

PRÉ-INSTALLATIONS,  
BIAIS DE STATU QUO  
ET CONSOLIDATION  
DE LA DOMINANCE :  
*LES ENSEIGNEMENTS DE  
L'ARRÊT DU TRIBUNAL DE  
L'U.E. DANS L'AFFAIRE  
GOOGLE ANDROID*

FRÉDÉRIC MARTY

Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations

Les **cahiers de la série scientifique** visent à rendre accessibles les résultats des recherches effectuées par des chercheurs membres du CIRANO afin de susciter échanges et commentaires. Ces cahiers sont rédigés dans le style des publications scientifiques et n'engagent que leurs auteurs.

*The purpose of the Working Papers is to disseminate the results of research conducted by CIRANO research members in order to solicit exchanges and comments. These reports are written in the style of scientific publications. The ideas and opinions expressed in these documents are solely those of the authors.*

Le **CIRANO** est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du gouvernement du Québec, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

*CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Quebec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the government of Quebec, and grants and research mandates obtained by its research teams.*

### **Les partenaires du CIRANO – CIRANO Partners**

#### **Partenaires corporatifs – Corporate Partners**

Autorité des marchés financiers  
Banque de développement du Canada  
Banque du Canada  
Banque nationale du Canada  
Bell Canada  
BMO Groupe financier  
Caisse de dépôt et placement du Québec  
Énergir  
Hydro-Québec  
Innovation, Sciences et Développement économique Canada  
Intact Corporation Financière  
Investissements PSP  
Manuvie Canada  
Ministère de l'Économie, de la Science et de l'Innovation  
Ministère des finances du Québec  
Mouvement Desjardins  
Power Corporation du Canada  
Rio Tinto  
Ville de Montréal

#### **Partenaires universitaires – Academic Partners**

École de technologie supérieure  
École nationale d'administration publique  
HEC Montréal  
Institut national de la recherche scientifique  
Polytechnique Montréal  
Université Concordia  
Université de Montréal  
Université de Sherbrooke  
Université du Québec  
Université du Québec à Montréal  
Université Laval  
Université McGill

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web.  
*CIRANO collaborates with many centers and university research chairs; list available on its website.*

© Novembre 2022. Frédéric Marty. Tous droits réservés. *All rights reserved.* Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©. *Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source.*

Les idées et les opinions émises dans cette publication sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires. *The observations and viewpoints expressed in this publication are the sole responsibility of the authors; they do not necessarily represent the positions of CIRANO or its partners.*

# Pré-installations, biais de statu quo et consolidation de la dominance :

## *Les enseignements de l'arrêt du Tribunal de l'U.E. dans l'affaire Google Android*

Frédéric Marty \*

### Résumé/Abstract

L'arrêt Google Android rendu par le Tribunal de l'U.E. le 14 septembre 2022 a confirmé l'essentiel de la décision de la Commission européenne qui avait sanctionné en juillet 2018 des pratiques de verrouillage anticoncurrentiel. Ce cahier de recherche porte sur l'une des dimensions de l'arrêt confirmant l'analyse de la décision quant aux effets d'éviction anticoncurrentielle reliés aux clauses de pré-installations de certaines applications. Celles-ci doivent être envisagée sous l'angle d'une pratique de ventes liées et sous celui de l'exploitation d'un biais de statu quo de la part des utilisateurs. L'analyse de ce cas ouvre une discussion sur les exigences de neutralité des plateformes dans le contexte de la publication des lois européennes sur les marchés et sur les services numériques.

The Google Android judgment, pronounced by the E.U. General Court on 14 September 2022, has confirmed the main substance of the European Commission's July 2018 decision sanctioning Google's exclusionary practices. This working paper focuses on one of the dimensions of the judgment confirming the decision's analysis of the anti-competitive foreclosure effects of pre-installation contractual provisions for some of the Google's applications. These must be considered from the perspective of a tying practice and from the angle of the exploitation of a status quo bias from users. The analysis of this specific case opens a discussion on platform neutrality requirements in the context of the publication of the European legislation on digital markets and services.

**Mots-clés/Keywords :** pratiques d'évictions anticoncurrentielles, ventes liées, biais de statu quo, architectures de choix trompeuses, neutralité des plateformes / exclusionary practices, tying, status quo bias, dark patterns, platform neutrality

**Codes JEL :** K21, L42, L86

### Pour citer ce document / To quote this document

Marty F. (2022). Pré-installations, biais de statu quo et consolidation de la dominance : Les enseignements de l'arrêt du Tribunal de l'U.E. dans l'affaire Google Android (2022s-29, CIRANO). <https://doi.org/10.54932/YOZL1587>

---

\* CNRS – GREDEG – Université Côte d'Azur  
CIRANO, Montréal

Le Tribunal de l'U.E. a confirmé, dans son arrêt du 14 septembre 2022, l'essentiel de la décision de la Commission de juillet 2018, qui avait prononcé une amende record à l'encontre de Google sur la base d'un verrouillage concurrentiel au travers des clauses contractuelles imposées à ses partenaires commerciaux dans le cadre de l'accès au système d'exploitation Android<sup>1</sup>. Si le caractère anticoncurrentiel des clauses de partage de revenus n'a pas été confirmé par le Tribunal, ce dernier a cependant conforté les analyses de la Commission quant aux effets restrictifs de concurrence des clauses relatives aux fourchettes d'Android mais également celles portant sur la pré-installation de certaines applications, qu'il s'agisse du moteur de recherche (Google Search), du navigateur internet (Google Chrome) ou du magasin d'applications (Google Play).

Notre contribution est de faire l'analyse des effets anticoncurrentiels des clauses de pré-installations. Après avoir présenté dans une première section la partie de l'arrêt du Tribunal relatif aux clauses de pré-installations, nous nous attachons dans une deuxième section à leur analyse sous l'angle de l'économie industrielle en les envisageant comme une participant d'une stratégie de levier anticoncurrentiel reposant sur des ventes liées. Nous montrons dans notre troisième section que ces clauses de pré-installation produisent d'autant plus d'effets qu'elles sont renforcées par des biais comportementaux de la part des utilisateurs qui les conduisent à utiliser de façon très significative les applications préinstallées. Nous considérons ensuite ; dans une quatrième section, les arguments de l'entreprise requérante en matière de défense de ses pratiques sur la base de l'efficience avant de nous attacher, dans une cinquième section aux remèdes possibles et à une rapide discussion dans notre sixième section.

## **1. L'analyse par le Tribunal de l'U.E. des effets concurrentiels des clauses de pré-installation**

Trois restrictions contractuelles avaient contribué, selon la Commission européenne, à fausser la concurrence à l'avantage de Google. Il s'agissait tout d'abord des accords de distribution des applications mobiles. Aux termes de celles-ci, les fabricants de smartphones devaient, en contrepartie de l'accès au magasin d'applications d'Android, le Play Store, préinstaller le

---

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal du 14 septembre 2022 dans l'affaire T-604/18, Google contre Commission, faisant suite à la décision de la Commission C(2018) 4671 final du 18 juillet 2018 dans le cadre de l'affaire AT.40099, Google-Android. Pour une analyse complète de la décision voir Cartapanis et Marty (2022).

service de recherche (Google Search) et le navigateur (Chrome). Il s'agissait ensuite d'imposer des clauses anti-fragmentations. Un fabricant de smartphones qui utiliserait une fourche d'Android non approuvée par Google ne pourrait préinstaller ses applications. Il s'agissait enfin de clauses de partage de revenus accordant aux entreprises qui acceptent ces pré-installations et s'engagent à ne pas préinstaller des applications concurrentes un pourcentage sur les recettes publicitaires.

