



HAL
open science

“ La Cour d’appel de Paris confirme une décision de l’Autorité de la concurrence mais réforme certaines injonctions faisant suite à un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches ”, CA Paris, 7 avr. 2022, n°20/03811, Google e.a. c/ Gibmedia e.a.

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. “ La Cour d’appel de Paris confirme une décision de l’Autorité de la concurrence mais réforme certaines injonctions faisant suite à un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches ”, CA Paris, 7 avr. 2022, n°20/03811, Google e.a. c/ Gibmedia e.a.. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2022, 3, pp.694-696. hal-03893472

HAL Id: hal-03893472

<https://amu.hal.science/hal-03893472>

Submitted on 11 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Cartapanis

Maitre de conférences

Centre de droit économique, EA4224

Aix-Marseille Université

« La Cour d'appel de Paris confirme une décision de l'Autorité de la concurrence mais réforme certaines injonctions faisant suite à un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches », CA Paris, 7 avr. 2022, n°20/03811, Google e.a. c/ Gibmedia e.a., in *Concurrences*, 3-2022, pp. 694-96.

CA Paris, 7 avr. 2022, n°20/03811, Google e.a. c/ Gibmedia e.a.

La Cour d'appel de Paris vient de confirmer, pour l'essentiel, la décision de l'Autorité de la concurrence et de réformer certaines injonctions faisant suite à un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches (Google).

Le 19 décembre 2019, l'Autorité de la concurrence (ci après « l'Autorité ») avait infligé à Google une amende de 150 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches (pour les détails de l'affaire, voir notre chronique « L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise à une amende de 150 millions d'euros pour abus d'exploitation sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches », *Concurrences*, N°2-2020, pp. 87-89).

Cette décision s'inscrivait déjà dans un climat général de méfiance à l'encontre du géant du numérique. Outre les sanctions infligées par la Commission européenne, Google avait déjà fait l'objet d'une attention particulière de la part de l'Autorité de la concurrence, tant dans son avis sur la publicité en ligne que dans deux demandes de mesures conservatoires (mesures refusées dans le cadre de notre affaire dans une décision du 9 septembre 2015 et ordonnées dans une affaire très proche, dans la décision n° 19-MC-19 du 31 janvier 2019).

La décision ayant fait l'objet d'un recours, c'était donc à la cour d'appel de Paris de se saisir de ces questions.

En raison de la responsabilité très particulière qui pèse sur Google, l'Autorité de la concurrence avait retenu à son encontre une obligation positive, celle d'édicter et d'appliquer des règles gouvernant l'accès (et le maintien) des opérateurs à sa plateforme publicitaire de manière objective, transparente et non discriminatoire. Or, il lui était justement reproché d'avoir défini et d'avoir appliqué des règles inéquitables lui permettant d'accorder à chaque annonceur un traitement différencié et incohérent. En conséquence, l'Autorité avait infligé à Google une amende de 150 millions d'euros et avait prononcé plusieurs injonctions concernant la formulation et la mise en œuvre de ces règles.

Dans son arrêt du 7 avril 2022, la Cour d'appel de Paris a confirmé, pour une grande partie, la décision de l'Autorité : l'opacité des règles de fonctionnement d'une plateforme publicitaire peut donc constituer un abus de position dominante (I). Toutefois, la Cour d'appel supprime deux injonctions relatives à la détection et au traitement des violations des règles Google Ads, et elle précise une troisième injonction portant sur la clarification des règles (II).

I. La sanction confirmée

Légalité externe

La Cour d'appel de Paris commence par examiner deux moyens soulevés par Google à propos de la légalité externe de la décision attaquée.

D'abord, Google soutenait que la décision avait modifié la qualification juridique et le champ du grief notifié. L'Autorité aurait, dès lors, violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'Autorité avait en effet qualifié les pratiques de conditions de transaction inéquitables au sens du a) de l'article 102 du TFUE, alors que le grief notifié serait exclusivement fondé sur une discrimination abusive au sens du c) de ce même article. Or, selon l'entreprise, il n'appartenait pas à l'Autorité de la concurrence de se fonder sur l'article 102 a). Mais c'était ici méconnaître le texte dans son ensemble. Car la formulation finale du grief se référait à l'article 102 du TFUE dans sa globalité, de sorte que les pratiques étaient susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante tant sur le fondement du a) que du c) de l'article 102 du TFUE.

L'article forme, en d'autres termes, un seul et même texte, et le grief n'étant pas nouveau, Google n'avait pas été privé de la possibilité d'organiser sa défense.

Ensuite, Google alléguait un défaut de motivation en soutenant que la décision attaquée ne contenait aucun énoncé des considérations de fait et de droit qui fondent la constatation d'une discrimination anticoncurrentielle. Là encore, le moyen est rejeté, la Cour rappelant que l'obligation de motivation ne faisait ici nullement défaut et que celle-ci n'impliquait pas celle de suivre les parties dans le détail de leur argumentation. La structure de la décision de l'Autorité suffit, en ce sens qu'après avoir exposé les principes applicables, elle examine le caractère inéquitable de la définition des règles et de leur application, puis explique pourquoi une telle pratique ne constitue pas une mesure raisonnable et n'est donc pas objectivement justifiée.

