



HAL
open science

Captures d'attention et droit de la concurrence

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. Captures d'attention et droit de la concurrence. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 2022, 04, pp.733. <halshs-03968031>

HAL Id: halshs-03968031

<https://shs.hal.science/halshs-03968031v1>

Submitted on 1 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

CAPTURES D'ATTENTION ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
(RTD Com., 4-2022, Dalloz)

Marie CARTAPANIS
Maître de conférences
à Aix-Marseille Université
Centre de droit économique
marie.cartapanis@univ-amu.fr

03/11/2022

Résumé. L'idée selon laquelle le XXI^e siècle serait le théâtre d'une marchandisation de l'attention est de plus en plus répandue. Le droit, pourtant, se préoccupe peu à la notion d'attention, malgré la prise de conscience de l'emprise cognitive des interfaces numériques. En tant que droit de régulation économique, le droit de la concurrence est pourtant convoqué. Mais existe-t-il un *marché de l'attention* ? Comment y évaluer la position dominante d'une entreprise et la responsabilité particulière qui s'y attache ? Les travaux récents qui s'intéressent à la question de l'attention aboutissent à des résultats divergents, parfois même contradictoires. Pour évaluer les défis juridiques que suscite l'attention, il convient d'affiner les caractères de cette ressource, tant pour identifier l'attention que pour lutter contre sa capture par certaines entreprises.

INTRODUCTION

1. **Les enjeux de l'économie de l'attention.** Si certains comparent l'homme connecté à un poisson rouge¹ soumis dans son bocal à un *Big Brother* numérique, d'autres s'interrogent : le numérique nous empêche-t-il de choisir librement², voire de penser en pleine conscience³ ? Ces interrogations relèvent d'un constat : dans l'économie numérique, l'attention des individus est devenue une ressource que les entreprises du numérique cherchent à capter⁴.

2. **L'attention et le droit.** Le droit, pourtant, s'intéresse peu à la notion, malgré la prise de conscience de l'emprise cognitive des interfaces numériques⁵. D'un point de vue quantitatif, tout individu *normalement* connecté serait aujourd'hui soumis à plus 15 000 stimuli commerciaux par jour, contre seulement 500 en 1970⁶. D'un point de vue plus qualitatif, on observe une influence croissante des écrans sur notre rapport au monde (les bulles cognitives), notre rapport à la démocratie (par le jeu des *fake news* et des réseaux sociaux), voire notre rapport à autrui⁷ et à nous-mêmes⁸. Or, les différents phénomènes mis en jeu, au demeurant bien connus car ils relèvent, à une moindre échelle, de la publicité, ont nécessairement des impacts sur le droit : la notion de consommateur, le droit à la déconnexion, la protection des publics sensibles⁹, voire la liberté de choix et le respect du consentement interrogent les juristes. Plusieurs publications récentes en témoignent d'ailleurs : un « Plaidoyer pour un droit à la protection de l'attention »¹⁰ et le Rapport du Conseil national du numérique dédié à *l'économie de l'attention*¹¹.

3. **Définition générale.** Mais de quoi parle-t-on lorsque l'on se réfère à l'attention ? Sur un plan général, on peut définir l'attention comme « la capacité de concentrer volontairement son

1.

¹ B. Patino, *La civilisation du poisson rouge. Petit traité sur le marché de l'attention*, Grasset, 2019 ; B. Patino, *Tempête dans le bocal. La nouvelle civilisation du poisson rouge*, Grasset, 2022.

² M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

³ En affectant la mémoire, la crise de l'attention impacterait notre capacité de penser. L'économie de l'attention limite donc notre capacité à diriger notre propre attention, et *in fine*, notre liberté de décider et d'agir en pleine conscience (Conseil national du numérique, « Votre attention s'il vous plaît ! Quels leviers face à l'économie de l'attention », rapport, janv. 2022).

⁴ C. Zolynski, M. Le Roy, F. Levin, « L'économie de l'attention saisie par le droit. Plaidoyer pour un droit à la protection de l'attention », *D. IP/IT*, 2019, p. 614.

⁵ Ibid.

⁶ M. Berahya-Lazarus, « Mesurer l'engagement, nouvel enjeu du marketing », *Strat. Mag.* n° 1728, 2014.

⁷ Par exemple, et malgré leurs effets néfastes, l'usage des réseaux sociaux peut s'avérer bénéfique pour le capital social (P. Bourdieu, « Le capital social », *Actes de la rech. sciences soc.*, vol. 31, janv. 1980, pp. 2-3).

⁸ V. not. D. Boullier, « Médiologie de la vanité en ligne », *Esprit*, sept. 2022, p. 81 ; S. Jehel, « L'ordre et le chaos. Le traitement de l'information par les réseaux sociaux », *Esprit*, sept. 2022, p. 63.

⁹ Le développement de l'économie de l'attention pourrait avoir des conséquences sur le psychisme des enfants (« Un avenir pour les enfants du monde », Rapport, OMS et UNICEF, fév. 2020).

¹⁰ C. Zolynski, M. Le Roy, F. Levin, *op. cit.* p. 614. V. ég. X. Leonetti, « Après la 'Junk Food' de l'agroalimentaire, la 'Junk Thought' des réseaux sociaux : Bienvenue dans le nouveau monde ! », *D. IP/IT*, 2022. 187.

¹¹ Conseil national du numérique, « Votre attention s'il vous plaît ! Quels leviers face à l'économie de l'attention ? », janv. 2022.

esprit sur un objet déterminé »¹². L'attention répond donc à plusieurs fonctions. D'abord, elle sert à penser et à percevoir le réel. Au XVIII^e siècle, avec les travaux de Christian Wolff dont le manuel de psychologie consacre un chapitre entier à l'attention¹³, celle-ci est perçue comme un régulateur des entrées cognitives. Dans les années 1940, les études sur l'attention se renouvellent. Donald Broadbent¹⁴ montre que l'attention est un processus de perception sélective, une activité de l'esprit qui instaure un filtre grâce auquel l'information sélectionnée arrive à notre conscience alors que, dans le même temps, d'autres informations sont ignorées¹⁵. Cette opération de filtrage permise par l'attention est d'une absolue nécessité : notre système cognitif dispose de ressources limitées et l'attention exerce un rôle de contrôle sur la perception et sur la pensée en délimitant le contenu cognitif de la conscience¹⁶. Parmi les millions d'objets et de pensées accessibles à nos sens à l'instant t, seuls quelques-uns vont occuper notre esprit. En somme, l'attention empêche la distraction par les autres objets : elle rehausse un objet particulier. On parle alors d'*engagement*. Elle écarte, dans le même temps, les objets non sélectionnés. On parle de *désengagement*¹⁷. Cet engagement et ce désengagement expliquent, pour une grande partie, les enjeux liés à l'*économie de l'attention*.

4. **Économie de l'attention.** L'idée selon laquelle le XXI^e siècle serait le théâtre d'une marchandisation de l'attention est de plus en plus répandue¹⁸. Pourtant, chez les économistes, l'attention est peu étudiée¹⁹. Les postulats de l'économie sont en effet inadaptés : pour cerner la rationalité des agents, les économistes s'appuient sur la notion d'information, non d'attention²⁰. Pourtant, l'économie de l'information peut être complétée par l'économie de l'attention²¹ qui désigne des marchés sur lesquels la ressource rare devient le temps d'attention des consommateurs. Dans ce contexte, le niveau d'attention dont bénéficie un objet devient une source de valorisation : avec la surabondance de l'offre de contenus (numériques, radiophoniques, télévisuels, etc.), des produits et des services sont offerts à très peu de frais, mais ils consomment une attention que limite le jeu de cette surabondance.

1.

¹² Dictionnaire Larousse, v. « Attention ».

¹³ C. Wolff, *Psychologie, ou Traité sur l'âme contenant les connaissances que nous en donne l'expérience*, P. Mortier, 1745.

¹⁴ D. Broadbent, *Perception and communication*, Pergamon, 1958.

¹⁵ D. J. Simons et C. F. Chabris, « Gorillas in Our Midst : Sustained Inattentive Blindness for Dynamic Events », *Perception*, 28, 9, 1999, pp. 1059-1066.

¹⁶ E. Siéoff, E. Drodza-Senkowska, A.-M. Ergis et S. Moutis, *Psychologie de l'anticipation*, Paris, 2014.

¹⁷ V. M. I. Posner, *Attention in a Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁸ Aussi certains adoptent une approche marxiste en proposant une « théorie de la valeur de l'attention » (J. Beller, *The Cinematic Mode of Production : Attention Economy and the Society of the Spectacle*, Dartmouth College Press, 2012), alors que d'autres dénoncent des « marchés nocifs » (C. Castro, et A. Pham, « Is the Attention Economy Noxious ? », *Philosophers' Imprint*, 20(17), 2020, pp. 1-13).

¹⁹ Toutefois, des éléments d'analyse apparaissent, *in extenso*, à propos de l'analyse économique des médias d'information et des médias sociaux. V. Par exemple, O. Budzinski et S. Gaenssle, « The economics of social media (super-)stars: an empirical investigation of stardom and success on Youtube », *Journal of Media Economics*, 2018, vol. 31, nos 3-4, pp. 75-95. Pour une analyse juridique, V. C. Féral-Schuhl, « L'influence des réseaux sociaux sur le droit ? », D. IP/IT 2022.177.

²⁰ A. Staii, « Attention ou trafic ? Critique de quelques illusions d'économies », in Y. Citton, *L'économie de l'attention. Nouvel Horizon du capitalisme ?*, La découverte, 2014, pp. 136-146.