Le Tribunal valida dans son arrêt du 14 septembre 2022 l'analyse de la Commission relative à l'effet anticoncurrentiel des clauses anti-fragmentations en mettant notamment en exergue l'absence de défense sur la base de l'efficience convaincante de la part de Google. Le Tribunal suivit cependant l'entreprise requérante en annulant la partie de la décision relative aux effets anti-concurrentiels résultant des clauses de partage de revenus. A l'instar de ses positions dans les arrêts Shopping<sup>2</sup> et Qualcomm<sup>3</sup>, il relève des erreurs factuelles qui conduisent à écarter les conclusions de la Commission tirées de la réalisation du test du concurrent aussi efficace. Comme le relève Cristina Caffarra (2022), non seulement ce test est discutable sur le fond en ce qu'il n'est pas acquis sur des marchés où les rendements d'échelle sont croissants qu'une entreprise non dominante puisse être aussi efficace que l'opérateur dominant, mais il repose sur des hypothèses fragiles, éminemment contestables et s'avère particulièrement exposé à des erreurs qui peuvent conduire à l'annulation de la décision.

Cependant, le raisonnement mené par la Commission en matière d'effets des pré-installations n'a pas fait pour sa part d'une annulation. S'il ne repose pas sur des évaluations d'écart de coûts, à l'instar du test du concurrent aussi efficace, il peut se fonder sur des raisonnements fondés sur l'analyse économique qu'il s'agisse de l'organisation industrielle ou des travaux d'économie comportementale. La question de la pré-installation et de ses éventuels effets anticoncurrentiels peut, en effet, être envisagée selon deux angles complémentaires en matière d'analyse économique. Le premier est celui de l'effet de levier anticoncurrentiel conduisant à étendre au travers d'une vente liée une position dominante d'un marché à l'autre<sup>4</sup> ; le second est celui de l'exploitation d'un biais comportemental des consommateurs, le biais de statu quo. Nous les envisageons successivement en suivant le raisonnement du Tribunal dans son analyse

---

<sup>2</sup> Arrêt du Tribunal du 10 novembre 2021, affaire Google Shopping, affaire T-612/17

<sup>3</sup> Arrêt du Tribunal du 15 juin 2022, Qualcomm/Commission, affaire T-235/18

<sup>4</sup> La vente liée permet une extension d'un pouvoir de marché d'un segment (où ce dernier n'est pas contesté) à un second sur lequel s'exerce une concurrence.

de la décision de la Commission à la lumière des arguments avancés par Google pour obtenir son annulation sur ce point.

Le Tribunal, suivant l'analyse de la Commission, envisage les clauses contractuelles conduisant à la pré-installation des applications Google sous l'angle des ventes liées. Celles-ci, mises en œuvre par un opérateur dominant peuvent en effet conduire à une éviction abusive des concurrents<sup>5</sup>.

Une éviction d'un concurrent n'est pas forcément anticoncurrentielle en elle-même. Elle peut se fonder sur les mérites et à ce titre ne pas porter préjudice au consommateur ou au processus de concurrence. L'analyse est différente dès lors que l'opérateur dominant instrumentalise sa position de marché pour entraver l'accès au marché d'un concurrent aussi efficace que lui. Son comportement peut alors être qualifié d'anticoncurrentiel<sup>6</sup> que les effets considérés se produisent sur le marché dominé ou sur un marché connexe<sup>7</sup>.

Une stratégie d'éviction par ventes liées peut correspondre à ce modèle. Il s'agit, selon les termes du Tribunal, du conditionnement par une entreprise dominante d'une transaction portant sur un produit donné (le produit liant) à une seconde transaction sur un produit tiers (le produit lié). Comme mentionné supra, la pratique décisionnelle européenne en matière de ventes liées repose sur cinq conditions qui ont été dégagées dans l'arrêt Microsoft de 2007 :

- i) Les produits liant et lié appartiennent à deux marchés pertinents distincts
- ii) L'entreprise mise en cause détient une position dominante sur le marché du produit liant
- iii) Les consommateurs sont obligés d'acquérir le produit lié s'ils veulent acquérir le produit liant
- iv) La pratique a un effet restrictif
- v) La pratique n'a pas de justification objective

Ce sont surtout ces deux dernières questions qui sont les plus pertinentes pour notre propos. L'effet restrictif peut être apprécié au travers de deux questions : quelle est la capacité de l'accord à restreindre les possibilités d'installation d'applications tierces et quelles sont les incitations qu'ont les acteurs à le faire ?

---

<sup>5</sup> Voir l'arrêt T-201/04 du Tribunal de Première Instance CE du 17 septembre 2007, Microsoft / Commission.

<sup>6</sup> Arrêt Intel de la Cour de Justice du 6 septembre 2017, Intel / Commission, affaire C-413/14P.

<sup>7</sup> Arrêt du 14 novembre 1996, TetraPak / Commission, C-333/94.

Le Tribunal, dans le cadre de son contrôle de la décision de la Commission, doit successivement considérer les effets du couplage entre Google Search et Google Play et ensuite entre Google Chrome et Google Play d'une part et Google Search de l'autre pour apprécier la restriction de concurrence. Pour la Commission, le premier couplage rendait plus difficile l'entrée des concurrents sur le marché et diminuait les incitations au développement de moteurs de recherche concurrents. Le second couplage conduisait à doter Google d'un avantage que ses concurrents 'non intégrés verticalement' ne pouvaient répliquer.

Il est ici essentiel de rappeler que le couplage ne se fait pas de l'amont vers l'aval, comme dans le cas Microsoft, mais plus de l'aval vers l'amont. En d'autres termes, le produit liant est le magasin d'applications et les applications 'essentielles' de Google et le produit lié est le service de recherche. C'est la position de ce dernier qu'il s'agit de consolider si l'on fait sienne la théorie du dommage défendue par la Commission. Il s'agit dans ce cadre de canaliser les requêtes vers l'algorithme de recherche, élément essentiel du modèle économique de la firme. Le vecteur permettant une telle canalisation est, pour la Commission, la pré-installation en ce qu'elle joue sur le biais de statu quo des consommateurs<sup>8</sup>. La position dominante est alors instrumentalisée pour réaliser ce levier en ce que les concurrents de Google ne sont pas en position de proposer une offre verticalement intégrée alternative<sup>9</sup>.

Dans le cadre de son recours, Google argue que la Commission n'avait pas apporté la preuve dans sa décision de juillet 2018 de l'effet restrictif de ses pratiques. Pour le requérant, la clause contractuelle mise en cause exigeait seulement que les icônes concernées figurent sur l'écran d'accueil. Cette clause n'empêchait pas l'installation d'applications concurrentes et n'imposait pas une moindre visibilité de celles-ci. L'exigence tenait seulement à ne pas préinstaller exclusivement les applications de recherche et de navigation concurrentes sur les appareils Android pour que ceux-ci puissent accéder au Play Store. Il convient de plus de relever que la pré-installation ne conditionne pas l'accès au système d'exploitation Android mais spécifiquement à la suite d'applications de Google. Ce sont ces applications qui sont le produit liant qui est considéré comme essentiel par les fabricants de terminaux. Ces derniers pouvaient

---

<sup>8</sup> Notons par ailleurs que les clauses de pré-installations se traduisent également par l'impossibilité de désinstaller les applications Google Search et Google Chrome, même si le consommateur décide d'opter pour d'autres applications par défaut. De surcroît, Google Search est configuré comme le moteur de recherche par défaut de Chrome.

