

La régulation des plateformes numériques en Europe

Livre blanc

Winston Maxwell and Thierry Pénard¹

Décembre 2015

¹

Winston Maxwell est avocat associé chez Hogan Lovells et Thierry Pénard est professeur d'économie à l'Université de Rennes 1. Ce livre blanc a reçu un soutien financier par Google, mais les auteurs sont seuls responsables dudit contenu.

Résumé

L'idée de réglementer les plateformes numériques est débattue en France comme en Europe. Le Conseil National du Numérique (CNN) a publié un rapport sur la neutralité des plateformes (<http://www.cnnumerique.fr/plateformes/>). Le rapport recommande la mise en place de nouveaux instruments d'encadrement des plateformes afin de réguler leur pouvoir de marché vis-à-vis des fournisseurs de services et de contenu d'une part et de garantir les droits des utilisateurs finaux d'autre part. Dans son rapport annuel, le Conseil d'Etat français préconise d'imposer des obligations aux plateformes numériques, fondées sur le principe de loyauté². Enfin dans le cadre de sa stratégie de marché unique numérique, la Commission européenne a annoncé qu'elle explorerait les dommages potentiels causés par les plateformes sur le bien-être des consommateurs. Les propositions actuelles montrent donc une méfiance aiguë à l'égard des plateformes et de leurs effets potentiels ou réels³.

Dans ce contexte, ce papier a pour objectif d'éclairer le débat et de présenter les défis économiques et juridiques que soulèverait une régulation des "plateformes" numériques. Tout d'abord, quel est l'objet (ou la catégorie) qui doit être réglementé ? Les plateformes numériques peuvent en effet prendre de nombreuses formes : elles peuvent être tout à la fois des places de marché, des fournisseurs de services et de contenus et des "modèles d'affaires multi-faces". Un réseau de télécommunications peut être aussi considéré comme une "plateforme". La théorie économique caractérise les plateformes par les services qu'elles offrent, mais aussi par les effets sur leurs utilisateurs, les modèles d'affaires qu'elles supportent et les écosystèmes qu'elles permettent de structurer. Par ailleurs, la catégorie de "plateforme" n'existe pas actuellement dans les textes juridiques. Il existe des lois qui s'appliquent à des activités particulières ou certains services fournis par des plateformes, tels que l'activité d'hébergement de contenu (responsabilité de l'hébergeur). Du point de vue de droit communautaire, la plupart des services relevant des "plateformes numériques" sont considérés comme des "services de la société de l'Information".

Notre papier met également l'accent sur les caractéristiques économiques des plateformes et explique pourquoi l'évaluation des dommages des plateformes à l'égard des entreprises et des consommateurs est particulièrement difficile. Les plateformes sont complexes et évoluent sur des marchés très dynamiques. Les effets anticoncurrentiels et pro-concurrentiels des plateformes ne sont pas encore bien compris. Pour certains économistes, les données personnelles recueillies par les plateformes peuvent constituer une barrière à l'entrée ou une source de verrouillage des utilisateurs (Newmann, 2014). Mais d'autres (Lerner, 2014) soutiennent que les données des utilisateurs ne peuvent pas être "privatisées" par une plateforme et ne constituent pas une importante barrière à l'entrée. Evans et Schmalensee (2014) ou Peitz et Valetti (2014) montrent que les parts de marché ou les marges ne permettent pas de bien apprécier le pouvoir de marché dans le cas des plateformes. En effet, une plateforme sert plusieurs groupes de clients et utilise des stratégies de prix complexes (subventions croisées, discriminations tarifaires, ...). Par exemple, la part de marché qu'une plateforme basée sur la publicité détient du côté des utilisateurs finaux, ne mesure pas son réel pouvoir de marché. Ce dernier dépend de la capacité de la plateforme à valoriser son audience auprès des annonceurs. Sur cette face annonceur, elle est en concurrence non seulement avec des plateformes offrant les mêmes services, mais aussi avec n'importe quelle plateforme qui tire ses revenus de la publicité. Cette concurrence conduit

² <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>

³ Les propositions de plusieurs sénateurs français montrent que les efforts visant à réglementer les plateformes sont également destinés à traiter une dépendance perçue des entreprises européennes et des consommateurs vis-à-vis des grands services Internet américains: "Les craintes face au pouvoir de monopole des grands sites Internet américains ne cessent de croître en France et en Europe...L'Europe ne peut plus rester une "colonie du monde numérique" et il est temps de lutter contre la dépendance croissante de nos sociétés à l'Internet tel qu'il existe aujourd'hui et qui est devenu pour elles un facteur de vulnérabilité." (Proposition d'amendement au projet de loi Croissance, activité et égalité des chances économiques, déposé le 7 avril 2015 par Mme MORIN-DESAILLY, MM. RETAILLEAU, BIZET et LENOIR, Mme JOUANNO).

ces plateformes à fournir gratuitement leurs services aux utilisateurs finals même lorsqu'elles possèdent une part de marché élevée.

Le rapport de l'Autorité de la Concurrence et de l'Autorité des marchés anglaises (2014) portant sur "l'analyse économique des systèmes ouverts et fermés" met en exergue le fait que *"n'examiner qu'une face [d'une plateforme], sans tenir compte des autres, peut conduire à identifier des préoccupations de concurrence là où il n'y en a pas ("faux positifs") ou, au contraire, à faire le constat d'une vive concurrence, alors que le verrouillage des consommateurs sur une autre face du marché permet dans le même temps d'extraire des rentes de monopole ("faux négatifs")"*. Ignorer le caractère biface d'une plateforme numérique peut donc biaiser la perception que l'on a de son pouvoir de marché et par là, aboutir à la mise en œuvre de solutions en définitive inefficaces. Avant toute intervention, il est important de pouvoir évaluer les effets réels d'une plateforme (négatifs ou positifs) sur chacun des groupes utilisant la plateforme.

La littérature économique montre aussi la complexité de la régulation des plateformes du fait de l'existence d'interdépendances et d'effets de réseau croisés. La dimension multi-faces des plateformes implique qu'une intervention réglementaire axée sur un côté peut être inefficace, si elle a des effets contre-productifs ou incontrôlés sur les autres faces. Ces nouveaux modèles d'affaires peuvent être interprétés à tort comme des défaillances de marché, et faire l'objet d'interventions et de réglementations inutiles (ou dommageables) (Shelanski 2013).

Par ailleurs, la législation actuelle s'applique déjà aux activités des plateformes. Ces dernières sont déjà très réglementées à plusieurs titres. La loi sur la protection des données personnelles a été appliquée sur de nombreux cas de services numériques, interdisant, entre autres, un usage abusif ou déloyal de ce type de données. La décision de la CJUE "Costeja" a conduit à un changement majeur dans la manière dont les moteurs de recherche doivent répondre aux demandes individuelles de déréférencement. En France, le code de la consommation et le code du commerce interdisent diverses formes de clauses abusives ou de pratiques commerciales déloyales, et ces dispositions ont été appliquées aux plateformes en ligne, comme Kelkoo et Expedia. Des recommandations détaillées ont été publiées concernant les clauses abusives figurant dans les conditions générales d'utilisation (CGU) des réseaux sociaux.

Le droit de la concurrence permet d'intervenir sur un large éventail de pratiques anti-concurrentielles, qui pourraient être commises par lesdites plateformes. Booking.com a récemment conclu une série d'engagements avec l'Autorité de la Concurrence en France, pour mettre fin à certaines clauses et restrictions qu'elle imposait aux hôtels. Dans une procédure d'urgence, l'Autorité de la concurrence a enjoint Google de rendre les conditions d'utilisation de Google Adwords plus transparentes et non discriminatoires. Dans une autre affaire, Google a été condamné à une amende de 500 000 euros pour une pratique de prix d'éviction concernant l'accès à l'API de Google Maps.

En plus de ces règles juridiques générales, des règlements spécifiques s'appliquent à certaines activités. Les plateformes publicitaires doivent respecter des obligations de transparence en vertu du droit français et plus particulièrement de la loi "Sapin", les plateformes de paiement doivent être conformes à la législation sur les services de paiement, les plateformes de réservation de voyages sont soumises à une réglementation spéciale, etc... Dans la plupart des cas, les services fournis par les plateformes numériques sont réglementés comme ils le sont dans le monde "physique" ("hors ligne").

Les principes de régulation fondée sur des preuves ("*evidence-based regulation*") devraient s'appliquer lors de l'examen de toute initiative ciblée sur les plateformes. Les principes de l'OCDE sur la régulation de l'Internet (2011) recommandent la plus grande prudence avant d'adopter de nouvelles mesures qui ciblent les intermédiaires sur Internet. Étant donné l'évolution rapide et la complexité des écosystèmes numérique, le risque d'erreurs réglementaires est élevé,

tout comme le sont les coûts de mise en œuvre de ces mesures réglementaires (Shelanski, 2013). Les principes de bonne régulation de l'OCDE et de la Commission européenne (2015) exigent une analyse complète des défaillances du marché que la régulation est censée corriger, et de considérer si le droit existant ne peut pas être utilisé pour régler les problèmes potentiels. Les solutions d'autorégulations et de co-régulations et des comparaisons internationales (*benchmarks*) doivent être également envisagées. Des formes de régulation adaptatives et neutres sur le plan technologique doivent être préférées. Toute nouvelle proposition de réglementation doit inclure une analyse coûts-bénéfices, y compris une évaluation des éventuels préjudices causés par de nouveaux instruments réglementaires sur l'innovation, la concurrence et les droits fondamentaux.

Notre rapport conduit aux conclusions suivantes:

Le concept de plateforme recouvre un large éventail de services (et de modèles d'affaires) très hétérogènes. Avant d'envisager des mesures réglementaires visant les plateformes, des travaux additionnels sont requis pour définir exactement quels services ou activités devraient être couverts par cette réglementation et pourquoi. Si une nouvelle catégorie de réglementation est créée, elle doit être faite au niveau européen afin d'éviter la fragmentation au sein de l'Europe.

La littérature économique montre que les cadres d'analyse classiques des marchés ne s'appliquent pas nécessairement aux plateformes et à leurs modèles d'affaires. Il faut donc être prudent avant de conclure que les plateformes créent une défaillance de marché nécessitant une régulation spécifique.

Il n'existe aucune preuve avérée de comportements préjudiciables de la part des plateformes qui ne soient pas déjà couverts par le droit existant. L'obligation de loyauté existe déjà dans la législation sur la protection des données à caractère personnel, dans le code de la consommation et dans le code du commerce, et ce principe a déjà été appliqué aux plateformes numériques par les tribunaux. Le droit de la concurrence a aussi été utilisé avec succès à l'égard des abus de position dominante ou des accords anticoncurrentiels imposés par certaines de ces plateformes. Les procédures d'urgence existent et ont été mobilisées pour empêcher des risques immédiats d'atteinte à la concurrence.

Des travaux futurs sur la question de la régulation des plateformes sont nécessaires pour mieux comprendre quels sont les effets des plateformes et quels sont les meilleurs outils ou solutions pour les encadrer, sans pénaliser les écosystèmes numériques.

1. INTRODUCTION

L'idée de réglementer les plateformes numériques est débattue en France comme en Europe. Le Conseil National du Numérique (CNN) a publié un rapport sur la neutralité des plateformes (<http://www.cnnumerique.fr/plateformes/>). Le rapport recommande la mise en place de nouveaux instruments d'encadrement des plateformes afin de réguler leur pouvoir de marché vis-à-vis des fournisseurs de services et de contenu d'une part et de garantir les droits des utilisateurs finaux d'autre part. Dans son rapport annuel, le Conseil d'Etat français préconise d'imposer des obligations aux plateformes numériques, fondées sur le principe de loyauté⁴. Enfin, dans le cadre de sa stratégie de marché unique numérique, la Commission européenne a annoncé qu'elle explorerait les dommages potentiels causés par les plateformes sur le bien-être des consommateurs. Les propositions actuelles montrent donc une méfiance aiguë à l'égard des plateformes et de leurs effets potentiels ou réels⁵.

Le débat entourant la régulation des plateformes en France a mis en lumière deux principales préoccupations. La première porte sur les risques de comportements anticoncurrentiels des plateformes envers les fournisseurs de services et de contenus, qui peuvent prendre la forme de clauses contractuelles abusives, d'exclusivité, de discrimination ou d'un défaut de transparence. L'autre crainte porte sur les relations avec les internautes et l'usage de leurs données personnelles (clauses contractuelles abusives,...). Sont aussi évoqués des dommages plus larges causés à la société, telles que la diffusion de contenus illégaux, une réduction dans la pluralité de l'information ou une atteinte à la souveraineté. Ces différents griefs n'ont pas fait, à notre connaissance, l'objet d'une étude détaillée pour en mesurer la réalité. La plupart des détracteurs s'en tiennent plus à des risques potentiels qu'à des faits avérés de comportements dommageables de ces plateformes. Ils soulignent aussi la lenteur ou l'inadéquation du droit de la concurrence pour répondre à ces pratiques anticoncurrentielles présumées.⁶

Dans sa communication du 6 mai 2015 sur le marché unique du numérique, la Commission européenne a identifié les avantages ainsi que les risques potentiels de ces plateformes numériques.

"Les plateformes en ligne (par exemple, les moteurs de recherche, les médias sociaux, les plateformes de commerce électronique, les boutiques d'applications, les comparateurs de prix) jouent un rôle de plus en plus important dans la vie économique et sociale: elles permettent aux consommateurs de trouver des informations en ligne et aux entreprises de tirer parti des avantages du commerce électronique. L'Europe possède un grand potentiel dans ce domaine mais il est bridé par le morcellement des marchés qui entrave l'expansion des entreprises.

