

EGNum

États généraux du numérique

synthèse de la consultation

Mai 2020 Concurrence

Sommaire

Contexte	77
Synthèse brève des contributions	80
Synthèse générale des contributions	82
Contexte	82
Au niveau national	83
Sur l'application du droit de la concurrence à l'économie numérique	83
Sur l'instauration d'une fiscalité applicable à l'économie numérique	91
Au niveau européen	92
La directive ECN+	92
Le Règlement P2B	93
Un Code européen sur les services numériques ? Le Digital Services Act	94
Au niveau international	99
Le G7 des autorités de la concurrence	99
Le Département américain de la Justice	99
Federal Trade Commission (US)	100
Le rapport de l'Autorité de la concurrence australienne (ACCC)	100
Préalable	103
Adapter le droit de la concurrence	104
Renforcer la loyauté des plateformes et la transparence des algorithmes	105
Envisager une régulation sectorielle et proactive des acteurs systémiques du numérique	105
Synthèse des contributions	107
Retour sur les constats liés à la plateformes de l'économie	107
Sur l'économie des plateformes	107
Des modalités variées pour intervenir	110
Une intervention au niveau européen et se basant sur les éléments concrets	113
L'action dans la continuité : l'adaptation du droit de la concurrence aux acteurs du numérique	115
Sur l'efficacité du contrôle des concentrations	116
Sur le champ d'application des abus de position dominante	119
Sur l'inter-régulation : la prise en compte d'autres droits par le droit de la concurrence et la création de nouveaux principes directeurs du droit de la concurrence	120
Une nouvelle proposition issue de la consultation : créer un droit des pratiques déloyales entre professionnels	123
Le rejet de la mise en œuvre de l'adaptation du droit de la concurrence par ordonnance	123
Le recours à l'innovation : l'encadrement des acteurs du numérique au-delà du droit commun de la concurrence	123
Sur l'élaboration d'une régulation symétrique	124
Sur l'élaboration d'une régulation asymétrique	129

Synthèse de la consultation sur l'adaptation des règles de la concurrence et de la régulation économique

Contexte

Historique des travaux sur les états généraux des nouvelles régulations numériques

<i>Juillet 2018</i>	Lancement des états généraux des nouvelles régulations numériques Par le secrétaire d'État chargé du Numérique
<i>Septembre 2018</i>	Première phase des états généraux Consultation des principales administrations ayant compétence sur les enjeux numériques
<i>Janvier 2019</i>	Lancement de la deuxième phase des états généraux Consultation en ligne et en présentiel sur six thèmes : <ul style="list-style-type: none">– Thème 1 - Régulation des contenus illicites– Thème 2 - Adaptation des règles de concurrence et de régulation économique– Thème 3 - Observatoire du numérique– Thème 4 - Protection des travailleurs des plateformes– Thème 5 - Données d'intérêt général– Thème 6 - Surexposition aux écrans
<i>Mars 2019</i>	Clôture de la consultation citoyenne sur les thèmes 1 à 3
<i>Mai 2019</i>	Clôture de la consultation citoyenne sur les thèmes 4 à 6

Déroulé de la première phase des états généraux : le travail des administrations

Durant la première phase des états généraux, l'adaptation des règles de la concurrence a été traitée dans un groupe de travail sur la régulation économique piloté par Mathieu

Weill, chef de service de l'économie numérique du ministère de l'Économie et des Finances. L'adaptation des moyens de régulation était traitée par un autre groupe de travail piloté par Jean-Yves Ollier, conseiller d'État.

Membres du groupe de travail

Ont participé à ce groupe de travail des agents de l'Autorité de la concurrence (ADLC), de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), du Conseil d'État (CE), du Conseil général de l'économie (CGE), de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), de la Direction générale des entreprises (DGE), de la Direction générale du Trésor (DGTrésor), de la Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC), de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE) ainsi que des parlementaires, des Professeurs des Universités et des membres et rapporteurs du Conseil national du numérique (CNNum).