<sup>9</sup> Les barrières à l'entrée sur le marché de la recherche générale sont renforcées en ce que les concurrents ne peuvent proposer des applications équivalentes aux yeux des consommateurs à celles de Google.

donc commercialiser des téléphones fonctionnant avec Android sans préinstaller Google Search ou Google Chrome.

De façon particulièrement intéressante pour notre propos, le requérant insistait sur le fait qu'il ne s'agissait que d'une pré-installation et non d'une installation exclusive, d'une installation par défaut ou encore d'une installation privilégiée. Le Tribunal a suivi la Commission dans son appréciation de l'avantage concurrentiel procuré par une pré-installation en concluant notamment que ses effets sont particulièrement proches de ceux d'une installation par défaut.

Il confirme sa position selon laquelle la clause contractuelle réduit les incitations des fabricants d'équipements à installer d'autres applications en parallèle à celles préinstallées par Google. Il conforte également l'analyse de la Commission selon laquelle l'effet de verrouillage lié à la pré-installation se renforçait mutuellement avec les clauses de partages de revenus. Le jeu de ces clauses exclut une pré-installation exclusive de navigateurs et de services de recherche concurrents en regard des incitations qui sont celles des fabricants de terminaux. Une pré-installation exclusive de ces derniers priverait en effet les consommateurs d'un accès au Play Store. Si les clauses imposées par Google ne les empêchent pas de préinstaller des services concurrents, elles réduisent les incitations à le faire. Le Tribunal insiste notamment sur le fait qu'entre 2011 et 2016, un seul téléphone doté d'Android comme système d'exploitation a été commercialisé avec une pré-installation du moteur de recherche Bing de Microsoft... aux Etats-Unis et en 2011.

Malgré l'acceptation par le Tribunal de certains des arguments avancés par Google pour montrer que la pré-installation d'applications tierces était possible, il n'en valide pas moins la position de la Commission : la possibilité pour les consommateurs de télécharger des applications concurrentes et de modifier les réglages par défaut ou celle pour les fabricants de préinstaller d'autres applications n'ont pas créer un effet suffisant pour contrecarrer les effets de verrouillage de la situation concurrentielle. Selon le Tribunal, Google n'a pas apporté suffisamment d'éléments de nature à expliquer le statu quo par des arguments tenant à sa supériorité qualitative<sup>10</sup> ou sur la base des circonstances spécifiques en matière juridique ou économique.

---

<sup>10</sup> La difficulté de dirimer entre éviction liée à un avantage compétitif et éviction anticoncurrentielle apparaît bien au travers des arguments mis en avant par la requérante laquelle considère que l'utilisation de ses services par les consommateurs procède moins d'un biais de statu quo que de leur supériorité technique. Le point essentiel à considérer ici est que la pratique de vente liée n'était pas répliquable par les concurrents.



Enfin, le Tribunal n'a pas repris ses arguments développés dans le cadre de sa défense sur la base de l'efficacité<sup>11</sup>. La pré-installation pourrait en effet se justifier dans le cadre de la logique d'un modèle d'affaires biface au travers de la captation de flux de données permettant de mettre en œuvre un mécanisme de subventions croisées au profit des utilisateurs. La pré-installation serait alors un moyen d'amortir les investissements au travers de la monétisation des flux de données. Si l'argument peut être recevable en termes économiques, il convient de relever deux points.

Premièrement, la pratique en cause n'est pas liée à la gratuité d'Android. Il est possible d'utiliser le système d'exploitation sans préinstaller les applications en cause. La vente liée se fait entre les applications d'une part et le moteur de recherche et le navigateur internet d'autre part. Les griefs ne sont pas liés au caractère ouvert et gratuit d'Android mais aux conditions contractuelles d'accès à certaines applications.

Deuxièmement, il appartient à l'entreprise mise en cause dans la procédure concurrentielle européenne de justifier sa pratique. Elle doit, en d'autres termes montrer que son comportement est objectivement nécessaire et que les effets d'éviction induits sont plus que compensés par les gains d'efficacité qui en résultent, lesquels doivent de surcroît profiter aux consommateurs. En l'espèce le Tribunal considère que l'entreprise n'a apporté que des éléments vagues et généraux ne satisfaisant pas à la charge de la preuve qui incombe au défendeur.

## **2. Les clauses de pré-installations dans une perspective d'économie industrielle : un levier anticoncurrentiel au travers d'une stratégie de ventes liées**

Le raisonnement de la Commission doit être relié à une analyse économique reposant, non pas comme le test du concurrent aussi efficace, à une approche par les coûts de l'opérateur dominant, mais à une prise en considération de sa capacité à produire des effets restrictifs de concurrence et de ses incitations à fausser la concurrence à son profit. L'affaire Google Shopping présentait un scénario de levier anticoncurrentiel reposant sur une stratégie d'auto-préférence (Bougette et al., 2022). Selon la Commission, soutenue par le Tribunal, les différences de traitements injustifiés entre le classement dans le service de recherche général (horizontal) de Google entre son service propre de comparaison des prix (moteur de recherche

---

<sup>11</sup> Selon la pratique décisionnelle européenne une entreprise dominante dont les pratiques ont un effet anticoncurrentiel peut justifier ses agissements en montrant que son comportement est objectivement nécessaire à l'atteinte des résultats recherchés et que l'effet d'éviction entraîné est contrebalancé, voire surpassé par les gains d'efficacité qui en résultent et qui sont redistribués aux consommateurs. Voir à ce sujet : Arrêt Post Danmark du 27 mars 2012, affaire C-209/10.

vertical) et ceux de ses concurrents a eu pour effet d'empêcher ces derniers de bénéficier d'une concurrence à égalité des armes. En l'espèce, il s'agit d'une stratégie d'extension d'une position dominante de l'amont (le moteur de recherche général) vers l'aval (le moteur de recherche spécialisé). La capacité à fausser la concurrence passe, dans cette théorie du dommage, par la possibilité de manipuler l'algorithme<sup>12</sup> et l'incitation à étendre sa position dominante répond, si l'on suit toujours cette approche, répond à la volonté de capter des flux de données et donc de ressources liées à cette activité aval.

La théorie du dommage dans Android est également celle d'une stratégie de levier anticoncurrentiel. Elle semble encore plus familière en ce qu'elle repose, comme le cas Microsoft en son temps, sur une pratique de ventes liées (Iacobucci et Ducci, 2019 ; Carlton et Waldman, 2002). Dans ce cas, il s'agissait d'étendre ainsi une position dominante de l'amont (le système d'exploitation) vers l'aval (le navigateur internet)<sup>13</sup>. La particularité de notre cas est qu'il s'agit moins d'étendre verticalement une position dominante que de la consolider et que le lien se fait de l'aval vers l'amont<sup>14</sup>. En d'autres termes, c'est l'intérêt des fabricants de smartphones pour les applications de Google et notamment Google Play, le magasin d'applications, qui permet d'imposer des restrictions conduisant à consolider en amont la position dominante de Google Search.

Il s'agit donc de faire obstacle, au travers de la consolidation de la position dominante sur plusieurs maillons verticalement enchaînés, à l'émergence d'éventuels concurrents même si ces derniers pouvaient s'avérer être plus efficaces que l'opérateur dominant. Un entrant plus efficace que Google sur l'activité de recherche en ligne (ou plus protecteur des données personnelles) ne pourrait l'évincer de ce domaine dans la mesure où il ne pourrait proposer les mêmes applications que Google, lesquelles apparaissent comme des must-have pour les consommateurs.