"Les plateformes produisent, accumulent et gèrent un énorme volume de données sur leurs clients et utilisent des algorithmes pour les transformer en informations exploitables. La croissance de ces données est exponentielle: 90 % des données qui circulent sur l'internet ont été créées il y a moins de 2 ans. Par ailleurs, les plateformes jouent un rôle novateur dans l'économie numérique en aidant les petites entreprises à développer une présence sur l'internet

⁴ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>

⁵ Les propositions de plusieurs sénateurs français montrent que les efforts visant à réglementer les plateformes sont également destinés à traiter une dépendance perçue des entreprises européennes et des consommateurs vis à vis des grands services Internet américains: "Les craintes face au pouvoir de monopole des grands sites Internet américains ne cessent de croître en France et en Europe...L'Europe ne peut plus rester une "colonie du monde numérique" et il est temps de lutter contre la dépendance croissante de nos sociétés à l'Internet tel qu'il existe aujourd'hui et qui est devenu pour elles un facteur de vulnérabilité." (Proposition d'amendement au projet de loi Croissance, activité et égalité des chances économiques, déposé le 7 avril 2015 par Mme MORIN-DESAILLY, MM. RETAILLEAU, BIZET et LENOIR, Mme JOUANNO)

⁶ Une présentation plus détaillée des rapports et propositions de régulation des plateformes se trouve à l'Annexe 1

*et à s'implanter sur de nouveaux marchés. Les nouvelles plateformes vouées aux services de mobilité, au tourisme, à la musique, à l'audiovisuel, à l'enseignement, à la finance, à l'hébergement et au recrutement ont remis rapidement et radicalement en question les modèles économiques traditionnels et connaissent une croissance exponentielle. La montée en puissance de l'économie du partage est également porteuse de progrès en matière d'efficacité, de croissance et d'emploi en élargissant le choix offert au consommateur, mais elle pourrait aussi poser de nouvelles difficultés réglementaires."*⁷

Les risques potentiels cités par la Commission sont essentiellement liés aux asymétries d'information et au pouvoir de marché dont pourraient abuser certaines de ces plateformes.

"En fonction de leur type et de leur puissance sur le marché, certaines plateformes ont autorité sur l'accès aux marchés en ligne et peuvent exercer une influence significative sur le mode de rémunération des acteurs du marché. Cette situation suscite des inquiétudes face à la puissance grandissante de certaines plateformes sur le marché, parmi lesquelles un manque de transparence quant à la manière dont elles utilisent les informations qu'elles obtiennent, leur pouvoir de négociation par rapport à celui de leurs clients, qui peut se refléter dans les conditions qu'elles pratiquent (en particulier à l'égard des PME), la promotion de leurs propres services au détriment des concurrents et des politiques tarifaires non transparentes, ou des restrictions concernant la fixation des prix et les conditions de vente.

*Certaines plateformes en ligne sont désormais devenues des acteurs économiques à part entière dans de nombreux secteurs de l'économie, et la manière dont elles utilisent leur puissance sur le marché pose un certain nombre de problèmes qui méritent une analyse dépassant la seule application du droit de la concurrence dans des cas spécifiques. La Commission a également mis l'accent sur la nécessité d'améliorer les mécanismes de la suppression des contenus illicites sur Internet, y compris l'idée d'imposer une forme quelconque d'obligation de diligence aux intermédiaires de l'Internet."*⁸

La Commission conclut en annonçant le lancement d'une enquête approfondie sur les plateformes pour mieux évaluer leur rôle économique et leurs relations contractuelles avec les fournisseurs.

Dans le cadre des débats à venir, le présent document a pour objectif de soulever un certain nombre de questions sur la possibilité et la pertinence d'une régulation des plateformes :

- est-il possible de définir précisément ce qu'est une plateforme du point de vue économique et juridique ?
- compte tenu des caractéristiques économiques des plateformes numériques, est-il possible de mettre en évidence des défaillances de marché et inefficacités liés à l'activité de ces plateformes ?
- est-il possible avec les lois et réglementations existantes d'encadrer les comportements des plateformes ?
- quels sont les gains et les coûts à attendre d'une régulation des plateformes ?

⁷

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, Bruxelles, le 6.5.2015 COM(2015) 192 final, page 13, http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf

⁸

Ibid

2. LES DIFFICULTES DE DEFINIR UNE "PLATEFORME"

Cette section s'intéressera aux problèmes que pose la définition des plateformes. Les pouvoirs publics qualifient de "plateforme" des choses très différentes : des infrastructures, des services et des marchés très hétérogènes, qui peuvent être eux-mêmes soumis à des réglementations différentes.

Comme nous le verrons, ce flou dans les définitions crée une ambiguïté quant aux secteurs d'activité et aux entreprises qui pourraient se trouver dans le périmètre "d'une réglementation des plateformes". L'absence de critères objectifs et clairs susceptibles d'identifier et de délimiter une "plateforme" rend difficile la mise en œuvre transparente et non discrétionnaire d'un cadre réglementaire spécifique s'appliquant aux plateformes. Une telle réglementation pourrait finalement s'appliquer à une gamme de services très large.

2.1 Approche économique

Les économistes ont proposé différentes approches pour définir ce qu'est une plateforme.

(a) Les plateformes en tant qu'infrastructures

Une première approche consiste à définir une plateforme comme une infrastructure qui permet de supporter des activités économiques et de faciliter des échanges et des interactions. Dans cette perspective, tout opérateur de télécommunication ou tout fournisseur d'accès à Internet est une plateforme qui supporte des services de communication (courriel, SMS, les appels, messagerie instantanée,...), ainsi que de nombreuses autres applications. Un réseau est donc assimilable à une plateforme. Cette approche a été utilisée dans le domaine des télécoms ; par exemple, Benkler (2000) et Cooper (2003) soutiennent que la couche " infrastructure physique" des plateformes de communications doit rester ouverte.

(b) Les plateformes en tant que services

Une deuxième approche consiste à définir une plateforme par les services qu'elle fournit. Les plateformes jouent un rôle majeur en tant qu'intermédiaires entre différents agents économiques (commerçants, fournisseurs de contenus et services, annonceurs, utilisateurs...). Elles offrent différents types de services : communications, divertissements, informations, réseaux sociaux, rencontres en ligne, jeux en ligne, recherches, commerce électronique...

En règle générale, la littérature économique distingue quatre types de plateformes : les plateformes de mise en relation ou d'échange (à l'image d'AirBnB, AmazonMarketplace, Match.com...), les plateformes de partage des coûts (telle que l'AppStore d'Apple ou le PlayStore de Google, Windows, iOS, Bing, YouTube, Spotify...) et les plateformes de production et management de connaissance (par exemple, Wikipedia, Tripadvisor...) (Brousseau et Pénard, 2007).

Les plateformes de mise en relation connectent deux groupes souhaitant interagir ou faire des échanges (vendeurs et acheteurs sur Amazon Marketplace, hôtes et voyageurs sur AirBnB, hommes et femmes sur Match.com) et leur fournir des services de recherche, de recommandations, de réservation et de paiement. En d'autres termes, l'intérêt que représente l'utilisation de ce type de plateforme est de faciliter et sécuriser les interactions, en étant un tiers de confiance.

Les plateformes de partage des coûts fournissent des systèmes de hardware et software ainsi qu'un ensemble de standards et d'interfaces qui permettent aux développeurs tiers de concevoir des applications et des services, et aux utilisateurs finaux d'utiliser ces applications et services sur leurs appareils (ordinateurs, tablettes, Smartphones, consoles de jeux vidéo...). Ces

plateformes réduisent les coûts de développement et facilitent l'implémentation des applications numériques.

Les plateformes financées par les annonceurs fournissent en réalité deux types de services : ils offrent des informations, du contenu (vidéo, musique) ou d'autres services (recherche, recommandation) aux utilisateurs finaux et ils offrent des solutions publicitaires (bannières, liens sponsorisés,...) aux entreprises qui souhaitent promouvoir leurs produits et attirer ces utilisateurs. Un journal ou une chaîne de télévision commerciale est également une plateforme financée par les annonceurs.

Enfin, les plateformes de production et de management de connaissances fournissent des services de collecte de données et d'agrégation, de mise en commun, puis de traitement de l'information afin de générer des services à valeur ajoutée et des services axés sur ces informations. Wikipédia est un bon exemple, mais ce type de plateforme englobe également toute plateforme qui s'appuie majoritairement sur des algorithmes, à l'image des plateformes de moteurs de recherche ou de recommandations (Google, Amazon).

Il est à noter que certaines plateformes telles Google ou Facebook sont hybrides et se positionnent transversalement sur les quatre catégories de plateformes susmentionnées. Par exemple, Facebook est un site de réseau social qui facilite les interactions sociales entre ses utilisateurs, offre des espaces publicitaires ainsi que des applications et contenus provenant de tiers (jeux de société) et fournit par ailleurs des services de recommandations.

(c) Les plateformes et leurs effets

La troisième approche consiste à définir une plateforme par ses effets. Un des effets majeurs d'une plateforme est la réduction des coûts de transaction, de recherche et de mise en relation qui sont induits par toute activité économique sur un marché donné. Un autre effet est de réduire les problèmes d'information et de coordination (externalité, asymétrie d'information, incertitude) sur les marchés. Les plateformes jouent un rôle de régulateur et utilisent différents instruments et mesures incitatives afin de stimuler les externalités positives (c'est-à-dire les effets de réseaux), de réduire les externalités négatives (c'est-à-dire la congestion) et les comportements inefficaces (Boudreau et Hagiu, 2010). Les plateformes ont par ailleurs un effet de stimulation sur l'innovation. Les plateformes créent de nouvelles possibilités d'innovation : nouveaux processus de production et de distribution, nouveaux services, nouvelles organisations,... Par exemple, les places de marchés C2C permettent aux consommateurs de créer des marchés d'occasion qui n'auraient pas pu exister au sein des marchés physiques ou, en tout cas, à moindre échelle (c.-à-d. les marchandises à collectionner).

(d) Les plateformes en tant que modèle d'affaire

La quatrième approche consiste à définir une plateforme comme un modèle d'affaire. Rochet et Tirole (2003, 2006) caractérisent une plateforme par les trois conditions suivantes: i) la plateforme gère au moins deux groupes d'utilisateurs, ii) la plateforme génère des effets de réseaux croisés (c'est à dire des demandes interdépendantes) et iii) sa structure de prix ou ses conditions d'accès détermine le volume d'interactions ou de transactions et la valeur créée par le biais de la plateforme. Evans and Schmalensee (2007, 2014) proposent une définition différente et qui capture les éléments clés de l'activité d'une plateforme. Selon eux, une plateforme multi-face possède "(a) au moins deux groupes de clients; (b) interdépendants d'une manière ou d'une autre; (c) mais qui ne peuvent seuls et mutuellement capturer la valeur de leurs interactions; et (d) s'appuie sur son rôle de catalyseur afin de permettre la création de valeur générée par l'interaction créée entre eux." Avec une telle définition, une plateforme est toujours source d'efficacité (économies sur les coûts, création de valeur qui n'existerait pas autrement). Rochet et Tirole (2006) se sont concentrés sur la structure de prix afin de définir les marchés bifaces: " la plateforme peut affecter le volume des transactions en choisissant de faire payer d'avantage un

des côtés du marché et en réduisant le prix payé par l'autre côté d'un montant équivalent; autrement dit, la structure des prix compte, et la plateforme doit être conçue de manière à attirer des acteurs des deux côtés".

La stratégie des plateformes consiste à utiliser à la fois des politiques tarifaires et non tarifaires afin d'atteindre la masse critique (c'est à dire d'attirer un nombre suffisant d'utilisateurs de chaque côté, et dans les bonnes proportions). Certaines stratégies de plateformes sont également utilisées par des entreprises traditionnelles comme par exemple: la discrimination, les ventes liées et les accords exclusifs. Mais les plateformes utilisent en outre des stratégies qui leurs sont propres à l'image de la stratégie "diviser et conquérir" (Caillaud and Jullien, 2003), et de la stratégie "zigzag" (Parker and Van Alstyne, 2014) dans le but d'attirer des utilisateurs des deux côtés et d'éliminer les plateformes concurrentes. Une stratégie assez commune consiste à faire payer à l'un des côtés un prix en dessous du prix marginal (ou même d'offrir l'utilisation de la plateforme gratuitement ou à un prix négatif) alors que l'autre côté devra payer un prix élevé (frais d'inscription, commissions ...). De ce point de vue, AmazonMarketplace est une plateforme d'affaires (c'est à dire que le côté vendeur contribue plus que le côté des acheteurs) alors qu'Amazon.com ne l'est pas. Ce dernier est un détaillant en ligne achetant des produits pour les revendre.

(e) Les plateformes en tant qu'écosystème

Enfin, une plateforme peut aussi être comparée à un écosystème. Selon les autorités de la concurrence française et anglaise, un écosystème est "un groupe d'entreprises –concurrentes et actrices sur une même chaîne de valeur – travaillant ensemble afin de créer un nouveau marché et de produire des services et des biens de valeur pour le consommateur", le cœur de l'écosystème étant composé d'une ou de plusieurs plateformes interconnectées reliant les différents côtés de l'écosystème (les consommateurs, les producteurs de composants, les développeurs, etc). (Autorité de la Concurrence/Competition & Markets Authority 2014). Le rôle des plateformes est de gérer et de réglementer l'écosystème (Boudreau et Hagiu, 2010). Les plateformes développent des règles de gouvernance permettant de réglementer l'accès et les interactions entre les différentes parties impliquées dans l'écosystème, à l'aide de politiques monétaires et non monétaires (standards, normes de qualité, exigences techniques,...)

De même, Gawer et Cusumano (2014) définissent les plateformes comme des écosystèmes propices à l'innovation. Pour ces auteurs une plateforme est un "ensemble de ressources, produits, services ou technologies fournissant les bases à partir desquelles les entreprises peuvent développer leurs propres produits complémentaires, technologies ou services".

2.2 La définition juridique du terme "plateforme"

(a) La Directive commerce électronique 2001/31/CE

En droit européen, la plupart des services en ligne sont considérés comme des "services de la société de l'information." La directive commerce électronique 2001/31/CE dispose que les services de la société de l'information ne peuvent être soumis à un régime d'autorisation préalable, et que les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné par la directive, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. La Directive impose toutefois à ces services des exigences minimales en termes d'information.

