

A LA UNE

DDC2024q1 Une victoire pour Google dans l'affaire Google AdSense

• Trib. UE, 18 sept. 2024, n° T-334/19

« il appartient à la Commission de démontrer le caractère abusif d'un comportement au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause (...) »(pt 107).

Depuis 2003, Google gère une plateforme d'intermédiation publicitaire dénommée AdSense. Google y a développé différents services. Notamment, les éditeurs, qualifiés de « partenaires directs », peuvent conclure un « accord de services Google » (dit ASG) pour un ou plusieurs de leurs sites internet. Or, le 20 mars 2019, la Commission avait infligé à Google une amende de 1,49 milliard d'euros pour abus de position dominante sur le marché du courtage publicitaire lié aux recherches en ligne (AT.40411). Elle lui avait reproché d'avoir stipulé dans ses ASG trois clauses qui ensemble formaient une infraction unique et continue d'abus de position dominante : une clause d'exclusivité, exigeant des éditeurs qu'ils acquièrent la totalité ou la majorité de leurs besoins en publicité liée aux recherches auprès de Google ; une clause de placement premium et de publicité minimale exigeant des éditeurs qu'ils réservent leurs meilleurs emplacements à un nombre minimum de publicités liées aux recherches de Google ; et une clause d'autorisation de publicités équivalentes, imposant aux éditeurs d'obtenir l'autorisation de Google avant de modifier l'affichage des publicités liées aux recherches concurrentes sur des sites web identifiés. Dans une décision de plus de 1 000 paragraphes, dont la plupart approuvent les motifs de la Commission, le Tribunal de l'UE annule toutefois intégralement la décision de 2019. Comme dans l'arrêt *Unilever* (CJUE, 19 janv. 2023, n° C-680/20, pt 59 : LEDICO mars 2023, n° DDC201j7, A.-S. Choné-Grimaldi), le Tribunal reconnaît tout d'abord la pertinence du test du concurrent aussi efficace « même en présence de pratiques non tarifaires (...) dès lors que les conséquences de la pratique en cause peuvent être quantifiées », comme dans le cas de clauses d'exclusivité (pt 662). Et le tribunal conclut que la Commission a établi qu'un concurrent aussi efficace que Google ne pouvait pas émerger ou qu'un tel concurrent était susceptible d'être évincé du marché, nonobstant l'absence de stratégie d'éviction de Google (pt 682). Mais l'erreur de la Commission aura été de ne pas avoir tenu compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce (pt 388), pour démontrer que les clauses litigieuses contenues dans les ASG avaient la capacité de restreindre la concurrence. Or, parmi ces circonstances pertinentes figurait la durée des clauses. Et ce n'était pas tant la durée cumulée *en fait* des ASG qui importait, mais la durée pendant laquelle les éditeurs étaient tenus *en droit* par les clauses litigieuses. Or, une grande partie des ASG ne liait pas longtemps les éditeurs, même si dans les faits, les ASG étaient souvent renouvelés, et duraient finalement longtemps. Or, les « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article [102 TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes » insistent sur le fait que la probabilité d'effets d'éviction augmente, en règle générale, avec la durée de l'obligation d'approvisionnement exclusif (§ 36 des orientations). Dès lors, le Tribunal a reproché à la Commission de s'être bornée à déterminer la durée cumulée des ASG, alors qu'elle aurait dû vérifier si les partenaires directs « disposaient de la faculté de s'approvisionner auprès d'intermédiaires concurrents de Google au terme de chacun de leurs ASG, y compris avant l'éventuelle prolongation de ceux-ci, ou avant qu'un droit de résiliation unilatérale ne fût exercé » (pt 715). En outre, la Commission n'avait rien prouvé pour l'année 2016. Donc, la Commission n'a pas démontré que les clauses en question avaient nui à l'innovation, aidé Google à maintenir ou renforcer sa position dominante, et porté préjudice aux consommateurs.

Martine Behar-Touchais, professeure à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), of counsel, Gouache Avocats

SOMMAIRE

► GÉNÉRAL

- La CJUE consacre une protection renforcée des consultations des avocats quel que soit leur domaine 2
- Perquisitions et protection de l'entreprise : une position toujours plus restrictive des juges français 2
- Enquêtes de concurrence : selon la Cour de cassation, une remise de fichiers électroniques n'est pas une saisie 3
- Non-conformité du droit national au règlement OCM 3

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- Activation d'une clause de non-réaffiliation 4
- Savoir-faire et secret des affaires 4

► PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

- Déséquilibre significatif : pouvoir sans limite de l'hébergeur pour suspendre immédiatement le référencement d'un site internet ? 5
- Avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné et contrôle judiciaire du prix : utile ou vaine résistance ? 5

► PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- Entrave aux transferts de footballeurs et entente 6
- La condamnation de Qualcomm pour pratique de prix prédateurs confirmée par le Tribunal de l'Union 6

► CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

- Contrôle conjoint et contrôle des concentrations : de nombreux enseignements utiles dans l'arrêt de la Cour confirmant l'interdiction de la création d'une entreprise commune dans le secteur de l'acier 7

► AIDES D'ÉTAT

- Arbitrage d'investissement et aides d'État 7