---

<sup>12</sup> Au-delà du *demoting* (i.e. la correction des résultats des seuls concurrents dans le moteur de recherche), la décision Shopping mettait également en exergue l'exploitation de deux biais cognitifs de la part des internautes liés à l'affichage des résultats. Le premier est un biais tenant au classement (on ne prête attention qu'aux premiers résultats) et le second correspond à un biais de saillance (le résultat présentant un contenu enrichi en matière de mise en forme a le plus de chances d'être consulté).

<sup>13</sup> Le cas européen Microsoft d'éviction anticoncurrentielle par effet de levier a un équivalent états-unien au travers d'une éviction d'une suite bureautique (WordPerfect développée par Novell) concurrente à MS Word. Cependant, en l'espèce, le vecteur de la pratique anticoncurrentielle ne tenait pas à une stratégie de vente liée mais à un refus de transmission des protocoles d'interface avec le système d'exploitation Windows. *Novell Inc. v Microsoft Corp.*, 731 F.3d 1064, 1067, 1069, 10th Cir. 2013.

<sup>14</sup> Nous sommes dans le cas d'une pratique qui a pour objet de verrouiller une position dominante en amont. Il s'agit moins à strictement parler d'un levier que d'une consolidation de deux positions dominantes, avec une position dominante mieux établie en aval qu'en amont. Voir sur la diversité des stratégies de verrouillages par ventes liées Hovenkamp et Hovenkamp (2014).

Le levier fonctionne donc au travers des clauses contractuelles imposant des ventes liées aux fabricants de smartphones. Pour autant, les accords conclus avec Google ne prohibent en rien l'utilisation de services tiers. L'effectivité du verrouillage passe par les biais comportementaux des utilisateurs eux-mêmes. Comme le souligne Fletcher (2022, p.3) : « [the consumer] can be perfectly sensible to accept default options, choose the highest ranked or more prominent recommendations, or stick with the status quo ».

L'utilisation privilégiée des applications préinstallées garantit l'effectivité du verrouillage. Comme le montre Cristina Caffarra, il est nul besoin d'interdire l'installation d'autres moteurs de recherche, la pré-installation suffit en regard du comportement des consommateurs. La pré-installation peut être utilisée dans cette logique comme un outil d'exploitation des biais des utilisateurs les conduisant à faire des choix (ou plutôt à ne pas en faire) conduisant à consolider la position dominante de la firme pivot de l'écosystème et à faire ainsi obstacle à la concurrence en réduisant la contestabilité du marché (Day et Stemler, 2020).

Le risque est de faire face à une défaillance structurelle de la concurrence. Non seulement les marchés numériques sont des terrains favorables au *tipping* vers des situations d'ultra dominance (du fait des rendements d'échelle croissants, des externalités), les positions acquises sont protégées par des barrières à l'entrée mais les opérateurs dotés d'un pouvoir d'architecture sur leur écosystème pourraient jouer sur leurs avantages informationnels et sur les biais cognitifs et comportementaux des agents pour pérenniser et étendre leurs positions dominantes (Akerlof et Shiller, 2016 ; Willis, 2020).

### **3. Analyse des effets des clauses de pré-installation selon l'angle des architectures de choix trompeuses**

La question de l'effet de la pré-installation de certaines applications est d'autant plus intéressante à traiter qu'elle s'inscrit dans une problématique très contemporaine relative aux architectures de choix trompeuses. Cette littérature montre qu'il est possible de manipuler les choix individuels et donc de fausser la concurrence en jouant sur les biais cognitifs des consommateurs. Parmi, les biais qui peuvent ainsi être instrumentalisés à des fins stratégiques figurent le biais de statu quo central dans ce volet de la décision de la Commission et de l'arrêt du Tribunal.

L'exploitation de ce biais procède d'un dark pattern ou d'une architecture de choix trompeuse. Une telle architecture de choix est conçue pour orienter une décision individuelle dans un sens qui n'aurait pas été choisi en son absence. Une *bad nudge* pousse le consommateur à choisir

une option non conforme à ses intérêts ; une *bad sludge* entrave une décision favorable. Ces dark patterns reposent sur l'exploitation de la rationalité limitée des agents et de leurs biais cognitifs. Une pré-installation (ou un paramétrage par défaut) a d'autant plus d'effet qu'elle a de fortes chances de ne pas être remise en cause par le consommateur.

Une définition des architectures de choix trompeuses peut être trouvée dans la loi européenne sur les services numériques (Digital Services Act- DSA<sup>15</sup>) publiée au Journal Officiel de l'U.E. en octobre 2022. Son considérant n°67 les définit de la façon suivante :

« Les interfaces en ligne trompeuses de plateformes en ligne sont des pratiques qui ont pour objectif ou pour effet d'altérer ou d'entraver sensiblement la capacité des destinataires du service de prendre une décision ou de faire un choix, de manière autonome et éclairée. Ces pratiques peuvent être utilisées pour persuader les destinataires du service de se livrer à des comportements non désirés ou de prendre des décisions non souhaitées qui ont des conséquences négatives pour eux ».

L'OCDE définit les architectures de choix trompeuses comme des modalités de présentation des choix, notamment en matière d'interfaces utilisateurs, visant à détourner ou à limiter leurs capacités de choix autonome et qui peuvent leur causer un préjudice direct ou indirect sans qu'il soit possible de les identifier aisément (OECD, 2022, p.16).

Les architectures de choix trompeuses ne sont pas propres au monde numérique mais elles peuvent y mettre mises en œuvre avec une très forte efficacité à la fois pour des raisons tenant aux capacités de traitement des données et de personnalisations des sollicitations propres aux modèles économiques des grandes plateformes et pour des raisons tenant à l'expérience utilisateur. Les architectures de choix peuvent être plus aisément tronquées dans un environnement immersif. Elles sont également plus faciles à développer dans le cadre d'un accès à internet par mobile du fait même de la limitation de la taille des écrans.

Dans le rapport du CMA d'avril 2022, les paramétrages par défaut sont conçus comme les *dark patterns* les plus efficaces, bien plus que la manipulation des informations présentées au consommateur par exemple (CMA, 2022, p.33). Par exemple, dès les premières années des ventes en lignes, l'existence d'options pré-cochées (pre-ticked boxes) était l'un des outils les plus fréquemment utilisés pour peser sur les décisions des consommateurs : forcer le choix est bien plus efficace que d'essayer de le manipuler. Un paramètre par défaut est un dark pattern

---

<sup>15</sup> Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques, *Journal Officiel de l'U.E.*, L.277/1, 27 octobre 2022.

d'autant plus efficace que ses « outcomes happen [...] automatically if an individual remains passive (Bronchetti et al., 2013).

Des paramétrages par défaut ne sont pas intrinsèquement désavantageux pour les consommateurs. Le choix de l'opérateur peut être, sur le principe, bienveillant ; il peut cependant être orienté vers ses intérêts et donc orienter le consommateur vers un choix qu'il n'aurait pas opéré si l'architecture proposée avait été différente.

Si l'on suit l'analyse développée par le CMA (2022, p.35), l'effet des options par défaut est d'autant plus significatif qu'il exploite un certain nombre de biais comportementaux du consommateur (Jachimowicz et al., 2019).

L'efficacité des défauts procède en premier lieu d'un effet de minimisation des efforts de la part de l'utilisateur : identifier l'option la plus favorable requiert la réalisation d'un arbitrage. Le deuxième biais tient à l'approbation tacite (*implied endorsement*). L'utilisateur part du principe que l'architecte du choix est bienveillant et lui propose la solution qui lui est la plus favorable<sup>16</sup>. Plus la confiance envers la firme est élevée, plus l'option sera suivie (Sunstein et Thaler, 2003). Un troisième biais cognitif (*endowment effect* ou *reference dependence*) tient au fait que les agents agissent comme s'ils avaient déjà sélectionné l'option par défaut ou qu'ils construisent leurs préférences à partir de cette référence. Cet effet est d'autant plus significatif que les consommateurs ont une aversion vis-à-vis des pertes qui dépasse leur perception des bénéfices potentiels liés à un choix donné (Thaler et al., 1992). Le choix par défaut est acquis ; s'en écarter expose à une « perte ».

