

Les failles des lois sur la concurrence : le cas de Google

par Marie-Josée Loisel



En mai 2012, après deux ans d'enquête, le président de la Commission européenne de la concurrence (CEC), M. Joaquim Almunia, a demandé à l'entreprise Google de modifier le fonctionnement de son moteur de recherche, sous peine d'une poursuite. Selon la CEC, Google abuse de sa position dans les marchés des moteurs de recherche sur Internet et des publicités en ligne¹.

Ailleurs dans le monde, la Commission fédérale du commerce aux États-Unis (Federal Trade Commission ou FTC) étudie elle aussi la possibilité de poursuivre Google pour abus de sa position de marché. D'autres pays, comme la Corée du Sud, l'Australie et l'Inde font enquête pour les mêmes motifs.

Au-delà de la question de savoir si Google viole ou non la loi sur la concurrence, ces poursuites potentielles soulèvent de nombreuses questions de nature économique : Peut-on vraiment appliquer de manière rationnelle le concept d'abus de pouvoir de marché? Comment définir précisément un marché dans un secteur de haute technologie où tout évolue extrêmement vite? Et surtout, de telles poursuites ont-elles vraiment pour effet de protéger les internautes et les consommateurs?

Les fondements contestés des lois sur la concurrence

Avant de se pencher plus en détail sur le cas spécifique de Google, il est utile de faire un survol historique et théorique des lois sur la concurrence.

L'hypothèse centrale qui sous-tend l'existence des lois sur la concurrence est qu'au-delà d'un certain niveau, la concentration dans un marché a des effets néfastes pour les consommateurs. Selon cette logique, si les parts de marché d'une compagnie dans un secteur particulier sont trop imposantes, celle-ci détient alors un « pouvoir de marché », soit la possibilité d'imposer des prix plus élevés qu'en situation de saine compétition et de supplanter ses concurrents de manière déloyale. Ces pratiques deviennent illégales lorsque la compagnie abuse de son pouvoir de marché². La même logique s'applique dans les

cas de collusion lorsque quelques compagnies comptant pour une proportion importante du marché s'allient pour fixer les prix ou la production³.

Cette vision statique de la concurrence est de plus en plus contestée parmi les économistes. En effet, la concurrence ne se mesure pas simplement par des parts de marché ou par le nombre d'entreprises sur un marché. C'est plutôt le nombre de concurrents *potentiels* qui compte, dans un contexte où il n'existe pas de barrières à l'entrée. De telles barrières existent parfois en raison d'interdictions imposées par le gouvernement ou à cause d'un contexte technologique spécifique, mais leur présence ne doit pas être surestimée. En règle générale, la menace de l'arrivée de nouveaux acteurs sur un marché est bien réelle et exerce une pression concurrentielle⁴.

Ces concurrents peuvent même venir de l'extérieur du secteur en question. L'invention d'un nouveau produit substitut (les courriels qui remplacent l'envoi de lettres par la poste, par exemple) peut créer une pression externe sur une entreprise dominante. Il devient ainsi très difficile de définir exactement les limites d'un marché.

C'est pour cela que plusieurs économistes qui ont pris la peine de creuser les nombreux cas historiques de poursuites « antitrusts » ont remarqué que les entreprises ciblées – même si