Déroulé de la deuxième phase des états généraux du numérique : la consultation

Du 14 janvier 2019 au 15 mai 2019, la consultation en ligne a permis de recueillir **près de 150 contributions de près de 100 contributeurs et plus de 350 votes sur la thématique de l'adaptation de la concurrence.**

Les débats sur la plateforme de consultation ont été enrichis par des ateliers contributifs sur la régulation économique organisés le 15 février 2019 à Station F (French Tech Central) et auxquels ont participé près de 80 personnes. Lors de cette matinée, Mathieu Weill, chef du service de l'économie numérique du ministère de l'Économie et des Finances, a présenté les deux thématiques relatives à la régulation économique à savoir l'adaptation des règles de concurrence et de régulation économique, et la création d'un observatoire français du numérique. Les participants ont ensuite été répartis en plusieurs ateliers selon un principe d'équilibre entre les acteurs. Ainsi, tous les ateliers étaient composés de chercheurs, membres de syndicats, d'associations et représentants d'entreprises françaises ou étrangères. Chaque atelier a été l'occasion de discuter des propositions formulées par l'administration et de recueillir les avis des acteurs présents afin d'ouvrir de nouvelles pistes de régulation pour l'économie numérique.

Acteurs contributeurs de la consultation

Globalement, l'ensemble des parties prenantes au débat était représenté. On note une forte mobilisation du secteur économique avec une représentation de plusieurs grandes entreprises du numérique (Facebook, Ebay, IBM, Cdiscount, Le Bon Coin, Qwant, Airbnb, La Poste, Apple, Google...), mais également des fédérations professionnelles du secteur, syndicats et réseaux d'entreprises (MEDEF, FEVAD, Tech In France, Cigref...).

La mobilisation du secteur public et de la société civile a également été importante puisque des autorités publiques (ADLC, CNIL, Arcep...) et des personnes issues du milieu académique (réseau Trans Europe Experts, étudiants de Paris Saclay) ont pris part aux débats. Sur la plateforme en ligne, des citoyens ont également participé.

Synthèse brève des contributions

À titre liminaire, les contributeurs constatent la spécificité du *business model* des plateformes, reposant sur les effets de réseau croisés et les marchés bifaces voire multifaces, mais également sur la collecte et l'exploitation massive de données des utilisateurs. Or ces caractéristiques singulières entraînent les problèmes suivants : la constitution de positions dominantes voire monopolistiques, le verrouillage du marché notamment en créant des barrières à l'entrée, ainsi qu'une asymétrie d'informations et de pouvoirs notamment par une captivité des consommateurs aggravée par l'effet complémentaire du "*winner takes all*" et par une dépendance des partenaires économiques.

Dans ces conditions, l'adaptation du droit de la concurrence est perçue comme une nécessité par les contributeurs afin de pouvoir réguler efficacement les grandes plateformes, notamment à deux égards :

- D'une part, l'extension du contrôle des concentrations pourrait remédier à l'insuffisance du critère du chiffre d'affaires et inclure les opérations de rachats de startups et entreprises innovantes par les géants du numérique. Deux nouveaux critères ont émergé des états généraux : un critère reposant sur la valeur d'acquisition des entreprises et un contrôle ex-post des concentrations, ultérieur à la réalisation des acquisitions desdites entreprises.
- D'autre part, l'extension du champ des abus de position dominante pourrait sanctionner un acteur en position dominante qui enfreindrait une disposition du droit de la consommation ou de la protection de la vie privée, lui conférant un avantage illégal par rapport à ses concurrents. Il a ainsi été proposé, entre autres, de qualifier d'abus d'exploitation toute violation par la plateforme en position dominante du droit des données à caractère personnel et du droit de la consommation ou encore de créer un abus de monopolisation inspiré du droit états-unien afin de sanctionner un comportement abusif avant la constitution d'une position dominante.

Sur la procédure, les contributeurs des états généraux ont fait part de leur réticence à une adaptation du droit de la concurrence par voie d'ordonnances, notamment dans le cadre de la loi PACTE, au profit d'une action du législateur garantissant la démocratie représentative sur ces sujets qui touchent directement aux consommateurs et, *in fine*, aux citoyens. Notons également que des contributeurs ont proposé de créer de nouvelles pratiques commerciales déloyales entre professionnels sur le modèle de l'interdiction *per se*.