²¹ M. Goldhaber, « The Attention Economy on the Net », *First Monday*, 2(4), 1997 ; Y. Citton, *op. cit.*

5. **Phénomène d'inversion de la rareté.** Si l'attention a intéressé les économistes à partir des années 1970²², ce sont les travaux d'Herbert Simon, prix Nobel d'économie en 1978, qui ont posé les jalons de la théorie économique de l'attention. S'inspirant des théoriciens de la psychologie cognitive, Herbert Simon s'interroge d'abord sur la *rationalité limitée* des agents économiques. Il met également en évidence le paradoxe d'une association de la richesse de l'information à la pauvreté de l'attention²³. L'économie de l'attention contribue alors à reconfigurer certaines logiques économiques²⁴. Alors que l'économie consistait à fabriquer ou à accéder à des biens ou des services produits à partir de ressources rares (ou du moins limitées), le principe de rareté semble peu à peu s'inverser. Le consommateur doit trier parmi les informations pour optimiser sa capacité à recevoir, à filtrer, absorber cette production surabondante²⁵. Là où, auparavant, la rareté était du côté de l'offre et l'abondance du côté de la demande, aujourd'hui c'est l'attention qui se ferait rare, face à une offre pléthorique²⁶. Plus l'information est importante, plus l'attention se raréfie²⁷. D'où le phénomène d'inversion de la rareté.

6. **Le numérique et le renouvellement d'un modèle économique.** Si ce modèle n'est pas totalement nouveau²⁸, la captation de l'attention est désormais un enjeu fondamental et les travaux consacrés à l'amélioration des dispositifs d'interface proposés par les logiciels pour optimiser notre utilisation des appareils numériques se multiplient²⁹. Cela entraîne plusieurs conséquences. D'abord, l'immersion et l'ubiquité : désormais, les dispositifs numériques accompagnent toutes nos activités quotidiennes³⁰. Ensuite, le calcul, le ciblage et les prédictions : par la collecte des données, les comportements humains font l'objet de calculs statistiques qui influencent en retour les conduites à travers des suggestions. Enfin, le modèle économique : l'individu n'est plus seulement consommateur, mais il participe directement à la production de l'information et à l'optimisation des systèmes d'intelligence artificielle³¹.

1.

²² A. Toffler, *Le choc du futur*, Denoël, 1970 ; H. Simon, « Designing organizations for an information-rich world » in M. Greenberger, *Computers, Communication and the Public Interest*, Johns Hopkins Univ. Press, 1971.

²³ H. Simon, *op. cit.*, p. 40-41 ; M. Goldhaber, « Some Attention Apothegms », *well.com*, 1996 ; Ph. Aigrain, « Attention, Media, Value and Economics », *First Monday*, n° 2, 1997.

²⁴ Y. Citton, Introduction, in Y. Citton, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ *Ibid.* p. 8 ; T. Daventporth et J. Beck, *The Attention Economy. Understanding the New Currency of Business*, Harvard B. School Press, 2000.

²⁶ F. Benhamou, « La rareté et les flux numériques. La valeur de l'attention », *Esprit*, n° 1, janv. 2014, pp. 44 à 53.

²⁷ H. A. Simon, *op. cit.*, pp. 37-72.

²⁸ C'est dans les années 1830 que le modèle de l'intermédiation publicitaire apparaît nettement : les journaux du groupe new yorkais the « New York Sun » étaient vendus un centime de dollar (inférieur au coût d'impression). Pour une approche historique, v. S. Thompson, *The Penny Press : The Origins of the Modern New Media*, Vision Press, 2004.

²⁹ C. Roda, « Économiser l'attention dans l'interaction homme-machine », in Y. Citton, *op. cit.*, pp. 179-190.

³⁰ Conseil national du numérique, *op. cit.* Le développement de l'internet des objets renforce ce constat. V. en ce sens le rapport de la Commission européenne faisant suite à une enquête sectorielle sur l'internet des objets, com. 2022.19, 20 janv. 2022.

³¹ *Ibid.* V. ég. C. Castets-Renard, « Quelle politique européenne de l'intelligence artificielle ? (1) », *RTD eur.*, 2021.297 ; Adde. S. Merabet, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, Dalloz, Bibl. de Thèses, Préf. H. Barbier, 2020.

7. **Réception juridique de l'attention.** Comment le droit saisit-il ces phénomènes ? Les travaux menés sur les liens entre l'attention et le droit sont encore peu nombreux mais ils émergent. On a précédemment cité le « Plaidoyer pour un droit à la protection de l'attention »³² ou le rapport du Conseil national du numérique³³. Au niveau européen, le 26 janvier 2022, dans une déclaration sur les droits et principes numériques, la Commission européenne proposait de guider les décideurs politiques pour garantir la liberté de choix en ligne et pour renforcer le droit à la déconnexion³⁴, déjà consacré en droit social français³⁵. L'attention pose en effet de nombreuses questions juridiques. Elle interroge d'abord les sujets de droit : peut-on être propriétaire de son attention ? L'utilisateur qui fournit son attention à une entreprise peut-il encore être qualifié de consommateur ? Comment assurer la liberté de choix et l'autonomie du consentement sur l'internet³⁶ ? L'attention interroge également les objets de droit. En tant qu'émanation de l'esprit humain peut-elle être assimilée à une chose dans le commerce ? En droit des contrats, alors que l'attention est naturellement une chose que l'on *prête*, et que l'on ne *donne* pas, la qualification d'un contrat portant sur l'attention peut interroger³⁷. De même, les mécanismes de captologie, permettant d'attirer l'attention sur certaines informations et de détourner l'attention d'autres informations, doivent-ils entrer dans le champ d'application de l'obligation générale d'information de l'article 1112-1 du code civil³⁸ ?

8. **Place du droit de la concurrence dans l'économie de l'attention.** En tant que droit de régulation économique, le droit de la concurrence est également convoqué. D'abord parce qu'en préservant la concurrence, il est un droit de la diversité et de la liberté de choix. Ensuite, parce qu'il a la charge de contrôler le comportement des entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché important. Et dans un grand nombre de cas, lorsque l'économie de l'attention est évoquée, ce sont, en filigrane, les plateformes numériques ou les *contrôleurs d'accès* qui sont implicitement visés. Mais existe-t-il un *marché de l'attention* ? Comment y évaluer la position dominante d'une entreprise ? De prime abord, et selon les critères classiques du droit de la concurrence, des entreprises telles que Google, Amazon ou Facebook ne sont pas en concurrence et, jusqu'à présent, le droit de la concurrence tâtonne pour saisir les *big tech*³⁹.

1. _____

³² C. Zolynski, M. Le Roy, F. Levin, *op. cit.*, p. 614.

³³ Conseil national du numérique, *op. cit.*

³⁴ Comm. CE, La Commission présente une déclaration sur les droits et principes numériques au bénéfice de tous dans l'Union, 26 janv. 2022.

³⁵ Article L. 2242-17 du code du travail.

³⁶ S. Bernheim-Desvaux, « Protéger le neuro-consommateur ? », *CCC*, n° 12, déc. 2021, 11.

³⁷ Sur ces questions, v. not. Ph. Le Tourneau, *Contrats du numérique ; informatiques et électroniques*, Dalloz, sept. 2020, 11^{ème} éd., spéc. nos 011.00 et s.

³⁸ P.-E. Audit, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.*, 2/2021, p. 545.

³⁹ M. Stucke et A. Ezrachi, *Competition Overdose*, Harper Business, 2020 ; J.-C. Roda, « Les limites à la libre concurrence en ligne : le droit de la concurrence entre sur-utilisation et tâtonnements », *D. IP/.IT*, 2021 p. 314 ; M. Malaurie-Vignal, « La loyauté, l'égalité et l'équité en droit de la concurrence », *CCC* n°2, fév. 2021, rep. 2.

Que l'on songe au *Digital Market Act*⁴⁰, parfois critiqué du point de vue des principes juridiques⁴¹, ou que l'on s'intéresse à la nouvelle interprétation de l'article 22 du règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations⁴², les solutions sont encore balbutiantes. Pourtant, le droit de la concurrence dispose des normes abstraites capables de saisir l'évolution des faits et de référentiels théoriques suffisamment plastiques pour recevoir ces modèles économiques.

9. Qu'en est-il, dès lors, de la réception de l'économie de l'attention par le droit de la concurrence ? Les travaux récents qui s'y intéressent⁴³ aboutissent à des résultats divergents, parfois même contradictoires. Pour évaluer les défis juridiques que suscite l'attention il convient d'affiner les caractères de cette ressource, tant pour identifier l'attention (I) que pour répondre à sa capture par certaines entreprises (II).

I. IDENTIFIER LES ATTENTIONS

10. L'affirmation selon laquelle l'attention individuelle, fruit de la pensée humaine, est une ressource économique, apparaît, de prime abord, quelque peu provocatrice. Pourtant, l'attention est devenue une ressource économique (A). Dans ce contexte, la mise en œuvre du droit de la concurrence exige d'appréhender les liens de concurrence qui unissent les entreprises qui cherchent à exploiter cette ressource (B).

A. L'attention dans le commerce

11. En tant que ressource économique, l'attention individuelle présente des caractéristiques qu'il convient d'identifier. Et c'est en raison de ces caractéristiques que l'attention, devenue ressource, entre dans le commerce et fait l'objet d'une marchandisation.

1) Caractéristiques de l'attention

1.

⁴⁰ D. Bosco, « La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe », *CCC*, n°2, fév. 2021, comm. 27 ; L. Idot, « Un pas décisif vers une régulation propre au numérique », *Europe*, n°1, janv. 2021, al. 1 ; A.-S. Choné-Grimaldi, « Vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique ? », *JCP G.*, n° 49, nov. 2020., doct. 1360. V. Crichton, « Publication de la proposition de règlement Digital Markets Act », *D. IP/IT*, 2021, 8.