En outre, la directive commerce électronique stipule que certaines catégories de prestataires de services de la société de l'information peuvent bénéficier d'un régime de responsabilité aménagée pour le contenu fourni par leurs utilisateurs. Ces acteurs sont ceux qui fournissent des services de "simple transport", de "caching" ou d'"hébergement".

Par ailleurs, le droit européen prévoit des règles spéciales pour les fournisseurs de "services de communications électroniques" ainsi que pour les fournisseurs de "services de médias audiovisuels à la demande", les fournisseurs de services de paiement, d'assurance ou des services financiers.

En droit européen, ce qui se rapproche le plus du concept de "plateforme" est la définition de fournisseur d'hébergement au titre de la directive commerce électronique, à savoir un service de la société de l'information "consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service"

(b) Les autres formes de prestataires et intermédiaires.

La loi reconnaît d'autres formes d'intermédiaires : agents, distributeurs, commissionnaires, courtiers, "régies publicitaires", etc. Ces intermédiaires font souvent l'objet de législations spécifiques, comme la législation applicable aux courtiers en assurance, aux agences de voyages, aux agents publicitaires, aux distributeurs/revendeurs de biens non transformés, etc. Ces régimes juridiques s'attachent au rôle économique joué par le fournisseur de services, et non à l'existence d'une plateforme technologique. Par exemple, une entité qui achète et revend des biens sous son nom propre sera considérée comme un distributeur. Une entité facilitant les transactions entre acheteurs et vendeurs sera considérée comme un agent ou un courtier et ce, indépendamment du moyen technologique utilisé.

Quand il s'agit d'appliquer ces définitions à des marchés en ligne complexes, les tribunaux ont pris l'habitude de séparer les différentes activités des fournisseurs de services, reconnaissant qu'un même fournisseur peut avoir une activité d'hébergement pour certaines activités, et une activité de courtier ou de distributeur pour d'autres.

Conformément à cette approche, les tribunaux éviteront une définition générale de plateforme et envisageront plutôt les plateformes numériques comme une collection de services hétérogènes, chaque service pouvant être régi par des régimes juridiques distincts (hébergement, courtage, paiement, etc.) Les tribunaux imposeront des obligations légales selon la nature du service fourni, indépendamment de la technologie utilisée. A ce niveau, les lois sont généralement neutres sur le plan technologique.

(c) Conclusion

Pour les économistes, une plateforme numérique peut être définie par ses infrastructures, par les services qu'elle fournit, les modèles d'affaire qu'elle supporte, ou par les écosystèmes qu'elle structure. Selon la définition qu'on lui donne, la régulation peut se concentrer sur la couche infrastructure (réseau, hardware ou système d'exploitation) ou sur la couche service/application. Une approche selon le modèle d'affaire impliquerait de ne réguler que les plateformes s'appuyant sur un marché biface alors qu'une approche selon l'écosystème amènerait à réguler les plateformes et les différents acteurs liés à celui-ci (fournisseurs de produits ou de services complémentaires). Ces différentes approches économiques rendent difficile l'élaboration de lignes directrices claires visant à réguler la catégorie juridique "plateforme" ou "plateforme numérique", la gamme de services et de modèles d'affaires couverts étant potentiellement vaste.

Selon la législation européenne, les plateformes numériques sont généralement considérées comme des "services de la société de l'information" et bénéficient à ce titre du principe de la libre circulation des services au sein de l'Union européenne en application de la directive commerce électronique. Lors de l'examen de questions juridiques telles que la responsabilité, les tribunaux et les autorités de concurrence traitent les plateformes comme des fournisseurs de différents services et examinent chacun de ces services séparément afin de déterminer les règles juridiques applicables.

3. POURQUOI UNE REGULATION EX ANTE DES PLATEFORMES NUMERIQUES EST RISQUEE ET NE DEVRAIT ETRE ENVISAGEE QU'EN DERNIER RESSORT

3.1 Les effets du réseau peuvent créer des situations temporaires de "winner takes all"

Les marchés sur lesquels sont présentes les plateformes numériques ont certaines caractéristiques économiques qui peuvent à la fois restreindre et stimuler la concurrence.

- une structure de coûts caractérisée par des coûts fixes élevés et des coûts marginaux relativement bas (en matière de production ou de distribution de services et contenus numériques), générant des économies d'échelle et induisant une concentration de l'offre;
- d'importants effets de réseaux directs et indirects: l'utilité ou le bénéfice d'un service est directement et/ou indirectement influencé par le nombre (actuel ou potentiel) d'utilisateurs du service. Ces effets de réseaux sont plus importants sur les plateformes fournissant des services de communication (ex: sites de réseaux sociaux tel que Facebook et Snapchat...) que pour les moteurs de recherches ou les plateformes médias.
- des effets de rétroactions positives : les économies d'échelles et les effets de réseaux combinés génèrent des rétroactions positives qui influencent la diffusion des services (Shapiro and Varian, 1998). Ces rétroactions positives impliquent que les plateformes dominantes deviennent de plus en plus dominantes et que les plateformes dominées ont de plus en plus de mal à survivre. Le succès et la domination d'une plateforme dépendent de sa capacité à atteindre une masse critique d'utilisateurs (seuil critique). Cette propriété rend les activités pratiquées sur les plateformes très risquées mais aussi très attractives (effet de "winner takes all").
- des marchés dynamiques : les marchés numériques sont caractérisés par un rythme soutenu de l'innovation, pouvant rapidement redistribuer les pouvoirs de marché et faciliter les entrées. Une entreprise dominante ne peut jamais se sentir réellement protégée et doit de façon permanente innover afin de préserver sa position et empêcher d'autres entreprises d'innover plus rapidement.

3.2 Les effets de "verrouillage"

Il existe des raisons légitimes de craindre la domination de certaines plateformes numériques telles que Google ou Facebook compte tenu du rôle qu'elles jouent au sein de leur marché respectif. Elles peuvent être des intermédiaires clés entre les différents acteurs du marché. Elles peuvent de surcroît donner accès à des services et des contenus considérés comme essentiels. De manière générale, ces plateformes jouent un rôle structurant et régulateur sur les activités économiques. C'est pour ces raisons qu'elles suscitent des craintes en matière de concurrence. Certains redoutent que les plateformes dominantes verrouillent les consommateurs ou empêchent des plateformes concurrentes ou des fournisseurs de services complémentaires d'entrer sur le marché. De plus et de par leurs activités, les plateformes collectent de nombreuses données d'utilisateurs. Ceci soulève des questions concernant la protection de la vie privée, mais aussi la libre concurrence. Pour certains économistes, les données collectées par le biais des plateformes peuvent constituer des barrières à l'entrée ou être une source de verrouillage des utilisateurs (Newmann, 2014). Ces derniers avancent, en effet, l'argument selon lequel les données collectées peuvent procurer un avantage concurrentiel aux plateformes pouvant par la suite améliorer la qualité de leurs algorithmes ou personnaliser leurs services. Mais pour d'autres économistes, cet avantage reste tout relatif, les données d'utilisateurs n'étant pas exclusives. Une plateforme ne peut interdire à ses utilisateurs de donner la même information à une autre plateforme (il n'est pas possible de privatiser une donnée utilisateur). En d'autres termes, les données sont des biens non rivaux et non exclusifs, et de ce fait une plateforme ne peut contrôler ou capturer toutes les données des utilisateurs (Lerner, 2014).

3.3 Le "Multi-Homing" diminue le pouvoir de marché.

Les marchés numériques sont caractérisés par l'utilisation simultanée de plusieurs plateformes par les utilisateurs finaux (multi-homing) et de faibles "switching costs" (coûts de changements de plateformes). Le succès rencontré par les plateformes peut être rapide, mais leur déclin peut se faire sur un laps de temps tout aussi court. La plupart du temps, la domination d'une plateforme s'explique par d'autres facteurs que les seuls "effets de réseaux et de verrouillage": la capacité d'innovation, la qualité de service ou la qualité de l'expérience utilisateur ... il n'y a donc aucune raison de présumer que l'accumulation des données utilisateurs se fait au détriment de l'innovation et du bien-être des consommateurs. Selon Lerner (2014), les plateformes telles que Google ou Facebook "donnent lieu à des services de qualité offerts aux utilisateurs à des prix subventionnés, et bien souvent nuls (gratuits)". " L'argument selon lequel la collecte des données des utilisateurs crée des économies d'échelles significatives, et conduit de ce fait au renforcement des plateformes numériques dominantes, ne trouve pas en réalité d'écho".

Un autre contre-argument consiste à dire que la domination de certaines plateformes tend à être temporaire et contrainte du fait des goûts hétérogènes des utilisateurs finaux. Les effets de rétroactions positives constituant le cœur des marchés numériques facilitent l'émergence des plateformes de type " winner takes all" et accélèrent leur succès mais ces mêmes logiques contribuent aussi à leur déclin et à leur remplacement par de nouvelles plateformes.

A titre d'exemple, il y a quelques années, la Commission Européenne était inquiète de la stratégie de vente liée adoptée par Microsoft pour Windows, Internet Explorer et Windows Media Player, craignant un effet de levier sur les marchés des navigateurs et des lecteurs médias. Pourtant aujourd'hui, ce sont deux autres navigateurs (Chrome and Firefox) qui sont devant Internet Explorer en termes de part de marché. La récente annonce de Microsoft d'une sortie de Windows 10 sans son propre navigateur internet prouve que la menace était en réalité exagérée⁹.

La domination des plateformes est aussi limitée par l'utilisation par les consommateurs finaux de stratégies de multihoming et de personnalisation des services, dès lors qu'aucune plateforme ne peut répondre totalement à tous leurs besoins. Beaucoup d'économistes estiment que le rythme élevé d'innovations et la possibilité de personnalisation des services numériques stimulent la concurrence par l'innovation et la qualité. Le fait que beaucoup de plateformes soient gratuites et que les services numériques soient modulables encouragent les utilisateurs finaux à changer de plateformes, ou à combiner les services offerts par différentes plateformes.¹⁰

3.4 Les parts de marchés ne correspondent pas nécessairement au pouvoir du marché

Une autre problématique porte sur la méthode qui doit être utilisée pour évaluer le pouvoir de marché des plateformes de façon à établir une liste des plateformes à réguler et concevoir éventuellement par la suite des remèdes "ex ante". Comme ont pu le montrer Evans et Schmalensee (2014) ou Peitz et Valetti (2014), les méthodes utilisées sur des marchés traditionnels ne sont pas adaptées ou pertinentes en ce qui concerne les marchés avec

⁹ La part de marché du navigateur de Microsoft Internet Explorer a atteint un sommet en 2004 et puis a diminué progressivement, bien avant que la Commission européenne ne décide en 2009 que Microsoft devait offrir aux utilisateurs de Windows le choix entre différents navigateurs et de favoriser les fabricants d'ordinateurs et d'utilisateurs pour désactiver Internet Explorer.

¹⁰ Les préoccupations de verrouillage sont aussi très différentes selon le type de plateformes (en termes de services et modèles économiques). Par exemple, un moteur de recherche ou une plateforme financée par les annonceurs ne bénéficient pas d'effets «de réseau» bilatéraux et, par conséquent, les utilisateurs ont des coûts de changement de plateforme plus bas (et un plus faible risque de se retrouver verrouillé) par rapport à une place de marché comme Airbnb ou Blablacar, ou à un site de réseau social comme Facebook. Cela implique que la même approche réglementaire ne peut s'appliquer aux places de marché et aux plateformes d'audience comme Google ou Facebook. Une approche au cas par cas s'impose. Mais ce type d'analyse au cas par cas est très complexe et coûteuse à réaliser et est mieux adapté à des autorités de la concurrence.

plateformes. La définition du pouvoir de marché ne peut pas reposer sur les seules parts de marché ou sur une comparaison entre le prix et le coût marginal. Une plateforme sert plusieurs groupes de clients ayant des demandes interdépendantes (effets de réseau croisés) et utilise des stratégies de prix complexes. Par exemple, la part de marché qu'une plateforme basée sur la publicité détient du côté des utilisateurs finals ne mesure pas son réel pouvoir de marché. Ce dernier dépend de la capacité de la plateforme à valoriser son audience auprès des annonceurs. Sur cette face annonceur, elle est en concurrence non seulement avec des plateformes offrant les mêmes services, mais aussi avec n'importe quelle plateforme qui tire ses revenus de la publicité. Cette concurrence conduit ces plateformes à fournir gratuitement leurs services aux utilisateurs finals même lorsqu'elles possèdent une part de marché élevée.

