?

par Denis Lescop

Maître de conférences
Telecom & Management SudParis
Responsable du pôle Innovation du CEMANTIC¹
Chercheur associé au CRESE²

Institutions organisatrices :

Centre d'Economie de la Sorbonne (Paris 1)
Chaire Innovation et régulation des services numériques (Ecole polytechnique, Telecom ParisTech, Groupe Orange)
Institut Français de la Communication, Paris (Paris 1 – Ina)

¹ Centre d'Etudes en MANagement et Technologies de l'Information et des Communications

² Centre de Recherches sur les Stratégies Economiques, Université de Franche Comté

1. Introduction

Depuis la naissance d'internet et la prolifération des pages et contenus Web, la nécessité de chercher, retrouver, butiner a conduit à la mise en place des moteurs de recherches. Il y a 10 ans maintenant, l'un d'entre eux au nom bizarre « Google » s'est fait remarqué par sa capacité à trouver sur la base de mots-clés et ordonner par ordre de pertinence ces innombrables pages web. En quelques poussières de secondes, l'algorithme de Google répond de façon surnaturelle à la requête de l'Internaute : « *Magic by design* » comme l'indiquait récemment Thomas A. Stewart, éditeur de la fameuse *Harvard Business Review*³. Mais cette apparente magie n'est que la phase visible du système Google. Le succès du moteur de recherches s'est bâti au gré de l'expérience/apprentissage du consommateur, de sa fidélité, de ce nom bizarre mais facile à retenir, de son management, de sa gestion RH, de ces innovations internes et externes, de la solidité de sa technologie. Iyer et Davenport (2008)⁴ ont récemment passé au crible la machine Google pour en comprendre le fonctionnement.

Google, à l'instar d'un Amazon, a pris la part du lion. Aujourd'hui, Google trône à la première place des moteurs de recherches, et de très loin. Les Yahoo! et autres Microsoft ont bien du mal à bousculer cette suprématie. Le modèle économique de Google repose sur la publicité qui représente 99% de ses revenus (66% en provenance des sites de Google et 33% en provenance des partenaires).

Le modèle économique de Google se présente comme un cas typique de *two-sided markets* ou de plateformes. Son modèle se fonde sur les externalités indirectes de réseau : le nombre de visiteurs sur la plateforme (moteur de recherches) est à la base de la spirale vertueuse. Tout ce qui va permettre d'augmenter et de capter l'attention du consommateur final est monétisé sur la deuxième face du marché (la publicité) avec un décalage temporel.

Une telle suprématie est souvent anxiogène pour les pouvoirs publics, pour les consommateurs, et pour certains concurrents. La récente tentative de Google d'entrer sur le marché de la téléphonie mobile a inquiété les opérateurs en place. D'autres polémiques autour du respect du secret des données individuelles ou du contrôle de certains états sur les contenus à disposition de leur population ont confirmé les inquiétudes.

Qu'en est-il du point de vue économique ? Le monopole ou la monopolisation d'un marché par les seules mérites ne sont pas interdits en soit. C'est l'abus de la puissance de marché qui est sévèrement réprimé. Mais ne faut-il pas réguler Google ou, dit autrement, la concurrence sur le marché des moteurs de recherches ? La présente note se propose d'apporter des éléments de réponse ou de débat relatifs à cette question. Après avoir rappelé certains éléments concernant la régulation économique (section 2), nous procéderons à l'analyse des marchés pertinents, préalable incontournable de la régulation (section 3), puis nous nous interrogerons sur la nécessité d'une régulation sectorielle du marché des moteurs de recherches (section 4). La section 5 met en perspective certaines remarques d'ordre plus général.

³ Harvard Business Review, April 2008.

⁴ Iyer B. et T.H. Davenport, « *Reverse Engineering Google's Innovation Machine* », *Harvard Business Review*, avril 2008, pp. 58-68.

2. La régulation économique

Pour réguler la concurrence sur un marché donné, les pouvoirs publics disposent de deux outils :

- la régulation des comportements individuels mise en œuvre notamment par le droit commun de la concurrence et la répression des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante, abus de dépendance économique, ententes) ;
- la régulation de la structure des marchés ex ante mise en œuvre par le contrôle des concentrations (droit commun de la concurrence) et la régulation sectorielle.