Cependant, adapter ne suffit pas, il s'agit également d'innover pour appréhender les problèmes concurrentiels liés à la plateformes de l'économie. Au-delà du droit commun de la concurrence, l'hypothèse d'une régulation *ex-ante* des plateformes devrait être envisagée. Deux modèles de champ d'application ont été analysés :

- une régulation symétrique, appliquée à l'ensemble des acteurs du marché visé ;
- une régulation asymétrique, appliquée à un petit nombre d'acteurs identifiés comme « systémiques » en fonction de critères objectifs (possession de grandes bases de données difficilement répliquables ou d'intérêt général, pouvoir de marché à l'échelle européenne, etc).

Sur le contenu des obligations, plusieurs options ont été jugées pertinentes par les contributeurs :

- **l'inscription dans la loi d'un principe de liberté de choix** au bénéfice des utilisateurs finaux pour lutter contre les effets de verrouillage des marchés ; notons que cette consécration juridique devrait être complétée par certaines mesures opérationnelles afin d'être effective :
 - **la portabilité des données des utilisateurs et ;**
 - **l'interopérabilité des services** - notamment les réseaux sociaux -, permettant de passer librement d'un service à un autre.
- **la mise en place d'un pouvoir de règlement des différends** accessible aux entreprises en cas de litige sur les conditions d'accès aux plateformes ;
- **et l'accès et le partage de certaines données des plateformes**, données qui pourraient être considérées comme essentielles pour les concurrents sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles, ou de l'intérêt général pour la société.

Synthèse générale des contributions

Contexte

Dans cette partie, nous avons fait le choix de présenter les textes législatifs et réglementaires, ainsi que les rapports d'institutions publiques (ou apparentées) ou commandés par ces institutions. Sauf à de rares exceptions, nous avons choisi de ne pas présenter de références à la littérature académique. De fait, notre objectif était de rendre compte de l'évolution de la prise en compte du sujet par les pouvoirs publics.

La régulation des plateformes se situe au cœur des enjeux soulevés par l'économie numérique. Ce sujet a fait l'objet de nombreux rapports, institutionnels ou non, et a fortement mobilisé la doctrine. À cet égard, l'article américain de Lina Khan intitulé « *Amazon's Antitrust Paradox* »³⁰ a contribué à la cristallisation du débat, et ce, à l'échelle mondiale : l'auteure met en lumière la pratique de prix prédateurs par Amazon face à ceux des vendeurs tiers ainsi que son contrôle exclusif de l'infrastructure sur laquelle se déroulent les transactions, non régulées par le droit de la concurrence.

En parallèle, les sanctions des régulateurs se sont multipliées sur ce point et récemment, Facebook a été condamnée par la *Federal Trade Commission* (FTC) à une amende record de 5 milliards de dollars qui a également imposé d'importantes exigences pour renforcer la responsabilité et la transparence de la confidentialité³¹. La Commission européenne a également infligé plusieurs amendes record à Google pour pratiques anticoncurrentielles et vient en outre d'ouvrir une enquête sur Amazon en matière de concurrence qui, si cela est justifié, devrait aboutir à une sanction significative.

En Europe, les États membres commencent à réagir afin de pouvoir relever les défis liés à la plateformes de l'économie : la France a récemment adopté sa propre taxe sur les services numériques, tandis que l'Allemagne s'apprête à adopter une 10ème réforme de la grande loi allemande de la concurrence GWB. L'Union Européenne tend également à élaborer ses propres initiatives législatives comme nous le verrons plus bas, avec le règlement P2B en 2019 et le *Digital Services Act* en cours d'élaboration.

Afin de comprendre les enjeux qui sous-tendent ces actualités, un rappel exhaustif du contexte national, européen et international s'impose.

³⁰ L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 127 Yale L.J. 710, 2017, et *The new Brandeis Movement : America's Antimonopoly Debate*, *European Competition L. & Practice*, 131, 2018.