Tableau 1 Quelques cas historiques de poursuites antitrusts

Entreprise (date de la poursuite) / Allégations	Faits historiques
Standard Oil (1911) Monopolisation du marché de l'essence; pratiques d'affaires douteuses avec fournisseurs et consommateurs; réduit l'offre et augmente les prix.	<ul style="list-style-type: none"> - Le prix de l'essence passe de 30 cents à la fondation de Standard Oil en 1870 à 5,9 cents en 1897. - La part de marché de Standard Oil passe de 85 % en 1890 à 64 % en 1911, alors que 147 entreprises lui font concurrence. - Les tribunaux n'ont jamais prouvé les allégations mais la Cour suprême ordonne tout de même le démantèlement de Standard Oil en 1911.
ALCOA (1937) 100 violations de la loi sur la concurrence; monopolise le marché de l'aluminium.	<ul style="list-style-type: none"> - Le prix de l'aluminium passe de 5 \$/livre à la fondation d'Alcoa en 1887 à 0,22 \$/livre au moment de la poursuite en 1937. - La part de marché d'Alcoa passe de 90 % en 1890 à 66 % en 1937 et à 33 % en 1945. - En 1945, un tribunal déclare en appel que « la compétence, l'énergie et l'esprit d'initiative » d'Alcoa empêchent la compétition.
IBM (1969) Monopolise le marché des ordinateurs.	<ul style="list-style-type: none"> - La part de marché d'IBM passe de 78 % en 1952 à 33 % en 1972. - Début des poursuites en 1969, procès en 1975 et abandon des poursuites en 1982 faute de preuves.
Microsoft (1998) Monopolise le marché des systèmes d'exploitation d'ordinateurs (Windows); intégration des logiciels Explorer et Windows Media Player avec Windows.	<ul style="list-style-type: none"> - Le prix réel du logiciel Windows fourni aux fabricants d'ordinateur a chuté de 18 % pendant les six années précédant la poursuite (ceci n'inclut pas les gains en qualité). - Microsoft a des compétiteurs : Mac OS, Unix, Linux, OS/2. Les fabricants d'ordinateurs peuvent intégrer d'autres fureteurs. - En 2004, la Cour d'appel des États-Unis rejette la dernière poursuite du procureur du Massachusetts.

Source: Dominick T. Armentano, *Antitrust – The Case for Repeal*, 2e édition, Ludwig von Mises Institute, 2007; Burton Fulsom, *The Myth of the Robber Barons*, Young America's Foundation, 2007, p. 25-37; Robert Crandall et Clifford Winston, « Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17 (2003), no 4, p. 7-8; Richard B. McKenzie et William Shughart II, « Is Microsoft a Monopolist? », *Independent Review*, vol. 3 (1998), no 2, p. 176-177.

elles étaient seules sur le marché – ne se comportaient pas comme des monopoles, comme on le verra dans la prochaine section.

La concurrence ne se mesure pas simplement par des parts de marché ou par le nombre d'entreprises sur un marché. C'est plutôt le nombre de concurrents potentiels qui compte.

Dans la pratique, les lois sur la concurrence ont fréquemment des effets pervers. Premièrement, elles modifient le comportement des entreprises, qui cherchent davantage à se protéger et à minimiser les risques de poursuites au lieu de favoriser des décisions économiquement efficaces. Par conséquent, plusieurs fusions ou acquisitions qui pourraient être bénéfiques pour tous ne se produisent pas par peur de longs litiges avec le gouvernement⁵.

Deuxièmement, pour prouver une violation des lois de la concurrence, il faut démontrer qu'il y a « restriction de commerce » ou « monopolisation d'un marché ». Ces termes sont toutefois définis arbitrairement et de manière différente d'un secteur à l'autre. Il est donc possible qu'une décision des autorités compétentes ait pour effet de freiner l'innovation et décourager des pratiques favorables pour les consommateurs. Malheureusement, les coûts de ces erreurs ne sont pas adéquatement reconnus par les décideurs publics⁶.

Ce problème est encore plus aigu dans des secteurs de haute technologie, qui évoluent à une vitesse beaucoup plus rapide que d'autres secteurs industriels traditionnels. Un acteur peut dominer le marché pendant quelques années avant de descendre de son piédestal en une courte période de temps⁷. C'est le cas d'entreprises comme IBM, AltaVista, AOL, RIM, Palm, Nortel, Polaroid, Sony (Walkman), et plusieurs autres.

Aujourd'hui, elles sont devenues un acteur parmi d'autres ou sont carrément disparues. Au moment où un jugement survient, la position de l'entreprise risque fort de ne plus être dominante.

Troisièmement, le fait que les termes ne soient pas bien définis, que les preuves soient difficiles à établir et que plusieurs marchés soient très fluides facilite le détournement des lois sur la concurrence à des fins autres que la protection des consommateurs. Ce processus connu comme la « capture réglementaire » se produit lorsque des acteurs moins performants cherchent à battre les firmes dominantes par des moyens politiques et juridiques au lieu de le faire en réduisant leurs prix et en améliorant leurs produits⁸. Une indication de cette réalité est que plus de 90 % de toutes les poursuites au titre de la loi sur la concurrence aux États-Unis sont intentées par des parties privées, alors que les autres le sont par le gouvernement⁹.

