

Abus de position dominante : l'ouverture imposée aux applications tierces des plateformes numériques, même non essentielles

Faits. Google a mis au point une plateforme numérique, Android Auto, fonctionnant avec le système d'exploitation Android OS, qui permet aux utilisateurs d'accéder aux applications de leur téléphone sur l'écran intégré de leur véhicule. Afin d'assurer l'interopérabilité de chaque application avec Android Auto, Google met à disposition des modèles. Toutefois, une entreprise tierce, la société Enel X Italia, a créé une application pour la recharge de véhicules électriques et a demandé à Google d'assurer son interopérabilité avec Android Auto. Google a refusé cette demande notamment car au moment où Enel X Italia a formulé sa demande, aucun modèle spécifique pour les applications de recharge électrique n'existait encore sur Android Auto, il lui fallait donc créer un modèle entièrement nouveau. L'Autorité de la concurrence d'Italie saisie a conclu que Google abusait de sa position dominante, infligeant ainsi une amende de plus de 102 millions d'euros. Google a contesté cette décision devant le tribunal administratif, puis en appel devant le Conseil d'État italien. Ce dernier a décidé de surseoir à statuer et a posé cinq questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de l'article 102 du TFUE en matière de refus d'accès à une infrastructure.

Problème. La question centrale posée à la Cour était de savoir si le refus par une entreprise dominante d'assurer l'interopérabilité d'une application tierce avec une plateforme numérique qu'elle détient pouvait constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE, même lorsque cette plateforme n'est pas indispensable à l'exploitation de l'application sur un marché en aval.

Les questions préjudicielles portaient sur :

- 1°. L'interprétation du caractère indispensable de l'accès à une plateforme pour établir un abus de position dominante.
- 2°. L'effet d'éviction sur le marché et l'existence d'une concurrence potentielle.
- 3°. La justification possible d'un refus de Google en raison de l'absence d'un modèle technique au moment de la demande.
- 4°. L'éventuelle obligation pour une entreprise dominante de développer une solution d'interopérabilité.
- 5°. La nécessité pour l'AGCM de définir un marché en aval affecté par l'abus.

Solution. La Cour a jugé ce qui suit :

« le refus, par une entreprise en position dominante [...] d'assurer [...] l'interopérabilité de [sa] plateforme avec une application développée par [une] entreprise tierce est susceptible de constituer un abus de position dominante, alors même que ladite

plateforme n'est pas indispensable pour l'exploitation commerciale de ladite application sur un marché en aval, mais est de nature à rendre la même application plus attractive pour les consommateurs, lorsque la même plateforme n'a pas été développée par l'entreprise en position dominante pour les seuls besoins de son activité propre » ;

« le fait que tant l'entreprise ayant [...] demandé à une entreprise en position dominante d'assurer l'interopérabilité [de son application] avec une plateforme numérique, [...] que des concurrents de la première entreprise sont restés actifs sur le marché [...] et ont développé leur position sur celui-ci, bien qu'ils ne bénéficiaient pas d'une telle interopérabilité, n'indique pas à lui seul que le refus par l'entreprise en position dominante de donner suite à cette demande n'était pas susceptible de produire des effets anticoncurrentiels. Il convient d'apprécier si ce comportement de l'entreprise en position dominante était de nature à entraver le maintien ou le développement de la concurrence sur le marché concerné, en prenant en compte toutes les circonstances factuelles pertinentes » ;

l'« entreprise en position dominante [...] peut utilement invoquer en tant que justification objective de son refus l'inexistence d'un modèle permettant d'assurer cette interopérabilité à la date à laquelle l'entreprise tierce a demandé un tel accès, lorsque l'octroi d'une telle interopérabilité au moyen de ce modèle compromettrait, en lui-même et au vu des propriétés de l'application pour laquelle l'interopérabilité est demandée, l'intégrité de la plateforme concernée ou la sécurité de son utilisation, ou encore lorsqu'il serait impossible pour d'autres raisons techniques d'assurer cette interopérabilité en développant ledit modèle. Si tel n'est pas le cas, l'entreprise en position dominante est tenue de développer un tel modèle, dans un délai raisonnable nécessaire à cet effet et moyennant [...] une contrepartie financière appropriée, prenant en considération les besoins de l'entreprise tierce ayant demandé ce développement, le coût réel de celui-ci et le droit de l'entreprise en position dominante d'en retirer un bénéfice approprié » ;