La qualification de la pratique anticoncurrentielle

Google reprochait encore à l'Autorité de la concurrence de n'avoir établi aucun effet anticoncurrentiel. Sur ce point, la Cour relève que l'exigence tenant à la démonstration d'un avantage ou d'une contrepartie dépend de la nature de la pratique en cause et que, s'agissant donc des abus d'exploitation, l'Autorité n'avait pas à établir que l'entreprise dominante retirait un avantage des pratiques pour démontrer l'existence de conditions de transaction inéquitables.

La qualification d'un tel abus implique, en effet, d'apprécier si les comportements d'une entreprise ont été accomplis, seulement « dans une mesure raisonnable » et sur la base de « justifications

objectives » en vérifiant le caractère à la fois nécessaire et proportionné du comportement pour remplir l'objectif poursuivi par l'entreprise dominante.

Mais, outre la qualification, c'est le lien existant entre la position dominante et l'abus reproché qui était remis en cause. L'Autorité pouvait-elle considérer que Google avait utilisé les possibilités offertes par sa position dominante pour mettre en œuvre les pratiques alléguées ? À cet égard, relevons que le fait que d'autres opérateurs concurrents aient adopté un comportement similaire à celui de l'entreprise en position dominante (ce qui n'était pas établi dans le cas d'espèce) n'est pas de nature à l'exonérer de sa responsabilité particulière. En l'espèce, cela tendait au contraire à confirmer que les concurrents peuvent difficilement s'écarter de la politique commerciale mise en œuvre par l'opérateur dominant. En conséquence, Google ne pouvait s'exonérer des pratiques abusives qui lui étaient reprochées en arguant que ces dernières n'avaient pas été obtenues grâce à sa position dominante sur le marché. La Cour confirme que les règles imposées étaient objectivement inéquitables car les annonceurs ne pouvaient pas aisément en comprendre le sens et la portée, ni déterminer si leur comportement y était conforme. Restait à préciser le standard de preuve des effets anticoncurrentiels.

Et, sur ce point encore, le moyen faisant grief à l'Autorité de ne pas avoir démontré les effets anticoncurrentiels de la pratique en cause est écarté. Pour rappel, il résulte d'une jurisprudence européenne constante, rendue au visa de l'article 102 du TFUE, qu'« il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés ». Il suffit, à cet égard, de démontrer que le comportement abusif est « de nature ou susceptible d'avoir eu un effet anticoncurrentiel ». Pour la Cour, s'il est nécessaire de démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, la preuve d'une perturbation effective et quantifiable du fonctionnement des marchés concernés n'a pas à être rapportée. Or, en l'espèce, l'investissement publicitaire des annonceurs qui se conforment aux règles litigieuses avait été, au moins potentiellement, perturbé par leur application non équitable et discriminatoire, conduisant à la suspension aléatoire de certains sites.

Seul est donc retenu, à ce stade, le moyen reposant sur l'imputabilité de la pratique à Google France, puisque aucun élément n'a permis d'établir que Google France avait pu participer à la définition des règles Google Ads et n'a pu intervenir dans leur application discriminatoire.

Mais, outre ces questions relatives à la qualification de l'infraction, ce sont aussi les conséquences de cette qualification, à savoir la portée des injonctions prononcées par l'Autorité, que Google contestait.

II. Les injonctions contrôlées

L'on sait qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale. Mais ce pouvoir n'est pas sans limites, puisque ces injonctions doivent être proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction. Or, la Cour d'appel a supprimé ou réformé certaines injonctions au terme d'un double contrôle : un contrôle de proportionnalité, d'une part, en

référence aux pratiques sanctionnées, et, d'autre part, en référence à l'ingérence de l'Autorité dans la liberté contractuelle et commerciale de l'entreprise.

Sur la portée et la clarté des injonctions

Rappelons que l'Autorité avait enjoint Google, en substance, de respecter plusieurs remèdes comportementaux :

- Clarifier la rédaction des règles Google Ads qui ont pour objet de protéger les utilisateurs de son moteur de recherche en ligne Google Search contre les annonces et les sites malveillants.
- Revoir ses procédures d'information concernant les modifications des règles protectrices des internautes qu'elle entend mettre en place.
- Clarifier les procédures de suspension qu'elle applique dans le respect de certaines règles
- Publier un document unique, téléchargeable sur un espace du site Google Ads facilement accessible depuis le compte Google Ads de l'annonceur (par exemple, via un lien html), qui précise les motifs et les différentes étapes pouvant mener à la suspension d'un compte.
- Communiquer à l'Autorité, sur une base annuelle, un rapport contenant des informations spécifiques (telles que le nombre total de sites qui ont fait l'objet de plaintes déposées par les internautes français auprès de Google ou le nombre total de sites promus sur Google Ads en France dont les annonces ou les comptes ont été suspendus).
- Publier sur le site Google Ads une version non-confidentielle de ce rapport précisant les mesures mises en œuvre pour protéger les internautes.