⁴¹ V. par exemple, J. Ancelin, « La proposition de digital market act : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? » *RTD eur.*, 2021. 545 ; K. Favro et C. Zolynski, « DSA, DMA : l'Europe encore au milieu du gué », *D. IP/IT*, 2021, p. 217.

⁴² L'article 22 du règlement sur le contrôle des concentrations entre entreprises qui permet, selon la nouvelle interprétation de la Commission européenne, de renvoyer vers la Commission des opérations non contrôlables au sens du règlement sur le contrôle des concentrations entre entreprises (Comm. UE, Commission Guidance on the application on the referral mechanism set out Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases : C(2021) 1959 final, 26 mars 2021 ; M. de Drouas, E. Nachbaur, Révolution du contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne : le chiffre d'affaires n'est plus le seul critère : *Contrats, conc. consom.* 2021, étude 5).

⁴³ D. Evans, « Attention, Rivalry among Online Platforms », *Univ. Chicago Inst.e for L. & Econ.*, n° 627 avr. 2013 ; T. Wu, « Blind Spot: The Attention Economy and the Law », *Antitrust Law J.*, vol. 82, 2019 p. 771 ; J. Newman, « Antitrust in Attention Markets : Objection and Responses », *Santa Clara L. Rev.*, 2020.

12. Du point de vue du droit de la concurrence, plusieurs caractéristiques de l'attention doivent être relevées : elle est limitée, rivale, et hétérogène. Ce faisant, elle s'apparente à une ressource pour les entreprises du numérique qui en assurent la marchandisation.

13. **Une ressource limitée.** Premièrement, l'attention individuelle est une ressource limitée, d'un point de vue quantitatif (au maximum 24 heures par jour) et qualitatif (le cerveau ne peut pas traiter toutes les informations qu'il reçoit en même temps, à savoir près de 10 millions de bits par seconde). C'est l'un des points saillants des analyses de l'économie de l'attention. Parce qu'elle est limitée, l'attention devient rare. C'est la raison pour laquelle les opérateurs économiques, pour contrebalancer la surabondance informationnelle, cherchent à filtrer les informations que notre cerveau perçoit.

14. **Une ressource rivale.** Deuxièmement, l'attention ne peut pas être dirigée simultanément vers un grand nombre de stimuli. Cela signifie que lorsqu'une entreprise capture l'attention d'un consommateur, elle en prive son concurrent. Il y a donc des déplacements de l'attention et lorsqu'une entreprise capte l'attention d'un utilisateur, elle fait perdre cette attention à une autre entreprise.

15. **Une ressource hétérogène.** Troisièmement, toutes les attentions ne se valent pas. L'attention des personnes est appréciée différemment, à la fois de manière absolue et en relation avec le produit qui permet de la capter. Par exemple, et schématiquement, si le service proposé est destiné à générer un acte d'achat (sur les places de marché par exemple), l'attention de la population des 18-49 ans est plus recherchée que l'attention des mineurs en raison d'un pouvoir d'achat plus important⁴⁴. En d'autres termes, selon le contexte, chaque attention peut être plus précieuse qu'une autre.

2) Processus de marchandisation

16. **Diversité des services proposés.** Si l'attention est une ressource, elle peut être valorisée par divers modèles d'affaires. L'on pense, par exemple, aux écosystèmes numériques⁴⁵

1.

⁴⁴ F. Ahrens, « Networks Debate Age Groups' Value to Advertisers », Washington Post, 21 mai 2004.

⁴⁵ N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy : the Moligopoly Scenario*, Oxford Univ. Press, 2020. V. Sur cette question, d'intéressants développements dans TUE, T-604/18, 14 sept. 2022, Google Android, pts 103 à 129, v. M. Cartapanis et F. Marty, « 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 », in *Concurrences*, 4/2022, à paraître. Adde. L. Idot, RTD eur., 2021. 241 ; A.-S. Choné-Grimaldi, « Les abus de position dominante dans le secteur numérique (réflexions à partir de la décision Google-Android) », *D.*, 2020, 343 ; C. Prieto, « Nouveaux abus de position dominante de Google : après celui lié à Google Shopping, ceux relatifs à Android », *RTD eur.* 2018.513 ; F. Marty, Paiements d'exclusivité : La Commission européenne publie une décision relative aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant sur le marché des systèmes d'exploitation mobiles ouverts sur licences (Google Android), 18 juillet 2018, *Concurrences* N° 1-2020, Art. N° 93045, pp. 85-87.

(Amazon, Apple, Facebook sont des écosystèmes numériques mais ils proposent des contenus très différents, allant de la place de marché aux réseaux sociaux)⁴⁶. Ces écosystèmes forment un environnement plus ou moins confiné, qui maximise le temps d'attention qui y est consacré grâce à la diversité des services offerts à l'utilisateur et qui génèrent, par là même, une grande diversité des points d'accès aux données pour une même entreprise. L'objectif, pour celle-ci, est donc d'attirer et de conserver l'attention des utilisateurs, afin de l'intégrer dans un processus de marchandisation.

17. **Processus de marchandisation de l'attention.** Selon une définition proposée par l'OCDE, les marchés de l'attention impliquent « une situation concurrentielle dans laquelle des plateformes achètent du temps aux consommateurs, avec des lots de contenus et d'annonces publicitaires, et vendent des annonces à des marchands afin qu'ils puissent délivrer des messages pendant ce temps »⁴⁷. D'où la marchandisation de l'attention : la ressource, initialement hors du domaine marchand, pénètre un marché pour faire l'objet d'une transformation, puis d'une valorisation. Brossée à grands traits, l'on peut décrire la situation de la manière suivante : le processus démarre avec la captation de l'attention et se termine par la production d'un produit immatériel pouvant faire l'objet d'un échange. Ce cheminement peut se faire en trois étapes : la *captation de l'attention* (phase de collecte des ressources) ; le *traitement de l'attention* (phase de transformation des ressources) ; la *valorisation de l'attention* (phase d'exploitation des ressources).

18. **Première phase, la captation de l'attention.** À ce stade, l'attention est une ressource, comparable à une matière première, qui fait l'objet d'une rencontre entre une offre et une demande, entre les utilisateurs et l'entreprise. La demande d'attention vient de l'entreprise (qui est alors un demandeur), et l'offre d'attention (la ressource) émane des utilisateurs⁴⁸ (qui sont alors les offreurs). Mais chacun est dans le même temps à la fois offreur et demandeur. L'utilisateur d'une plateforme est demandeur d'un contenu et offreur de son attention. La plateforme est demandeur d'attention et offreur de contenus. Deux ressources s'échangent donc simultanément : des contenus et de l'attention. Sur ce type de marché, il existe donc une concurrence entre les demandeurs d'attention pour capter l'attention de l'utilisateur, celui-ci s'y prêtant de manière consciente ou inconsciente.

19. **Deuxième phase, la transformation de l'attention.** L'entreprise qui a récolté ce temps d'attention va entrer dans un processus de transformation de l'attention pour la convertir, d'abord en information, puis en produit. Ce processus de transformation est mis en œuvre par

1.

⁴⁶ V. « Investigation of competition in digital markets », Majority Staff Report, 2020, U.S. House of Representative Subcommittee on Antitrust.

⁴⁷ OCDE, « Les marchés de la publicité numérique », DAF/COMP/WP2(2020)3, 30 nov. 2020, pt 72. Adde. J. Crémer, Y-A. de Montjoye, H. Schweitzer, « Shaping competition policy in the era of digitisation », EU, 2019, p. 33 ; J. Furman, « Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel », mars 2019, p. 40.

⁴⁸ E. Kessous, K. Mellet, M. Zouinar, «The Economics Value of Attention: Between Protecting Cognitive Resources and Extracting Value», *Sociologie du travail*, 52, 3, juil.-sept. 2010.

le demandeur d'attention, car c'est la combinaison et l'agrégation de données qui importe. Une fois captée et récoltée, l'attention est transformée en données individuelles brutes. S'y ajoutent ensuite des phases de traitement des données, puis de transformation des données brutes en données traitées, puis d'insertion dans les masses de données, les fameuses *big data*. Enfin, ces masses de données sont interprétées en termes de comportements, d'attraits ou de préférences... Ainsi, l'attention initiale est devenue une marchandise qui peut être valorisée.

20. **Troisième phase, la valorisation de l'attention par l'exploitation des ressources.** Une fois les données traitées, l'échange peut intervenir entre la plateforme et les entreprises pour qui les données récoltées présentent de la valeur. Les entreprises intéressées sont alors très diverses et elles agissent dans des secteurs très différents. Certaines recherchent des affichages publicitaires ; d'autres visent des actes d'achat en prélevant une commission ; d'autres encore cherchent à cerner les profils des utilisateurs pour les maintenir dans leur écosystème ou accéder à une masse critique d'utilisateurs⁴⁹.

21. **Diversité des modèles fondés sur l'attention.** Dans certains cas, les entreprises, en l'occurrence les plateformes, sont intégrées tout au long de ce processus de production : elles prennent en charge les trois phases : captation, transformation, valorisation. Le modèle est alors comparable à celui de l'intégration verticale. Dans d'autres cas, une segmentation subsiste et les entreprises concernées sont très diverses. Chacune des trois phases met donc en scène des acteurs variés aux objectifs parfois convergents, parfois différents.

22. Ces éléments étant précisés, quels sont les enjeux que suscite une telle analyse de l'économie de l'attention pour le droit de la concurrence ? C'est principalement l'identification des contraintes concurrentielles et des liens de concurrence qui peut poser question.

