



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires pour mettre fin à des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne (Meta)

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires pour mettre fin à des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne (Meta). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023, 3/2023. hal-04182746

HAL Id: hal-04182746

<https://amu.hal.science/hal-04182746v1>

Submitted on 18 Aug 2023

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.

Cartapanis Marie
Maître de conférences
Aix-Marseille Université

– Concurrences – 3/2023

L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires pour mettre fin à des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante dans le secteur de la publicité en ligne (Meta)

Aut. Conc., Décision n° 23-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Adloox, 4 mai 2023

Mesures conservatoires – Abus de position dominante – Transparence - Plateformes – Pratiques discriminatoires – Infrastructures essentielles – Big techs

The French Competition Authority issues interim measures to put an end to practices likely to constitute an abuse of a dominant position in the online advertising sector (Meta)

Auth. Conc., Decision No. 23-MC-01 relating to a request for interim measures from Adloox, May 4, 2023

Precautionary measures – Abuse of dominant position – Transparency - Platforms – Discriminatory practices – Essential infrastructures – Big techs

Quelques mois après s'être engagée à faire évoluer ses pratiques en matière d'intermédiation sur le marché français de la publicité en ligne non liée aux recherches (Aut. conc., 16 juin 2022, déc. n° 22-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet, v. not. F. Marty, Engagements : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires, par voie de décision, les engagements volontaires proposés par une plateforme dominante du secteur des réseaux sociaux visant à répondre à ses préoccupations de concurrence dans le marché de la publicité en ligne (Meta), 16 juin 2022, Concurrences N° 3-2022, Art. N° 108188, pp. 98-101), Meta est contrainte de modifier son comportement dans le domaine de la vérification publicitaire. Le 4 mai 2023, l'Autorité de la concurrence a en effet prononcé, dans l'attente d'une décision au fond, des mesures conservatoires à l'encontre de la société.

L'affaire débute en octobre 2022, à la suite d'une saisine de l'Autorité par la société Adloox pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vérification publicitaire.

Des critiques avaient en effet été formulées par les annonceurs quant à l'audience réelle et à l'environnement dans lequel certaines publicités étaient affichées. En réponse, Meta avait mis au point un partenariat portant sur ces vérifications (partenariat « *viewability* » et « *brand safety* ») pour contrôler les dépenses publicitaires, vérifier la lisibilité réelle des publicités, détecter les fraudes et garantir la sécurité de la marque en veillant à ce que la publicité

n'apparaisse pas, par exemple, dans un environnement inapproprié, comme un site pornographique.

Or, selon la plaignante, Meta abuserait de sa position dominante en lui infligeant un traitement discriminatoire pour l'accès à ces partenariats et en refusant à certains opérateurs indépendants la possibilité de collecter directement depuis la plateforme les données nécessaires à la vérification.

D'emblée, précisons que de telles pratiques devront faire l'objet d'un examen au fond, puisque la caractérisation d'une telle pratique n'est pas requise à ce stade de la procédure. Toutefois, il fallait, en conformité avec l'article L. 464-1 du code de commerce, que les faits soient susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle (I), et qu'il existe une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante (II). Sur ces deux aspects, la décision est déjà riche d'enseignements, tant sur la qualification du refus d'accès que sur l'articulation entre les outils traditionnels du droit de la concurrence et le règlement 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (ou « DMA »).

I. Des pratiques susceptibles de fausser la concurrence

Sans surprise, l'Autorité a considéré que la firme était susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la publicité en ligne sur les médias sociaux et sur le marché – plus large – de la publicité en ligne non liée aux recherches. Elle relève en effet que les parts de marché de Meta sur le marché de la publicité en ligne sur les médias sociaux sont nettement supérieures à 50 %, et que l'entreprise y est perçue comme un partenaire commercial incontournable.

Ce sont également les barrières à l'entrée du marché qui sont largement prises en compte. Déjà, dans son avis sur la publicité en ligne, l'Autorité avait relevé que « les marchés de services fournis aux internautes sur lesquels Google et Facebook sont actives semblent présenter plusieurs types de barrières importantes à l'entrée et à l'expansion, qui devraient dès lors être prises en compte dans le cadre d'une analyse de la situation concurrentielle du marché global de la publicité sur internet et la qualification juridique des positions des acteurs. Des barrières à l'entrée et à l'expansion sur les marchés des services aux internautes sont susceptibles d'avoir des effets sur la capacité des acteurs à augmenter leurs revenus publicitaires et leurs parts de marché » (Aut. conc., Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet). Or, en l'espèce, les deux marchés délimités se caractérisent par des barrières à l'entrée et à l'expansion importantes, parce que, compte tenu de son audience qui lui permet d'exploiter davantage de données sur les utilisateurs, Meta bénéficie d'effets de réseau significatifs. Dès lors, à ce stade de l'instruction, l'Autorité estime que Meta est susceptible de détenir une position dominante aussi bien sur le marché de la publicité en ligne sur les médias sociaux en France que sur le marché plus large de la publicité en ligne non liée aux recherches. Elle est donc soumise à la responsabilité particulière qu'emporte cette position et s'expose à une sanction en cas de comportement abusif.