3.5 Ecosystème ouvert versus Ecosystème fermé.

Le rapport portant sur "l'analyse économique des systèmes ouverts et fermés" et réalisé par l'Autorité de la concurrence, met en exergue le fait que *"n'examiner qu'une face [d'une plateforme], sans tenir compte des autres, peut conduire à identifier des préoccupations de concurrence là où il n'y en a pas ("faux positifs") ou, au contraire, à faire le constat d'une vive concurrence, alors que le verrouillage des consommateurs sur une autre face du marché permet dans le même temps d'extraire des rentes de monopole ("faux négatifs")"*. L'ignorance du caractère biface d'un marché de plateforme peut biaiser la perception que l'on a sur le pouvoir de marché et par là, aboutir à la mise en œuvre de solutions en définitive inefficaces. Avant toute intervention, il est important de bien évaluer les effets réels d'une plateforme (négatifs ou positifs) sur chacun des groupes utilisant la plateforme comme le rappellent Evans et Schmalensee (2014) : "De façon générale, une plateforme peut augmenter le bien-être des consommateurs de manière globale si elle augmente la valeur générée plus que le prix de son utilisation. Il est possible cependant, que des changements dans la structure de ses prix et de sa production ne bénéficient qu'aux clients présents sur l'un des côtés et alors que parallèlement les clients présents sur l'autre côté en pâtissent. Afin de procéder à une évaluation, il n'y aucune raison économique pour laquelle on devrait se focaliser que sur les pertes d'un des groupes de clients et ignorer les gains de l'autre groupe." ¹¹

L'un des arguments mis en avant afin de justifier la mise en place d'une régulation des plateformes est qu'elles développent des écosystèmes fermés, dans lesquels elles favorisent leurs services et contenus propres, empêchant des services concurrents d'accéder à leurs utilisateurs, ceci au détriment de l'innovation. Un premier contre-argument réside dans le fait qu'il n'existe aucune étude montrant une supériorité des écosystèmes ouverts sur les écosystèmes fermés dans le domaine des plateformes numériques. Chaque type d'écosystème présente ses propres avantages. Selon l'étude de l'Autorité de la Concurrence sur "l'analyse économique des systèmes ouverts et fermés", une plateforme ouverte "maximise les effets de réseau et les économies d'échelle pour les fabricants de composants", augmentant par-là la concurrence au sein de l'écosystème et stimulant l'entrée sur le marché par l'innovation sur les composants. Cependant, les plateformes fermées peuvent aussi avoir des avantages en termes d'innovations : "les systèmes fermés augmentent la concurrence entre écosystèmes (entraînant une féroce concurrence 'pour le marché') et augmentent les incitations à innover et à entrer au sein du marché au regard des futurs bénéfices escomptés." "Les écosystèmes ouverts génèrent des gains d'efficacités de quatre façons: ils amplifient les effets de réseau, ils maximisent les économies d'échelle, font en sorte que le propriétaire du système s'engage à ne pas renégocier ultérieurement les redevances d'accès au système des développeurs de composants une fois que les investissements spécifiques au système ont été réalisés et font aussi en sorte que le propriétaire s'engage à ne pas 'exproprier' les utilisateurs de leurs investissements dans le système." Cependant, et de la même manière, les écosystèmes fermés présentent aussi quatre

¹¹ Evans et Schmalensee (2014) soulignent également que "le fait que les industries fondées sur des plateformes s'écartent de toute concurrence parfaite, ne devrait pas durcir la politique de concurrence, dès lors que les marchés qui ne sont pas biface s'écartent eux aussi de la concurrence parfaite."

types de gains d'efficience." ils assurent la compatibilité entre les composants, protègent contre le parasitisme, permettent la coordination entre utilisateurs et permettent d'éviter les inconvénients liés à la standardisation". Ces arguments contredisent donc l'idée que les plateformes fermées pourraient nuire nécessairement à la concurrence et à l'innovation.

3.6 L'innovation par les utilisateurs

Il est aussi important de mettre en exergue le fait que l'innovation au sein des marchés numériques peut provenir des utilisateurs finaux ou de communautés d'utilisateurs (voir Von Hippel, 2005). Ces derniers peuvent combiner ou assembler des services de plusieurs plateformes afin de disposer d'un service sur-mesure ou personnalisé. La régulation des plateformes risque de réduire cette source d'innovation si elle revient à bannir certains services à l'initiative des utilisateurs. Évidemment certaines mesures comme l'interopérabilité des données ou la compatibilité des services entre plateformes peut promouvoir l'innovation par les utilisateurs. Mais les coûts et les bénéfices que représente la mise en place de règles nouvelles doivent être évalués avec précaution, en prenant en compte les incitations à innover de la part de la plateforme, des tierces parties et des utilisateurs finaux.

3.7 Quel est le nombre optimal de plateformes?

Une autre question qui demeure ouverte est le nombre optimal de plateformes opérant sur un marché : 1, 2, 3, plus ? Dans le cas de la téléphonie mobile, les régulateurs européens ont eu l'occasion de changer d'avis. Il y a quelques années, "4 ou 5 opérateurs mobiles" représentait le Saint Graal. Dorénavant, ces mêmes autorités se déclarent favorables à la consolidation du secteur autour de trois concurrents.

En ce qui concerne les plateformes, une approche au cas par cas serait nécessaire eu égard à la grande diversité des marchés couverts. Ceux caractérisés par de forts effets de réseaux pourraient avoir une structure optimale comprenant une ou deux plateformes dominantes. Sur d'autres marchés, l'hétérogénéité des goûts des utilisateurs peut permettre l'existence d'un grand nombre de plateformes spécialisées. La configuration optimale peut aussi être l'existence d'une plateforme dominante servant une audience de masse et quelques plateformes de niche. La théorie économique ne permet donc pas de faire ressortir une configuration type qui se révélerait toujours supérieure en termes de bien être, et qui pourrait servir de modèle en cas de régulation des plateformes.

3.8 Les coûts et les erreurs de régulation

Comme tout spécialiste en droit de la concurrence le sait, une position dominante n'est pas illégale en soi. Seul son abus l'est. En effet, la possibilité de devenir le prochain Facebook ou Google est ce qui alimente l'innovation et la concurrence, notamment dans le domaine de l'internet. Shelanski (2013, p. 1669) résume ce principe Schumpeterien comme suit : "...la concurrence sur internet est très souvent la concurrence pour la totalité du marché à travers l'innovation, plutôt que la concurrence pour une part du marché par le biais du prix."

"La pression sur une entreprise dominante vient des concurrents potentiels qui innoveront afin de supplanter l'acteur en place, plutôt que des concurrents actuels qui tentent de survivre ; ainsi, la concurrence est plus séquentielle que simultanée. Une politique de concurrence basée sur une vision statique de domination du marché risque de minimiser la véritable source de pression concurrentielle sur les monopoles existants et de réduire les incitations à innover des concurrents potentiels. Les partisans de ce point de vue concluent que le coût des erreurs liées à une réglementation jugée trop stricte est suffisamment élevé, et que la société devrait préférer les erreurs de sous-réglementation antitrust sur les marchés d'une plateforme numérique."

Daigle (2015) se réfère aux exemples d'Alta Vista et MySpace pour illustrer le principe qu'il n'y a "aucun monopole permanent" sur Internet : "Systématiquement, Internet prend en charge et favorise des approches utiles ; les technologies anciennes, obsolètes ou dépassées meurent dans le cas contraire." (Daigle, 2015, p. 9)

Par ailleurs, si une Autorité entend réguler une plateforme considérée comme dominante, l'action peut en réalité aboutir à l'accélération de son remplacement par une nouvelle plateforme dominante. D'un côté, cela peut créer plus d'incitation auprès de potentiels concurrents à vouloir développer de nouvelles plateformes. Cependant les entrepreneurs et investisseurs peuvent aussi anticiper que les avantages d'une position de monopole seront plus limités dans le temps. Cette régulation pourrait donc créer beaucoup d'incertitudes et d'instabilités et réduire par-là les incitations à innover, ce qui serait contre-productif.

Shelanski (2013) ainsi que Manne et Wright (2011) ont montré que dans le domaine des politiques de concurrence, le risque d'erreur de régulation est élevé quand cette dernière vise des modèles d'affaires reposant sur Internet. Les régulateurs ont tendance à voir trop hâtivement des pratiques anti-concurrentielles dans l'émergence de nouveaux modèles d'affaires numériques. Plus important encore, le coût de l'erreur est bien plus élevé lorsqu'il s'agit de ce que l'on appelle les erreurs de "type I" – c'est à dire lorsque qu'un régulateur impose par erreur un remède alors que la situation est efficace — que pour une erreur de "type II" – à savoir quand un régulateur n'impose pas de remède alors que la situation est inefficace --. Ceci nous amène à conclure que sur des marchés très volatiles et très dynamiques, les régulateurs devraient avant tout se préserver du premier type d'erreur en limitant leur intervention.

On en trouve une bonne illustration dans l'affaire concernant le pouvoir de marché détenu par iTunes. En 2004, des plaintes avaient été déposées, et ce afin de faire reconnaître le système de DRM d'Apple en tant qu'"infrastructure essentielle". L'Autorité de la concurrence avait rejeté cette demande, tout en affirmant qu'elle ne disposait pas de preuves suffisantes pour caractériser un abus de position dominante. L'Autorité avait fait état de l'intense compétition qui existait entre les différents systèmes d'écoute de musique. Toutefois en 2006, la France a adopté une réglementation et une autorité spécifique de régulation afin d'organiser l'accès aux mesures techniques de protection (DRMs). Mais au moment où cette réglementation fut mise en œuvre, le marché avait déjà évolué. Le pouvoir de marché d'iTunes commençait à être contrebalancé par l'émergence de services de streaming tels que Spotify ou Deezer. Les mesures techniques de protection ne représentaient dès lors plus un enjeu concurrentiel majeur. Les évolutions de marché ont donc remédié aux préoccupations en matière de concurrence, rendant inutile la réglementation spécifique.

Pour toutes ces raisons, on peut suivre le point de vue de Shelanski (2013) selon lequel " le coût des erreurs survenant à la suite d'une sur-réglementation des marchés numériques par l'application de remèdes en matière de droit de la concurrence est bien plus élevé que ceux qui résultent d'une sous-réglementation". Compte tenu du rythme élevé de l'évolution technologique et de l'évolution des usages, une régulation des plateformes numériques peut s'avérer coûteuse. Comme pour la médecine, le principe du régulateur doit être "d'abord ne pas nuire" (*primum non nocere*).

3.9 Conclusion

La littérature économique insiste sur la complexité d'une régulation des activités basées sur les plateformes, en raison des effets de réseau et des interdépendances entre les différentes faces du marché. Cette dimension multi face des plateformes fait qu'une intervention régulatrice sur une seule face du marché peut s'avérer inappropriée, induisant des effets contreproductifs ou incontrôlés sur les autres versants. Le risque d'erreurs, c'est-à-dire le risque de créer de l'inefficacité, demeure élevé et ce, peu importe la forme que revêtent les propositions. Par ailleurs

les propositions de régulation tendent à traiter les plateformes comme des services ou des infrastructures homogènes qui peuvent être encadrés de manière uniforme. La régulation devrait plutôt se focaliser sur certains comportements anti-concurrentiels et dommages de la part des fournisseurs de services numériques, sans se limiter au concept même de plateforme. De plus, la régulation devrait être technologiquement neutre. Le type de comportements visé par la régulation ne devrait pas dépendre de la technologie utilisée. Une pratique déloyale ou anti concurrentielle devrait être traitée de la même manière sans égard à la technologie en cause : numérique, analogique, services postaux, téléphone...

Enfin, les partisans d'une régulation des plateformes devraient être attentifs à ne pas affecter les incitations à innover et à se concurrencer pour le marché.

4. L'APPLICATION DE LA LEGISLATION EXISTANTE AUX PLATEFORMES NUMERIQUES

4.1 De nombreux services offerts par des plateformes sont déjà soumis à des réglementations spécifiques

Les services fournis de part et d'autre d'une plateforme peuvent dans certains cas impliquer des activités réglementées. Par exemple, une plateforme telle que doctissimo.fr, qui fournit des informations à caractère médical, doit tenir compte de multiples restrictions réglementaires applicables tant à la fourniture d'un avis médical qu'à la publicité. Une plateforme offrant aux utilisateurs un accès à des services de covoiturage ou de transport, tels que blablacar.fr ou Uber, doit prendre en compte les règles applicables au transport de voyageurs.

Un journal en ligne tel que gala.fr, fournissant, d'une part, des informations aux lecteurs, et d'autre part, des services publicitaires à des professionnels, doit tenir compte des lois relatives à la diffamation ainsi que des autres lois applicables aux médias.

Une plateforme permettant la mise en relation de vendeurs et d'acheteurs d'espaces publicitaires devra se préoccuper des réglementations propres à la publicité, telles que la loi Sapin en France. Des plateformes telles que meilleurtaux.com, qui offrent des services dans le secteur financier ou dans le secteur des assurances, relèvent de la réglementation propre aux intermédiaires d'assurance ou financiers. Une plateforme de paiement comme paypal.fr est quant à elle soumise aux règles sur les prestataires de services de paiement.

Par conséquent, dans le monde physique comme dans le monde numérique, les services offerts par les plateformes sont souvent soumis à des lois spéciales applicables aux services concernés. Dans la plupart des cas, ces lois sont technologiquement neutres et cherchent à régler les dysfonctionnements du marché en fonction de la nature du service fourni.

4.2 Le droit des contrats, le droit de la concurrence, le droit commercial et le droit relatif à la protection des données personnelles s'appliquent déjà aux services offerts par les plateformes

En outre, toutes les plateformes sont soumises aux lois d'application générale, y compris le droit des contrats, le droit de la consommation, le droit de la concurrence et le droit relatif à la protection des données personnelles. Lorsqu'elle fournit un service, que ce soit pour un utilisateur final, une entreprise ou un tiers fournisseur de contenu, une plateforme conclut un contrat. Dans l'univers numérique, le contrat consiste généralement en l'acceptation des conditions générales d'utilisation du fournisseur de services. Ces conditions générales d'utilisation attirent particulièrement l'attention des tribunaux, des associations de protection des consommateurs, des autorités de concurrence ainsi que des autorités de protection des données personnelles. Ces autorités s'appuient sur la législation existante afin de sanctionner, non

seulement les clauses abusives ou anticoncurrentielles figurant dans les conditions générales d'utilisation, mais également les pratiques commerciales déloyales.

A titre d'exemple, le droit français de la consommation interdit les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Certaines clauses "abusives" sont listées de manière réglementaire. Toutefois, dans bien des cas, l'appréciation du caractère abusif d'une clause est laissée aux tribunaux et à l'autorité française en charge de la protection des consommateurs, la DGCCRF. La France a créé une Commission consultative chargée de publier des recommandations sur ce qui constitue une clause abusive dans divers domaines. Le 3 décembre 2014, la Commission des clauses abusives a publié une recommandation détaillée, dans laquelle elle a identifié 46 clauses appartenant aux conditions générales d'utilisation et aux politiques de confidentialité des réseaux sociaux, qu'elle considère abusives. Bien que rendue dans le cadre des réseaux sociaux, la recommandation de la Commission peut être étendue à de nombreux services en ligne.

Les lois existantes sont pour la plupart **technologiquement neutres**. Elles ne font pas de distinction entre les activités numériques, analogiques ou physiques. Par exemple, une clause contractuelle peut être considérée comme "abusive", indépendamment du fait que le prestataire fournisse ses services via une plateforme en ligne, par voie postale ou par téléphone.