« pour apprécier l'existence d'un abus [...], une autorité de la concurrence peut se limiter à identifier le marché en aval sur lequel ce refus est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, même si ce marché en aval n'est que potentiel, une telle identification ne requérant pas nécessairement une définition précise du marché de produits et du marché géographique en cause ».

Analyse. L'arrêt s'inscrit dans la continuité et l'évolution de la jurisprudence européenne sur le refus d'accès aux infrastructures essentielles. Dans l'arrêt Bronner (CJUE, Bronner, 26 nov. 1998, C-7/97), la Cour avait fixé des critères stricts pour qu'un refus d'accès constitue un abus : (i) le service refusé doit être indispensable à l'activité du demandeur sur un marché aval (absence de solution alternative), (ii) le refus doit être susceptible d'éliminer toute concurrence effective sur ce marché, et (iii) il ne doit exister aucune justification objective à ce refus. En l'espèce, la livraison de journaux n'était pas jugée

indispensable (d'autres moyens existaient), de sorte que le refus n'avait pas été considéré comme abusif.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt Microsoft, le Tribunal a assoupli ces principes condamnant pour abus de position dominante Microsoft, en situation de quasi-monopole, qui limitait l'interopérabilité des produits concurrents avec son système d'exploitation Windows. Le Tribunal (TPICE, 17 sept. 2007, T-201/04) a reconnu des « circonstances exceptionnelles » justifiant une obligation de fournir ces informations : le refus portait sur un produit indispensable à l'activité sur un marché voisin, il était de nature à éliminer toute concurrence effective sur ce marché, et il entravait l'apparition d'un produit nouveau répondant à une demande des consommateurs. Microsoft a donc été condamné pour abus de position dominante et sommé de divulguer sous 120 jours les informations d'interopérabilité nécessaires afin de restaurer une concurrence effective. Cette évolution jurisprudentielle montrait déjà que, dans le numérique, le critère d'« indispensable » pouvait être interprété de façon souple lorsque le refus d'interopérabilité fausse la concurrence en aval.

La Cour dans l'arrêt Slovak Telecom avait déjà jugé que les deux premières conditions de l'arrêt Bronner ne s'appliquaient pas lorsque l'infrastructure concernée était ouverte à d'autres opérateurs sur le marché, notamment en cas d'application d'obligation réglementaire (CJUE, 25 mars 2021, C-165/19 P).

L'arrêt sous commentaire marque une nouvelle étape dans cette évolution. La CJUE y affirme qu'un refus d'assurer l'interopérabilité de sa plateforme numérique avec une application tierce peut constituer un abus de position dominante même si la plateforme n'est pas « indispensable » au sens strict pour l'activité de cette application, si l'entreprise en position dominante, qui refuse l'accès, a délibérément développé une infrastructure ouverte aux entreprises tierces dans la mesure où cet accès rend l'application plus attractive pour les consommateurs.

Désormais, même en l'absence de destruction totale de la concurrence, le refus d'un « gatekeeper » numérique de collaborer à l'interopérabilité peut tomber sous le coup de l'article 102 TFUE. On assiste ainsi à un abaissement du seuil de caractérisation de l'abus : le critère d'attractivité pour le consommateur est pris en compte au même titre que celui de la nécessité absolue.

La CJUE précise cependant que de tels refus peuvent être objectivement justifiés dans certaines circonstances limitatives (intégrité ou sécurité de la plateforme compromises, impossibilité technique avérée, etc.) – écho aux justifications objectives déjà admises dans la jurisprudence antérieure (CJUE, Post Danmark, 27 mars 2012, C 209/10 ; CJUE, European Superleague Company, 21 déc. 2023, C 333/21). Le simple fait de rencontrer des difficultés ne suffira pas à justifier un refus.