³¹ FTC, "FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook (Press Release)", juillet 2019 : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>.

Au niveau national

Sur l'application du droit de la concurrence à l'économie numérique

L'Autorité de la concurrence tend de plus en plus à prendre en compte le numérique dans la régulation du droit de la concurrence. « *Priorité majeure* »³² selon les termes de sa Présidente, Isabelle de Silva, cela constitue également « *l'un des axes prioritaires de la présidence française du G7 de 2019* »³³.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence elle-même admet que le droit de la concurrence pourrait être adapté à l'ère du numérique. L'Autorité de la concurrence a ainsi estimé que le droit de la concurrence, au niveau national et européen, était suffisamment souple pour répondre aux enjeux soulevés par le secteur du numérique. En effet, la répression des pratiques anticoncurrentielles, telle que prévue par les articles 102 TFUE et L.420-2 du Code de commerce, permet de tenir compte des évolutions du marché et n'est pas limitée à un secteur ou une technologie. Néanmoins, **l'Autorité admet qu'une adaptation pourrait être envisagée dans l'optique de renforcer l'efficacité du droit de la concurrence.** Par exemple, le concept d'abus pourrait être examiné pour viser également des hypothèses de violation de certaines législations spécifiques du droit de la consommation ou de la protection des données. En revanche, l'Autorité appelle à la prudence pour toute forme de régulation visant spécifiquement le comportement des acteurs du numérique, qui viendrait s'ajouter au cadre existant.

Une adaptation du droit de la concurrence pourrait ainsi passer par une réforme du droit des concentrations : **dans son communiqué de presse « *Modernisation et simplification du contrôle des concentrations* » du 7 juin 2018**, l'Autorité a estimé que **l'introduction dans le droit français d'un nouveau contrôle « *ex post* » et ciblé**, sur les modèles pratiqués dans de nombreux pays (Suède, Royaume-Uni, et États-Unis notamment) était une piste à explorer.

En deuxième lieu, le droit de la concurrence prend désormais acte que plusieurs entreprises réalisent des chiffres d'affaires conséquents qui reposent sur un modèle d'affaires ancré en partie sur l'utilisation des données. Dès 2016, les autorités de concurrence française et allemande – le *Bundeskartellamt* –, avaient publié **une étude conjointe sur les données et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence intitulée « *Competition Law and Data* »**. L'étude propose un aperçu complet de la pratique décisionnelle, de la jurisprudence et de la doctrine à ce jour afin de **déterminer pourquoi, comment et dans quelle mesure les données pourraient devenir un instrument de**

³² Déclaration d'Isabelle de Silva, Présidente de l'Autorité de la concurrence lors du dixième anniversaire de l'Autorité.

³³ ADLC, 11 janvier 2019 : L'Autorité de la concurrence annonce ses priorités pour l'année 2019 : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=696&id_article=3328.

pouvoir. Deux questions de cette étude conjointe méritent plus particulièrement d'être soulignées : en premier lieu, les données sont-elles facilement accessibles par les concurrents ? En second lieu, la variété et le volume des données sont-ils des facteurs importants ? L'étude illustre la nécessité d'une approche différenciée et d'une analyse au cas par cas. Cependant, les auteurs du rapport constatent que, sous certaines conditions, les pratiques privant certains concurrents de l'accès aux données peuvent porter atteinte à la libre concurrence. Ces pratiques peuvent se matérialiser par un refus, un accès discriminatoire, des exclusivités ou encore des ventes liées.

Le rapport fait notamment référence à la pratique décisionnelle nationale et européenne sur ce point :

- la décision Direct Energie de l'Autorité de la concurrence du 9 septembre 2014 qui ordonne à l'entreprise d'accorder à ses concurrents un accès à une partie des données de son fichier clients en l'espèce difficilement répliquable afin de permettre aux opérateurs concurrents de mieux connaître leurs offres ;
- la décision Microsoft de la Commission européenne de 2004 qui lui impose, pour le même motif, la divulgation à ses concurrents des informations sur les interfaces nécessaires pour que leurs produits puissent dialoguer avec le système d'exploitation Windows.