B. Les contraintes concurrentielles attentionnelles

23. **Enjeux pour le droit de la concurrence.** On sait que le droit de la concurrence a ses propres catégories : marché pertinent, position dominante, effets anticoncurrentiels, bien-être du consommateur... Mais ces notions juridiques sont mal adaptées à l'économie de l'attention. Sur le plan des principes, une compréhension solide des mécanismes de captation et de valorisation de l'attention est essentielle pour asseoir la légitimité et le succès des efforts de réglementation. Sur le plan de la mise en œuvre du droit de la concurrence, il s'agit de mieux évaluer les contraintes concurrentielles des entreprises et, plus spécifiquement, de saisir les liens de concurrence qui existent entre des entreprises qui proposent pourtant des contenus très différents (par exemple un moteur de recherche et un réseau social). Le droit de la concurrence doit donc s'en saisir, mais il existe un risque d'erreur non négligeable dans

1.

⁴⁹ Conseil national du numérique, *op. cit.*

l'évaluation de la responsabilité de l'entreprise. En niant l'existence d'une concurrence fondée sur la captation et la valorisation de l'attention, les autorités de concurrence peuvent écarter de l'analyse des paramètres importants. Alors que les modèles théoriques de l'économie de l'attention sont désormais connus des autorités de concurrence (1), la réception juridique de ce constat reste limitée, et l'idée même d'un marché de l'attention est aujourd'hui rejetée par celles-ci (2).

1) Le modèle théorique : les marchés bifaces

24. **Les marchés bifaces.** Si la réception des marchés de l'attention est encore incertaine, les autorités de concurrence y font référence en adoptant le cadre théorique des marchés bifaces⁵⁰. L'on sait à ce sujet que deux éléments caractérisent ces marchés⁵¹. D'une part, un intermédiaire se situe entre deux faces d'un marché et facilite les transactions entre ces deux faces. D'autre part, et c'est essentiel, le prix est dépendant des deux marchés. Généralement, le prix n'est facturé que sur un seul marché (par exemple celui des annonces publicitaires), ce qui exige d'attirer davantage d'utilisateurs sur l'autre face du marché (par exemple, la recherche en ligne), laquelle, à son tour, attire davantage d'annonceurs (ou augmente le prix de l'annonce).

25. **Réception de la théorie des marchés bifaces.** La reconnaissance indirecte de ce mécanisme par le droit de la concurrence s'est principalement manifestée dans des affaires liées à ce type de marché. Ce fut d'abord le juge français qui opéra cette qualification dans l'affaire *Bottin Cartographes*⁵². La réception des marchés bifaces s'est par la suite généralisée. En France⁵³, d'abord, mais également à l'échelle européenne. La Cour de justice avait déjà reconnu un tel modèle dans l'arrêt *Cartes bancaires*⁵⁴. Plus révélatrice encore est l'affaire *Google Shopping*⁵⁵. Le tribunal de l'Union s'est en effet appuyé sur cette notion de marché biface pour sanctionner le comportement de Google sur le marché de la recherche en ligne et des comparateurs de prix⁵⁶. Pourtant, on ne trouve aucune analyse détaillée des méthodes

1.

⁵⁰ Si les marchés de l'attention peuvent se déployer sur un marché bifaces, tout marché bifaces ne repose pas sur la captation et la valorisation de l'attention.

⁵¹ J.-C. Rochet et J. Tirole, « Platform Competition in Two-Sided Markets », *J. of the European Econ. Ass.*, 2003, vol. 1, n° 4, pp. 990-1029 ; A. Alexandrov, G. Deltas, D. F. Spulber, « Antitrust and Competition in Two-Sided Markets », *J. of Competition L. and Econ.*, vol. 7, iss. 4, juil. 2011, pp. 775-812 ; M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2022, 2^{ème} éd., n° 114.

⁵² Aut. conc., 16 déc. 2014, Avis rendu à la Cour d'appel de Paris, *Bottin Cartographes / Google*, n° 14-A-18, pt 16.

⁵³ Aut. conc., avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018, pt 165 ; Aut. conc., déc. n° 20-MC-01 du 9 avril 2020, pts. 40 et 41.

⁵⁴ CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, pt 72., obs. G. Decocq, CCC, 10 fév. 2013, comm. 40.

⁵⁵ Décis. (UE) 17 juin 2017, COMP/39.740, IP/17/1784, *Google Search Shopping*, obs. L. Idot, *RTD eur.* 2018.812 ; A. Lecourt, *D. IP/IT* 2021.403 ; C. Prieto, « Les mérites étouffés des concurrents de Google ou l'abus par algorithmes », *RTD eur.*, 2017.429 ; D. Bosco, CCC n°3, mars 2018 comm. 52, confirmé par TUE, T-612/17, 10 nov. 2021, obs. L. Idot, *RSC* 2022. 123 ; C. Prieto, *RTD eur.*, 2017.429 ; D. Bosco, « Retour vers le futur pour l'arrêt Bronner », CCC n° 5, mai 2021, comm. 85. Adde. J.-C. Roda, « Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique », CCC n° 10, oct. 2022, chron. 12.

⁵⁶ TUE, T-612/17, 10 nov. 2021, pt 473.

employées par les entreprises pour valoriser l'attention. Plus généralement, cela pose la question de l'existence, ou non, d'un marché pertinent de l'attention.

2) Le rejet du marché pertinent de l'attention

26. **Utilité du marché pertinent.** L'analyse concurrentielle a pour première étape la délimitation du marché pertinent, c'est-à-dire l'identification de tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Cette étape du raisonnement permet de délimiter le cadre de l'analyse concurrentielle et s'avère particulièrement utile pour apprécier, pour évaluer, l'éventuelle position dominante d'une entreprise, pour identifier les concurrents actuels et potentiels, ou pour caractériser les barrières à l'entrée sur ledit marché⁵⁷.

27. **Le test SSNIP inapplicable.** La délimitation du marché pertinent repose principalement sur les prix, et les limites en ce domaine sont bien connues⁵⁸. Le test le plus courant, dit test du monopole hypothétique, est un test économétrique qui détermine les limites du marché en se demandant si une augmentation de prix faible, mais significative et non transitoire, conduira un nombre suffisant de consommateurs à se tourner vers d'autres biens (test dit *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price* ou SSNIP). Pourtant, lorsqu'un marché à plusieurs faces est concerné, comme c'est le cas en matière de plateformes numériques, les prix sont bien souvent équivalents à zéro. Or, en cas d'augmentation de 5 à 10 % d'un prix égal à zéro, celui-ci reste nul. Dit autrement, le test est inapplicable lorsque les entreprises ne facturent pas aux utilisateurs des prix identifiables.

28. **Un marché de l'attention ?** C'est ce qui explique, en partie au moins, qu'à ce jour, les autorités de concurrence refusent de considérer l'existence d'un marché de l'attention. Cette position est particulièrement explicite dans l'avis de l'Autorité de la concurrence du 6 mars 2018⁵⁹. L'analyse fournie préalablement par Facebook est éclairante. En s'appuyant sur un article rédigé par David Evans⁶⁰, Facebook soutient être en concurrence avec de nombreuses entreprises sur un marché générique de l'attention pour capter l'attention de la population⁶¹.

29. **Le rejet ferme par l'Autorité de la concurrence.** L'Autorité rejette fermement cette analyse en mettant en avant un risque d'erreurs important. Pour elle, « le fait que Facebook ait pour objectif de capter de l'attention ne paraît pas suffisant pour établir qu'elle est en

1.

⁵⁷ *Ibid.*, pt 425.

⁵⁸ V. par exemple, M. Cartapanis, *Innovation et droit de la concurrence*, préf. D. Bosco, Fondation Varenne, LGDJ, 2019.

⁵⁹ Aut. conc., avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018, *op. cit.*

⁶⁰ D. Evans, *op. cit.* (notons que cet article fut financé par Google).

⁶¹ Aut. conc., avis n° 18-A-03 *op. cit.*, pt 164.

concurrence avec l'ensemble des entreprises dont les produits ou services requièrent une attention de leurs utilisateurs »⁶². En effet, l'on peut craindre une délimitation trop large des marchés : l'analyse de Facebook conduirait à intégrer, au sein d'un seul marché pertinent, de nombreux autres services, en ligne ou non, parce que toute entreprise serait un concurrent de Facebook dès lors qu'elle cherche à capter la capacité d'attention, par nature limitée, des utilisateurs en ligne⁶³. Saisir un marché générique de l'attention impliquerait que toutes les entreprises qui cherchent à attirer l'attention des utilisateurs seraient en concurrence sur un marché très massif et non concentré qui inclurait, par exemple, Google, Facebook, Twitter, Le Monde, Netflix, Amazon, France Info, et tout produit ou service qui attire l'attention d'un utilisateur⁶⁴. Facebook soutient ainsi que le marché de l'attention doit également intégrer les médias hors ligne. Au sein d'un tel marché, les parts de marché de chaque entreprise sont inévitablement très faibles et empêcheraient toute intervention du droit de la concurrence.

30. **La crainte du marché massif ?** Cet argument est audible. Mais l'on peut se demander si cette crainte du marché massif ne confond pas l'actif échangé avec les limites du marché. Dans cette acception, les théâtres, les librairies et les chaînes de radio seraient tous en concurrence auprès des consommateurs. Et, bien sûr, ce n'est pas la position des autorités de concurrence qui évaluent les substituts raisonnables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés⁶⁵. D'autant que cela supposerait qu'il n'existe qu'un seul type d'attention. Or, l'attention est un phénomène pluriel. Si l'on devait adopter l'analyse de Facebook, il serait plus légitime de délimiter des *marchés des attentions*.