La littérature sur l'utilisation des divers outils de la régulation est vaste. Le débat se poursuit encore à l'heure actuelle notamment dans le cadre du basculement du secteur des communications électroniques vers le droit commun. Par delà, les discussions théoriques sur les domaines d'intervention et l'étendue de la compétence des diverses institutions responsables de la régulation économique, décider la mise en place d'une régulation sectorielle en complément/soutien de la régulation par le seul droit de la concurrence est une question difficile économiquement et politiquement.

Les communications électroniques offrent un terrain d'études privilégié sur cette question. Au fil du temps, le cadre réglementaire a su co-évoluer avec son secteur pour intégrer les innovations technologiques (haut débit, VoIP, UMTS, etc.), les changements de position des acteurs, les nouvelles stratégies et permettre ainsi aux nouveaux entrants de se pérenniser. La méthode de régulation a évolué : les réflexions menées par les autorités de régulation nationale, par le GRE (Groupe des Régulateurs Européen), le GRI (Groupe des Régulateurs Indépendants), la Commission Européenne et les experts ont assuré le passage d'une régulation automatique à une régulation justifiée et réfléchie (voir notamment le paquet de directives de 2002 et les documents l'accompagnant⁵). Les textes mettent d'ailleurs explicitement en place une méthode d'analyse de la pertinence de la régulation sectorielle des marchés des communications électroniques.

La dernière modification du dispositif date du 13 novembre 2007. La Commission adoptait une nouvelle recommandation modifiant la précédente en date du 11 février 2003 concernant la définition des marchés pertinents de produits et de services susceptibles au sein du secteur des communications électroniques d'être soumis à une régulation ex ante. Cette recommandation est complétée par une note explicative (Commission Staff working document, Explanatory note, SEC(2007)1483) rappelant les grands principes de la méthode d'analyse des marchés à des fins de régulation.

C'est précisément cette analyse qui nous intéresse ici : faut-il réguler ex ante le marché des moteurs de recherches ou les soumettre au seul droit commun ?

La méthode d'analyse des marchés comporte 3 étapes : définition du marché ou des marchés concernés (utilisant les outils du droit de la concurrence), analyse de la puissance de marché des acteurs présents (regroupés dans la section 3), test des trois critères (section 4).

⁵ A ce sujet, le rapport du Sénat Hérisson et Sido du 30 mars 2004 indiquait : « *le nouveau cadre réglementaire se distingue par son caractère « glissant ». Cette flexibilité devrait permettre l'adaptation régulière du cadre juridique et sa permanence au travers des évolutions, particulièrement rapides dans ce secteur des communications électroniques* ».

3. La définition des marchés et la puissance des acteurs

La définition du marché pertinent est un préalable à toute analyse en matière de régulation économique. En règle générale, la délimitation d'un tel marché s'opère selon les méthodologies établies par la jurisprudence du droit de la concurrence. En matière de régulation ex ante (sectorielle), la délimitation du marché pertinent comporte des aspects prospectifs : il ne s'agit pas d'évaluer un marché à une date donnée mais de se placer dans le cadre d'un processus dynamique de régulation. La définition du marché suit donc plus la logique de la jurisprudence du contrôle des concentrations que celle du contentieux. La démarche semble cependant très balisée⁶ : on s'intéresse d'abord à la substituabilité du côté de la demande (en utilisant éventuellement une version qualitative du test du monopoleur hypothétique) puis, si l'analyse n'est pas ou peu conclusive, on s'attache à déterminer les caractéristiques de l'offre permettant d'établir une délimitation plus précise du marché.

Dans le cas des moteurs de recherches, la question est de savoir si le marché pertinent est constitué des seuls moteurs de recherches ou des moteurs de recherches en tant que plateformes composées d'un « panier » de services (outils linguistiques, informations diverses, pages personnelles, blogs, etc.). Le premier cas amène une délimitation simple du marché justifiée par l'aspect usage du consommateur : il n'y a pas de substitut à un moteur de recherches pour le consommateur qui désire effectuer une recherche particulière sur le web⁷. Cependant, l'attractivité d'un moteur de recherches outre ces caractéristiques intrinsèques (pertinence, rapidité, qualité de la réponse, facilité d'usages, ergonomie) repose également sur les fonctionnalités connexes proposées sur la plate-forme ou le portail qui l'héberge. La substituabilité ne reposera alors pas uniquement sur le service mais sur la plate-forme/portail (c'est-à-dire l'ensemble des services proposés). Il devient alors possible d'envisager un marché des plateformes (ou portails). En effet, même si la page d'accueil de google.fr n'affiche qu'un moteur de recherche, d'autres comme fr.msn.com ou fr.yahoo.com fournissent d'autres fonctionnalités, contenus ou informations. On retrouve la problématique de la délimitation des marchés dans le cadre des biens systèmes offrant un accès forfaitaire ou gratuit à un ensemble de produits/services : existe-t-il un marché par composant ou un marché pour le système ?