En troisième lieu, le droit de la concurrence doit s'attacher à réguler le secteur de la publicité, chamboulé par l'émergence des plateformes. Le 6 mars 2018, l'Autorité de la concurrence a rendu **les conclusions de son enquête sectorielle sur la publicité en ligne**, qui est devenue en France le premier média publicitaire devant la télévision. Ceci résulte notamment des techniques de ciblage utilisées grâce aux données collectées. Dans ce contexte, il est donc crucial pour les entreprises du secteur de pouvoir accéder à ces données. En outre, il ressort de cette étude que certaines pratiques individuelles et collectives tendent à fragiliser une partie des acteurs sur ce marché, à l'instar de *« stratégies de couplage ou de ventes liées, de prix bas et d'exclusivités, des effets de levier et des pratiques de traitement discriminatoire, des freins à l'interopérabilité dans le secteur de l'intermédiation publicitaire ainsi que des restrictions sur les possibilités de collecter et d'accéder à certaines données »*.

En quatrième lieu, le droit de la concurrence doit également tenir compte de la spécificité du secteur audiovisuel pour réguler les plateformes de vidéo en ligne. Le 21 février 2019, dans le cadre de la réforme de l'audiovisuel en cours d'élaboration, l'Autorité de la concurrence a rendu **un avis relatif à la question concurrentielle des plateformes de vidéo en ligne, face aux acteurs historiques de l'audiovisuel**. L'Autorité a notamment conclu que *« compte tenu du nouveau paysage concurrentiel qui se dessine à vitesse accélérée, ces règles ne placent pas l'ensemble des opérateurs sur un pied d'égalité et doivent donc être rapidement réformées. C'est pourquoi l'Autorité préconise de modifier à court terme*

l'ensemble des règles instituant des contraintes non symétriques, dans le domaine de la publicité, de la production, de la diffusion et des mécanismes anti concentration ». Sur ce point, il convient également de mentionner la décision de l'Autorité du [12 août 2019](#) autorisant sous conditions la création de la plateforme Salto par TF1, France Télévisions et Métropole Télévision (M6).

En cinquième lieu, la loyauté des plateformes tend également à impacter le droit de la concurrence. En effet, comme le précise Isabelle De Silva, « *la question principale aujourd'hui est de déterminer si le droit de la concurrence est toujours adapté à une économie profondément renouvelée par les technologies. Dispose-t-on des outils pour l'appréhender efficacement ? Je suis convaincu que la réponse est oui même s'il peut être nécessaire d'ajuster le cadre juridique à la marge. Le droit de la concurrence doit être bien articulé avec d'autres branches du droit – notamment la protection des données et la protection du consommateur – compte tenu de la transversalité de certaines problématiques, par exemple la transparence et la loyauté des plateformes* »³⁴. La qualification de plateformes a d'abord pénétré le droit français, de manière sectorielle, à travers plusieurs lois. Peuvent notamment être citées la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques visant à réguler les plateformes de l'économie collaborative, la loi de finances pour 2016³⁵ qui consacre une obligation précontractuelle d'information relative aux obligations sociales et fiscales incombant aux personnes qui réalisent des transactions commerciales par leur intermédiaire ou encore la loi dite travail du 8 août 2016 qui consacre la responsabilité sociale des plateformes à l'égard des travailleurs indépendants³⁶.

La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 a, par la suite, adopté une approche transversale de « *métaconcept* 'de plateforme pour saisir les fonctions d'infomédiation et d'interrelation d'acteurs, ainsi que la dimension écosystémique' »³⁷. En effet, la section III intitulée « *Loyauté des plateformes et information des consommateurs* » du titre II de la loi consacrée à « *La protection des droits dans la société numérique* » (section nichée au sein d'un premier chapitre défendant un « *Environnement ouvert* ») prévoit une nouvelle rédaction pour l'article L. 111-7 du Code de la consommation. Tout d'abord, cet article introduit une définition juridique de la plateforme car :

« est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

³⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Rapport d'activité 2017*. Disponible en ligne sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/adlc-bilan-activite-2017/>.