Des cas historiques qui contredisent la théorie

Un des exemples historiques d'entreprises monopolistiques les plus souvent mentionnés est celui de la compagnie pétrolière américaine Standard Oil. Selon ses détracteurs, Standard Oil aurait tenté d'exclure plusieurs producteurs du marché américain en utilisant des pratiques concurrentielles déloyales pour atteindre des parts de marché dépassant le seuil des 90 % à la fin du 19^e siècle¹⁰.

On peut soutenir au contraire que c'est en innovant systématiquement pendant plus de trente ans que la compagnie a réussi à obtenir des parts de marché aussi impressionnantes. C'est elle qui a créé des dizaines de produits dérivés du pétrole ainsi que de nouvelles techniques de raffinage et d'extraction plus efficaces¹¹.

C'est grâce à cette efficacité supérieure que le prix du pétrole aux États-Unis a pu diminuer constamment au cours des dernières décennies du 19^e siècle¹². Malgré cette efficacité supérieure, le déclin de la dominance de Standard Oil était entamé bien avant la décision gouvernementale de 1911 de dissoudre la compagnie. D'ailleurs, suite à l'intervention du gouvernement, les prix ont cessé de diminuer et ont même sensiblement augmenté¹³.

On retrouve de nombreux cas de poursuites antitrusts comme celui de Standard Oil où l'on a observé une diminution des prix et des parts de marché de l'entreprise présumément monopolistique dans les années précédant la poursuite, ce qui devrait logiquement enlever toute pertinence à de telles poursuites (voir tableau 1).

L'économie de l'Internet

S'il est difficile de déterminer exactement les limites d'un marché dans une industrie traditionnelle, il est encore plus

périlleux d'essayer de le faire et de prouver qu'une entreprise détient un monopole dans ce marché dans l'univers de l'Internet, où les changements technologiques foisonnent. Et là encore, ce n'est pas suffisant, puisque le gouvernement doit prouver que la compagnie sous enquête abuse de sa position de monopole et que les consommateurs subissent des torts. Cette tâche d'une très grande complexité requiert de plus en plus de compréhension économique de la part des entités responsables de la réglementation ainsi que des juges qui tranchent les litiges¹⁴. C'est à la lumière de ces failles dans les lois de la concurrence qu'il faut analyser le cas de Google.

Un acteur peut dominer le marché pendant quelques années avant de descendre de son piédestal en une courte période de temps.

Les allégations qui pèsent sur Google, tant aux États-Unis qu'en Europe, concernent principalement les résultats des recherches sur son moteur de recherche. Google aurait modifié son algorithme de recherche pour que les résultats mettent en valeur ses propres produits et donnent moins de visibilité aux sites de ses concurrents (dont Microsoft). Il n'est même pas nécessaire de prendre position sur la véracité de ces allégations pour constater qu'il ne serait pas dans l'intérêt des consommateurs d'ajouter Google à la longue liste des poursuites antitrusts.

En premier lieu, on ne peut nier que c'est en innovant et en offrant un moteur de recherche efficace et convivial que Google a obtenu une position avantageuse sur le marché en moins d'une décennie. Considérant la nature gratuite des services des moteurs de recherche et la facilité d'accéder à des sites alternatifs, les consommateurs sont très sensibles aux changements dans la qualité du service qu'ils obtiennent. L'utilisateur peut changer de fureteur en un clic de souris s'il n'est pas satisfait. C'est donc sur la base de la qualité que les compagnies se font concurrence afin d'attirer les internautes et d'augmenter leurs ventes publicitaires¹⁵.

Bien que Google jouisse de parts de marché considérables aux États-Unis et en Europe si l'on s'en tient strictement aux moteurs de recherche¹⁶, comme dans d'autres domaines, la concurrence peut aussi provenir d'un produit substitut qui satisfait davantage les consommateurs. Par exemple, selon un ancien commissaire de la FTC aux États-Unis, les médias sociaux comme Twitter et Facebook incitent une proportion grandissante d'internautes à consulter l'actualité sur leurs plateformes. Les internautes délaissent donc les plateformes d'actualité produites par Google, Bing et Yahoo!¹⁷.