L'exploitation de ce biais peut réduire la concurrence pour le marché aval et même la possibilité pour les consommateurs d'opter pour du multi-hébergement

Comme le notent Choi et Jeon (2021, p.49), la pré-installation des applications de Google ne conduit certes pas à imposer une exclusivité mais n'en a pas moins un effet d'éviction sur les services des concurrents en ce qu'elle réduit la capacité et les incitations des fabricants de smartphones à proposer des applications alternatives. En effet, “even though they are allowed to preinstall competing apps in addition to the listed Google apps with similar functionalities, they are reluctant to do so because of the limited screen space available on devices and potential user confusion”. La capacité de l'utilisateur à mettre en œuvre une stratégie de multi-

---

<sup>16</sup> “Endorsement is thus one of the mechanisms that drives a default's effectiveness: the more the decision maker believe that the default reflects a trusted recommendation, the more effective the default likely to be” (Jachimowicz et al., 2019, p.172). Dans le cadre d'une logique de paternalisme libéral, la violation de l'autonomie de l'agent se fait pour son propre bien (Smith et al., 2009, p.14).

hébergement (Edelman, 2015) est à la fois entravée par ses biais comportementaux et les contraintes techniques propres aux smartphones (taille de l'écran significativement réduite par rapport à celle d'un ordinateur, capacité limitée de certains appareils en termes d'espace de stockage, de mémoire vive, ...).

Le jeu même des défauts peut conduire à des situations dans lesquelles le consommateur ignore même qu'il peut exercer un choix. Cet effet de structuration des comportements a été notamment étudié par la Competition and Markets Authority en 2021 pour ce qui concerne les choix de navigateurs internet dans les écosystèmes mobiles iOS ou Android (CMA, 2021). Pour le CMA (2020a), les pré-installations mettent en cause dans le domaine la concurrence à égalité des armes, c'est-à-dire l'existence d'un *level playing field* garantissant une concurrence par les mérites dans le domaine. L'entrave aux services concurrents affecte leurs capacités à concurrencer le service de l'opérateur verticalement intégré et donc à terme leurs incitations à innover.

#### **4. Une possible justification objective des clauses de pré-installation ?**

La qualification comme anticoncurrentielle allait-elle de soi dans le cas d'espèce ? Ne pouvait-on pas développer une défense sur la base de l'efficacité ?

Il convient également de considérer que même si la pré-installation distord dans une certaine mesure la concurrence, elle peut être défendue sur la base des gains d'efficacité. Non seulement l'intégration verticale apporte des garanties en termes de performance du service, d'interopérabilité et de sécurité<sup>17</sup> mais elle contribue en outre à faciliter les usages pour le consommateur<sup>18</sup>.

La pré-installation des applications de Google peut être défendue en ce qu'elle n'oblige pas le consommateur à les utiliser et qu'elle peut être objectivement justifiée en regard du modèle

---

<sup>17</sup> Comme nous le verrons infra le DMA européen impose aux contrôleurs d'accès d'ouvrir leurs écosystèmes aux applications et aux magasins d'applications tiers mais admet que des restrictions peuvent être objectivement justifiées sur la base de la préservation de l'intégrité du système. Cependant, la restriction doit être assujettie à la démonstration de sa nécessité et de sa proportionnalité : « Rien n'empêche le contrôleur d'accès de prendre, dans la mesure où elles ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire et proportionné, des mesures visant à éviter que les applications logicielles ou les boutiques d'applications logicielles de tiers ne compromettent l'intégrité du matériel informatique ou du système d'exploitation qu'il fournit, à condition que ces mesures soient dûment justifiées par le contrôleur d'accès » (article 6-4).

<sup>18</sup> Comme l'indique Fletcher (2022, p.3) : « Recognizing the limited attention of their end users, these platforms have worked hard to make the consumer journey as smooth as possible. This can be beneficial. The use of defaults, for example, can be helpful in reducing the number of active decisions end users have to make, and so ease the adoption of innovative new services ».

économique biface qui est celui de la firme (Marty et Pillot, 2021). Tant le système d'exploitation Android que le service de recherche en ligne sont fournis gratuitement et rémunérés sur un autre versant du marché tenant à la publicité en ligne et l'exploitation des données collectées ou déduites quant aux utilisateurs des services. Si d'autres applications fournies par Google reposent sur des modèles de financement mixte, reposant à l'instar de YouTube, à la fois sur des paiements directs par les utilisateurs (accès par abonnement à une formule premium) et sur le marché de l'attention consistant à maintenir le plus longtemps possible l'utilisateur dans l'écosystème, ces services demeurent toujours basés sur la même logique biface fondée sur la collecte et l'exploitation de données à des fins de ciblage publicitaires.

Comme le montrent Etro et Caffarra (2017), la gratuité d'Android et celle de la suite d'application peut trouver des explications successives en regard de la dynamique concurrentielle du secteur. Il s'agissait d'abord de s'assurer dans le cadre d'activités dans lesquelles les rendements sont croissants et les effets de réseaux déterminants une base d'utilisateurs suffisante. Le maintien de la gratuité (et le partage des revenus) s'explique ensuite par les revenus générés par les applications elles-mêmes.

Le modèle biface explique que la pré-installation soit une contrepartie à la gratuité et qu'elle ait pour effet de canaliser dans une certaine mesure le trafic vers les applications de Google. Le problème en l'espèce est un problème de verrouillage. Si l'effet des pré-installations conduit à un verrouillage de la position concurrentielle de Google sur les deux maillons de la chaîne verticale considérée (Google Search et les applications), il est alors possible de craindre que leur effet restrictif sur la concurrence soit disproportionné. Au travers de cet éventuel verrouillage, une défaillance structurelle du processus de concurrence pourrait advenir.

Rebattre les cartes du jeu concurrentiel supposerait que le concurrent soit plus efficace que l'opérateur dominant sur le marché de la recherche en ligne et que les applications qu'il pourrait simultanément proposer aux fabricants de smartphones soient considérées comme plus attractives aux yeux des consommateurs que celles proposées par Google. La stratégie de ventes liées peut forclure le marché (Choi et Jeon, 2021). L'entrée doit être simultanée sur les deux marchés. La contestabilité de la position de l'opérateur dominant est renforcée d'autant. Un concurrent qui développerait un moteur de recherche plus performant devrait subventionner l'installation de ses applications...en rémunérant les utilisateurs.

Au-delà de l'entrave au développement de moteurs de recherche et d'application plus performantes, une exploitation profitable du renforcement de cette position peut induire une

réduction du rythme d'innovation de l'opérateur dominant ou une dégradation progressive de la qualité du service rendu à l'utilisateur<sup>19</sup>.

## **5. Quelles perspectives ? Des remèdes concurrentiels à une régulation asymétrique de la concurrence ?**

La décision de la Commission, telle que confirmée par le Tribunal peut être de nature à entraver la possibilité pour une plateforme de proposer des services verticalement intégrés peut dans certains cas priver les consommateurs de gains d'efficience ou d'un service de meilleure qualité. De telles décisions peuvent également favoriser les écosystèmes fermés au détriment des écosystèmes ouverts ou encore fragiliser le financement de ces derniers dans la mesure où ils reposent sur des subventions croisées entre les différentes faces du marché.