L'accès haut débit offre un exemple concret de cette problématique. En matière d'internet haut débit, les offres triple-play donnent non seulement un accès à Internet mais aussi à un ensemble de chaînes TV, à la VoIP illimitée et à une série de services (e-mail, page web, espace de stockage). La jurisprudence considère que l'accès physique et les services gratuits qui l'entourent constituent un seul et même marché pertinent : le marché de l'accès haut débit aux offres multiservices⁸. Parallèlement, la jurisprudence estime qu'il existe également un marché de la TV à accès payant et un marché de la TV gratuite⁹. On relèvera là un paradoxe de la jurisprudence : un même bien/service (TV gratuite) est sur deux marchés pertinents différents (TV à accès payant et accès haut débit). On notera d'ailleurs que le marché de la

⁶ Voir par exemple l'étude thématique du rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2001 ou les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations de la DGCCRF (avril 2007, p. 44 et suivantes).

⁷ Il est par ailleurs difficile de procéder à un test du monopoleur hypothétique sur un service gratuit.

⁸ Voir les lettres du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 25 juin 2007, aux conseils de la société Neuf Cegetel, relative à une concentration dans le secteur du marché de la fourniture d'accès à Internet (C2007-68), et du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA (ci-après « SFR »), relative à une concentration dans le secteur des télécommunications (C2007-181).

⁹ Voir la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante (C2006-02).

TV payante est subdivisé en marchés pertinents par catégories (sport, cinéma, jeunesse, ...) alors que le marché de la TV gratuite est considéré comme un ensemble homogène.

La gratuité soulève par ailleurs un problème délicat lors de la délimitation des marchés pertinents et l'analyse de la puissance de marché. Elle empêche notamment l'utilisation de la version qualitative du test du monopoleur hypothétique. En effet dans ce cas, le test comporte un risque fort d'*oligopoly fallacy* : le marché obtenu par le test pourrait être plus restreint qu'en réalité. La gratuité est par ailleurs révélatrice d'un phénomène de marchés bi ou multi-faces ou du moins de la présence d'externalités positives entre marchés (par exemple, une externalité indirecte de réseau). La gratuité des moteurs de recherches relève de ce phénomène : un moteur est financé par la publicité (bannières/*display*, liens sponsorisés/*search*).

Le ou les marchés de la publicité doivent donc être analysés. Là encore, la jurisprudence est en évolution. Traditionnellement, le secteur de la publicité se découpe en marché pertinent par média. La jurisprudence reconnaît en effet que chaque média présente des caractéristiques de nature à le rendre non-substituable à un autre¹⁰.

Dans sa décision 06-D-18 du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans la publicité cinématographique, le Conseil rappelle sa position :

« De ce point de vue, le Conseil a rappelé dans son avis n° 05-A-18 du 11 octobre 2005, relatif à l'acquisition du Pôle Ouest de la société Socpresse et de fonds de commerce de la SEMIF par la société SIPA, que "s'agissant de la publicité, les espaces publicitaires offerts par les différents médias ont été considérés dans plusieurs avis et décisions du Conseil comme constituant des marchés distincts du point de vue des annonceurs, notamment parce qu'ils présentent des spécificités techniques, lesquelles permettent de décliner différents modes de perception et de mémorisation des messages, visuel ou auditif (cf. en ce sens, la décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996, les décisions n° 02-D-03 du 29 janvier 2002 pour la publicité dans les cinémas, n° 00-D-67 du 13 février 2000 pour la publicité à la télévision, n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 pour l'affichage extérieur, l'avis n° 93-A-13 du 6 juillet 1993 pour les marchés publicitaires de la presse et l'avis n° 03-A-03 précité pour la presse gratuite)" et que "les annonceurs utilisent souvent plusieurs supports dans le cadre de leurs campagnes publicitaires, un seul support ne leur permettant pas de couvrir la totalité de leur cible. L'élaboration d'un plan médias repose précisément sur l'idée qu'une campagne de publicité doit impliquer différents médias suivant le type de cible visée ; même si plusieurs médias peuvent concourir à toucher une même cible, les plans médias font apparaître plus de complémentarité que de substituabilité entre les différents supports de publicité".