L'encadré ci-dessous montre comment le droit actuellement en vigueur a pu être appliqué à des pratiques préjudiciables commises sur des plateformes numériques. La législation en vigueur a été appliquée à l'encontre d'un large éventail de plateformes numériques afin de sanctionner les contrats abusifs conclus avec des professionnels (expedia.fr ; booking.com), les pratiques commerciales déloyales (kelkoo.fr), la protection des utilisateurs contre l'utilisation excessive ou déloyale de leurs données à caractère personnel (pagesjaunes.fr ; Google), des pratiques anticoncurrentielles (booking.com ; Google), et des clauses abusives dans les conditions générales d'utilisation (Commission des Clauses Abusives).

**Exemples de décisions récentes rendues à l'encontre
de plateformes numériques en France**

Le 24 juillet 2014, le site Kelkoo.fr a été condamné pour pratique commerciale déloyale. L'affaire a été introduite par un commerçant qui alléguait que le site de comparaison en ligne de Kelkoo était déloyal.

Le 7 mai 2015, Expedia a été condamnée parce que ses contrats avec les hôtels créaient un "déséquilibre significatif" dans les droits et obligations des parties.

Le 21 avril 2015, Booking.com a conclu un accord avec plusieurs autorités de concurrence, en acceptant de mettre un terme à certaines pratiques anticoncurrentielles incluses dans ses contrats avec les établissements hôteliers.

Le 31 janvier 2012, une amende de 500.000 euros a été prononcée à l'encontre de Google pour abus de position dominante dans le cadre de Google Maps. L'affaire a été initiée par la société française Bottin Cartographes, qui prétendait que Google pratiquait des prix prédateurs pour l'accès à l'API de Google Maps. Google a fait appel devant la Cour d'appel de Paris, et celle-ci a sursis à statuer afin de demander l'avis de l'Autorité de la concurrence.

Le 20 juin 2010, Google a été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des *AdWords*. L'Autorité de la concurrence a ordonné à Google de s'assurer que son comportement vis-à-vis des annonceurs utilisant le service *AdWords* soit conforme aux principes d'objectivité, de non-discrimination et de transparence. Google était tenu d'informer les annonceurs préalablement et en leur laissant un délai raisonnable en cas de changement quelconque dans la politique de Google. Cette décision de l'Autorité de la concurrence française a été rendue dans le cadre d'une procédure d'urgence, à la suite d'une plainte déposée par NavX. La décision a été rendue en quatre mois et n'a pas fait l'objet d'un appel.

Le 21 septembre 2011, le site de l'annuaire français "PagesJaunes.fr" a été sanctionné pour traitement déloyal des données personnelles collectées sur plusieurs réseaux sociaux. La sanction a été confirmée par le Conseil d'État le 12 mars 2014.

Le 3 janvier 2014, Google a été sanctionné par la CNIL pour son utilisation des "cookies" et des changements dans sa politique de confidentialité.

5. LA MISE EN ŒUVRE DE LA METHODOLOGIE "MEILLEURE REGLEMENTATION D'INTERNET" ("BETTER INTERNET REGULATION") NECESSITE D'ADOPTER UNE APPROCHE PRUDENTE DANS LA REGLEMENTATION DES MARCHES NUMERIQUES

Dans le cadre de la méthodologie européenne promouvant une meilleure réglementation d'internet, la personne soumettant une nouvelle proposition doit comparer différentes options réglementaires avec un modèle de référence (Commission Européenne, 2015b). Ce modèle de référence n'est pas statique, mais doit prendre en compte l'évolution probable du marché et de l'environnement réglementaire dans les années à venir (Renda *et al.*, 2013). Dans le cas d'une proposition de réglementation des plateformes, le scénario de référence devrait inclure une simulation de la façon dont les lois en vigueur seront appliquées à l'encontre des fournisseurs de services en ligne dans les années à venir. Il devrait également prendre en compte les sanctions plus lourdes prévues par le futur règlement européen relatif à la protection des données personnelles ainsi que le nombre grandissant d'Etats Membres dans lesquels le recours à une action collective est possible. Le scénario de référence devrait également prendre en compte le fait que les notions de droit de la concurrence applicables aux services en ligne sont de plus en plus faciles à mettre en œuvre, étant donné que les tribunaux et les Autorités de la concurrence gagnent en expérience dans ces nouveaux marchés et services.

Une fois un scénario de référence déterminé, il doit être comparé avec les diverses options réglementaires proposées. L'option dont le coût est le plus bas et le risque d'erreur le moins élevé, doit être privilégiée.

Comme expliqué ci-dessus, la réglementation d'Internet est particulièrement propice aux erreurs en raison de l'évolution rapide des structures de marché. Shelanski (2013) explique que les coûts associés à une réglementation qui manque son but sont beaucoup plus élevés que les coûts qui auraient été supportés en l'absence d'action. Cela s'explique par le fait que dans les marchés numériques à évolution rapide, le marché règle souvent la question sans intervention de l'Etat.

Internet présente également d'autres caractéristiques particulières qui nécessitent que la réglementation soit faite avec prudence. Les recommandations formulées par l'OCDE en 2011 relatives à l'élaboration des politiques de l'Internet précisent que les règles devraient, autant que possible, respecter l'approche multipartite ("multistakeholder") qui jusqu'ici a été un succès pour la réglementation d'Internet (OCDE, 2011). Les décideurs politiques au niveau national devraient, dans la mesure du possible, s'attacher à produire des règles compatibles avec les normes qui régissent Internet au niveau mondial. Les recommandations soulignent la nécessité d'établir des règles technologiquement neutres. Toute mesure nationale, quelle qu'elle soit, devrait respecter le principe fondamental de liberté de prestation transnationale de services, principe essentiel à la réussite d'Internet. Les recommandations indiquent que tous les obstacles à la localisation, à l'accès et à l'utilisation transnationale d'installations et de fonctions de traitement de données devraient être aussi limités que possible. Les décideurs politiques nationaux devraient considérer en priorité la mise en place de mesures d'autorégulation telles que des codes de bonne conduite soutenus par des procédures appropriées afin d'assurer leur bonne application. Les codes de conduite devraient encourager et faciliter les efforts de coopération volontaire du secteur privé visant à respecter la liberté d'association, d'expression et de réunion en ligne, et à régler le problème des activités illicites. Lorsque l'autorégulation n'atteint pas l'objectif souhaité, d'autres mesures réglementaires peuvent être envisagées, mais uniquement en tant que choix de deuxième rang.

L'OCDE recommande que les politiques soient fondées sur des données (evidence-based), y compris en utilisant des preuves empiriques afin d'évaluer la proportionnalité et l'efficacité des mesures réglementaires. Les recommandations remarquent que la protection des intermédiaires d'Internet contre la responsabilité encourue à raison des contenus mis en ligne par des tiers est un facteur essentiel qui promeut l'innovation, la créativité, la libre circulation de l'information mais incite également à la coopération entre les différentes parties prenantes. Les recommandations préconisent que toute mesure réglementaire fasse l'objet d'une évaluation des coûts et avantages économiques et sociaux qui lui sont associés, y compris les répercussions sur l'accès, l'utilisation et la sécurité d'Internet.

L'évaluation des différentes options politiques offertes devrait également prendre en compte leur compatibilité avec la protection de tous les droits et libertés fondamentales, ainsi que leur proportionnalité eu égard à la gravité des questions en jeu. Toute mesure législative ou réglementaire proposée devrait être évaluée à la lumière de son applicabilité effective et en fonction de sa compatibilité avec les droits fondamentaux.

En somme, conformément à la méthodologie "mieux légiférer" de la Commission Européenne et de l'OCDE, une réglementation des plateformes numériques ne pourrait être envisagée qu'après avoir montré que :

- les problèmes en cause ne peuvent être réglés par la législation existante, y compris en améliorant les procédures visant à appliquer la loi (par exemple, actions collectives, sanctions accrues) ;

- le "scénario de référence", qui inclut une simulation de la future évolution du marché et de l'application des lois existantes, ne réglerait pas le problème ;
- les initiatives d'autorégulation (ou de co-régulation) ne peuvent pas résoudre le problème ;
- la disposition réglementaire est étroitement circonscrite afin de régler le problème non résolu et est à même d'y parvenir, mais n'aura pas pour autant d'effets indirects qui pourraient perturber le marché, décourager l'innovation ou affecter les droits fondamentaux ;
- la disposition réglementaire est, dans la mesure du possible, technologiquement neutre.

6. LA REGLEMENTATION DES TELECOMMUNICATIONS N'EST PAS UNE BONNE ANALOGIE POUR LA REGULATION DE PLATEFORMES.

Certains observateurs établissent une analogie entre la réglementation des télécommunications et la réglementation des plateformes. Le raisonnement est qu'une forme de réglementation du type télécommunications pourrait être étendue aux plateformes numériques afin de répondre à certains des dysfonctionnements du marché. La comparaison avec la réglementation des télécommunications est utilisée pour justifier une forme de réglementation asymétrique de plateformes "structurantes". En droit européen des télécommunications, les opérateurs de réseaux ayant une "puissance significative sur le marché" font l'objet d'obligations particulières. Les partisans d'une régulation des plateformes soutiennent qu'une forme semblable de régulation asymétrique pourrait être appliquée aux plateformes numériques majeures.

Toutefois, cette comparaison est erronée. Le point central des directives européennes sur la régulation des communications électroniques est que la réglementation sectorielle devra à terme disparaître et laisser place à l'application du droit de la concurrence.

6.1 La philosophie de déréglementation du cadre européen pour la régulation des communications électroniques

(a) La disparition programmée d'une réglementation spécifique.

Le point central des directives européennes sur la régulation des communications électroniques est que la régulation sectorielle devrait à terme disparaître et laisser place au seul droit de la concurrence. La régulation sectorielle des télécommunications est considérée comme un mal nécessaire (et temporaire) afin de permettre la transition d'une situation de monopole historique vers un système de libre concurrence. En raison de l'infrastructure existante de l'ancien monopole, l'émergence de la concurrence serait impossible sans un cadre réglementaire qui oblige l'opérateur historique d'accorder un accès aux éléments essentiels de son réseau à des tarifs orientés vers les coûts.

Les expériences de libéralisation des télécommunications dans le monde (et notamment en Nouvelle-Zélande) ont montré que le recours au droit de la concurrence seul ne suffisait pas dans une situation où les concurrents ont besoin d'accéder au réseau de l'opérateur historique pour entrer sur le marché. Cependant, cette forme de régulation asymétrique ne se justifie que dans les industries de réseau où l'on passe d'une situation de monopole contrôlé par l'État vers un régime de libre concurrence.

La régulation sectorielle du secteur des communications électroniques en Europe est censée être transitoire. Une fois que la concurrence est installée, la régulation sectorielle devrait diminuer pour finalement disparaître, et laisser place à l'application du droit de la concurrence.

(b) Le test des trois critères

Cette philosophie de déréglementation est évidente dans la Directive Cadre européenne (2002/21/CE) qui régit la régulation des communications électroniques en Europe. La Commission Européenne permet une régulation asymétrique uniquement pour des marchés qui satisfont à trois critères cumulatifs : (i) barrières durables à l'entrée, (ii) les évolutions technologiques et du marché sont peu susceptibles de changer la situation concurrentielle, et (iii) le droit de la concurrence ne suffit pas à résoudre les problèmes. Pour les marchés qui satisfont à ces trois critères, il est possible d'imposer des obligations asymétriques à certains opérateurs qui occupent une position dominante sur les marchés concernés. La position dominante doit être établie en utilisant une analyse classique du droit de la concurrence. Il doit être démontré que l'opérateur en cause est à l'abri de toute pression concurrentielle et peut se comporter de manière indépendante de ses concurrents et, finalement, des consommateurs.

(c) Des remèdes proportionnels.

La Directive Cadre impose également que les obligations réglementaires répondent aux conditions de proportionnalité : les obligations doivent être nécessaires et non-excessives pour traiter le problème concurrentiel identifié dans l'analyse du marché. Comme la régulation sectorielle elle-même, les obligations doivent être revues régulièrement, et sont censées disparaître dès qu'elles ne sont plus nécessaires.

6.2 La régulation des communications électroniques vise un service strictement défini.

Le cadre réglementaire européen des communications électroniques ne s'applique qu'à un ensemble restreint des services ("services de communications électroniques") et des réseaux qui sont utilisés principalement pour fournir ces services. Le cadre ne s'étend pas aux "services de la société de l'information". "Dans la catégorie des services de communications électroniques couverts par les directives, les dispositions réglementaires doivent être "technologiquement neutres".

Les "plateformes" ne sont pas un service, mais plutôt un groupe de services hétérogènes relevant souvent de régimes réglementaires distincts. La régulation des plateformes numériques s'appliquerait donc à toutes les formes de services, à condition qu'ils soient livrés sous un modèle d'affaires de "marché biface". Réglementer les plateformes numériques (par opposition aux plateformes non numériques) signifierait aussi que des services et/ou des modèles d'affaires similaires seraient réglementés différemment selon que les services utilisent, ou pas, des techniques de communication numérique. Un service de pages jaunes en ligne serait traité de manière différente que le même service fourni via un document imprimé. Cette approche serait en contradiction avec le principe de la neutralité technologique, qui est l'un des principes fondamentaux de la réglementation des communications électroniques.

6.3 La Commission européenne a réduit le nombre de marchés pouvant faire l'objet d'une réglementation spécifique

La première étape de la libéralisation consistait à réglementer l'accès aux infrastructures essentielles détenues par l'opérateur historique (par exemple le dégroupage) afin de permettre l'entrée de nouveaux opérateurs et le développement de la concurrence. Ensuite la deuxième étape était d'encourager les concurrents à investir dans leur propre réseau afin de favoriser la concurrence basée sur les infrastructures et faire en sorte que la régulation asymétrique ne soit plus nécessaire.