Ces risques sont-ils cependant significatifs dans le cas d'espèce ? La confirmation de la partie de la décision de la Commission quant aux clauses anti-fragmentation et quant aux accords de pré-installation n'a pas d'impact sur les remèdes imposés, lesquels n'ont pas fait une grande preuve de leur effectivité depuis 2018.

Les remèdes imposés dans le cadre de la décision Android de la Commission ont fait l'objet de critiques pour le moins acerbes quant à leur effectivité. Comme l'écrit Cristina Caffarra (2022), « the case is also emblematic because, notwithstanding a great theory of harm, fines, and a 'remedy', it has led to absolutely no change on the ground – the 'remedy' could not realistically undo the harm in a digital market which has tipped ». En effet, les travaux d'économie comportementale montrent qu'en pareille situation le remède le plus adapté est de rendre son pouvoir d'agence à l'utilisateur en sollicitant sa décision au travers d'un écran de choix comme cela avait été le cas dans la décision Microsoft<sup>20</sup>. Cependant, cette sollicitation ne peut être réellement effective que si le choix est proposé *ex ante*. Une fois que le consommateur a opté pour une application donnée, la décision de revenir sur sa décision est peu probable. Resoumettre le choix ne semble pas un remède restauratif efficace au niveau de la décision individuelle mais également en termes de dynamique de marché en ce que l'avantage lié à la

---

<sup>19</sup> Comme l'indiquent Choi et Jeon (2021, p. 51) citant la décision de la Commission de juillet 2018, les consommateurs ne sont enclins à télécharger des applications alternatives à celles préinstallées que si celles-ci sont significativement inférieures en termes de qualité : "consumers rarely download applications that would provide the same functionality as an app that is already pre-installed (unless the pre-installed app is of particularly poor quality) ».

<sup>20</sup> Le paramétrage par défaut peut être orienté vers la préservation de l'autonomie de choix du consommateur, en d'autres termes de sa souveraineté (Smith et al., 2009, p.12).



dominance a pour effet de rendre le service qui a été choisi par le plus grand nombre relativement le plus performant.

Si les remèdes qui sont imposés *ex post* dans les décisions basées sur l'application des règles de concurrence, rendre obligatoires des mesures préventives au travers d'une forme de régulation semble la solution la mieux adaptée<sup>21</sup>.

Les solutions sont donc à rechercher *ex ante* dans une logique de conformité. C'est le sens des prescriptions de type « équitable par conception » (*fairness by design*) telles que proposées par le CMA britannique (CMA, 2020b). Il serait dans un tel cadre de la responsabilité de la plateforme de concevoir son architecture de choix pour permettre à l'utilisateur de faire un choix éclairé et non biaisé. Il s'agit moins de prévenir l'usage de *bad nudges* ou de *bad sludges* poussant le consommateur à agir contre son intérêt ou l'entravant dans une décision fondée (de Marcellis-Warin et al., 2022), que d'encourager la plateforme à débiaiser ses propositions voire de mettre en œuvre des *nudges* favorisant des actions qui pourraient lui être défavorables.

Trois types de défauts peuvent être envisagés dans une telle perspective (Smith et al., 2009). Les premiers correspondent à des 'défauts bénins'. Il s'agit de proposer l'option qui satisfait le plus grand nombre ou du moins le consommateur médian. Les deuxièmes types de défauts correspondent à des 'défauts intelligents'. Il s'agit de proposer à chaque groupe spécifique de consommateurs, les paramètres qui leur sont les plus favorables. Les troisièmes types de défauts, enfin, correspondent aux 'défauts adaptatifs'. Il s'agit alors de s'adapter aux choix passés du consommateur pour l'aider à agir dans son intérêt. Le parallèle avec les *augmented dark patterns*, personnalisés et adaptatifs, est évident à la différence qu'il s'agit ici d'utiliser l'I.A. à des fins d'aide à l'utilisateur et non pas dans des objectifs de restriction de l'espace des choix ou de manipulation.

Si ces solutions supposent une utilisation bienveillante de l'I.A., les schémas de régulation *ex ante* des défauts et les schémas de régulation déléguée au travers de la conformité peuvent participer de cette même logique de protection de l'utilisateur comme le montre la loi sur les

---

<sup>21</sup> Comme l'indique Hovenkamp (2022, p.1554) : « Finally, antitrust liability is limited to actions that are 'anticompetitive' in the sense that they deprive the public of the economic benefits of competition. But some undesirable commercial practices are undesirable for different reasons, in which case antitrust is ill-suited to combat them ».

marchés numériques européenne (DMA – Digital Markets Act<sup>22</sup>) ou encore la loi sur les services numériques (DSA – Digital Services Act).

Dans son considérant n°67, le DSA pose un principe d'interdiction des *dark patterns* :

« Par conséquent, il devrait être interdit pour les fournisseurs de plateformes en ligne de tromper ou d'encourager dans un sens les destinataires du service et d'altérer ou d'entraver l'autonomie, la prise de décision ou le choix des destinataires du service par la structure, la conception ou les fonctionnalités d'une interface en ligne ou d'une partie de celle-ci. Cela devrait comprendre, sans s'y limiter, les choix de conception abusifs destinés à amener le destinataire à exécuter des actions qui profitent au fournisseur de plateformes en ligne mais qui ne sont pas nécessairement dans l'intérêt du destinataire, en lui présentant des choix de manière biaisée, par exemple en accordant davantage d'importance à certains choix au moyen de composantes visuelles, auditives ou autres, lorsqu'il est demandé au destinataire du service de prendre une décision ».

De façon plus spécifique, l'article 25 du DSA impose aux plateformes visées par le DSA des obligations spécifiques en matière de conception et organisation des interfaces en ligne<sup>23</sup>. Il en est de même pour le DMA dont le considérant n°70 pose le principe d'une obligation de neutralité pour le contrôleur d'accès quant à la matière dont les différents services sont proposés.

« Les contrôleurs d'accès ne devraient pas adopter un comportement susceptible de compromettre le caractère effectif des interdictions et obligations prévues par le présent règlement. Un tel comportement peut être la conception utilisée par le contrôleur d'accès, la présentation des choix de l'utilisateur final d'une façon qui n'est pas neutre ou l'utilisation de la structure, du fonctionnement ou du mode opératoire d'une interface utilisateur ou d'une partie de celle-ci pour réduire ou compromettre l'autonomie, la capacité décisionnelle ou le choix de l'utilisateur ».

Cette obligation trouve une traduction dans l'article 13 du DMA dit *article anti-contournement*. Selon ses termes,

---

<sup>22</sup> Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, Journal Officiel de l'U.E., L.265/1, 12 octobre 2022.

<sup>23</sup> « Les fournisseurs de plateformes en ligne ne conçoivent, n'organisent ni n'exploitent leurs interfaces en ligne de façon à tromper ou à manipuler les destinataires de leur service ou de toute autre façon propre à altérer ou à entraver substantiellement la capacité des destinataires de leur service à prendre des décisions libres et éclairées » (article 25-1).

« Le contrôleur d'accès ne détériore ni les conditions, ni la qualité de l'un de ses services de plateforme essentiels fournis aux entreprises utilisatrices ou aux utilisateurs finaux qui font valoir leurs droits ou choix prévus aux articles 5, 6 et 7, et ne rend pas l'exercice de ces droits ou choix excessivement difficile, y compris en proposant des choix à l'utilisateur final de manière partielle, ou encore en utilisant la structure, la conception, la fonction ou le mode de fonctionnement d'une interface utilisateur ou d'une partie connexe pour perturber l'autonomie des utilisateurs finaux ou des entreprises utilisatrices, leur prise de décision ou leur libre choix ».