Cependant, dans cette même décision, le Conseil estime :

« Mais les autorités de concurrence n'ignorent pas que, du fait de la convergence de leur objet, les grandes catégories de médias exercent entre elles des contraintes structurelles et dynamiques qui réduisent la liberté de gestion de chacun d'eux, sans que cette relation provoque des effets de substitution suffisants pour que l'ensemble des médias puisse être considéré comme un marché pertinent unique. »

La question est donc ici de savoir si aujourd'hui ou dans un futur proche les contraintes décrites par le Conseil apparaîtront suffisantes pour délimiter un vaste marché de la publicité. On serait tenter par l'affirmative mais les caractéristiques intrinsèques des médias semblent encore très importantes pour les annonceurs en termes notamment de ciblage et de tarification. La nature de chaque média les rend donc plus complémentaires que substituables. Ces complémentarités masquent cependant de potentiels rapprochements entre certains médias comme la TV et l'Internet.

¹⁰ Voir la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006 (C2006-02).

Il existerait donc un marché de la publicité sur Internet sur lequel se trouvent trois grands types de produits : la bannière, le lien sponsorisé, l'e-mailing¹¹. Aucun élément ne permet de distinguer des marchés plus retroints comme celui du lien sponsorisé sur Internet.

On retiendra dans la suite de notre analyse les marchés pertinents suivants :

Assertion n° 1 : Deux marchés pertinents seront pris en compte, le marché des moteurs de recherches, le marché de la publicité sur Internet.

Une fois les marchés de produits déterminés, il convient de s'intéresser à la dimension géographique de ce marché.

Sur le marché publicitaire, les caractéristiques de la population française en font une cible particulière : au maximum, le marché est donc de dimension nationale. En matière de presse écrite ou de cinéma, la jurisprudence opère également une distinction entre publicité locale et publicité nationale. La question d'une publicité locale sur Internet sur certains sites à caractère local peut être soulevée : a priori les budgets en jeu pour ce type de publicité ne rendent pas pertinente une distinction géographique.

S'agissant du marché des moteurs de recherches, la délimitation géographique est plus délicate. Cependant, il s'avère que la stratégie des moteurs de recherche a introduit une dimension nationale (liée souvent à la langue) : une même recherche sur google.fr et google.com renvoie bien les mêmes éléments mais avec un ordre différent. Les moteurs disposent également de portails différenciés en fonction de la langue ou du pays. Néanmoins, un marché pertinent ne se dessine pas uniquement au travers des stratégies des entreprises. Il existe par exemple peu de différences entre la demande d'un internaute français et celle d'un internaute américain désirant effectuer une recherche particulière sur le web : la demande en recherches sur le web tend à être mondiale.

Assertion n° 2 : Le marché des moteurs de recherches est au moins de dimension nationale. Le marché de la publicité sur Internet est au plus de dimension nationale.

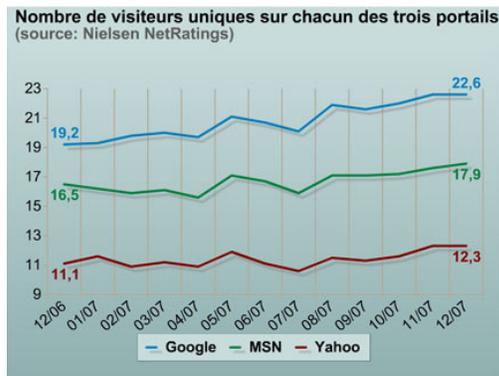
Dans l'arrêt Hoffmann-Laroche (13 février 1979), la CJCE pose la définition de la puissance économique :

« La position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement des consommateurs. »

Sur le marché national (ou mondial) des moteurs de recherches, il est indéniable que Google possède une forte part de marché. Les tableaux suivants donnent pour la France la position des trois principaux acteurs mesurée en visiteurs uniques¹² :

¹¹ On pourrait se demander dans quelle mesure l'e-mailing ne devrait pas être apparentés à du marketing direct et donc retiré du marché de la publicité sur Internet.

¹² Source : Le Journal du Net, 02/02/2008, chiffres de décembre 2007.