3) De nouvelles propositions

31. **Le test de l'Attention-SSNIP.** Outre les analyses appliquées aux marchés bifaces⁶⁶, qui ne portent pas directement sur l'attention, l'on peut se tourner vers la doctrine nord-américaine. Une première proposition, formulée par Tim Wu⁶⁷, recommande de maintenir la méthode du test économétrique SSNIP, mais en l'adaptant au marché de l'attention. C'est le test dit « A-SSNIP » (Attention SSNIP). Alors que le test initial est fondé sur les effets d'une augmentation faible, mais significative, des prix, le test A-SSNIP reposerait sur une métrique *temps* en se basant sur une augmentation de 5 secondes du temps de publicité. En d'autres termes, il s'agirait de se demander si le consommateur se détourne d'un produit lorsque le temps publicitaire proposé sur celui-ci augmente. Dans l'affirmative, les produits seraient considérés comme étant en concurrence sur le marché de l'attention. Dans la négative, ils

1.

⁶² *Ibid.*, pt 165.

⁶³ *Ibid.*, pt 164.

⁶⁴ Sur cette question, V. O. Budzinski, S. Gaenssle, N. Lindstädt-Dreusicke, « The battle of Youtube, TV and Netflix : an empirical analysis of competition in audiovisual media markets », *SN Buss. & econ.*, aout 2021.

⁶⁵ Comm. CE, Communication sur la définition du marché en cause, JO n° C 372/5 du 9 déc. 1997, pt 25.

⁶⁶ Par ex., M. Gal et D. Rubinfeld, « The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement », *Berkeley Public L.*, Research Paper n° 2529425, 2015.

⁶⁷ T. Wu, *op. cit.*

seraient exclus du marché pertinent. Par exemple, l'ajout significatif et non transitoire de publicités sur Facebook conduirait-il le consommateur à passer davantage de temps sur Instagram ? Dans l'affirmative, les deux produits relèvent du même marché. Dans la négative, les produits ne sont pas en concurrence. L'avantage de tenir compte de la métrique temps est que ce temps est observable et il est même calculé par les entreprises. Il est donc identifiable.

32. **La charge publicitaire**⁶⁸. D'autres auteurs proposent de tenir compte de la charge publicitaire. Selon John Newman, par exemple, étant donné que l'objectif est de la revendre, l'attention fait nécessairement l'objet d'une évaluation. Dans ce cadre, trois étapes sont nécessaires pour déterminer le *prix de l'attention*. Premièrement, le prix du produit ou du service destiné à capter l'attention doit être fixé. Ce prix doit être le plus bas possible afin d'attirer un maximum d'utilisateurs, jusqu'à être égal à zéro⁶⁹. Deuxièmement, l'intermédiaire doit fixer ses tarifs publicitaires en les adaptant à la désirabilité de son service, ou selon divers mécanismes, tels que les prix d'enchères. Troisièmement, l'intermédiaire fixe un *prix de l'attention*. Il doit, à ce stade, décider de la quantité de publicité qu'il va combiner avec le produit ou le service désiré. Plus le produit ou service est désiré par un consommateur, plus le seuil de publicité peut être élevé. Mais quel est l'enjeu pour l'intermédiaire ? Il lui faut trouver le point d'équilibre qui lui permettra de maximiser ses revenus sans trop dégrader le produit ou le service : c'est la *charge publicitaire*⁷⁰. Le test reposerait donc sur une analyse du comportement des utilisateurs en cas d'augmentation de la charge publicitaire.

33. **Limites des tests économiques**. Ces tests économiques présentent toutefois des limites. D'abord, ils peuvent être difficilement lisibles pour le juriste et conduire à des analyses excessivement complexes. Ensuite, on peut s'interroger sur l'opportunité de délimiter un marché pertinent en ne tenant compte que de l'attention. Ne serait-ce pas là oublier que les caractéristiques des contenus et des services proposés ont également une influence sur le consommateur ? Pour éviter la complexification du droit, le risque serait celui de la simplification des faits. Aussi, paraît-il préférable, et plus réaliste, non pas de renouveler le mode d'analyse concurrentielle sur les marchés de l'attention, mais de se tourner vers le droit positif, tout en l'enrichissant par de nouveaux éléments d'analyse. La méthode du faisceau d'indices paraît alors adaptée.

34. **Le perfectionnement du test des caractéristiques**. Outre les tests économiques, pour délimiter un marché pertinent les autorités de concurrence ont également la possibilité de se focaliser sur les caractéristiques des produits et des services en menant une analyse plus subjective. À l'inverse de la méthode quantitative, la méthode qualitative repose sur des

1.

⁶⁸ J. Newman, n° 3745839, *op. cit.*

⁶⁹ Le prix égal à zéro n'est pas une condition du modèle économique de l'intermédiaire d'attention. Certains journaux, par exemple, facturent également leurs abonnements ou leurs numéros à un prix bas alors que d'autres sites internet demandent le paiement d'un prix de quelques euros lorsque l'utilisateur n'accepte pas l'intégralité des cookies.

⁷⁰ T. Wu, *op. cit.* p. 790.

critères descriptifs s'agissant des produits ou des services qui circulent sur un marché. C'est donc une méthode plus subjective, qui se fonde sur différents facteurs (nature du bien, usage du bien, différenciation, environnement juridique, différences de prix ou préférences des consommateurs). La démarche est considérablement plus souple⁷¹.

35. **Méthode du faisceau d'indices.** Ainsi, conformément à la communication de la Commission européenne sur le marché en cause, certains indices pourraient enrichir l'analyse. Ce *faisceau d'indices* peut comprendre plusieurs types d'éléments et parce que la marchandisation de l'attention est un processus qui porte sur une ressource hétérogène, plusieurs critères pourraient alors être pris en compte.

36. **Identification du stade de production.** Premièrement, il est possible d'identifier les différentes phases du processus de transformation de l'attention selon une analyse similaire à celle des restrictions verticales. D'abord, au sommet de la chaîne de production, figure un marché comparable à celui des matières premières (marché amont) relevant d'un processus de *captation de l'attention*. Ici, la concurrence a lieu entre les entreprises pour récolter la matière première, à savoir *capter l'attention*. Ensuite, au niveau intermédiaire, on peut distinguer un marché de la *transformation*. L'attention offerte par les utilisateurs est transformée en données individuelles brutes, qui sont agrégées, traitées, pour devenir des données intelligentes et être intégrées dans des masses de données, brutes ou interprétées. La concurrence a lieu alors entre les entreprises qui traitent les données et qui contribuent à la *transformation de l'attention*. Enfin, apparaît un marché aval, celui de la valorisation des données traitées.

37. **Critères subjectifs.** Deuxièmement, des critères subjectifs, liés à la personne dont l'attention est captée, pourraient être pris en compte. Par exemple, on a déjà noté que l'attention de la population des 18-49 ans est plus recherchée par les places de marché que l'attention des mineurs en raison d'un pouvoir d'achat plus important. Chaque attention peut être plus précieuse qu'une autre en fonction des services proposés et des segments de marché aval. Certaines entreprises, par exemple, se spécialisent dans la captation de l'attention de certains types particuliers de clients : des professionnels masculins d'âge moyen dans le secteur des services financiers, ou des parents pour l'achat de couches pour bébés...⁷²

38. **Critères objectifs.** Troisièmement, des critères objectifs liés au contexte de captation de l'attention peuvent être jugés pertinents. Par exemple, pour une entreprise, la valeur de l'attention peut dépendre de la prédisposition mentale des individus : une publicité faisant suite à une recherche explicite, de type *prix d'une montre*, concerne l'état mental d'un acheteur qui a pris la décision d'acheter ou, du moins, qui se projette dans l'acte d'achat. Cela

1. _____

⁷¹ Comm. CE, Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt 25.

⁷² D. Evans, *op. cit.*

permettrait d'identifier l'attention (types de consommateurs, publicité ciblée par exemple) en lien avec le service proposé.

39. **Modalités de captation de l'attention.** Quatrièmement, une analyse des modalités de captation de l'attention pourrait être ajoutée. Par exemple, le format du message peut être différent. Revenons sur l'argumentation de Facebook. Selon celle-ci, elle est en concurrence avec les médias hors ligne sur le marché de l'attention. Pourtant, des études montrent que les consommateurs n'ont pas la même sensibilité aux publicités en ligne et hors ligne : à rebours de l'analyse de Facebook, il serait donc possible d'isoler la valorisation de l'attention en ligne.

40. La combinaison de ces différents éléments, que des études économiques ou comportementales pourraient enrichir, permettrait d'affiner les analyses et de pallier le risque d'une définition trop large du marché pertinent, fort justement identifiée par l'Autorité de la concurrence. Un marché mieux défini de la captation de l'attention permettrait de mieux mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise, et donc, l'éventuelle détention ou le renforcement d'une position dominante qui révèle sa responsabilité.

II. RÉPONDRE AUX CAPTURES D'ATTENTIONS

41. Rappelons que la position dominante, qui justifie la responsabilité d'une entreprise ou le contrôle d'une opération de concentration, recouvre « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »⁷³. Mais le critère principal permettant de caractériser cette position dominante, celui des parts de marché, paraît mal adapté (A). Faut-il alors considérer que le droit de la concurrence est rétif à la réception des spécificités de l'attention ? Les développements récents dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE, prohibant les abus de position dominante, permettent pourtant leur prise en compte (B).

A. Les lacunes du droit positif

42. De façon générale, les lacunes du droit de la concurrence se manifestent dans le critère transversal de la position dominante. Cela est particulièrement visible en droit des concentrations, qui veille à ce que ces opérations ne participent pas à la création ou au renforcement d'une position dominante⁷⁴.

1. _____

⁷³ CJCE, 13 fév. 1979, aff. 85/76, *Hoffman-Laroche*, CJCE, 14 fév. 1978, aff. 27/79, *United Brands*.

⁷⁴ Règ. CE n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 20 janv. 2004, art. 2.