³⁵ Art. 242 bis du Code général des impôts.

³⁶ Art. L 7341 et s. du Code du travail.

³⁷ ROCHFELD, Judith ; ZOLYNSKI, Célia. « *La « loyauté » des « plateformes »*. Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? ». *Dalloz IP/IT* n° 11, 01/11/2016, page(s) 520-524.

*1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;
2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »*

La définition de ces plateformes est donc relativement large, car elle permet d'englober : les moteurs de recherche, les comparateurs de prix, les places de marché, les sites de petites annonces, les sites de mise en relation, les réseaux sociaux, les plateformes dites collaboratives, ou communautaires etc. De nombreuses plateformes sont donc visées par cette réglementation : Amazon, Airbnb, Google, Tripadvisor, YouTube, Uber, Facebook, Leboncoin, Twitter. Ces opérateurs sont tenus à un devoir général de loyauté à l'égard des consommateurs dont nous étudierons les manifestations.

La loi pour une République numérique a donc distingué deux types d'activités des plateformes :

- au titre du I, 1° de l'article L. 111-7 du Code de la consommation, l'infomédiation c'est-à-dire les prestataires qui donnent accès à leurs utilisateurs à une information triée et organisée afin de trouver certains contenus, biens ou services et d'en assurer, parfois, la distribution. Sont donc principalement visés les moteurs de recherche comme Google, les sites de partage de contenus comme YouTube, les agrégateurs de contenus ou encore les comparateurs de prix ;
- Au titre du I, 2° de l'article précité, l'intermédiation c'est-à-dire les services de mise en relation et de partage.

Cela étant, le législateur a prévu une deuxième catégorie d'opérateurs de plateformes assujettie à des obligations supplémentaires. En effet, l'article L.111-7-1 du Code de la consommation est venu préciser que « *les opérateurs de plateformes en ligne dont l'activité dépasse un seuil de nombre de connexions défini par décret élaborent et diffusent aux consommateurs de bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté mentionnées à l'article L. 111-7.* »³⁸

³⁸ Art. L 111-7-1 du Code de la consommation, créé par la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 50. Notons que le décret relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent de bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence des informations transmises aux consommateurs vise spécifiquement les plateformes les plus visitées : celles dont l'activité dépasse un seuil de connexions mensuelles supérieur à cinq millions de visiteurs uniques de nombre de connexions sur le territoire français. Ce décret d'application, entrée en vigueur en janvier 2018, a également pour effet de décentrer la définition légale de plateformes structurée autour des notions d'infomédiation et d'intermédiation pour la situer vers la notion de communication en ligne offert au public. En effet, le public visé par le décret est « *toute personne dont l'activité professionnelle consiste à proposer un service de communication au public en ligne reposant soit sur le classement, le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des*

Le nouvel article L.111-7 du Code de la consommation impose aux plateformes une obligation d'information précontractuelle (qui peut participer à un devoir général de loyauté plus large) à l'égard des consommateurs afin de renforcer leur information. D'ailleurs, dans l'étude d'impact du projet de loi pour une République numérique, il était indiqué qu'« *en l'état de la réglementation, les consommateurs ne disposent pas d'informations suffisamment précises et transparentes sur les règles de référencement et de classement mis en œuvre par certains professionnels* ». Le texte a pour but « *d'inscrire un principe de loyauté et de transparence et de préciser certaines informations fondamentales sur lesquelles il convient que l'information des consommateurs soit particulièrement claire* »³⁹.