En revanche, l'absence d'effets d'éviction concrets, notamment en cas de maintien du même degré de concurrence ou de son développement sur le marché concerné, ne permet pas d'écarter l'application de l'article 102 TFUE (CJUE, Servizio Elettrico Nazionale, 12 mai 2022, C-377/20). L'essentiel réside dans l'appréciation du comportement de l'entreprise dominante faisant obstacle au maintien ou au développement de la concurrence (CJUE, TeliaSonera Sverige, 17 févr. 2011, C-52/09 ; CJUE, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), 10 sept. 2024, C 48/22).

La Cour expose une grille d'analyse des bonnes pratiques à mettre en œuvre dans le cadre des négociations entre l'entreprise dominante et l'entreprise tierce souhaitant accéder à la plateforme :

- Si la plateforme oppose un refus, l'inexistence du modèle et la nécessité d'opérer des investissements pour en développer un nouveau ne permettront pas, à eux seuls, de justifier le refus.
- Si la plateforme accepte de développer un nouveau modèle, elle pourra bénéficier d'un délai raisonnable, compte tenu notamment de son inexistence initiale, du degré de difficulté technique pour le développer, des contraintes liées à l'impossibilité d'acquérir rapidement certaines ressources notamment humaines et financières, ou encore des contraintes extérieures telles que le cadre réglementaire applicable. Il lui appartiendra d'avancer, à cet égard, les éléments de preuve concrets (CJUE, Post Danmark, 27 mars 2012, C-209/10 ; TPICE, Microsoft/Commission, 17 sept. 2007, T-201/04) et non de se contenter d'arguments vagues ou théoriques (CJUE, Generics (UK), 30 janv. 2020, C-307/18 ; TPICE, Microsoft/Commission, 17 sept. 2007, T-201/04).

Ce délai raisonnable devra tenir compte à la fois des besoins de l'entreprise qui demande l'accès à la plateforme et des difficultés rencontrées par l'entreprise dominante pour le développement du modèle d'interopérabilité. Un contrôle de nécessité et de proportionnalité sera alors effectué par les juges. En outre, elle pourra demander une contrepartie financière qui devra correspondre à son coût réel de développement, être juste et proportionnée, et lui permettre de réaliser un bénéfice approprié.

- Si la plateforme ne répond pas, ce comportement sera interprété comme un indice que le refus d'assurer l'interopérabilité est dépourvu de toute justification objective.

D'un point de vue économique, le présent arrêt pourrait avoir des retombées positives sur la concurrence et l'innovation dans les marchés numériques. En facilitant l'accès des

applications tierces aux plateformes dominantes, il permet à de nouveaux entrants ou acteurs plus petits de bénéficier de la base d'utilisateurs et des fonctionnalités de ces plateformes, ce qui renforce la concurrence sur les marchés en aval. En revanche, les entreprises dominantes devront potentiellement investir pour créer et maintenir des interfaces de programmation (API) ou templates supplémentaires, afin d'assurer la compatibilité technique et la sécurité de ces intégrations, et traiter les demandes multiples de partenaires tiers.

Cette décision converge avec les objectifs du Digital Market Act (DMA), entré en vigueur en mars 2024, qui, sans préjudice de l'application de l'article 102 du TFUE, impose aux entreprises fournissant des services de plateforme essentiels de garantir la contestabilité et l'équité du marché numérique de l'Union. Ainsi, les contrôleurs d'accès doivent permettre, de manière transparente et non discriminatoire, l'installation et l'interopérabilité des applications de tiers avec leur système d'exploitation, tout en étant autorisés à prendre uniquement les mesures nécessaires pour préserver l'intégrité et la sécurité de leurs équipements, sans favoriser leurs propres produits (Règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022). Les entreprises concernées devront donc, plus que jamais, veiller à se conformer à la fois au droit de la concurrence classique (tel qu'interprété par la CJUE) et aux obligations spécifiques du DMA – deux cadres qui poursuivent une finalité commune de préservation du jeu concurrentiel et de l'innovation.

K. Biancone