Le nombre de marchés qui satisfont au test des trois critères ((i) obstacles durables à l'entrée, (ii) évolution technologique peu susceptible de changer la situation concurrentielle, (iii) droit de la concurrence insuffisant) a déjà été réduit de dix-huit à cinq. Les obligations réglementaires

pesant sur les opérateurs "puissants" ont progressivement diminué pour tenir compte du fait que la concurrence s'est développée et que les éléments de réseau nécessaires à l'entrée en concurrence, tels que l'accès à la boucle locale, sont désormais disponibles. La régulation ex ante des opérateurs de télécommunications en Europe est en voie d'extinction. Cette disparition fait partie de la conception d'origine du cadre réglementaire européen. La Directive Cadre vise à parvenir à une situation où les services de communications électroniques sont régis uniquement par le droit de la concurrence, le droit de consommation et les lois relatives à la protection des données personnelles.

La Directive Cadre de 2002 telle que modifiée en 2009 souligne cette philosophie de déréglementation. "L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence. Compte tenu du fait que les marchés des communications électroniques ont fait preuve d'une forte compétitivité ces dernières années, il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable." (Préambule 5, de la Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009.

6.4 Les plateformes numériques ne partagent pas les caractéristiques des réseaux de communications électroniques

Les raisons qui justifient une régulation ex ante asymétrique et temporaire des opérateurs de communications électroniques puissants sont absentes en ce qui concerne les plateformes numériques.

Tout d'abord, aucune plateforme numérique ne résulte d'un monopole historique. Par conséquent, quel que soit le marché, la position d'une plateforme résulte d'une concurrence ouverte fondée sur les mérites, et non de droits spéciaux ou exclusifs accordés par le gouvernement.

Deuxièmement, les plateformes numériques ne possèdent pas une infrastructure impossible à reproduire par les concurrents et qui soit nécessaire pour leur entrée sur le marché. La théorie des "infrastructures essentielles" est limitée à l'infrastructure physique telle que des lignes téléphoniques, les canalisations de distribution d'eau, d'électricité, de gaz et les chemins de fer.

Troisièmement, l'évolution des marchés et de la technologie est susceptible de changer rapidement la situation concurrentielle pour les plateformes numériques. Les marchés de services via l'Internet sont contestables grâce aux innovations technologiques. Le caractère ouvert de l'Internet permet "l'innovation sans permission". (Benkler, 2006). Comme souligné par l'étude de l'Autorité de la concurrence sur les écosystèmes numériques ouverts et fermés, même les écosystèmes fermés fournissent des incitations à l'innovation. Les systèmes fermés sont constamment sous la menace des systèmes ouverts.

Enfin, lorsqu'il existe des positions dominantes, le droit de la concurrence est suffisant pour régler le problème. Comme les cas Navx et Booking.com le montrent, le droit de la concurrence est capable d'identifier et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles qui se produisent dans le cadre de plateformes numériques. Il n'a aucune difficulté à aborder les questions qui émergent dans le contexte de nouvelles technologies ou modèles d'affaires.

En vertu de l'approche de la régulation des communications électroniques en Europe, les plateformes numériques ne seraient en aucun cas admissibles à une régulation ex ante. Au contraire, les plateformes numériques occupent une situation semblable à celle du logiciel. Le marché des logiciels montre une forte dynamique concurrentielle entraînée par l'innovation technologique. Les défaillances du marché, y compris les pratiques anticoncurrentielles, peuvent exister mais sont sanctionnées par le droit de la consommation et le droit de concurrence.

6.5 Les "marchés émergents" ne devraient pas être soumis à une régulation économique ex ante

Dans le cadre de ses lignes directrices sur les analyses de marché, la Commission européenne confirme que les autorités de régulation devraient s'abstenir d'imposer une régulation ex ante sur les marchés émergents. Même si sur les marchés nouveaux et émergents, le leader est susceptible d'avoir une part importante du marché, une réglementation ex ante peut altérer les facteurs de concurrence et d'innovation en germe (Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03, para. 32)).

Le paragraphe 7 de la Recommandation de la Commission en matière de marchés pertinents stipule que :

"Les nouveaux marchés émergents ne doivent pas être soumis à des obligations non justifiées, même s'il existe un "avantage du précurseur", conformément à la directive 2002/21/CE. On considère comme nouveaux marchés émergents les marchés de produits ou de services pour lesquels, en raison de leur caractère nouveau, il est très difficile de prédire les conditions de la demande aussi bien que celles de l'offre ou les conditions d'entrée sur le marché, et donc d'appliquer les trois critères. En ne soumettant pas les nouveaux marchés émergents à des obligations non justifiées, on vise à encourager l'innovation, comme l'impose l'article 8 de la directive 2002/21/CE ; en même temps, il convient d'empêcher le verrouillage de ces marchés par une entreprise dominante, comme l'indiquent aussi les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques."(Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE(2007/879/CE) §7.)

La note explicative de la Commission accompagnant la recommandation SEC(2007) 1483/2 (page 18) explique la notion de marché émergent comme suit :

"En général, les marchés nouveaux et émergents sont instables, présentant l'incertitude de l'offre et de la demande et des fluctuations dans les parts de marché. Ils sont caractérisés par un degré élevé d'innovations qui peut conduire à des changements brusques et inattendus (par opposition à une évolution naturelle au fil du temps)."

La Commission estime que les "marchés émergents" sont des marchés qui sont tellement nouveaux qu'il n'est pas possible d'établir si le test des "trois critères" (préalable à la mise en place d'une réglementation économique ex ante) est satisfait.

6.6 Les opérateurs de communications électroniques en tant que plateformes

Comme nous l'avons vu, le concept de plateforme peut englober de nombreux modèles d'affaires et de services.

Les décodeurs fournis par les câblo-opérateurs et les fournisseurs de télévision sur IP constituent une forme de plateforme, car il sert d'intermédiaire entre les utilisateurs finaux et les fournisseurs de services et de contenus. En France, ces décodeurs sont souvent appelés les "box". Les décodeurs ont été soumis à des obligations réglementaires afin de permettre l'accès des tiers aux systèmes d'accès conditionnel, l'accès aux interfaces de programmation d'application et aux guides de programmes.

Développées dans les années 1990, ces règles visaient à garantir qu'un fournisseur concurrent de programmes de télévision par satellite n'avait pas à fournir un deuxième décodeur, ce qui constituerait un obstacle insurmontable pour les consommateurs qui ont déjà acquis un set-top box du fournisseur initial.

Cette forme de réglementation est similaire aux remèdes en droit de la concurrence imposés à Microsoft afin de s'assurer que les acheteurs d'un ordinateur avec un système d'exploitation Windows ne soient pas obligés d'utiliser le navigateur de Microsoft.

Toutefois, les réglementations applicables aux décodeurs ne visent pas à imposer au distributeur de programmes l'obligation d'inclure dans son offre commerciale tous les services et programmes qui pourraient demander l'accès à la plateforme. Les distributeurs audiovisuels sont libres de choisir les programmes et les services qu'ils souhaitent distribuer, et sont seulement sujets aux obligations "must carry" pour certaines chaînes du service public.

Selon la législation européenne, la portée de la réglementation "must carry" est limitée aux services de télévision servant l'intérêt général.

Pour tous les autres services, y compris les services de streaming en ligne tels que Netflix, les opérateurs qui contrôlent la set-top box sont libres de négocier des accords commerciaux afin d'inclure ou non le service sur leur plateforme. Cette liberté de négociation permet aux plateformes de se différencier et de proposer des forfaits innovants pour les consommateurs. Dans certains cas, les négociations peuvent aboutir sur des pratiques anticoncurrentielles. Mais dans ce cas, le droit de la concurrence intervient.

7. TERRITORIALITE DES LOIS.

L'une des problématiques constamment mentionnées lors des débats entourant les plateformes est que certaines plateformes basées aux États-Unis parviennent à éviter l'application du droit français et européen. Le contournement du droit local implique plusieurs problèmes distincts. L'un des griefs fait aux plateformes concerne le fait qu'elles échappent à l'application du droit local. Dans le domaine du droit fiscal, ce problème est lié à la question plus large de l'érosion de l'assiette fiscale et de l'établissement stable. Ce problème est discuté au sein de l'OCDE. Concernant la réglementation audiovisuelle, le problème concerne l'embarras de la France par rapport à la règle du pays d'origine, issue de la Directive Services Media Audiovisuels (SMA). Pour toutes les autres questions (ex. droit de la concurrence, protection des données personnelles, droit de la consommation), il n'y a pas de difficultés à appliquer le droit national aux fournisseurs de services en ligne. L'expérience montre que les tribunaux n'ont aucune difficulté à appliquer le droit national aux plateformes.

7.1 La territorialité de la fiscalité

Le premier thème a trait aux obligations fiscales. De nombreux décideurs politiques en Europe estiment que les fournisseurs de services Internet établis aux États-Unis ne paient pas suffisamment d'impôts dans les pays où se trouvent leurs clients. Concernant la TVA, cette question a été réglée à travers une réforme des règles de territorialité pour la taxe sur la valeur ajoutée. Depuis le 1^{er} janvier 2015, les consommateurs européens paient la taxe sur la valeur ajoutée en vigueur dans leur pays de résidence et non pas dans le pays de résidence du prestataire de services. En ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, la question a été abordée à l'occasion de discussions multilatérales à l'OCDE concernant l'érosion de l'assiette fiscale et la notion d'établissement stable. En attendant, certains pays promulguent des taxes spécifiques qui s'appliquent aux services fournis sur Internet. Ces nouvelles taxes sont parfois qualifiées de taxes "haut débit", voire même de taxe "Google".

7.2 Loi sur la protection des données personnelles

L'application du droit européen relatif à la protection des données personnelles était également une source persistante de griefs retenus par les décideurs politiques européens. Un certain nombre de prestataires de services Internet basés aux États-Unis ont soutenu que les règles européennes de protection des données ne leur étaient pas applicables. Toutefois, cette question a été résolue par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'arrêt *Google Spain c/ AEPD*. La Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé qu'un prestataire de services Internet basé aux États-Unis ayant une filiale en Espagne pouvait être soumis à la loi espagnole sur la protection des données personnelles car la filiale espagnole peut être considérée comme un "établissement" du responsable de traitement américain, à travers lequel les données sont traitées. Le futur règlement européen sur la protection des données abordera également cette question en soumettant à la législation de l'UE tout service qui ciblerait les citoyens européens. Le problème du contournement du droit européen relatif à la protection des données semble donc avoir été résolu.

7.3 La réglementation audiovisuelle

Dans le domaine de la réglementation audiovisuelle, le problème n'est pas tant l'application du droit européen aux fournisseurs de services basés aux États-Unis, mais plutôt la capacité des fournisseurs de services audiovisuels à bénéficier, en Europe, de la règle du pays d'origine.

La Directive sur les "Services de Médias Audiovisuels" (SMA) définit un niveau minimum pour la réglementation des services audiovisuels, tout en permettant aux États Membres d'adopter des règles plus strictes applicables aux prestataires de services établis sur leur territoire. Par rapport aux autres États Membres, la France possède un ensemble d'obligations relativement contraignant pour les prestataires de services audiovisuels. Toutefois, en vertu de la règle du pays d'origine, ces obligations réglementaires françaises ne peuvent pas être imposées à un prestataire de services établi dans un autre État Membre. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'un certain nombre de prestataires de services audiovisuels en ligne aient établi leur siège européen ailleurs qu'en France. La France est mécontente de cette situation et souhaite modifier la Directive SMA afin que chaque État Membre soit libre d'appliquer sa propre réglementation audiovisuelle aux services en ligne qui ciblent ses citoyens. En substance, la France souhaite passer à la règle du "pays de destination", à la place de la règle du "pays d'origine". Cette solution aurait pour conséquence de soumettre les services de médias audiovisuels en Europe à 28 régimes réglementaires différents. Cela aboutirait à un recul par rapport à la réalisation d'un marché numérique unique au niveau européen. Cette question sera débattue lors de la révision prochaine de la Directive SMA.

Certains responsables politiques français ont proposé une solution qui, selon eux, permettrait à la France d'appliquer sa réglementation audiovisuelle aux prestataires de services basés dans d'autres États membres. La proposition, soutenue par le Président du CSA consiste à encourager les prestataires de services à s'engager volontairement à financer les productions françaises et européennes et se conformer aux quotas réglementaires français. En échange de cet engagement volontaire, le fournisseur de services bénéficierait de droits préférentiels de distribution sur les plateformes numériques. Ce système étant volontaire, ses partisans estiment qu'il ne viole pas la règle du pays d'origine prévue par la Directive SMA. Toutefois, cette analyse est erronée. Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, toute action prise par un État membre ayant pour effet de rendre plus difficile l'accès au marché pour les prestataires de services situés dans un autre État Membre est une mesure restreignant la libre circulation des biens et des services dans le marché unique. C'est une mesure d'"effet équivalent". En outre, les règles relatives à la réglementation audiovisuelle ont été harmonisées au niveau européen par la Directive SMA. Par conséquent, un État membre ne peut plus faire valoir qu'une mesure nationale serait légitimée par une exception d'intérêt général à la règle de

libre circulation des services. La Directive SMA interdit expressément les mesures qui restreignent la liberté des citoyens de recevoir des services audiovisuels en provenance d'un autre État Membre. Imposer des conditions sous-optimales de distribution aux prestataires de services qui ont choisi de s'appuyer sur la règle du pays d'origine constituerait une restriction illégale sur la retransmission en vertu de l'article 3 de la Directive SMA et ce, même si le système était présenté comme une mesure "volontaire".

7.4 Le droit de la concurrence et le droit de la consommation

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation s'appliquent s'il y a atteinte à la concurrence ou aux consommateurs dans l'État Membre concerné. Par conséquent, les tribunaux et les Autorités de concurrence n'ont aucune difficulté à appliquer le droit national de la concurrence et de la consommation aux services qui ciblent les utilisateurs d'un État Membre donné et ce, quel que soit le lieu d'établissement du fournisseur.

8. CONCLUSION

Les plateformes existent depuis longtemps dans le monde physique à l'exemple des foires professionnelles et des journaux. Les plateformes numériques abaissent fortement les coûts de transaction, et facilitent par conséquent, l'émergence de modèles d'affaires multifaces dans de nouveaux contextes.