Aux termes de l'article L. 111-7 du Code de la consommation, les plateformes sont tenues :

« de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur :

- 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ;*
- 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ;*
- 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. »*

tiers, soit sur la mise en relation, par voie électronique, de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service.» Cela n'est pas sans importance car la notion de consommateur, d'utilisateur ou de professionnel est substituée au profit du choix de la référence au public. Il n'en demeure pas moins que cette définition de l'opérateur de plateforme dans le Code de la consommation, adossée de la logique de seuil, irrigue désormais d'autres lois. Elle a servi de référence à la loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information puisque sont visées, par un devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations, « *les opérateurs de plateforme en ligne au sens de l'article L. 111-7 du Code de la consommation dont l'activité dépasse un seuil déterminé de nombre de connexions sur le territoire français* ». Dans la même logique, la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet retient la définition suivante : les « *opérateurs de plateforme en ligne mentionnés au I de l'article L. 111-7 du Code de la consommation proposant un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics, dont l'activité dépasse un seuil, déterminé par décret, de nombre de connexions sur le territoire français.* »

³⁹ PROJET DE LOI pour une République numérique, NOR : EINI1524250L/Bleue, ETUDE D'IMPACT du 9 décembre 2015. Disponible en ligne sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3318-ei.asp0>.

Trois décrets, pris en application de la loi pour une République numérique, ont renforcé les obligations de transparence et de loyauté des plateformes numériques au bénéfice du consommateur⁴⁰.

A contrario de l'approche générale adoptée par la France concernant la régulation des plateformes, la Commission européenne semble privilégier une approche par silo c'est-à-dire plateforme par plateforme et secteur d'activités par secteur d'activités. Il en découle une hétérogénéité de la régulation des plateformes en ligne. Les plateformes sont ainsi saisies par plusieurs textes. Les plateformes de vidéos en ligne sont visées par une réforme de l'audiovisuel, les relations entre entreprises font l'objet d'une proposition de règlement visant à renforcer l'équité et la transparence pour les plateformes en ligne ou encore les relations consuméristes par une réforme du droit de la consommation. Il n'en demeure pas moins que les principes de loyauté et de transparence des plateformes irriguent ces projets de législations européennes (*cf. infra*).

Par ailleurs, notons que les autorités de concurrence se penchent sur la transparence et le fonctionnement des algorithmes. Actuellement, dans le prolongement du rapport « *Competition Law and Data* » précité, les autorités de concurrence françaises et allemandes ont publié **une étude sur la typologie des algorithmes et leurs effets anticoncurrentiels potentiels**. Celle-ci se concentre notamment sur les algorithmes de prix et les risques de collusion, mais également les interdépendances qui peuvent exister entre les algorithmes et le pouvoir de marché des entreprises qui les utilisent, ainsi que les difficultés pratiques rencontrées lors des enquêtes sur les algorithmes.

Enfin, l'Autorité de la Concurrence crée un service de l'économie numérique en janvier 2020. Ce service spécialisé, directement rattaché au Rapporteur général, aura pour mission de développer une expertise poussée sur l'ensemble des sujets numériques et de collaborer aux investigations sur les pratiques anticoncurrentielles dans l'économie numérique.

En février 2020, l'Autorité de la concurrence publie aujourd'hui une contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par le développement de l'économie numérique dont la synthèse est reproduite ci-dessous⁴¹ :

⁴⁰ Décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques, Décret n° 2017-1435 du 29 septembre 2017 relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence des informations transmises aux consommateurs et Décret n° 2017-1436 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information relatives aux avis en ligne de consommateurs. Disponible en ligne sur : <https://www.economie.gouv.fr/transparence-plateformes-numeriques-decrets-renforcent-legislation>.

⁴¹ ADLC, « L'autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique » (communiqué de presse), février 2020 :

Les pratiques anticoncurrentielles appliquées à l'économie numérique

Le droit de la concurrence est un outil particulièrement efficace pour traiter les problématiques d'une économie marquée par une très forte innovation