Il s'agit dans ce cadre par exemple que la présentation des choix faite à l'utilisateur ou encore les politiques de pré-installations ne permettent pas de mettre en œuvre des stratégies d'auto-préférence.

Les obligations liées aux DMA visent à renforcer les capacités des utilisateurs en exigeant des contrôleurs d'accès la mise en place de dispositifs techniques permettant de modifier aisément les paramètres par défaut et de désinstaller facilement les applications préinstallées (article 6-3 du DMA). Ces possibilités se heurtent au biais de statu quo relevé *supra*. Les écrans de choix apparaissent donc à l'article 6-4 du DMA pour permettre aux utilisateurs d'arbitrer entre les applications ou magasins d'application proposés par le contrôleur d'accès ou par les tiers<sup>24</sup>.

Les interdictions dans le cadre du DMA s'articule avec de nombreux constats établis par les autorités de concurrence selon lesquels l'information des consommateurs sur les risques liés aux *dark patterns* n'est pas suffisante pour prévenir les manipulations de choix. Non seulement une interdiction *ex ante* apparaît dans ce cadre comme une option en regard des risques induits et de l'absence de remèdes restauratifs mais la prévention des *dark patterns* pourrait céder le pas dans une optique bien plus régulatoire encore à une logique de construction d'un marché plus concurrentiel au travers de mesures de 'correction' du fonctionnement du marché au travers de *bright patterns*.

---

<sup>24</sup> « Le contrôleur d'accès autorise et permet techniquement l'installation et l'utilisation effective d'applications logicielles ou de boutiques d'applications logicielles de tiers utilisant ou interagissant avec son système d'exploitation, et permet l'accès à ces applications logicielles ou boutiques d'applications logicielles par des moyens autres que les services de plateforme essentiels concernés du contrôleur d'accès. Le cas échéant, le contrôleur d'accès n'empêche pas une application logicielle ou boutique d'application logicielle de tiers téléchargée d'inviter les utilisateurs finaux à choisir s'ils souhaitent utiliser par défaut ladite application logicielle ou boutique d'application logicielle téléchargée. Le contrôleur d'accès permet techniquement aux utilisateurs finaux qui choisissent d'utiliser par défaut ladite application logicielle ou boutique d'application logicielle téléchargée de procéder facilement à ce changement ».

Imposer de tels remèdes va plus loin que d'imposer une neutralité de la plateforme ou du système d'exploitation. L'option d'une neutralité de la plateforme revient à lui attribuer des caractéristiques de *quasi-facilité essentielle*. Dans ce cadre, un opérateur dominant qui contrôle une infrastructure dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur activité sur un marché connexe est tenu de leur ouvrir le dit accès dans des conditions non-discriminatoires. L'exigence de neutralité repose déjà sur une lecture spécifique de la théorie des facilités essentielles. Il est fait l'hypothèse que l'accès au système d'exploitation, au moteur de recherche... est indispensable pour accéder au marché, c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'alternatives dans des conditions raisonnables en termes techniques ou financiers. L'impact sur les incitations à investir ou innover de l'opérateur qui doit ouvrir un tel accès n'est pas pris en considération. Cependant, il ne s'agit pas ici d'imposer une neutralité – qui prendrait la forme d'un écran de choix – mais d'amener l'entreprise verticalement intégrée à proposer un choix qui ne serait pas dans le sens de ses intérêts mais dans ceux de ses utilisateurs.

La neutralité pourrait être interprétée dans le cadre du droit de la concurrence européen comme une extension du principe de responsabilité particulière de l'opérateur dominant (Crawford et al., 2021).

“The largest online platforms should be given specific responsibility to ensure that their choice architecture is neutral. A neutral choice architecture is one that does not present biased selections to the consumers and, to the extent it is possible, allows them to make the same choice that they would make if they had the time and information, as well as incentives, necessary to make a careful and deliberate choice. The largest online platforms should have the resources and capabilities to design such choice architectures and to demonstrate their impact”.

La logique à l'œuvre est alors celle d'une régulation déléguée : il appartient aux firmes concernées de mettre en place des procédures d'auto-évaluation du caractère non biaisé de leur modalités de présentation des choix. L'étape suivante ne consiste plus simplement à imposer une politique de conformité *ex ante* à la firme pour garantir la neutralité des architectures de choix mais à imposer des règles par défaut centrées sur le consommateur. C'est la logique de la *consumertarian default rule* due à Strahilevitz et Luguri (2019) et défendue par le rapport publié par le Centre Stigler en 2019 (Stigler Committee, 2019, p.234). Il ne s'agit pas d'une règle calée sur l'utilisateur médian mais d'une règle protectrice des intérêts des utilisateurs les plus vulnérables : « selecting a default rule that is preferred by the majority of unsophisticated parties in a transaction, though perhaps not by the majority of sophisticated counterparties”

(Stigler Committee, 2019, p.236). Cette même approche peut être étendue aux recommandations allant dans le sens d’algorithmes éthiques par conception. La logique alors à l’œuvre est celle d’une prise en compte de la responsabilité sociale de l’entreprise dans le cadre des outils algorithmiques qu’elle met en œuvre (de Marcellis-Warin et al., 2022).

Ces dimensions témoignent de l’interpénétration croissante du droit de la concurrence et des logiques de compliance (Frison-Roche, 2018) qui est portée par l’expansion contemporaine des modèles de régulation déléguée et particulièrement par les textes européens portant sur la régulation des écosystèmes numériques comme le DMA et le DSA. Comme le relève Fletcher (2022), les articles 8(1) et 8(2) du DMA, le respect littéral d’une obligation n’est pas suffisant pour exonérer le contrôleur d’accès de sa responsabilité. Il doit s’assurer que le résultat de sa pratique conduit à une effectivité vis-à-vis des objectifs du texte<sup>25</sup>.

## 6. Discussion

Ainsi, les exigences réglementaires croissantes pesant sur les contrôleurs d’accès et les firmes pivot des écosystèmes numériques peuvent être lues selon différents angles dont la pertinence ne pourra vraiment être appréciée qu’au travers de l’analyse de la pratique décisionnelle future. Si l’activation des règles de concurrence apparaît comme insuffisante pour prévenir les atteintes à la dynamique de la concurrence et les remèdes qui en procèdent inaptes à rétablir ce qu’auraient pu être les conditions de marché en l’absence des pratiques sanctionnées, des règles *ex ante* sont indubitablement nécessaires.

Cependant, deux risques doivent toujours être pris en considération. D’une part, des règles *per se* peuvent priver les consommateurs des gains d’efficacité potentiels. L’évaluation concurrentielle permet à l’inverse une évaluation au cas par cas en fonction des circonstances propres de l’espèce. D’autre part, l’exigence de neutralité peut faire l’objet de légitimes discussions quant à sa portée et à ses conditions de mise en œuvre. Le périmètre et l’intrusivité de la régulation peuvent induire des coûts significatifs et des risques élevés si les moyens affectés aux autorités publiques qui en auront la charge sont insuffisants<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> “Under the DMA, effectiveness does not simply relate to whether an obligation is formally achieved in itself. For an obligation to be met, it must also be effective in achieving the DMA’s overall objectives of fairness and Contestability » (Fletcher, 2022, p.5)

<sup>26</sup> Au risque de conduire à des phénomènes de backslashes comme l’indique Orbach (2022, p.17) : « As such MNS [Mandated Neutrality Standards such as ‘platform neutrality’ and bans on ‘self-preferencing’] and their relatives are a priceless gift for the next generation of anti-enforcement zealots”.