L'un des moyens invoqué concernait l'obligation de mettre en place une procédure permettant aux consommateurs de dénoncer les manquements aux règles Google Ads.

C'est ici le destinataire de l'injonction qui posait question. Celle-ci visait en effet l'information des *consommateurs*. Or, les pratiques consistant en une application discrétionnaire et discriminatoire des règles Google Ads ne concernaient que ses relations avec les *annonceurs*. En portant une appréciation, non pas globale mais « injonction par injonction », la Cour d'appel écarte ainsi l'existence d'un rapport direct avec les pratiques. L'injonction n'apparaissant pas nécessaire, la décision est réformée sur ce point.

Quant à la clarté des injonctions, leur formulation ambiguë pouvait offrir une marge d'appréciation trop large à l'Autorité. Il était en effet enjoint à Google de clarifier l'ensemble des règles Google Ads qui ont pour objet de protéger les utilisateurs de son moteur de recherche en ligne Google Search contre « les annonces et les sites malveillants ». Mais qu'est ce qu'un site dit « malveillant » ? Ni les règles Google Ads, ni la décision attaquée, ne comprenait la définition des « annonces et sites malveillants » contre lesquels les utilisateurs du moteur de recherche doivent être protégés. En conséquence, le périmètre des règles concernées par l'injonction de clarification n'est pas défini de manière précise par l'Autorité.

C'est donc la Cour d'appel qui propose une interprétation de l'injonction. Elle en clarifie la portée et énonce que « l'injonction relative aux Règles Google Ads qui ont pour objet de protéger les

utilisateurs du moteur de recherche en ligne Google Search contre les annonces et les sites malveillants » doit être interprétée comme comprenant les règles comportant, dans leur intitulé ou leur contenu, une référence aux comportements trompeurs, non fiables, aux promotions indignes de confiance et aux pratiques commerciales inacceptables.

Sur la proportionnalité de l'ingérence de l'Autorité dans la liberté de l'entreprise

C'est enfin l'ingérence de l'Autorité de la concurrence dans le modèle d'affaire de Google qui faisait l'objet d'interrogations. On l'a rappelé, l'opérateur était enjoint de communiquer à l'Autorité, sur une base annuelle, un rapport contenant les informations relatives aux sites ayant fait l'objet de plaintes déposées par les internautes auprès de Google, et aux sites dont les annonces ou les comptes avaient été suspendus. L'entreprise devait également publier sur le site Google Ads une version non-confidentielle de ce rapport, précisant les mesures qu'elle a mises en œuvre pour protéger les internautes.

Mais n'était-ce pas là une ingérence disproportionnée dans la liberté contractuelle et commerciale de Google, en raison du caractère « global, vague et intrusif » des injonctions ? La Cour d'appel répond ici par l'affirmative.

Certes, cette obligation d'information imposée à Google permet de contrôler le respect des injonctions. Mais elle mettait également à la charge de Google des obligations d'information à destination de l'Autorité et du public qui peuvent être disproportionnées. Ceci reviendrait, selon l'opérateur, à donner à l'Autorité (et au public dans son ensemble) un droit de regard sur la manière dont Google gère sa relation avec tous les annonceurs Google Ads actifs en France.

La Cour rejette une partie de l'argumentation parce que l'entreprise demeurait libre de suspendre immédiatement le compte d'un annonceur lorsqu'il commet un manquement grave aux règles. En ce sens, ces injonctions, certes, limitent la capacité de Google à réagir de façon discrétionnaire face aux comportements considérés comme malveillants. Mais elles sont proportionnées au regard des atteintes à la concurrence identifiée et auxquelles elles permettent de mettre un terme. En revanche, l'injonction imposant à Google de fournir à l'Autorité un rapport annuel devant contenir un grand nombre d'informations n'est ni nécessaire, ni proportionnée pour faire cesser la pratique. La décision est donc réformée sur ce point.

Conclusion. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, tant par les moyens que par le contenu de la réponse apportée est particulièrement riche, d'un point de vue qualitatif mais aussi quantitatif (88 pages). Il est d'abord un nouvel exemple de mise en œuvre du contrôle de réformation. En usant de son contrôle de plein contentieux, en se livrant à une nouvelle appréciation des éléments de fait et de droit, elle substitue, en tout ou en partie, sa décision à celle de l'Autorité de la concurrence. C'est ensuite un rappel du soin qui doit être apportée à la rédaction des injonctions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cassation. Ce sera une nouvelle occasion de défricher la mise en œuvre du droit de la concurrence à l'égard du géant de l'internet. Affaire à suivre donc...

