



B R E D I N P R A T

Avocats à la Cour

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET ACCÈS AUX DONNÉES

ENJEUX ET RISQUES EN MATIÈRE DE
CONCURRENCE DES NOUVEAUX MODÈLES
ÉCONOMIQUES DANS LE DOMAINE DE L'IA
ET DES DONNÉES



YELENA TRIFOUNOVITCH
Avocat à la cour

28 octobre 2021

❑ L'INTÉRÊT CROISSANT DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

❑ EFFETS AMBIVALENTS SUR LA CONCURRENCE

**❑ APPLICATION DE LA PROHIBITION DES ENTENTES
ANTICONCURRENTIELLES**

**❑ APPLICATION DE LA PROHIBITION DES ABUS DE POSITION
DOMINANTE**

**❑ CONCLUSION: CAPACITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE A
TRAITER L'ENSEMBLE DES RISQUES?**

L'INTÉRÊT CROISSANT DES AUTORITÉS DE CONCURRENCE

- ❑ La collecte et l'utilisation de données massives (*Big Data*), l'accroissement de la puissance de calcul des ordinateurs et les algorithmes utilisant l'intelligence artificielle sont des facteurs de disruption majeurs dans l'économie numérique qui confrontent les autorités de concurrence à de nouveaux défis dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.
- ❑ La publication en 2016 par Ariel EZRACHI et Maurice E. STUCKE de l'ouvrage intitulé « *Virtual Competition : The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* », a eu un effet catalyseur sur la recherche économique et juridique concernant les effets de l'intelligence artificielle en droit de la concurrence.
- ❑ Les autorités de concurrence se sont depuis intéressées de plus en plus à l'analyse des enjeux concurrentiels :
 - OCDE, *Algorithmes et ententes*, juin 2017: « *Les données massives et les outils technologiques de pointe tels que les algorithmes de calcul des prix sont de plus en plus présents dans notre vie quotidienne et cela modifie le paysage concurrentiel à l'intérieur duquel opèrent de nombreuses entreprises et la manière dont elles prennent leurs décisions commerciales et stratégiques* » ;
 - Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, après avoir publié une étude conjointe sur *Droit de la concurrence et données* en mai 2016, ont publié une étude conjointe sur *Algorithmes et concurrence* en novembre 2019 ;
 - Competition and Market Authority (Royaume-Uni), *Pricing algorithms report* , octobre 2018 ; *Algorithms : how they reduce competition and harm consumers*, janvier 2021 ;
 - Autoridade da Concorrência (Portugal), *Digital ecosystem, Big Data and Algorithms*, juillet 2019 ;
 - International Competition Network, *Big data and Cartels: The impact of digitalization in cartel enforcement* , avril 2020 ;
 - Consumers and Markets Authority (Pays-Bas), *Study into the functioning of algorithms in practice*, décembre 2020 ;
 - Kilpailuvirasto (Finland), *Collusion situations caused by algorithms*, février 2021; *Personalised pricing in light of consumer and competition policy*, février 2021;
 - Japan Fair Trade Commission, *Algorithms/ AI and Competition Policy*, mars 2021

EFFETS AMBIVALENTS SUR LA CONCURRENCE

- ❑ Dans les écosystèmes *Big Data*, les sujets « Data », en particulier les utilisateurs internet, génèrent des données; ensuite, les courtiers les collectent et les commercialisent auprès des entreprises qui, à leur tour, les explorent et les exploitent sur la base des algorithmes / l'intelligence artificielle (IA)

- ❑ Les enjeux concurrentiels concernent toute la chaîne de valeur: l'*Input data*, l'algorithme / IA, l'*Output data*

- ❑ Les algorithmes, IA et *Big Data* contribuent incontestablement au progrès économique dans la mesure où ils permettent de :
 - côté de l'offre: renforcer l'efficacité du fonctionnement du marché, l'innovation et même le jeu concurrentiel lui-même en accroissant la transparence, en améliorant les produits et les services existants et en contribuant au développement de nouveaux produits et services;
 - côté de la demande: générer des gains pour le consommateur/client en termes de prix et de diversité de choix en ce que les consommateurs/clients peuvent rapidement accéder à de l'information organisée de façon efficiente, réduisant ainsi les coûts de transaction et contribuant à la prise de décisions plus rationnelles et rapides.

- ❑ Ils présentent également des risques concurrentiels :
 - risques de collusion entre opérateurs liés à la tarification algorithmique
 - risques d'abus de position dominante liés à l'accès / l'utilisation d'algorithmes / IA / Big data

APPLICATION DE LA PROHIBITION DES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

1) MESSANGER SCENARIO (SCENARIO DU MESSENGER)

- ❑ L'algorithme / IA n'est qu'un moyen de soutenir ou de faciliter une entente (verticale ou horizontale) « classique »

2) HUB AND SPOKE SCENARIO (SCÉNARIO DE L'ÉTOILE)

- ❑ Entente horizontale entre concurrents n'entretenant pas de relations directes mais partageant des informations via un tiers
- ❑ Question d'imputabilité et de responsabilité - plateforme / programmeur / entreprise fournissant le logiciel / utilisateur ?