Audience en visiteurs uniques des principaux services

	Google	MSN	Yahoo
Homepage	21,7	5,9	4,5
Webmail	2	9,7	3,6
Actualités	2,7	1,8	2,5
Search	21,7	5,7	3,9
Maps et local	3,6	n/a	0,8
Messenger	0,2	14,7	0,4
Shopping	0	0,8	3,9

(données Nielsen NetRatings)

Ces éléments montrent bien la suprématie de Google sur le marché des moteurs de recherches. On notera également que Google représentait 87% des requêtes au dernier trimestre 2007. Si on considère la réputation de sa marque et la croissance continue de son audience, Google pourrait bel et bien détenir une puissance de marché significative sur le marché des moteurs de recherches.

Cependant, si le marché était élargi aux portails et à l'ensemble des services associés (webmail, actualités, messagerie, shopping, etc.), la position de Google paraîtrait beaucoup moins confortable.

Comme dit précédemment, les moteurs de recherches s'appréhendent comme l'une des faces d'un marché double ou multi-faces. Dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations du 30 avril 2007, la DGCCRF précise au point 431 :

« Le concept de marché double-faces peut alors être utile pour mieux mesurer le pouvoir de marché réel des parties à une concentration, qu'il s'agisse par exemple de tempérer le calcul de la part de marché de l'interface en prenant en compte des contraintes spécifiques, ou d'appréhender correctement les barrières à l'entrée sur ces marchés. »

Pour apprécier, la puissance éventuelle de Google, il convient d'analyser sa position sur le marché des moteurs de recherches (voir éventuellement sur les marchés connexes composés d'autres services gratuits sur les portails) au travers de sa position sur le marché de la publicité sur Internet.

Les données disponibles sur le marché de la publicité sur Internet sont difficiles à trouver et à interpréter. En recoupant quelques sources, quelques résultats semblent relativement solides¹³ :

- globalement, le marché de la publicité sur Internet a représenté 920 millions € net en 2007 en France, dont 740 millions pour les bannières et les liens sponsorisés ;
- sur ces 740 millions, 58 % ont été alloués aux bannières et 42 % aux liens sponsorisés ;
- l'Internet représente 12% des investissements publicitaires bruts en France (soit 2,768 milliards €).

Ces quelques chiffres montrent que le marché de la publicité sur Internet est 2,5 fois plus petit que celui de la TV ou de la presse, mais il progresse nettement plus vite : il s'agit donc d'un marché en pleine croissance sur lequel de nombreux acteurs désirent se positionner.

¹³ Sources : IAB, JDN, TNS Media Intelligence

De nombreuses sources estiment qu'après le rachat de DoubleClick, Google est devenue la première régie publicitaire en ligne au niveau mondial. En France, Google fait face à de nombreux concurrents relativement puissants comme Orange Publicité (première régie publicitaire display), MSN, Hi Media ou encore AOL. Ces concurrents sur le marché publicitaire sur Internet viennent des marchés connexes : télécommunications, médias. Même si Google contrôlait la totalité des liens sponsorisés en France, sa part de marché se situerait autour de 34 %.

Ces éléments ne semblent pas démontrer l'existence d'une puissance de marché significative de la part de Google sur le marché de la publicité en ligne. Son audience (sa prédominance) sur les moteurs de recherches lui permet de drainer une partie des investissements publicitaires en concurrence avec d'autres opérateurs établis sur des marchés connexes (notamment les télécommunications et les médias).

La Commission Européenne est récemment allée dans ce sens en autorisant en un temps record (3 mois) et sans conditions le rachat de DoubleClick par Google¹⁴ :

« La Commission européenne a autorisé, en application du règlement communautaire sur les concentrations, le projet de rachat par Google du fournisseur de technologies pour la publicité en ligne DoubleClick; les deux entreprises sont originaires des États-Unis. L'enquête approfondie de la Commission, ouverte en novembre 2007 (voir IP/07/1688), a permis de conclure que l'opération n'aurait probablement aucun effet préjudiciable sur les consommateurs, que ce soit sur le marché de la diffusion d'annonces ou sur celui de l'intermédiation dans la publicité en ligne. La Commission a dès lors conclu que l'opération n'entraverait pas de manière significative une concurrence effective dans l'Espace économique européen (EEE) ou une partie substantielle de celui-ci. »

La Commission a estimé que Google et DoubleClick ne pouvaient pas être considérés comme concurrents à l'heure actuelle. Selon elle, Google exploite un moteur de recherche sur Internet, offre des espaces publicitaires sur ses propres sites web et propose des services d'intermédiation pour la vente d'espaces publicitaires en ligne sur des sites partenaires par l'intermédiaire de son réseau «AdSense». DoubleClick vend, quant à elle, de la technologie de diffusion d'annonces, de gestion et de mesure d'audience à des éditeurs de sites web ainsi qu'à des annonceurs et des agences du monde entier.