Les internautes passent en moyenne 27 minutes sur des moteurs de recherche chaque mois, ce qui représente 3,4 % du temps total passé sur l'Internet¹⁸. Cela signifie qu'ils passent la vaste majorité de leur temps à naviguer sur d'autres sites Web, dont

plusieurs offrent une option alternative aux moteurs de recherche pour une multitude de services, dont la publicité. Est-il vraiment possible, dans ce contexte, de parler d'abus de position dans un marché précis?

D'autre part, il faut considérer la nature fluide des marchés sur l'Internet, où des entreprises peuvent dominer à un certain moment pour être déclassées quelques années plus tard. Par exemple, la compagnie MySpace était le joueur dominant entre 2005 et 2008 sur le marché des médias sociaux avant d'être surclassée par Facebook¹⁹. La même chose fut observée dans le domaine des lecteurs multimédias. Entre 2003 et 2005, le principal joueur dans ce marché était Windows Media Player avec une importante concurrence de RealPlayer. Depuis, autant Windows Media Player que RealPlayer ont perdu la loyauté de plusieurs consommateurs au profit des produits d'Apple²⁰.

La logique des abus de marché qui sous-tend les poursuites des autorités de la concurrence contre des entreprises qui connaissent du succès, dont Google, est défailante.

Il n'y a pas si longtemps, Apple fabriquait des produits électroniques de masse, Google avait son moteur de recherche, Amazon son magasin en ligne et Facebook son réseau social. Aujourd'hui, le Kindle Fire d'Amazon affronte l'iPad d'Apple sur son terrain; le magasin iTunes d'Apple fait concurrence au magasin en ligne d'Amazon; et Google+ talonne Facebook.

Plus que d'autres types d'entreprises traditionnelles, les entreprises de haute technologie n'ont aucun problème à aller jouer sur le terrain de l'autre, et cela pour le plus grand bénéfice des consommateurs. Mais pour y arriver et conserver la loyauté des consommateurs, elles doivent constamment faire preuve d'ingéniosité. Elles ne devraient pas être punies pour cela.

Conclusion

La logique des abus de marché qui sous-tend les poursuites des autorités de la concurrence contre des entreprises qui connaissent du succès, dont Google, est défailante. De plus, ces poursuites ont trop souvent des conséquences néfastes pour l'économie et les consommateurs.

En effet, elles font en sorte de distraire une entreprise innovatrice et de la forcer à dépenser des sommes considérables pour se défendre pendant de longues années devant les tribunaux de plusieurs pays, sans compter les lourdes amendes qui peuvent être exigées sans justification²¹. Elles peuvent également placer une entreprise dans l'incapacité de rentabiliser ses coûts de développement et l'amener à réduire ses activités innovatrices²². Les consommateurs sont les principaux perdants d'un tel ralentissement de l'innovation.

Références

1. Quelques semaines plus tard, Google présentait des propositions en réponse aux demandes de la CEC, préférant effectuer certains changements et collaborer que d'entrer dans une bataille juridique encore plus coûteuse. Les pourparlers sont toujours en cours entre la compagnie et la CEC.
2. Les pratiques commerciales illégales associées au pouvoir de marché ne se limitent pas à la fixation du prix et incluent selon les circonstances la discrimination par les prix, les contrats d'exclusivité, les territoires de vente exclusifs, etc. Voir la définition des pratiques anticoncurrentielles de l'OCDE : <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3145>.