Rappelons que deux reproches sont formulés à l'encontre de Meta : un comportement consistant à opposer à Adloox un refus d'accès discriminatoire aux données pour son propre service de vérification publicitaire ; et la mise en place de conditions inéquitables à ses partenaires de vérification publicitaire en ne donnant qu'un accès partiel à son écosystème, et aux données recueillies.

Pour évaluer si ces pratiques sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE, l'Autorité s'appuie sur l'arrêt Slovak Telecom du 25 mars 2021 (CJUE, 25 mars 2021, Slovak Telecom, C-165/19 P, v. not. Frédéric Marty, Abus d'éviction : La Cour de justice de l'Union européenne rejette le pourvoi de l'opérateur historique slovaque des télécommunications formé contre un arrêt du Tribunal de l'Union européenne confirmant une décision de la Commission européenne le sanctionnant pour une stratégie de compression des marges (Slovak Telekom), 25 mars 2021, Concurrences N° 2-2021, Art. N° 100393, pp. 88-89).

Pour rappel, celle-ci distingue deux situations. Dans la première situation, l'entreprise dominante refuse de donner accès à un concurrent à une infrastructure qu'elle a développée pour les besoins de sa propre activité. Dès lors, et conformément à la jurisprudence Bronner, une entreprise en position dominante peut être contrainte de donner accès à un concurrent uniquement « lorsqu'un tel accès est indispensable à l'activité du concurrent, à savoir en l'absence de substitut réel ou potentiel de cette infrastructure » (CJCE, 26 novembre 1998, Bronner, C-7/9).

Dans la seconde situation, en revanche, lorsque l'entreprise donne accès à son infrastructure mais le soumet à des conditions inéquitables, il n'est pas nécessaire de démontrer le caractère indispensable de cette infrastructure, même si « lorsque l'accès à une telle infrastructure, voire à un service ou à un intrant, est indispensable pour permettre aux concurrents de l'entreprise dominante d'opérer de manière rentable sur un marché en aval, il est d'autant plus probable que des pratiques inéquitables sur ce marché auront des effets anticoncurrentiels » (CJUE, 25 mars 2021, *op. cit.*).

S'appuyant sur la jurisprudence Bronner, Meta contestait la qualification de facilité essentielle pour les vérificateurs publicitaires, afin d'empêcher la qualification du comportement abusif. Cela ne convainc pas l'Autorité, laquelle, en appliquant l'arrêt Slovak Telecom, considère que cette condition n'est pas nécessaire. En effet, Meta ne s'est pas réservé l'accès aux données de sa plateforme pour les besoins de sa propre activité mais a, au contraire, développé cette technologie pour permettre l'accès des tiers à son écosystème.

Plus encore, l'Autorité oppose un dédoublement de la responsabilité de l'entreprise, laquelle « a une responsabilité particulière non seulement au regard de la position dominante qu'elle détient mais également du fait qu'elle contrôle une infrastructure dont l'accès est indispensable à l'expansion des opérateurs situés en aval ». Dans ce contexte, les deux pratiques reprochées sont susceptibles d'avoir un effet anticoncurrentiel et d'engendrer une distorsion de concurrence, et n'apparaissent pas objectivement justifiées par des exigences techniques ou réglementaires.

Partant, les deux pratiques dénoncées sont susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante. L'article L. 464-1 du code de commerce pouvait être activé, et des mesures conservatoires pouvaient être prononcées.

II. Une atteinte grave et immédiate

L'imposition de mesures conservatoires exige l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou, le cas échéant, à l'entreprise plaignante. Et, puisque ces conditions ne sont pas cumulatives, mais alternatives, l'Autorité s'est ici concentrée sur l'atteinte au secteur et sur l'atteinte aux intérêts de la plaignante, en proposant une application anticipée du DMA.

S'agissant de l'atteinte aux intérêts de l'entreprise plaignante, les documents fournis attestaient une très nette diminution de son activité à compter de la date d'intégration de ses concurrents au partenariat litigieux, ce qui pourrait, à court terme, conduire à sa sortie du marché. Ainsi, « plusieurs clients importants d'Adloox ont récemment cessé d'avoir recours à ses services ou ont diminué leurs flux d'affaires avec elle, du fait de son absence d'intégration sur les plateformes de Meta ».

S'agissant de l'atteinte au marché, l'Autorité accorde une place importante aux barrières à l'entrée de ce marché oligopolistique. Elle estime en effet que les pratiques de Meta sont de nature à renforcer une structure oligopolistique du marché sur lequel il n'existe qu'un nombre réduit d'acteurs choisis par Meta pour se livrer concurrence sur une part importante des dépenses de vérification des annonceurs. Or, et du fait du caractère émergent de ce marché et de l'importance des innovations, les vérificateurs publicitaires exclus de Meta, tels que l'entreprise plaignante, sont susceptibles d'être freinés dans leur développement. Ainsi, à mesure que la pratique mise en œuvre par Meta perdure, la capacité future de ces acteurs à exercer une concurrence effective sur le marché de la vérification publicitaire est susceptible de décroître.