Elle ajoute d'ailleurs :

« La Commission a donc conclu que l'élimination de DoubleClick en tant que concurrent potentiel n'aurait aucune incidence négative sur la concurrence sur le marché de l'intermédiation en matière de services de publicité en ligne. (...)

La Commission a constaté que l'entité issue de la concentration ne serait pas en mesure de mettre en œuvre des stratégies visant à marginaliser les concurrents de Google, principalement en raison de la présence d'autres outils crédibles de diffusion d'annonces vers lesquels les clients (éditeurs/annonceurs/réseaux d'annonces) peuvent se tourner, notamment des entreprises intégrées verticalement telles que Microsoft, Yahoo! et AOL. L'enquête a également révélé que l'entité issue de la concentration n'aurait aucune raison d'empêcher ses concurrents d'accéder au marché de la diffusion d'annonces, notamment parce qu'il est peu probable que de telles stratégies soient rentables. »

Assertion n° 3 : *Google détient une position prédominante sur le marché des moteurs de recherches (en termes d'audience) qui ne lui permet pas d'exercer une influence significative sur le marché de la publicité sur Internet.*

¹⁴ Voir le communiqué de presse du 11 mars 2008 n°IP/08/426.

4. Faut-il réguler (ou pas) ?

Malgré la dernière assertion, il est intéressant de poursuivre l'analyse avec le test des trois critères. Ce test ajoute de la dynamique et de la prospective à l'analyse précédente prenant une photographie de la situation du marché.

Ce test s'inscrit dans le dispositif réglementaire du secteur des communications électroniques en Europe¹⁵ :

« (5) Pour recenser les marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, il y a lieu d'appliquer les critères cumulatifs suivants. Le premier critère est la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Cependant, eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières à l'entrée dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante. Par conséquent, le deuxième critère consiste à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée. Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché.

(6) En ce qui concerne les premier et deuxième critères, les principaux indicateurs à considérer lors de l'évaluation sont analogues à ceux examinés dans le contexte d'une analyse de marché prospective. Il s'agit en particulier des indicateurs concernant les barrières à l'entrée en l'absence de réglementation (notamment l'ampleur des coûts irrécupérables), la structure du marché, les performances et la dynamique du marché, notamment des indicateurs comme les parts de marché et les tendances en la matière, les prix du marché et les tendances en la matière, ainsi que l'étendue et la couverture des réseaux ou infrastructures en concurrence. Tout marché est susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante s'il répond aux trois critères en l'absence de celle-ci. »

Ainsi, un marché ne peut être régulé que s'il existe des barrières élevées et non-transitoires à l'entrée (critère 1), une structure de marché qui ne tend pas vers un état de concurrence effective (critère 2), et si les outils du droit de la concurrence sont inadaptés pour répondre de manière efficace aux problèmes de concurrence présents sur le marché (critère 3).

Dans son rapport d'activité pour l'année 2000, le Conseil de la concurrence établissait une définition de ses barrières¹⁶ :

« On peut distinguer plusieurs catégories de barrières à l'entrée. Certaines sont liées à l'importance des économies d'échelle dans le secteur concerné. Plus les économies d'échelle sont importantes, plus la part de marché que doit conquérir un nouvel entrant afin d'atteindre le seuil de rentabilité est importante, rendant peu probables de nouvelles entrées. D'autres barrières s'expliquent par les avantages de coûts accumulés par les entreprises déjà présentes sur le marché, par rapport à un nouvel entrant, comme par exemple un savoir-faire, des brevets ou des marques. Les barrières réglementaires comprennent les réglementations, normes ou certifications spécifiques à l'activité ou au produit. Les barrières comportementales, telles que l'attachement à la marque ou à une technologie, les habitudes nationales ou régionales, ou encore le comportement d'achat des distributeurs, sont également susceptibles de rendre peu crédible l'hypothèse de nouvelles entrées ».