1) L'évaluation de la position dominante de l'entreprise

43. **Caractérisation de la position dominante.** Pour identifier une position dominante, ou son renforcement éventuel, le droit de la concurrence s'appuie sur les parts de marchés détenues par l'entreprise en cause. Les parts de marché recouvrent le pourcentage des ventes totales d'un marché que réalise une entreprise. Elles sont calculées sur la base du chiffre d'affaires correspondant aux produits en cause vendus sur le territoire de référence⁷⁵. Elles constituent un facteur important de la mise en œuvre du droit de la concurrence, tant pour les autorités de concurrence que pour les entreprises. Elles permettent également de délimiter clairement la frontière entre ce qui est susceptible d'être sanctionné, en droit des pratiques anticoncurrentielles, ou évalué, en droit des concentrations.

44. **Imperfections du critère des parts de marché et vitesse des évolutions.** Outre les questions liées au marché pertinent, ce critère présente plusieurs imperfections. D'abord, il n'est pas adapté à la vitesse des évolutions. Prenons l'exemple des réseaux sociaux. Il y a quelques années, le réseau *Myspace* dominait le marché des réseaux sociaux avec plus de 250 millions d'abonnés alors qu'il est aujourd'hui presque inexistant. Cette particularité est désormais largement intégrée dans le droit de la concurrence. Lors de l'examen de la concentration *Facebook/WhatsApp*⁷⁶, la Commission européenne a par exemple relevé le caractère éphémère des parts de marché en considérant que le secteur des réseaux sociaux et des applications de communication était un secteur récent et à croissance rapide qui se caractérisait par de fréquentes entrées sur le marché et par des cycles d'innovation courts. Dès lors, les parts de marché élevées ne sont pas indicatives du pouvoir de marché⁷⁷. La Commission confirmait là son approche, déjà adoptée dans sa décision *Microsoft/Skype*⁷⁸.

45. **Imperfections du critère des parts de marché et marchés bifaces.** Ensuite, les particularités des marchés bifaces doivent être prises en compte, et il convient de procéder à une analyse des changements sur les deux faces du marché. Mais, de nouveau, la situation n'est pas claire. En raison des effets de réseau indirects, les parts de marché détenues sur une face du marché – au demeurant volatiles – sont peu indicatives du pouvoir des entreprises. Un niveau élevé sur l'une des faces ne permet pas de supposer le pouvoir de se comporter de façon indépendante vis-à-vis des consommateurs. Si le critère des parts de marché est insuffisant, il est possible de se tourner vers d'autres critères significatifs.

46. **Masse d'utilisateurs.** Par exemple le *Digital Market Act*⁷⁹ propose de qualifier une entreprise de *contrôleur d'accès* dès lors qu'elle compte un minimum de 45 millions

1.

⁷⁵ Comm. CE, Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, pt 53.

⁷⁶ Comm. UE, 3 oct. 2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

⁷⁷ *Ibid.*, pt 99.

⁷⁸ Comm. UE, déc. 7 oct. 2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*.

⁷⁹ Règ. UE n° 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, 14 sept. 2022, art. 3.

d'utilisateurs ou une base client de 10 000 entreprises⁸⁰. Mais sous l'angle de l'attention cela ne suffit pas, car celle-ci est plurielle : certaines attentions sont plus valorisables que d'autres⁸¹. Il conviendrait ainsi d'affiner cette présomption en tenant compte du marché pertinent (par exemple, en spécifiant la cible attentionnelle : selon l'âge, le sexe, l'état mental de l'attention recherchée, etc...).

47. **Temps passé : le *Total Consumer Time*.** Il est enfin possible d'évaluer le temps total passé sur un service par le consommateur (*Total Consumer Time*)⁸². On l'a vu, les modèles économiques fondés sur l'attention impliquent une concurrence dans le partage du temps disponible des consommateurs. Dans ce contexte, le législateur allemand a par exemple reconnu l'importance du temps que les consommateurs passent dans un environnement numérique déterminé pour évaluer le pouvoir de marché d'une entreprise⁸³. De même, dans sa décision *Facebook*, l'autorité de concurrence allemande (Bundeskartellamt) indiquait que le succès du modèle commercial de Facebook reposait en particulier sur l'intensité d'utilisation élevée et quotidienne de son service, créant de grandes quantités de *données utilisateurs* et une longue période pendant laquelle l'attention de l'utilisateur peut être attirée par la publicité. Mais, là encore, chaque temps accordé peut avoir une valeur différente. Une distinction entre le *temps actif* et le *temps passif* serait dès lors opportune. L'utilisateur est actif lorsqu'il visite une boutique en ligne, qu'il utilise des réseaux sociaux, saisit des recherches sur des moteurs de recherche ou encore participe à un jeu en ligne. Une telle attention génère moins de données que dans le cas d'une utilisation passive (lorsqu'on regarde un film ou qu'une fenêtre de navigateur est ouverte sans qu'aucune interaction entre l'utilisateur et le service ne soit décelée). La prise en compte du temps passé par les utilisateurs aurait permis de contrôler plus efficacement certaines concentrations.

48. En résumé, le droit de la concurrence est suffisamment plastique pour traiter des captures attentionnelles auxquelles se livrent certaines entreprises. Plusieurs critères permettent d'appréhender d'éventuelles positions dominantes dans ce domaine, en particulier la masse d'utilisateurs d'une plateforme, en distinguant les diverses cibles attentionnelles, et l'ampleur du temps passé par un consommateur sur un service en ligne. Une telle problématique s'est par exemple posée, en France, dans le cadre du projet – finalement abandonné - de concentration entre TF1 et M6 dont il fut reconnu que l'enjeu majeur était de capter l'attention des téléspectateurs⁸⁴.

1. _____

⁸⁰ *Ibid.* art. 3.

⁸¹ Aut. conc. Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018, pts 195 et s.

⁸² V. not. N. Gösser, K. Gürer, J. Haucap, B. Meyring, A. Michailidou, M. Schallbruch, D. Seeliger, S. Thorwarth, « Total Consumer Time - A New Approach to Identifying Digital Gatekeepers », *DICE*, Discussion Paper, n° 369, août 2021.

⁸³ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, p. 40

⁸⁴ V. le Communiqué de Presse de l'ADLC « TF1/M6 : L'Autorité de la concurrence prend acte de la décision de Bouygues de retirer son projet d'acquisition », 16 sept. 2022. L'on se souvient, à ce sujet, de la célèbre formule de Patrick Le Lay, alors PDG de TF1 : « Dans une perspective business, soyons réalistes : à la base, le métier de TF1, c'est d'aider Coca-Cola, par exemple, à vendre son produit. Or, pour qu'un message soit perçu, il faut que le

Il s'agissait, selon les parties, de créer une entité capable de résister à la concurrence de la vidéo en ligne et des plateformes sur abonnement comme Netflix, Disney + ou encore Amazon Prime Vidéo, mais qui aurait détenu près de 75 % des recettes du marché publicitaire en France. L'autorité de la concurrence avait alors noté que l'opération aurait pu engendrer des risques concurrentiels majeurs, notamment sur les marchés de la publicité télévisuelle et de la distribution de services de télévision⁸⁵.

2) L'exemple du droit des concentrations

49. **Degré de concentration de l'économie numérique.** Alors que nombre d'économistes s'inquiètent du degré de concentration sur les marchés de l'économie numérique⁸⁶, certains estiment qu'il aurait pu être évité, ou au moins contenu, si les autorités de concurrence avaient tenu compte de l'attention dans leurs analyses des opérations de concentration. Mais comment calculer le pouvoir de marché sur les marchés de l'attention ? En droit des concentrations, la réponse à cette question est essentielle puisque les autorités de concurrence peuvent interdire, ou autoriser sous conditions, des concentrations conduisant à l'acquisition ou au renforcement d'une position dominante.

50. **Concentrations prédatrices et consolidantes.** À ce sujet, les préoccupations juridiques se focalisent aujourd'hui sur les seuils de notification pour saisir les concentrations *non-notifiables* (les concentrations prédatrices ou les concentrations dites « consolidantes »). Ces opérations génèreraient un *effet Kronos* : elles émergent à la suite de la volonté de grandes entreprises d'*avalier* leurs successeurs potentiels⁸⁷. Outre le fait que la référence à Kronos puisse être jugée maladroite⁸⁸, il n'est pas certain que cette question – aussi essentielle soit-elle – constitue la question centrale en matière de concentrations et d'attention. D'ailleurs, nombre de concentrations non contrôlables en droit européen l'ont été par des autorités de concurrence étrangères. C'est le cas des États-Unis, où une opération devient contrôlable lorsque le prix de la transaction dépasse un certain seuil. Pourtant, le degré de concentration de certains marchés n'y a jamais été aussi élevé⁸⁹.

1. _____

spectateur soit disponible. Nos émissions ont pour vocation de le rendre disponible : c'est-à-dire de le divertir, de le détendre pour le préparer entre deux messages. Ce que nous vendons à Coca-Cola c'est du temps de cerveau disponible ». Cité in M. Lumeau, « Fusion TF1/M6 : l'enjeu majeur, c'est d'arriver à capter l'attention des consommateurs », *L'Obs*, 28 avril 2022.

⁸⁵ Aut. conc., Communiqué de presse, TF1/M6 : l'Autorité de la concurrence prend acte de la décision de Bouygues de retirer son projet d'acquisition, 16 sept. 2022.

⁸⁶ T. Philippon, *The Great Reversal, How America Gave Up on Free Markets*, Harvard University Press, 2019 ; J. E. Stiglitz, « La concentration du marché menace l'économie américaine », *Project Syndicate*, 11 mars 2019.

⁸⁷ T. Wu, *The Master Switch : the Rise and Fall of Information Empires*, Alfred A. Knopf/Borzoi Books, 2010.