D'un point de vue juridique et économique, les plateformes sont simplement un ensemble de services offerts à différents groupes de clients. Les services qui sont offerts des différents côtés de la plateforme sont généralement assujettis à des règles juridiques existantes. Les services de la plateforme doivent ainsi être conformes aux lois applicables, y compris le droit de la concurrence, la loi sur la protection des données à caractère personnel, et le droit de la consommation. Lorsque les fournisseurs de services sur la plateforme ne respectent pas la loi, ils sont sanctionnés.

À notre avis, la création d'un cadre réglementaire spécifique ciblant les plateformes numériques n'est pas justifiée. Tout d'abord, l'objet de la réglementation, à savoir la plateforme numérique, est potentiellement large, couvrant une multitude de services et d'intermédiaires qui ont très peu de choses en commun. Deuxièmement, aucune étude d'impact sérieuse n'a été faite pour définir exactement en quoi un nouvel outil de régulation est nécessaire. Nous n'avons vu aucune preuve de défaillances durables du marché qui ne soient pas déjà traitées par la législation existante. Plus encore, aucune évaluation n'a été faite sur les effets négatifs potentiels qu'une réglementation ciblée des plateformes pourrait avoir sur la concurrence et l'innovation. Les justifications que nous avons vu à ce jour semblent partir du principe qu'une plateforme détenant une part de marché importante sur au moins une face du marché doit nécessairement être réglementée. Cette hypothèse est fautive pour plusieurs raisons.

Premièrement, les parts de marché importantes ne sont pas nécessairement la preuve d'un pouvoir de marché sur les marchés numériques. Ceci est particulièrement vrai pour les modèles d'affaires axés sur l'audience avec de faibles coûts de changement (switching costs) pour le consommateur.

Deuxièmement, l'existence d'un pouvoir de marché ou d'une position dominante n'est pas un problème en soi. C'est seulement son exploitation abusive qui pose problème, et cet abus est déjà traité par le droit de la concurrence.

Troisièmement, les services offerts par l'intermédiaire des plateformes sont souvent déjà réglementés en tant que services, comme par exemple les services d'assurance ou de paiement.

Enfin, les défaillances dans les marchés numériques sont souvent transitoires et toute intervention prématurée peut être coûteuse et source d'erreurs.

Les marchés numériques sont en évolution rapide et les tentatives de réguler peuvent créer plus de mal que de bien. C'est pourquoi l'OCDE et la Commission Européenne exigent des études d'impact détaillées avant d'envisager le nouveau règlement et ce, afin d'assurer que la réglementation réponde à un vrai besoin qui ne peut être traité ni par le marché ni par le droit existant.

Références

Autorité de la concurrence / Competition & Markets Authority (2014). The Economics of open and closed systems. Working Paper.

Benkler, Y. (2000), From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access, 52 Federal Communications L. J. 561.

Benkler, Y. (2006), The Wealth of Networks, Yale University Press.

Boudreau, K. and Hagiu A. (2010). Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators. in Annabelle Gawer ed., Platforms, Markets and Innovation,. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar.

Brousseau, E. and Pénard, T. (2007), 'The Economics of Digital Business Models: A Framework for Analyzing the Economics of Platforms', Review of Network Economics, 6, 81–114.

Caillaud B. and Jullien B. (2003) "Chicken and Egg: Competition Among Intermediation Service Providers," Rand Journal of Economics, 34(2), 309-328.

Cooper, M. (2003), Open Communications Platforms: The Physical Infrastructure as the Bedrock of Innovation and Democratic Discourse in the Internet Age, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L 177.

Daigle, L. (2015), On the Nature of the Internet, Global Commission on Internet Governance Paper Series n° 7, March.

European Commission (2015a), Communication, "A Digital Market Strategy for Europe" COM (2015) 192 final, May 6.

European Commission (2015b), Staff Working Document, "Better Regulation Guidelines" and "Better Regulation Toolbox", SWD (2015) final, May 19.

Evans D. and R. Schmalensee (2007). "The Industrial Organization of Two-Sided Platforms," Competition Policy International, Vol. 3, No. 1.

Evans, D. S. and Schmalensee, R., (2014). The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. In Roger Blair and Daniel Sokol, eds., Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press: <http://ssrn.com/abstract=2185373>

Evans, D. S. (2011). Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses. Competition Policy International. <http://ssrn.com/abstract=1974020>

Gawer, A. and Cusumano, M. A. (2014), Industry Platforms and Ecosystem Innovation. Journal of Product Innovation Management, 31: 417–433.

Hagiu A. (2007). Multi-Sided Platforms: From Microfoundations to Design and Expansion Strategies, Harvard Business School Working Paper N°07-094.

Lerner, A. (2014). The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition. <http://ssrn.com/abstract=2482780>

Manne G.A. and J.D. Wright (2011). Google and the limits of Antitrust: the case against the antitrust case against Google, Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 34 (1)

Newman, N. (2014). Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, Yale Journal on Regulation, Vol. 30 (3). <http://ssrn.com/abstract=2309547>

OECD (2011), Recommendation of the OECD Council on Principles for Internet Policy Making, December.

OECD (2012), Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, March 22.

Parker, G; and Van Alstyne, M; W., (2014) Platform Strategy, Boston U. School of Management Research Paper No. 2439323. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2439323>

Peitz, M. and Valletti, T. (2014). Reassessing competition concerns in electronic communications markets, ZEW Discussion Papers No. 14-101.

Renda, A., Schrefler, L., Luchetta, G. and Zavatta, R. (2013), Assessing the Costs and Benefits of Regulation, Study for the European Commission, December.

Rochet, J.-C. and Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association 1: 990-1029.

Rochet, J.-C. and Tirole, J. (2006). Two-Sided Markets: A Progress Report. Rand Journal of Economics 37: 645-667.

Shapiro C. and Varian H. (1998). Information rules: A strategic Guide to the Network Economics. Boston: Harvard Business School Press.

Shelanski, H. A. (2013) Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, University of Pennsylvania Law Review 161,1663-1705.

von Hippel, E. (2005). Democratizing Innovation. MIT Press.

ANNEXE 1

APERÇU DES PROPOSITIONS REGLEMENTAIRES ACTUELLES SUR LES PLATEFORMES

De nombreuses propositions ont été avancées pour créer une réglementation spécifique sur les plateformes numériques. Cette annexe décrit les principales d'entre elles au niveau français et européen en les situant dans les cadres réglementaires existants.

1. LE RAPPORT LESCURE.

En 2012, le ministre français de la Culture a chargé Pierre Lescure d'examiner la manière d'appliquer l'exception culturelle française à l'écosystème du numérique. Le rapport Lescure a proposé un certain nombre de mesures pour décourager la violation du droit d'auteur sur internet et promouvoir des sites de contenu légaux ainsi que des productions françaises sur les plateformes numériques. Pierre Lescure a mis l'accent sur l'incapacité de la France à imposer une réglementation à des plateformes situées à l'extérieur de la France.

1.1 Directive sur les services de médias audiovisuels (SMAV) : la règle du pays d'origine

C'est la directive sur les services de médias audiovisuels (SMAV) qui aujourd'hui pose problème quant à l'adoption d'un règlement français spécifique à l'audiovisuel qui s'appliquerait aux plateformes non françaises. La directive SMAV établit des règles de base minimales pour la régulation audiovisuelle en Europe. Chaque État membre a la possibilité d'aller au-delà de ces règles de la directive. Grâce à la souplesse de la directive, la France a créé des obligations réglementaires spécifiques pour les services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) proposés par les fournisseurs établis en France. Ces obligations consistent, d'une part, à proposer un pourcentage minimum de contenu français, d'autre part, à valoriser des contenus français et européens sur la page d'accueil et enfin, à investir une somme minimale dans la production française et européenne.

Cependant, en vertu de la règle du pays d'origine issue de la directive SMAV, la France ne peut pas imposer ces obligations aux prestataires de SMAV établis dans un autre État membre de l'Union européenne. Par conséquent, un fournisseur de SMAV, situé au Luxembourg par exemple, est libre d'offrir un service de médias audiovisuels à la demande aux citoyens français, tout en étant uniquement soumis à la législation applicable au Luxembourg, moins rigoureuse qu'en France. Les fournisseurs de SMAV qui s'adresse à un public européen sont donc incités à s'établir en dehors de la France.

Dans ce contexte, la France pousse à une révision de la directive SMAV qui permettrait à chaque État membre d'appliquer sa propre réglementation audiovisuelle aux services qui ciblent les clients situés dans l'État membre et ce, même si le service est établi dans un autre État membre. C'est ce qu'on appelle la règle du "pays de destination", qui va à l'encontre de la règle du "pays d'origine" issue de la directive actuelle.

1.2 Directive Commerce électronique : les services de la société de l'information¹²

La deuxième raison qui empêche la France d'imposer ses réglementations aux plateformes basées à l'étranger est la directive européenne relative au commerce électronique.

Les plateformes, dont les services ne sont pas en capacité de fournir aux internautes des services de médias audiovisuels à la demande, ne peuvent pas faire l'objet, selon la directive SMAV, de réglementations audiovisuelles visant à promouvoir la culture française. Ces "services à la demande" sont généralement considérés comme des "services de la société de l'information" qui relèvent de la directive sur le commerce électronique. La plupart des plateformes numériques sont considérées comme des services de la société de l'information. En vertu de la directive sur le commerce électronique, un fournisseur de services de la société de l'information qui s'établit dans un État membre est libre de fournir son service aux consommateurs dans toute l'Europe, sans avoir à se préoccuper des exigences réglementaires particulières dans chaque État membre où il a des utilisateurs. Il y a plusieurs exceptions à cette règle, et en particulier en ce qui concerne la législation relative à la protection des consommateurs.

Toutefois, le principe général est qu'un service de la société de l'information est soumis aux lois de son pays d'établissement. Par conséquent, un service basé en Irlande ou au Royaume-Uni, mais ciblant les consommateurs français, sera soumis à la loi irlandaise ou anglaise dans de nombreux aspects de son activité.

1.3 Les propositions de Lescure : un régime d'incitation pour promouvoir la culture française

Afin de surmonter le problème de l'applicabilité du droit français, Pierre Lescure a proposé un régime d'incitation, en encourageant les plateformes à favoriser l'exception culturelle française. Pierre Lescure a suggéré que les plateformes, qui accepteraient volontairement les règles françaises, bénéficieraient de droits préférentiels de distribution en France. Les droits de distribution pourraient inclure une visibilité préférentielle sur les agrégateurs de contenu, ou même une bande passante préférentielle sur les réseaux de l'ISP.

1.4 Les algorithmes de recommandation : une menace pour la diversité des contenus

Le rapport de Pierre Lescure s'inquiète également des algorithmes de recommandation. Selon Pierre Lescure, les algorithmes de recommandation tendent à promouvoir les contenus identiques ou proches de ceux que les internautes aiment déjà. Par conséquent, Pierre Lescure affirme que les algorithmes de recommandation peuvent nuire à la diversité culturelle et devraient être réglementés afin de créer un parti pris (ou une "non-neutralité") en faveur du contenu européen.

¹² Un service de la société de l'information est défini par la directive sur le commerce électronique comme «*tout service fourni normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services*». [...] «*Les services de la société de l'information [...], dans la mesure où ils représentent une activité économique, s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données*». Avec une telle définition, un moteur de recherche ou un réseau social offre des services de la société de l'information tant pour les internautes que les annonceurs.

2. LE RAPPORT DU CONSEIL D'ÉTAT RECOMMANDE UNE NOUVELLE CATEGORIE INTERMEDIAIRE ET UNE NOUVELLE OBLIGATION D'EQUITE

2.1 Une nouvelle obligation d'équité

Dans son rapport de septembre 2014 sur les droits fondamentaux sur Internet, le Conseil d'Etat français a recommandé que les plateformes numériques soient soumises à une nouvelle obligation d'agir équitablement. Le Conseil d'Etat a relevé plusieurs points qui justifient une nouvelle approche de la réglementation des plateformes.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat indique que les plateformes qui organisent ou classent les contenus sont fondamentalement différentes des hébergeurs qui bénéficient d'un régime de responsabilité spéciale en vertu de la directive sur le commerce électronique. Le Conseil d'Etat a mis en avant la jurisprudence française et européenne, afin de montrer que les plateformes de marché en ligne et les moteurs de recherche ne jouent pas toujours un rôle purement technique et passif. Par conséquent, ils ne bénéficient pas des règles du *safe harbor*¹³ de la directive sur le commerce électronique prévues. Le Conseil d'Etat a fait valoir que *le safe harbor* était particulièrement important pour assurer que ces plateformes n'appliquent pas de censure excessive au contenu affiché sur leur service.

Ainsi, le Conseil d'Etat soutient qu'une nouvelle catégorie juridique doit être créée pour les plateformes qui offrent une classification ou une liste de contenus, de biens ou de services mis en ligne par des tiers. Une fois cette nouvelle catégorie juridique créée, le Conseil d'Etat propose que les plateformes soient soumises à une obligation générale d'agir équitablement, tant vis-à-vis des consommateurs que des commerçants en ligne qui, pour atteindre les utilisateurs, dépendent de la plateforme. L'obligation d'équité consisterait en une obligation de ne pas modifier ou déformer les informations, les résultats de recherche ou de classement à des fins contraires aux intérêts des utilisateurs. L'inscription et l'indexation des critères doivent reposer sur l'objectif d'offrir le meilleur service à l'utilisateur.

2.2 Les règles de procédure lors de la suppression de contenu

Le Conseil d'Etat recommande également que les plateformes soient soumises à des règles de procédure sur la manière dont ils développent des politiques d'utilisation acceptable et les appliquent à leurs utilisateurs. Les personnes, dont le contenu a été supprimé par une plateforme dans le cadre de l'application d'une politique interne, devraient bénéficier de droits procéduraux afin de contester la suppression. Les critères de suppression des contenus licites devraient être publiés et appliqués de façon claire et non discriminatoire. En outre, les utilisateurs des plateformes devraient jouer un rôle dans la définition des règles sur les types de contenu qui peuvent être publiés sur le site.