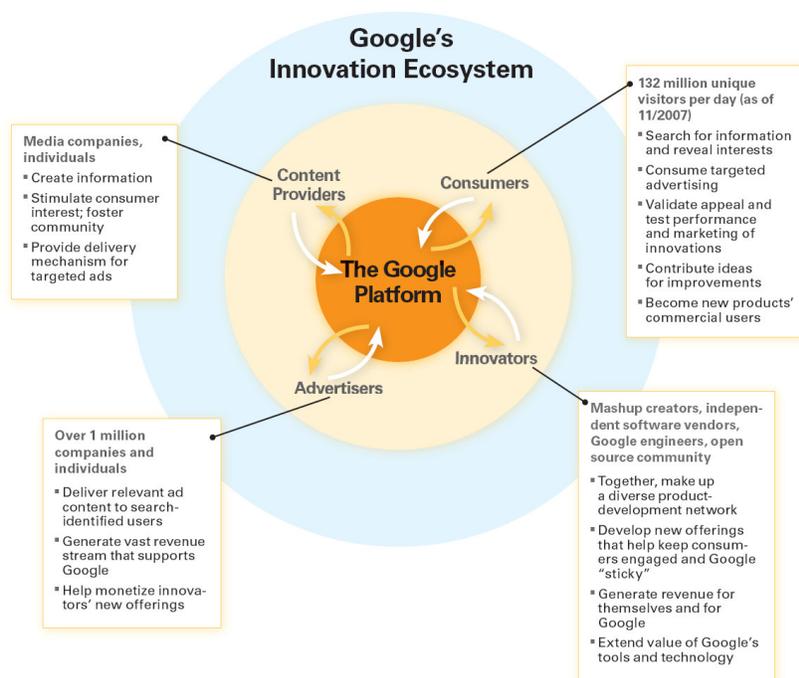
¹⁵ Considérants 5 et 6 de la Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

¹⁶ Voir par exemple R. Preston Mc Afee, Hugo M. Mialon, et Michael A. Williams, « *When are sunk costs barriers to entry? Entry barriers in economic and antitrust analysis* », *American Economic Review*, mai 2004, vol. 94, n° 2.

Des barrières à l'entrée apparaissent sur les deux marchés pertinents :

- la notoriété et les marques en place (Google, MSN, Yahoo) et notamment les investissements publicitaires que cela représente ;
- la surface financière des intervenants ;
- la part de marché de Google sur le marché des moteurs de recherches ;
- la constitution d'une plateforme technologique innovante, stable, sûre et de bonne qualité ;
- les économies d'échelle et le phénomène de taille critique de l'audience pour drainer suffisamment de revenus publicitaires ;
- le savoir-faire et l'expérience de Google.

Du côté des moteurs de recherches, la technologie prime. De nouveaux moteurs peuvent s'imposer s'ils présentent une technologie supérieure du point de vue de l'internaute. La problématique de l'innovation est au cœur de ce processus. Tout porte à penser que l'organisation de l'innovation chez Google constitue une barrière à l'entrée aux nouveaux entrants. En effet, comme l'ont montré Iyer et Davenport (2008)¹⁷, l'innovation chez Google se fonde sur une politique salariale intéressante pour les meilleurs ingénieurs, un investissement fort et une organisation sous forme d'écosystème de sa politique d'innovation :



Cette structure en écosystème permet à Google de contrôler l'innovation au sein de son « incubateur » et de se protéger contre les innovations de rupture qui pourrait bousculer son modèle économique : au sein de l'écosystème, tout est ouvert (concept d'open innovation¹⁸) mais la commercialisation est sous contrôle de Google. Par ailleurs, ce système renforce la fidélité de ses partenaires (extérieurs ou intérieurs) en les impliquant dans la structuration de la plateforme.

¹⁷ Op.cit.

¹⁸ Voir, par exemple, Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology, H. Chesbrough, Harvard Business School Press, 2003

Sur le marché des moteurs de recherches, la position de Google provient surtout de sa technologie et de la structure du marché (du type « winner takes all »). Néanmoins, force est de constater que cette position n'affecte pas pour l'instant le marché de la publicité sur Internet (comme l'indique la Commission dans sa décision du 11 mars dernier).

Au total, on constate bien des barrières à l'entrée élevées et non transitoires (critère 1). Cependant, ces barrières à l'entrée ne semblent pas insurmontables et ce notamment dans la perspective d'un marché en phase de forte croissance. De nombreux acteurs de taille conséquente désirent se positionner sur le marché de la publicité sur Internet : leur taille leur permettra de surmonter ces barrières et de contrecarrer l'éventuel effet de levier que Google tire de sa position prédominante sur le marché des moteurs de recherches. On pense notamment à Microsoft, mais aussi aux opérateurs de télécommunications et aux acteurs des médias audiovisuels.