3. Robert Crandall et Clifford Winston, « Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17 (2003), no 4, p. 3-26.
4. Harold Demsetz, « Barriers to Entry », *American Economic Review*, vol. 72 (1982), no 1, p. 47-57.
5. Robert Crandall et Clifford Winston, *op. cit.*, note 3, p. 16.
6. Geoffrey Manne et Joshua D. Wright, « Google and the limits of antitrust: The case against the case against Google », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34 (2012), p. 173-174.
7. Richard Schmalensee, « Antitrust issues in Schumpeterian Industries », *American Economic Review*, vol. 90 (2000), no 2, p. 192-196.
8. Thomas DiLorenzo, « The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective », *International Review of Law and Economics*, vol. 5 (1985), no 1, p. 73-90; Gregory Sidak et David Teece, « Dynamic Competition in Antitrust Law », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5 (2009), no 4, p. 581-631; Charles Delorme Jr, W. Scott Frame et David Kamerschen, « Empirical evidence on a special interest-group perspective to antitrust », *Public Choice*, vol. 92 (1997), no 2, p. 317-335.
9. Andrew Abernethy, « Private Antitrust Cases Decrease in 2009 - Filings are their lowest level in 5 years », Princeton Economics Group Inc., 2010, http://www.econgroup.com/peg_news_view.asp?newid=40&pageno=1.
10. Burton Fulsom, *The Myth of the Robber Barons: A New Look at the Rise of Big Business in America*, Young America's Foundation, 2007, p. 85.
11. John McGee, « Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case », *Journal of Law and Economics*, vol. 1 (1958), p. 137-169.
12. Robert Crandall, *The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases*, Working Paper, Brookings Institutions, 2001, p. 13 à 27.
13. Robert Crandall et Clifford Winston, *op. cit.*, note 3, p. 7-8.
14. Michael R. Baye et Joshua D. Wright, « Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals », *Journal of Law and Economics*, vol. 54 (2011), no 11, p. 1-24.
15. Mike Thelwall, « Quantitative comparisons of search engine results », *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, vol. 59 (2008), no 11, p. 1702-1710.
16. Les parts de marché de Google dépassent 90 % dans plusieurs grands pays européens et s'élèvent à 70 % aux États-Unis. Paul Geitner, « Google Moves Toward Settlement of European Antitrust Investigation », *The New York Times*, 24 juillet 2012.
17. Orson Swindle, « Technological innovation is its own antitrust policy », *The Washington Times*, 27 décembre 2011.
18. Geoffrey Manne et Joshua D. Wright, *op. cit.*, note 6, p. 194-195.
19. Andrew Lipsman, « The Network Effect: Facebook, LinkedIn, Twitter & Tumblr Reach New Heights in May », comScore Voices, 15 juin 2011.
20. Apple iTunes Penetration Closing Gap with Microsoft - April 2011 Bandwidth Report, [WebsiteOptimization.Com](http://www.websiteoptimization.com/bw/1104/), <http://www.websiteoptimization.com/bw/1104/>.
21. Les amendes peuvent aller jusqu'à 10 % des revenus globaux en Europe, soit 10 % de 38 milliards \$US dans le cas de Google.
22. Richard B. McKenzie et William Shughart II, « Is Microsoft a Monopolist? », *Independent Review*, vol. 3 (1998), no 2, p. 190-191; Richard B. McKenzie, « In Defense of Monopoly: Market power fosters creative production », *Regulation*, (hiver 2009-2010), p. 18-19.

1010, rue Sherbrooke O., bureau 930
Montréal (Québec) H3A 2R7 Canada
Téléphone : 514 273-0969
Télécopieur : 514 273-2581
Site Web : www.iedm.org

L'Institut économique de Montréal (IEM) est un organisme de recherche et d'éducation indépendant, non partisan et sans but lucratif. Par ses études et ses conférences, l'IEM alimente les débats sur les politiques publiques au Québec et au Canada en proposant des réformes créatrices de richesse et fondées sur des mécanismes de marché.

Fruit de l'initiative commune d'entrepreneurs, d'universitaires et d'économistes, l'IEM n'accepte aucun financement gouvernemental. Les opinions émises dans cette publication ne représentent pas nécessairement celles de l'IEM ou des membres de son conseil d'administration.

La présente publication n'implique aucunement que l'IEM ou des membres de son conseil d'administration souhaitent l'adoption ou le rejet d'un projet de loi, quel qu'il soit.

Reproduction autorisée à des fins éducatives et non commerciales à condition de mentionner la source.

Institut économique de Montréal © 2012

Illustration : Ygreck Design graphique : Mireille Dufour