3) PREDICTABLE AGENT SCENARIO (SCÉNARIO DE L'AGENT PRÉVISIBLE)

- ❑ Utilisation parallèle d'algorithmes individuels: l'algorithme de chaque concurrent tient compte des autres algorithmes pour en fixer le prix et aboutir à un alignement tarifaire : communication algorithmique ; *agreement between computers* ?
- ❑ Condition d'accord de volontés difficile à caractériser
- ❑ L'algorithme de signal ? Collusion algorithmique ?

4) SCENARIO DES ALGORITHMES BOÎTE NOIRE (IA)

- ❑ Difficile à appréhender par le droit des ententes: absence de collusion et absence d'intervention humaine?
- ❑ Traiter la problématique via la régulation *ex ante* (exigence de *compliance by design*) ou *ex post* via la responsabilité délictuelle
- ❑ Rapport dit Crémert (*Competition Policy for the digital era*, Jacques Crémer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer), diligenté par la Commission européenne: recommandation de la mise en place par l'entreprise elle-même d'un système d'autorégulation avec un encadrement des algorithmes via une *compliance by design*

APPLICATION DE LA PROHIBITION DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

1) ACCÈS AUX ALGORITHMES /IA / *Big Data*

- ❑ L'algorithme / IA lui-même/elle-même peut constituer un avantage concurrentiel et créer des barrières à l'entrée
- ❑ Le pouvoir de marché peut être intrinsèquement lié à l'accès aux données que l'algorithme analyse ou exploite ; en termes économiques, les *Big Data* se caractérisent par la notion des 4V: il s'agit du volume des données traitées, de leur variété, de leur vitesse de traitement et enfin de leur valeur
- ❑ Le refus de fournir à un concurrent des informations relatives à un algorithme/IA pourrait constituer un abus d'éviction

2) PRATIQUE D'AUTO-PRÉFÉRENCE DES PLATEFORMES

- ❑ Affaire Google Shopping: Google avait accordé une position de premier plan à son propre service de comparaison de prix et rétrogradé les services de comparaison de prix concurrents dans ses résultats de recherche conférant de la sorte un avantage illégal à son propre service de comparaison de prix

3) DISCRIMINATION DE 1^{ER} RANG : PRIX PERSONNALISÉS CIBLANT LES CLIENTS D'UN CONCURRENT

- ❑ Nécessité d'évincer un concurrent aussi efficace ou cloisonner les marchés

3) DISCRIMINATION DE 2ND RANG : ENVERS SES PROPRES CLIENTS

- ❑ Affaire Amazon «Buy Box» (en cours): pratiques commerciales d'Amazon qui pourraient favoriser artificiellement ses propres offres de vente au détail et les offres des vendeurs de sa place de marché qui utilisent les services logistiques et de livraison d'Amazon

5) ABUS D'EXPLOITATION DE DONNÉES

- ❑ Affaire Amazon « Marketplace » (en cours): la Commission considère que l'utilisation des données non publiques des vendeurs de sa place de marché permet à Amazon d'éviter les risques normaux de la concurrence sur le marché de détail et de tirer parti de sa position dominante sur le marché de la fourniture de services de place de marché en France et en Allemagne

CONCLUSION: CAPACITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE A TRAITER L'ENSEMBLE DES RISQUES?

- ❑ Les rapports des autorités de concurrence sont prudents: les risques sont non encore avérés et l'éventuel préjudice concurrentiel difficile à mesurer, de sorte qu'une intervention précoce pourrait affecter le bien-être des consommateurs et entraver l'innovation
- ❑ Le cas des ententes basées sur des algorithmes utilisant l'IA sont difficiles à appréhender par les concepts classiques du droit de la concurrence
- ❑ Les réflexions sur l'évolution de la notion d'abus de position dominante pour y inclure les plateformes « structurantes » et de la notion d'infrastructure essentielle pour couvrir le caractère incontournable de certaines bases de données
- ❑ La Commission européenne et les Etats se dirigent cependant davantage vers la régulation *ex ante*
- ❑ Le rapport dit Crémet (*Competition Policy for the digital era*, Jacques Crémer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer) diligenté par la Commission européenne considère que le droit de la concurrence devrait traiter les problématiques d'accès aux données en dehors du champ d'application de la prohibition des abus de position dominante et prône également l'établissement d'une réglementation sectorielle spécifique

BREDIN PRAT



Toyin Ojih Odutola, *The Firm*, 2017-2018
Pastel, fusain et graphite sur papier, 187,3 x 310 cm
Courtesy the artist and Jack Shainman Gallery, NY
Lauréat 2020 Prix Jean-François Prat

53, quai d'Orsay
75007 Paris
T: +33 1 44 35 35 35

Square de Meeûs, 40
B-1000 Bruxelles
T: +32 2 639 27 10