Par conséquent, il est probable qu'à terme le marché s'oriente vers une concurrence effective (non satisfaction du critère 2).

Google pourrait éventuellement adopter des comportements anticoncurrentiels grâce à sa position sur le marché des moteurs de recherches : augmentation unilatérale du tarif des liens sponsorisés, discrimination, modification discriminatoire de la pertinence des sites renvoyés par les requêtes, prédation sur la partie liens sponsorisés du marché de la publicité sur Internet, refus de vente, refus non justifié de référencement, etc.

Cependant, de telles pratiques nuiraient gravement à l'image de marque et à la notoriété de Google, élément fondateur de sa suprématie. De tels pratiques entraîneraient certainement des soupçons sur la pertinence du résultat des requêtes et donc sur la qualité du moteur de recherches. Ceci conduirait à une fuite de l'audience vers d'autres moteurs, et donc à une baisse des revenus publicitaires, particulièrement dommageables pour l'équilibre du modèle économique de Google. C'est d'ailleurs le sentiment de la Commission : « *l'entité issue de la concentration n'aurait aucune raison d'empêcher ses concurrents d'accéder au marché de la diffusion d'annonces, notamment parce qu'il est peu probable que de telles stratégies soient rentables* ».

Au surplus, ce type de pratiques est très bien appréhendé par le droit de la concurrence (non satisfaction du critère 3).

Assertion n° 4 : *Le marché des moteurs de recherches et le marché de la publicité en ligne ne requièrent pas de régulation économique ex ante.*

5. Considérations finales

Les éléments d'analyse précédents tendent à démontrer que le droit commun de la concurrence suffit à la régulation du marché des moteurs de recherches et du marché de la publicité sur Internet. Ils appellent néanmoins deux remarques complémentaires.

La régulation d'un secteur ne s'entend pas uniquement du point de vue économique. La prédominance de Google sur le marché des moteurs de recherches lèvent des problématiques de sécurité, de protection et d'utilisation des données individuelles (tracking notamment). Cette partie de l'activité d'un moteur de recherches requiert une surveillance et un contrôle de la part des pouvoirs publics : la concurrence entre grands opérateurs pourrait conduire à des

déviations autres que concurrentiels. Comment garantir que les données individuelles ne soient pas utilisées à l'insu des internautes à des fins commerciales pour se différencier des autres opérateurs ? Cette remarque vaut bien entendu pour l'ensemble des acteurs recueillant dans leurs activités économiques des données individuelles.

La question de l'innovation est au cœur des nouvelles technologies et de leur développement. Google et d'autres acteurs ont développé des écosystèmes d'innovation leur permettant en principe de dynamiser leur politique d'innovation en la sous-traitant à des acteurs plus petits, plus dynamiques et donc plus innovants. Ces écosystèmes ressemblent à de vastes incubateurs dans lesquels des acteurs comme Google injectent des ressources de tout type (financières, techniques, commerciales, etc.). L'acteur central de l'écosystème se présente la plupart du temps sous la forme d'une interface ou d'une plateforme assurant le lien avec « *l'extérieur* » de l'écosystème. Il est détenteur de la technologie et se concentre sur le développement de la notoriété de sa plateforme. On a auparavant parlé de co-opération. Mais le système va ici plus loin : une bonne innovation sera intégrée quasi-automatiquement dans la plateforme et placée sous le contrôle complet de l'acteur central. Une question demeure : que se passe-t-il si demain un mashup ou une nouvelle technologie innovante revêt la forme d'une innovation de rupture mettant à mal le modèle Google ? Quel sera la décision de Google ? Comment de nouveaux concurrents indépendants des acteurs en place vont-ils émerger ?

De ce point de vue, les acteurs comme Google façonnent le marché et sont de véritables acteurs dominants dans leur écosystème d'affaires : seront-ils bienveillants ? Comment les pouvoirs publics peuvent-ils agir ?

La réponse est en partie dans la mise en place de partenariat public-privé et de pôle de compétitivité assurant une distribution différente des droits de propriétés industrielles et intellectuelles entre acteurs. Elle suggère également que soit amplifiées au sein des grandes écoles et des universités les politiques d'incubation.