⁸⁸ En effet, ce type de concentration a surtout pour objectif d'intégrer des petites entreprises, et non pas de les supprimer. C'est pourquoi sur les marchés de l'attention, le problème se pose davantage en termes de concentration « consolidantes ».

⁸⁹ T. Philippon, *op. cit.*

51. **La qualification de la concentration – horizontale ou non horizontale.** Un autre enjeu juridique que soulèvent les marchés de l'attention est celui de la qualification du type de concentration en cause. Une concentration *a priori* conglomerale pourrait-elle être qualifiée de concentration horizontale si l'on tient compte des contraintes concurrentielles liées à l'attention ? L'enjeu est de taille, car les présomptions d'effet anticoncurrentiel sont considérablement divergentes selon la nature de l'opération. Rappelons les principales différences. Du point de vue de la qualification, d'abord, les concentrations horizontales supposent que les entreprises notifiantes exercent leur activité sur le même marché. C'est ce qui les différencie des concentrations non horizontales, qu'elles soient verticales ou conglomerales, qui n'entraînent pas d'élimination de la concurrence directe. Du point de vue du régime, ensuite, les concentrations horizontales peuvent affecter la concurrence, pour l'essentiel, de deux manières : en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises (effets non coordonnés) ou en changeant la nature de la concurrence, de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire⁹⁰. La Commission européenne estime d'ailleurs que les concentrations non horizontales sont généralement moins susceptibles de créer des problèmes de concurrence que les concentrations horizontales⁹¹.

52. **Le cas Facebook/Instagram.** L'exemple de la concentration Facebook/Instagram permet d'illustrer ces difficultés et de mieux cerner les enjeux de l'économie de l'attention pour le droit de la concurrence. Cette concentration a fait l'objet d'un contrôle outre-Manche⁹². Si les deux entreprises en cause proposent des services de réseaux sociaux pour le partage de contenus, l'autorité anglaise ne les a pas identifiées comme des entreprises concurrentes et a qualifié l'opération envisagée de concentration *non horizontale*. L'autorité reconnaît d'abord que les réseaux sociaux sont des marchés bifaces. Les entreprises se font concurrence pour augmenter leur masse d'utilisateurs et pour attirer des revenus publicitaires. Mais, au terme d'une analyse fondée sur les caractéristiques des services proposés par les entreprises, l'autorité relevait que Facebook n'offrait pas le même service de partage de photographies et qu'Instagram ne générerait pas de revenus publicitaires⁹³. Dès lors, les deux entreprises n'étaient concurrentes, ni sur le marché des réseaux sociaux, ni sur le marché de la publicité en ligne. L'autorité en a déduit qu'aucun problème sérieux de concurrence ne pouvait se poser.

53. Pourtant l'analyse pourrait être différente. Était-ce une fusion horizontale ou non horizontale ? Dit autrement, les deux entreprises se disputaient-elles une attention similaire (par exemple, des utilisateurs communs, qui se connectent de la même manière et à des heures similaires) ?

1. _____

⁹⁰ Comm. CE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, 2004/C 31/03, pts 22 et s.

⁹¹ Comm. CE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, 2008/C 265/07, pt 11.

⁹² Office Fair Trading, Anticipated acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc, ME/5525/12, 14 août 2012.

⁹³ *Ibid.* pt 23.

54. **Le cas WhatsApp/Facebook.** D'autres concentrations interrogent. À l'échelle européenne, c'est la concentration WhatsApp/Facebook qui témoigne de la mise en place d'une stratégie d'écosystème, à savoir maintenir l'attention des utilisateurs dans les services d'une seule entreprise, au détriment des autres. La Commission a donc procédé à une analyse des caractéristiques et des usages des produits. Elle a conclu que le marché pertinent était celui des applications de communication destinées aux consommateurs pour les *smartphones*. Mais surtout, concernant la distinction entre les applications de communication et les services proposés par les réseaux sociaux, elle les analyse comme deux marchés distincts. Il existe, selon elle, soit des applications uniques (par exemple WhatsApp, Viber, Facebook Messenger et Skype), soit des services proposés sur des plateformes en tant que simple fonctionnalité (messengeries incluses sur les sites Facebook ou LinkedIn, par exemple). Elle exclut du marché les services offerts par les réseaux sociaux en considérant que WhatsApp n'avait pas vocation à pénétrer ce marché des plateformes. Cette analyse peut interroger. Il est en effet possible de considérer que l'application WhatsApp allait peu à peu accaparer le temps disponible des utilisateurs au détriment du temps passé sur Facebook. Étant donné que l'attention est rivale, sans la concentration l'attention aurait été dirigée vers un service concurrent. Le temps qui n'est plus passé sur Facebook l'est sur WhatsApp et donc, au sein de l'écosystème. Pour Facebook, le rachat était donc essentiel pour ne pas perdre du temps d'utilisation sur son propre réseau social⁹⁴.

55. **Des opérations à contrôler sans préjuger de l'analyse au fond.** Il ne s'agit pas ici de considérer, sans analyse poussée au fond, que la concentration aurait dû être interdite. Toutefois, ces deux autorisations de concentration ont fait l'objet de nombreuses critiques, notamment par les autorités de concurrence elles-mêmes qui reconnaissent des failles dans le traitement de ces opérations⁹⁵. De nombreuses analyses ont montré que ces concentrations pouvaient relever de faux négatifs, c'est-à-dire de concentrations qui auraient dû, sinon être interdites, au moins mieux contrôlées⁹⁶. En tenant compte du marché de l'attention il aurait été possible, *a minima*, de qualifier les deux entreprises de *concurrents potentiels* pour procéder à une analyse plus solide de l'état de la concurrence.

B. Une première sanction des manipulations de l'attention : l'abus par favoritisme

56. **Émergence de l'attention dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE.** Si l'économie de l'attention est peu prise en compte, tout au moins de façon explicite, par les autorités de

1.

⁹⁴ D. Evans, *op. cit.*

⁹⁵ Par exemple, « l'Autorité se félicite de l'annonce de la Commission européenne, qui acceptera désormais que les autorités nationales de concurrence puissent lui renvoyer pour examen des opérations de concentration sensibles, y compris lorsqu'elles ne sont pas soumises au contrôle national », Comm. Presse, 15 sept. 2020.

⁹⁶ Par ex., J. Tirole, « Regulating the Disrupters », *Project Syndicate*, 9 janv. 2019.

concurrence, on peut déceler des traces éparses dans certaines décisions ou arrêts. L'affaire *Google Shopping*⁹⁷ en constitue-t-elle les prémices en la matière ?

1) L'attention comme ressource rare

57. **Contexte général – le rapport gagnant-gagnant.** Revenons d'abord sur le contexte. Étant donné l'abondance des informations disponibles sur l'internet, la sélection et le classement opérés sur un moteur de recherche a une valeur pour l'utilisateur. L'entreprise, quant à elle, en fournissant la meilleure recommandation possible à ses utilisateurs, maximise leur disposition à payer (sous une forme monétaire, en temps ou en données), mais maximise également leur adhésion à la plateforme dans le long terme. Du côté du consommateur, les résultats obtenus sont de plus en plus pertinents. Cette pertinence est par ailleurs une condition de tolérance⁹⁸ de l'internaute aux intrusions publicitaires dans ses navigations sur l'internet. Il accepte, en quelque sorte, de fournir ses données, car, en échange, il bénéficiera d'un internet personnalisé. *A priori* donc, ce mécanisme est gagnant-gagnant.

58. **Émergence d'asymétries – le rapport gagnant-perdant.** Les rapports peuvent toutefois devenir asymétriques. D'autres incitations peuvent être à l'œuvre, poussant les entreprises à orienter l'attitude des utilisateurs et donc à manipuler les choix des consommateurs. Par exemple, l'ordre d'apparition à l'écran des résultats d'une requête sur un moteur de recherche détermine fortement la manière dont les internautes cliquent sur un site particulier. Cela concerne notamment les agences de voyages en ligne, comme Booking ou Expedia,⁹⁹ mais également les moteurs de recherche en ligne. Or, dans certains cas, les entreprises peuvent avoir recours à la technique du *self-referencing*¹⁰⁰. C'est notamment ce qui a été reproché à Google dans l'affaire *Google Shopping*.

59. **Abus par favoritisme.** Cette pratique est étroitement liée à la question de l'attention : le *self-referencing* est une forme de discrimination au profit de soi-même pour attirer l'attention des utilisateurs. Or, ce type de pratique peut relever de l'article 102 TFUE sous c) qui prohibe le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci en appliquant « à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». C'est sur ce fondement que, le 10 novembre 2021, le Tribunal de l'Union a, pour l'essentiel, confirmé l'amende infligée par

1.

⁹⁷ A. S. Choné-Grimaldi, *JCP E.*, n° 50, 16 déc. 2021, 1545.

⁹⁸ F. Benhamou, « La rareté et les flux numériques. La valeur de l'attention », *Esprit*, n° 1, janv. 2014, pp. 44 à 53.

⁹⁹ M. Bourreaud et A. Perrot, « Plateformes numériques : comment réguler afin qu'il ne soit pas trop tard », *CAE*, 2020/6, pp. 1-12

¹⁰⁰ F. Marty, « Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne dans l'affaire d'abus de position dominante sur le marché des comparateurs de prix en ligne », *Concurrences*, n° 1-2022, 105074, pp. 93-100.

la Commission¹⁰¹ à Google, pour avoir favorisé son propre comparateur de produits sur ses pages de résultats par le biais d'une présentation et d'un positionnement privilégiés, tout en reléguant, dans ces pages, les résultats des comparateurs concurrents, par le biais d'algorithmes de classement. En d'autres termes, il existe désormais un *abus par favoritisme*¹⁰².