2.3 Les mesures de sécurité entourant les algorithmes

Le Conseil d'Etat a également identifié les risques liés à l'utilisation d'algorithmes par les plateformes. L'avis propose des garanties de procédure et de transparence qui devraient s'appliquer aux algorithmes afin qu'ils ne créent pas de risque pour les individus. L'utilisation des algorithmes devrait s'accompagner d'une intervention humaine. Leur fonctionnement devrait être surveillé pour s'assurer qu'il n'y ait aucune discrimination illégale.

¹³ Le Safe Harbor est l'ensemble des principes de protection des données personnelles négociés entre les autorités américaines et la Commission européenne en 2001.

2.4 Imposer l'obligation de "take down and stay down"

Enfin, le Conseil d'Etat a abordé le rôle des plateformes pour limiter l'accès aux contenus illicites tels que ceux proposés par les sites de téléchargements illégaux de musique ou de film. Selon le Conseil d'État, les plateformes devraient avoir l'obligation d'empêcher la réapparition, pour une période définie, du contenu qui a été retiré auparavant. Cela équivaut à une obligation de "take down and stay down".

3. LE CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE FRANÇAIS (CNN)

En mai 2014, le CNN a présenté un rapport au ministre de l'Economie relatif à la neutralité des plateformes. Ce rapport a principalement porté sur les comportements anticoncurrentiels de certaines plateformes, notamment l'avantage inéquitable dont bénéficient les plateformes dites "dominantes". Le rapport du CNN s'inquiète de la capacité des plateformes à modifier leurs politiques et les interfaces de programmation avec pour conséquence de nuire aux autres sites internet de l'écosystème. Un des thèmes récurrents du rapport du CNN est que les grandes plateformes auront tendance à favoriser leurs propres services au détriment de ceux de fournisseurs indépendants, contournant ainsi la concurrence et l'innovation. Le rapport cite notamment des politiques qui empêchent le développement de services multiplateformes. Selon le CNN, les grandes plateformes ont développé des écosystèmes concurrents mais incompatibles avec leurs propres données en silos qui peuvent ainsi capter les utilisateurs et augmenter la dépendance des parties tiers.

Le rapport indique que les plateformes ont tendance à brouiller la frontière entre l'information sponsorisée et l'information objective présentée aux utilisateurs (par exemple entre les liens sponsorisés et les liens organiques naturels dans le cas d'un moteur de recherche). Les utilisateurs auraient du mal à savoir si l'information présentée résulte d'un processus objectif, ou si l'information est choisie au titre d'un avantage financier non communiqué dont bénéficie la plateforme.

Un des points du rapport dénonce plus particulièrement les plateformes "dominantes" qui constitueraient une menace pour l'innovation. Ainsi, une fois que les plateformes parviennent à une certaine échelle, elles pourraient tenter d'empêcher une innovation perturbatrice qui menacerait leur business model.

Le rapport fait valoir que le droit de la concurrence actuel est insuffisant et doit être adapté afin de tenir compte du comportement spécifique des grandes plateformes. Selon le rapport, la théorie des "infrastructures essentielles" peut être utilisée pour garantir aux concurrents un droit d'accès à certains éléments des plateformes "dominantes". Le rapport affirme que les informations accumulées par les plateformes sur le fonctionnement du marché et les préférences des utilisateurs ne peuvent être reproduites. Ses auteurs pensent que les liens sponsorisés vont peu à peu éliminer les informations et les liens non sponsorisés. Les sites de commerce et les prestataires de services auront alors de plus en plus de difficultés à accéder aux utilisateurs finaux, sans payer une redevance à la plateforme.

Le rapport du CNN indique que les principales plateformes ont une influence plus importante qu'un pays souverain. Cette situation risque d'asphyxier l'environnement de l'Internet ouvert, qui est crucial pour l'innovation et le progrès.

Au sujet du droit de la concurrence, le rapport du CNN (page 28) cite un document de l'OCDE de 2012, qui évoque l'idée de considérer un acteur de l'économie numérique comme dominant, si aucun autre concurrent n'a été en mesure de contester le leadership de la société pendant cinq ans, et si la compagnie en tire profit.

L'une des défaillances du marché citées dans le rapport (page 36) se rapporte à des asymétries d'informations. Une plateforme détiendra beaucoup plus d'informations sur un utilisateur que l'utilisateur ne peut détenir sur elle-même. De même, les fournisseurs de services qui dépendent généralement de la plateforme doivent partager certaines informations de l'utilisateur avec la plateforme, tandis que la réciproque n'est peut-être pas vraie. Cela crée des asymétries dans la circulation de l'information

Le rapport se préoccupe de l'absence de concurrence et d'innovation qui découle de la coexistence d'un petit nombre de grandes plateformes qui sont en concurrence entre elles.

Une autre préoccupation a trait à la tendance des plateformes à procéder à des acquisitions afin de renforcer leur pouvoir de marché et dans certains cas, à empêcher l'innovation "disruptive" d'émerger en tant que menace concurrentielle.

Enfin, le rapport n'évoque que des préjudices potentiels et ne cite pas d'exemples concrets d'atteintes à l'innovation et à la concurrence suite au comportement d'une plateforme.

4. L'AMENDEMENT DU SENAT FRANÇAIS

Plusieurs sénateurs français ont proposé un amendement sur le projet de loi "croissance, activité et égalité des chances économiques", dit loi Macron, qui consistait à imposer plusieurs obligations aux principaux moteurs de recherche. Ils définissaient le moteur de recherche dominant comme celui qui a "un effet structurant sur l'économie numérique".

Les nouvelles obligations comprendraient :

- La mise à la disposition des utilisateurs de trois autres moteurs de recherche non affiliés sur la page d'accueil du moteur de recherche dominant¹⁴;
- Fournir aux utilisateurs des informations sur les principes régissant l'algorithme du moteur de recherche ;
- S'assurer que les résultats de recherche sont justes et non discriminatoires, notamment en ce qui concerne les services affiliés à l'opérateur, qui est également moteur de recherche dominant ;
- Une interdiction de lier l'utilisation d'un moteur de recherche à un terminal donné ou à un logiciel.

Concrètement, l'amendement proposé consistait à insérer ces obligations dans le Code des Postes et des Communications Electroniques (CPCE) français et permettrait à l'ARCEP, l'autorité de régulation française des télécommunications, de faire respecter ces principes.

L'exposé des motifs accompagnant cet amendement a déclaré que "*le comportement de certains acteurs ayant un effet structurel nuit au pluralisme des idées et des opinions, à l'innovation et à la liberté de créer des entreprises*". Il cite également la nécessité de protéger les entreprises françaises et européennes contre la dépendance au regard de services basés aux États-Unis : "*les craintes concernant le pouvoir de monopole des grands sites Internet américains se multiplient en France et en Europe... L'Europe ne peut rester une "colonie numérique", et le moment est venu pour lutter contre la dépendance accrue de nos sociétés sur Internet, comme elle existe aujourd'hui, et qui est devenue pour eux un facteur de vulnérabilité.*"

¹⁴

Ce dispositif est identique aux engagements proposés par Google afin de régler l'enquête antitrust de la Commission européenne en 2013.

L'exposé des motifs souligne également la confiance excessive des internautes envers les résultats de leurs recherches et leur lien à un moteur de recherche unique : *"ce dernier a tendance à accorder une "confiance abusive" dans les résultats des algorithmes, qu'il perçoit comme objectifs et infaillibles, car il ne dispose d'aucune information quant aux méthodes utilisées et que, du fait d'accords d'exclusivité, il n'a parfois pas d'autre choix que de se référer aux résultats d'un unique moteur."*

Enfin, l'objet de l'amendement se réfère à la capacité des moteurs de recherche de déréférencer ou de déclasser certains sites, citant les préjudices pour le dynamisme de l'économie française : *"En outre, par le truchement du paramétrage de son algorithme et, dans certains cas, de ses conditions générales d'utilisation, un moteur de recherche peut refuser de référencer ou de classer, ou bien déréférencer ou déclasser tout site Internet, et ce, de manière potentiellement discriminatoire, voire arbitraire. Un tel aléa pour les opérateurs économiques présents sur Internet et une telle dépendance vis-à-vis d'acteurs ultra-dominants sont préjudiciables au dynamisme de l'économie française."*

L'exposé des motifs cite, enfin, les mesures potentielles qui peuvent être prises par les plateformes, mais ne citent pas d'exemples concrets de préjudice.

5. LA STRATEGIE NUMERIQUE POUR UN MARCHE UNIQUE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Dans sa communication sur le marché numérique unique du 6 mai 2015, la Commission européenne a identifié les bienfaits et les méfaits potentiels, liés aux plateformes numériques.

5.1 Les nombreux atouts des plateformes

Les avantages des plateformes sont nombreux : innovation, croissance, emplois et davantage de choix pour les consommateurs... Les plateformes sont des "catalyseurs" pour l'économie numérique :

" Les plateformes en ligne (par exemple, les moteurs de recherche, les médias sociaux, les plateformes de commerce électronique, les boutiques d'applications, les comparateurs de prix) jouent un rôle de plus en plus important dans la vie économique et sociale. Elles permettent aux consommateurs de trouver des informations en ligne et aux entreprises de tirer parti des avantages du commerce électronique. L'Europe possède un grand potentiel dans ce domaine mais il est bridé par le morcellement des marchés qui entrave l'expansion des entreprises. Les plateformes produisent, accumulent et gèrent un énorme volume de données sur leurs clients et utilisent des algorithmes pour les transformer en informations exploitables. La croissance de ces données est exponentielle : 90 % des données qui circulent sur l'internet ont été créées il y a moins de 2 ans. Par ailleurs, les plateformes jouent un rôle novateur dans l'économie numérique en aidant les petites entreprises à développer une présence sur l'internet et à s'implanter sur de nouveaux marchés. Les nouvelles plateformes vouées aux services de mobilité, au tourisme, à la musique, à l'audiovisuel, à l'enseignement, à la finance, à l'hébergement et au recrutement ont remis rapidement et radicalement en question les modèles économiques traditionnels et connaissent une croissance exponentielle. La montée en puissance de l'économie du partage est également porteuse de progrès en matière d'efficience, de croissance et d'emploi en élargissant le choix offert au consommateur, mais elle pourrait aussi poser de nouvelles difficultés réglementaires."

5.2 Les préjudices potentiels des plateformes

Les préjudices potentiels cités par la Commission sont essentiellement liés aux asymétries de pouvoir de marché et d'information :

" En fonction de leur type et de leur puissance sur le marché, certaines plateformes ont autorité sur l'accès aux marchés en ligne et peuvent exercer une influence significative sur le mode de rémunération des acteurs du marché. Cette situation suscite des inquiétudes face à la puissance grandissante de certaines plateformes sur le marché, parmi lesquelles un manque de transparence quant à la manière dont elles utilisent les informations qu'elles obtiennent, leur pouvoir de négociation par rapport à celui de leurs clients, qui peut se refléter dans les conditions qu'elles pratiquent (en particulier à l'égard des PME), la promotion de leurs propres services au détriment des concurrents et des politiques tarifaires non transparentes, ou des restrictions concernant la fixation des prix et les conditions de vente. Certaines plateformes en ligne sont désormais devenues des acteurs économiques à part entière dans de nombreux secteurs de l'économie, et la manière dont elles utilisent leur puissance sur le marché pose un certain nombre de problèmes qui méritent une analyse dépassant la seule application du droit de la concurrence dans des cas spécifiques."

La Commission a également mis l'accent sur la nécessité d'améliorer les mécanismes de la suppression des contenus illicites sur Internet, y compris l'idée d'imposer une certaine forme d'obligation de diligence aux intermédiaires de l'Internet.

La Commission a conclu en annonçant le lancement d'une évaluation approfondie sur le rôle des plateformes, mettant l'accent sur la transparence, l'utilisation de l'information, les relations contractuelles avec les fournisseurs, les obstacles à la portabilité et la lutte contre les contenus illicites.

"La Commission entamera avant la fin de l'année 2015 une vaste évaluation du rôle des plateformes, y compris dans l'économie du partage, ainsi que des intermédiaires en ligne, qui portera sur des questions telles que i) la transparence, notamment dans les résultats de recherches (signaler, par exemple, les liens payants et/ou les publicités), ii) l'utilisation, par les plateformes, des informations qu'elles collectent, iii) les relations entre plateformes et fournisseurs, iv) les contraintes auxquelles sont confrontées les personnes et les entreprises souhaitant changer de plateforme, et analysera v) la meilleure manière de lutter contre les contenus illicites sur l'internet."

6. LA FISCALITE ET LA REFORME DES SUBVENTIONS AUDIOVISUELLES SONT DES QUESTIONS PLUS LARGES

Certaines propositions concernent des atteintes à la politique culturelle qui auraient été provoquées par des plateformes.

Le reproche qui consiste à dire que les plateformes nuisent à la politique culturelle est lié au débat plus large sur la modernisation des systèmes de subventions nationaux conçus pour soutenir le cinéma et les autres productions culturelles, afin de tenir compte de l'importance croissante des services sur Internet. Le système français de soutien du cinéma est basé sur des règles complexes liées aux licences de radiodiffusion en direct. Les radiodiffuseurs reçoivent le droit d'utiliser le spectre radioélectrique gratuitement. En échange, les radiodiffuseurs sont assujettis à des obligations liées au soutien du cinéma et de la culture française. Le système français relatif à la subvention de l'industrie cinématographique a été critiqué par la Cour des Comptes qui a indiqué que ces dépenses ont une efficacité faible aux regards des moyens investis. Comme la radiodiffusion hertzienne décline lentement, le

système français de subvention à l'industrie cinématographique devrait être modernisé. Le débat sur les obligations culturelles à imposer aux plateformes numériques n'est qu'un des aspects d'un problème beaucoup plus vaste.

Le rapport de Pierre Lescure cherche à imposer des obligations culturelles aux plateformes. Cependant, pour les plateformes établis en dehors de la France, une telle obligation serait contraire à la Directive SMAV et à la Directive Commerce électronique.