Cependant, ces logiques de régulation sont utiles dès lors que les caractéristiques du marché considéré exposent le processus de concurrence à un risque de défaillance structurelle (si le marché considéré favorise les phénomènes de basculement irréversibles vers des situations d'ultra-dominance) et si le fonctionnement du marché en cause peut ne pas garantir la souveraineté des agents qui y participent et la loyauté de la concurrence. Les problèmes de défaillance structurelle de concurrence, d'abus de pouvoir économique privé ou encore de discrimination sont peu aisés à traiter au travers des règles de concurrence ne serait-ce que dans la mesure où ils peuvent poser des problèmes qui ne relèvent pas du champ de l'efficacité économique.

Un parallèle avec les débats sur la neutralité de l'internet peut être établi (Wu, 2003 ; Greenstein et al., 2016). Comme le souligne Hovenkamp (2022, p.1555), la discrimination dans l'accès au réseau pourrait être traitée sous l'angle des règles antitrust mais la plupart des défenseurs de la neutralité de l'internet plaçait le débat sous l'angle de la régulation « [...] there is a wide-spread view that many possible forms of undesirable discrimination would not be actionable under antitrust, because they are harmful in a way that antitrust is not sensitive to ». Les objectifs mêmes des lois européennes sur les marchés et sur les services numériques reflètent ses préoccupations. Il ne s'agit pas d'efficacité mais de protection du processus de concurrence sous l'angle de la contestabilité des positions acquises et de la *fairness*, c'est-à-dire son équité ou du moins sa loyauté.

## Références

Akerlof G. and Shiller R., (2016), *Pushing for Phools*, Princeton University Press.

Bougette P., Gautier A., and Marty F., (2022), "Business Models and Incentives: For an Effects-Based Approach of Self-Preferencing?", *Journal of Competition Law and Practice*, 13(2), pp.136-143, March.

Bronchetti E. T., Dee T. S., Huffman D. B., and Magenheim, E., (2013), "When a Nudge isn't Enough: Defaults and Saving Among Low-income Tax Filers", *National Tax Journal*, 66(3), pp.609-634.

Caffarra C., (2022), “The EU General Court confirms Android abuse of dominance through tying, with the real legacy of the case extending far beyond (Google Android)”, *e-Competitions / Concurrences*, art. 108801, September.

Carlton D.W. and Waldman M., (2002), “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *Rand Journal of Economics*, 194.

Cartapanis M. et Marty F., (2022), « Le tribunal de l’Union européenne confirme la décision de la Commission européenne infligeant une amende record à l’opérateur dominant pour avoir renforcé sa position dominante sur les marchés des services de recherche générale sur l’internet et des systèmes d’exploitation mobiles intelligents », *Concurrences*, 4-2022, pp.71-76.

Choi J.P., and Jeon D.-S., (2021), “A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets with Nonnegative Price Constraints”, *American Economic Journal: Microeconomics*, 13 (1), pp. 283-337.

Competition & Markets Authority, (2020a), “Online platforms and digital advertising: Appendix H: default positions in search”, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fe4956ad3bf7f089e48deca/Appendix\\_H\\_-\\_search\\_defaults\\_v.6\\_WEB.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fe4956ad3bf7f089e48deca/Appendix_H_-_search_defaults_v.6_WEB.pdf)

Competition & Markets Authority, (2020b), “Online platforms and digital advertising: Appendix Y: Choice architecture and fairness by design”, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fe36ab9d3bf7f0898e0776c/Appendix\\_Y\\_-\\_choice\\_architecture\\_and\\_Fairness\\_by\\_Design\\_1.7.20.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fe36ab9d3bf7f0898e0776c/Appendix_Y_-_choice_architecture_and_Fairness_by_Design_1.7.20.pdf)

Competition & Markets Authority, (2021), “Mobile ecosystem market study interim report: Appendix G: pre-installation, default settings and choice architecture for mobile browsers”, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b867eb8fa8f5037d67b8f9/Appendix\\_G\\_-\\_Pre-installation\\_default\\_settings\\_and\\_choice\\_architecture\\_for\\_mobile\\_browsers\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b867eb8fa8f5037d67b8f9/Appendix_G_-_Pre-installation_default_settings_and_choice_architecture_for_mobile_browsers_.pdf)

Competition & Markets Authority, (2022), “Evidence Review of Online Choice Architecture and Consumer and Competition Harm”, *Research underpinning the CMA discussion paper*, CMA 157, April.

Crawford G et al., (2021), “Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms”, *Yale Tobin Center for Economic Policy – Digital Regulation Project, Discussion Policy Paper*, n°1.

Day G. and Stemler A., (2020), “Are Dark Patterns Anticompetitive?”, *Alabama Law Review*, 72(1)

de Marcellis-Warin N., Marty F., Thelisson E., and Warin T., (2022), "Artificial intelligence and consumer manipulations: from consumer's counter algorithms to firm's self-regulation tools", *AI & Ethics*, 2(2), pp.259-268, May.

Edelman B., (2015), “Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?”, *Journal of Competition Law & Economics*, pp.365-400.

Etro F. and Caffarra C., (2017), “On the Economics of the Android Case”, *European Competition Journal*, 13(2-3), pp.282-313.

Frison-Roche, M.-A., (2018), « Droit de la concurrence et droit de la compliance, novembre 2018 », *Concurrences*, n° 4-2018, Art. n° 88053, pp. 1-4.

Greenstein S., Peitz M., and Valletti T., (2016), “Net Neutrality: A Fast Lane to Understanding the Trade-Offs”, *Journal of Economic Perspectives*, 30, pp.127 et s.

Hovenkamp E., (2022), “The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech”, *The Yale Law Journal*, 131, pp. 1483-1558

Hovenkamp H. and Hovenkamp E., (2014), “Tying Arrangements”, in Blair R.D. and Sokol D., eds, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*.

Iacobucci E. and Ducci F., (2019), “The Google Search Case in Europe: Tying and the Single Monopoly Profit Theorem in Two-Sided Markets”, *European Journal of Law and Economics*, 47, pp. 15-42.

Jachimowicz J. M., Duncan S., Weber E. U., and Johnson, E. J., (2019), “When and why defaults influence decisions: a meta-analysis of default effects”, *Behavioural Public Policy*, 3(02), pp.159-186.

Marty F. and Pillot J., (2021), “Cooperation, dependence, and eviction: how platform-to-business cooptation relationships should be addressed in mobile telephony ecosystems”, in Michal Gal and David Bosco eds. *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Edward Elgar, April, pp. 2-22.

OECD, (2022), “Dark commercial patterns”, *OECD Digital Economy Papers*, n°336, October



- Orbach B., (2022), “Mandated Neutrality, Platforms, and Ecosystems”, in Akman P. et al., ed., *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Edward Elgar, *forthcoming*
- Smith N.C., Goldstein D.G., and Johnson E.J., (2009), “Smart Defaults: From Hidden Persuaders to Adaptive Helpers”, *INSEAD Social Innovation Centre Working Papers*, 2009/03/ISIC, 30p.
- Strahilevitz L.J. and Luguri J., (2019), “Consumertarian Default Rules”, 82 *Law and Contemporary Problems*, 82, pp.139-160.
- Sunstein C. R. and Thaler R. H., (2003), “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, 70(4), pp.1159 et s.
- Thaler R.H., Kahneman D., and Knetsch L., (1992), “The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias”, in Thaler R.H., ed., *The Winner’s Curse*, Princeton University Press, pp.63-78.
- Willis L., (2020), “Deception by Design”, *Harvard Journal of Law and Technology*, 34(1), pp.115-190.
- Wu T., (2003), “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 2, pp.141-175?