2) L'attention comme ressource essentielle

60. Trois circonstances particulières ont conduit le Tribunal à conclure que ce comportement était contraire à l'article 102 TFUE : l'importance du trafic généré par le moteur de recherche générale de Google pour les comparateurs de produits ; le comportement des utilisateurs qui se focalisent en général sur les premiers résultats ; la proportion importante et le caractère non remplaçable du trafic détourné¹⁰³.

61. **Détournement de l'attention.** Les enjeux posés, et tels que décrits par le tribunal de l'Union, étaient des enjeux de visibilité – et donc de captation de l'attention. D'abord, le comportement reproché portait sur le *design* et, en particulier, sur les *boxes* qui figurent en haut des résultats d'une recherche et qui sont plus facilement identifiables, car elles attirent l'attention de l'utilisateur. Selon le Tribunal, le favoritisme reproché visait ainsi à « afficher de façon plus visible ses propres résultats et de façon moins visible les résultats concurrents » ce qui « était susceptible d'influencer le comportement des internautes »¹⁰⁴. Or, cette visibilité est nécessaire parce que l'attention des utilisateurs est limitée. Ils se focalisent sur les « trois à cinq premiers résultats de recherche et accordaient pas ou peu d'attention aux résultats qui suivaient »¹⁰⁵.

62. **Une attention indispensable.** Le caractère limité de cette attention a eu, par la suite, des conséquences sur la qualification de cette visibilité. Rappelons que Google reprochait à la Commission d'avoir exigé de l'entreprise qu'elle accorde à ses concurrents l'accès aux services résultant de ses améliorations en matière de comparaison de produits, et cela, sans rechercher si les conditions posées par l'arrêt *Bronner*¹⁰⁶ en matière de refus de contracter étaient remplies. Google reprochait notamment à la Commission de n'avoir pas vérifié que l'infrastructure concernée avait un caractère indispensable. La Commission avait en effet écarté cette jurisprudence, considérant que l'abus par effet de levier est une forme autonome et distincte du refus de contracter. Toutefois, pour le tribunal, la page de résultats de Google « présente des caractéristiques qui la rapprochent d'une facilité essentielle »¹⁰⁷

1.

¹⁰¹ Comm. UE, AT. 39470, déc. 27 juin 2017, *Google shopping*.

¹⁰² D. Bosco, « Google Shopping : avènement jurisprudentiel d'un abus par favoritisme », CCC, n° 2, fév. 2022, comm. 34.

¹⁰³ TUE, T-612/17, 10 nov. 2021, *Google Shopping*.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pt 172.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pt 172.

¹⁰⁶ CJCE, 26 nov. 1998, aff. C-7/97, et v. ég. CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19, *Deutsche Telekom AG c/ Commission et CJUE*, 25 mars 2021, aff. C-165/19, *Slovak Telekom*.

¹⁰⁷ TUE, T-612/17, 10 nov. 2021, *Google shopping*, pt 224.

puisqu'aucune alternative économiquement viable n'existait sur le marché. Or, pour opérer cette qualification, le tribunal s'est basé sur l'attention des utilisateurs. Il a en effet estimé que c'est « pour attirer l'attention des utilisateurs que l'accès à la page de recherche présentait ce caractère »¹⁰⁸, parce que l'attention des internautes tendait « à se porter vers les résultats les plus visibles sur la page des résultats de recherche générale, à savoir, les résultats les mieux positionnés »¹⁰⁹. Il s'ensuit que le dommage à la concurrence est avéré : « sans une telle visibilité, ces résultats n'auraient pas si souvent fait l'objet de clics »¹¹⁰.

63. **Une généralisation européenne ?** La sanction de comportements similaires est de plus en plus courante. C'est en effet une conclusion comparable à laquelle l'autorité italienne de la concurrence a abouti en sanctionnant Amazon pour avoir fait indûment la promotion de son propre service logistique, au détriment des services concurrents¹¹¹. C'est, enfin, une approche du même type qui a été adoptée au sein du *Digital Market Act*¹¹². Celui-ci interdit notamment aux contrôleurs d'accès de faire bénéficier les services et produits qu'ils proposent d'un traitement plus favorable, en termes de classement, que les services et produits similaires proposés par des tiers sur leur plateforme¹¹³. Les contrôleurs d'accès devront également permettre aux entreprises d'accéder aux données générées par leurs activités sur leur plateforme. Plus directement encore, Meta fait actuellement face à une action collective outre-Manche selon laquelle Facebook devrait payer à ses 44 millions d'utilisateurs britanniques une compensation pour l'exploitation de leurs données entre 2015 et 2019¹¹⁴.

64. Emblématique de l'application du droit de la concurrence aux *géants du numérique*, l'arrêt *Google Shopping* a permis d'intégrer, au moins indirectement, les enjeux concurrentiels de la captation et de la valorisation de l'attention. Mais il est également controversé parce que les enjeux soulèvent d'autres questions : les finalités du droit de la concurrence, la définition du *bien-être du consommateur*, la réception éventuelle du mouvement *neo-brandeis* nord-américain, le rôle du droit de la concurrence à l'égard de la redistribution des richesses¹¹⁵...

CONCLUSION

1.

¹⁰⁸ *Ibid.* pt 227.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pt 283.

¹¹⁰ *Ibid.*, pt 417. Malgré cette qualification, la question des remèdes adaptés à l'économie de l'attention reste entière. V. en ce sens, F. Parisi et E. C. Parisi, « Rethinking Remedies for the Attention Economy », mai 2021, SSRN ; O. Budzinski, Algorithmic search and recommendation systems : the brightside, the darkside, and regularoty answers », *Competition forum, Law and economics*, 2021, n° 0019.

¹¹¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n° A528, 30 nov. 2021, Amazon.

¹¹² Voir, notamment L. Idot, « Vers un renouvellement des outils de la politique de concurrence ? », *RTD eur.*, 2021.931.

¹¹³ Règ. UE n° 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, 14 sept. 2022, art. 6.

¹¹⁴ V., en ce sens L. Gormsen et J. Llanos, « Facebook's Anticompetitive Lean in Strategies », 6 juin 2019, SSRN.

¹¹⁵ S. Vezzoso, « The first New Brandeisian decision in Europe ? », 2 mars 2022, SSRN ; adde J.-C. Roda, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018 p. 1504.

65. *A priori*, la question de l'attention en droit de la concurrence apparaissait absconse. Pourtant, les enjeux sont bien réels et la prise en compte de l'attention présente des défis concrets qui tiennent, pour l'essentiel, à l'identification des liens de concurrence entre les entreprises et des comportements abusifs qui relèvent, en particulier, de *captures d'attentions*. Trois enseignements peuvent être retenus.

66. D'abord l'attention peut être comparée à une matière première. Cette ressource est un paramètre concurrentiel que le droit de la concurrence ne peut ignorer pour mieux comprendre les tenants et les aboutissants de ce qui est désormais qualifié d'économie de l'attention. Il faut toutefois raison garder. Si ce paramètre doit être intégré au droit de la concurrence, le substituer à ceux déjà connus serait à ce stade prématuré. D'une part, cela pourrait conduire à écarter de l'analyse d'autres paramètres concurrentiels, tels que les caractéristiques des produits et services en cause. D'autre part, la focalisation du droit de la concurrence sur le phénomène de l'attention – perçu à tort comme un phénomène monosémique – pourrait conduire à son désistement : un *marché générique de l'attention*, saisi en tant que tel, conduirait à minimiser la puissance économique des acteurs de cette économie et écarterait l'application du droit de la concurrence. L'exemple du droit des concentrations témoigne de ce risque.

67. Ensuite, le droit de la concurrence dispose d'outils suffisamment plastiques qui permettent l'enrichissement de la règle de droit dans sa mise en œuvre. Il s'agit là d'un deuxième enseignement. Qu'il s'agisse de la définition du marché pertinent, de l'appréciation de la position dominante et de la faute concurrentielle, la méthode du faisceau d'indices, qui relève d'une démarche plus subjective que la méthode économétrique, permet d'appréhender ce phénomène avec mesure. Autrement dit, face à l'économisation du droit de la concurrence, l'approche juridique révèle toute sa pertinence. Car si l'économie de l'attention, telle que présentée par les économistes, est dépourvue de caractère normatif – elle dit ce qui est – le droit doit conserver toute sa place – et dire ce qui doit être –.

68. Régulièrement convoqué parce qu'il est un droit de régulation des pouvoirs économiques, le droit européen de la concurrence suffira-t-il ? Les initiatives destinées à réguler, *ex ante*, le comportement des opérateurs économiques montrent que le droit de la concurrence ne peut pas être une réponse suffisante. C'est ce qui conduit, enfin, au troisième enseignement. D'autres règles de droit des affaires pourraient trouver à s'appliquer, que l'on pense au droit des pratiques restrictives de concurrence, au droit de la concurrence déloyale, ou au droit des contrats¹¹⁶. Plus encore, les défis à relever ne sont pas toujours d'ordre concurrentiel : discours haineux, violation de la vie privée, polarisation de la vie politique, émergence de bulles cognitives, crise de la pensée, violation du consentement... Une approche transversale apparaît indispensable. Mais elle est engagée. Margrethe Vestager, la commissaire

1.

¹¹⁶ V. Comm. UE, communication COM (2016) 320 final, 25 mai 2016, p. 65 ; S. Bernheim-Desvaux, « Protéger le neuro-consommateur », CCC, n° 12, déc. 2021, p. 11

européenne à la concurrence, affirmait récemment que des « principes sont nécessaires pour protéger nos droits et notre autonomie personnelle »¹¹⁷. Est-ce là une première manifestation d'une réflexion de fond sur l'opportunité de ce que d'aucuns appellent de leurs vœux : un droit *de l'attention* ?

1. _____

¹¹⁷ M. Vestager, « Déclarer nos droits numériques », Project Syndicate, 7 fév. 2022.