Elle intègre donc ici pleinement la question des écosystèmes numériques, en relevant que l'accès à l'écosystème de Meta, qui détient une position largement dominante sur la publicité en ligne sur les médias sociaux, apparaît indispensable pour demeurer compétitif, ce qui n'est pas sans faire écho au DMA.

Aussi, et deuxièmement, l'Autorité anticipe l'entrée en vigueur pleine et entière du DMA qui aura lieu six mois après la décision de désignation des contrôleurs d'accès, lequel prévoit explicitement l'ouverture complète de l'accès aux données nécessaires à la vérification publicitaire pour justifier la nécessité d'apporter une réponse rapide et efficace aux problématiques de concurrence.

Plus spécifiquement, les pratiques en cause apparaissent contraires aux objectifs poursuivis par le DMA, et notamment au considérant 58, selon lequel, pour rappel, « les conditions dans lesquelles les contrôleurs d'accès fournissent des services de publicité en ligne aux entreprises utilisatrices, dont les annonceurs et les éditeurs, manquent souvent de transparence et sont

opaques. Cela conduit souvent à un manque d'informations pour les annonceurs et éditeurs quant à l'effet d'une annonce publicitaire donnée. Dans le but de renforcer l'équité, la transparence et la contestabilité des services de publicité en ligne énumérés dans la décision de désignation, de même que ceux qui sont pleinement intégrés à d'autres services de plateforme essentiels de la même entreprise, les contrôleurs d'accès devraient fournir aux annonceurs et aux éditeurs, ainsi qu'aux tiers autorisés par les annonceurs et les éditeurs, sur demande, un accès gratuit à leurs outils de mesure de performance et aux données, tant agrégées que non agrégées, nécessaires aux annonceurs, aux tiers autorisés tels que les agences de publicité agissant pour le compte d'une entreprise de placement de publicité et aux éditeurs pour effectuer leur propre vérification indépendante de la fourniture des services de publicité en ligne concernés ». D'ailleurs, pour remédier à ce problème, l'article 6, paragraphe 8 du DMA prévoit que « [l]e contrôleur d'accès fournit aux annonceurs et aux éditeurs, ainsi qu'aux tiers autorisés par les annonceurs et les éditeurs, à leur demande et gratuitement, un accès aux outils de mesure de performance du contrôleur d'accès et aux données qui leur sont nécessaires pour effectuer leur propre vérification indépendante de l'inventaire publicitaire, notamment les données agrégées et non agrégées ». L'Autorité relève ainsi que les pratiques en cause « sont en contradiction flagrante avec les objectifs poursuivis par le législateur européen dans le DMA » et « sont susceptibles in fine de porter atteinte aux intérêts des annonceurs en réduisant de manière injustifiée le nombre d'acteurs indépendants auxquels ces derniers peuvent s'adresser pour contrôler la qualité des publicités facturées par Meta ».

L'Autorité a donc prononcé plusieurs mesures conservatoires. Elle a d'abord enjoint à Meta de définir des critères objectifs, transparents et non discriminatoires d'accès et de maintien aux partenariats « *viewability* » et « *brand safety* », avec suspension de l'application des critères en vigueur (injonction n° 1), et à la mise en place d'un mécanisme d'appel aux termes duquel un candidat ayant fait l'objet d'un refus motivé par Meta pourra solliciter le réexamen de sa candidature (injonction n°2). Elle a ensuite imposé à Meta la fourniture d'un plan d'intégration technique à Adloox avec la méthodologie technique nécessaire, en vue de son intégration aux partenariats. Meta devra donc fournir une réponse aux demandes de clarification portant sur cette méthodologie technique formulées par Adloox (injonction n° 3), et une réponse positive ou négative sous deux semaines à la demande d'intégration aux partenariats. En cas de refus, Meta devra motiver sa décision (injonction n° 4). Enfin, et dans l'hypothèse où Meta réserve une suite favorable à la demande d'intégration présentée par Adloox aux partenariats, l'entreprise devra procéder à l'intégration d'Adloox au(x) partenariat(s) accordé(s) dans un délai de 3 mois, délai qui pourra être prolongé d'un mois sur demande motivée de Meta (injonction n°5).

Il conviendra, dès lors, de définir et rendre publics de nouveaux critères d'accès et de maintien des partenariats qui soient objectifs, transparents, non-discriminatoires et proportionnés. Elle devra à cet égard les mettre en œuvre selon une procédure d'accès transparente, qui ne soit pas à sa seule initiative.

En conclusion, et s'il faut se garder de toute conclusion hâtive sur le fond de l'affaire, la décision révèle que les mesures conservatoires, qui avaient déjà fait l'objet d'un regain d'intérêt dans l'économie numérique (V. not. Aut. conc., n° 20-MC-01, 9 avr. 2020, et la décision de sanction pour non-respect, Aut. conc., n° 21-D-17, 12 juillet 2021) peuvent être

des outils précieux dans des secteurs soumis à d'importants effets de réseaux, à des cycles d'innovation rapides, et dans lesquels les situations peuvent très vite devenir irréversibles. Les outils traditionnels du droit de la concurrence sont donc loin d'être obsolètes.