L'Autorité rappelle que le droit de la concurrence constitue un moyen particulièrement efficace pour maintenir la dynamique concurrentielle de l'économie numérique. Le droit de la concurrence est en effet un droit plastique dont les concepts peuvent s'adapter à de nouvelles pratiques, sans nécessiter d'intervention du législateur. Les autorités de concurrence ont ainsi démontré leur capacité à se saisir des comportements des acteurs du numériques en recourant à des raisonnements innovants ou en appliquant des solutions bien établies à des services nouveaux : il en a ainsi été s'agissant d'un système d'exploitation (affaire Google Android de la Commission), de services de publicité en ligne (affaire Google AdSense de la Commission européenne ou décision Google/Gibmédia de l'Autorité de la concurrence), d'un moteur de recherche « vertical » (Affaire Google Shopping de la Commission européenne) ou encore de réseaux sociaux et de collecte de données (décision Facebook du Bundeskartellamt en Allemagne, 2019). Ces exemples montrent que les autorités de concurrence s'attachent, par une pratique innovante le cas échéant, à traiter de façon effective les problématiques posées par l'économie numérique, et à faire évoluer leur analyse à droit constant.

L'Autorité suggère plusieurs pistes d'évolution à droit constant pour relever les défis de l'économie numérique

L'Autorité s'interroge sur les adaptations possibles de la notion de position dominante et d'infrastructure essentielle pour prendre en compte les caractéristiques de l'économie numérique marquée, entre autres, par l'importance des données ou l'existence de vastes communautés d'utilisateurs. Elle souligne la pertinence du recours aux procédures de mesures conservatoires et d'engagements dans le secteur numérique qui permettent d'assurer une intervention particulièrement rapide et proportionnée. L'Autorité soutient le recours plus important aux mesures conservatoires au niveau européen, lequel pourrait nécessiter une modification du standard juridique applicable.

L'Autorité explore l'adoption de dispositions concernant spécifiquement les opérateurs dits « structurants ».

Dans sa contribution, l'Autorité explore la possibilité de compléter le droit de la concurrence, au niveau national ou européen, par un mécanisme permettant d'intervenir sur les comportements nuisibles à la concurrence mis en œuvre par les opérateurs dits « structurants ». Ces opérateurs ont acquis une telle importance que certains de leurs comportements peuvent affecter le bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels ils sont dominants mais également au-delà de ces marchés, en raison de leurs capacités de développement et de projection dues, entre autres, à leur capacité financière, au bénéfice d'effets de réseau importants liés à leur vaste communauté d'utilisateurs ou aux données auxquelles ils ont accès. Différents comportements mis en œuvre par ces plateformes structurantes peuvent en effet s'avérer problématiques du point de vue du

droit de la concurrence, tels que la discrimination de produits ou services concurrents, l'entrave à l'accès aux marchés sur lesquels elles ne sont pas structurantes, l'utilisation de données sur un marché dominé pour en rendre l'accès plus difficile, l'entrave à l'interopérabilité des produits ou services ou la portabilité des données, l'entrave à la multi-domiciliation (« multi-homing »), sans qu'il soit toujours possible de caractériser, au vu du standard actuel, un abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence propose ainsi une définition des « plateformes numériques structurantes » qui pourrait être introduite dans le droit de la concurrence, que ce soit au niveau national ou au niveau européen. Dans ce cadre, un nouveau régime juridique pourrait permettre de prévenir et sanctionner les comportements anticoncurrentiels mis en œuvre par ces opérateurs en situation de quasi-dominance, mais aussi de prévoir des obligations opposables à ces opérateurs en termes d'interopérabilité, de non-discrimination ou d'accès aux données. L'autorité de concurrence compétente pourrait ainsi, au cas par cas, soit accepter et rendre obligatoire des engagements, soit enjoindre à l'entreprise concernée de modifier son comportement afin de répondre à la préoccupation de concurrence identifiée, sous astreinte le cas échéant, soit sanctionner de manière ex post le comportement anticoncurrentiel mis en œuvre.

Le contrôle des concentrations dans l'économie numérique

L'Autorité fait le constat de l'absence de contrôle de certaines opérations en dessous des seuils susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence

Les nombreuses opérations réalisées par les géants du numérique ont révélé l'existence d'un vide juridique susceptible de faire échapper certaines transactions au contrôle des autorités de concurrence dans les cas où elles concerneraient un acteur innovant « naissant » ou n'ayant pas encore monétisé son innovation. Dans ce contexte, l'Autorité estime qu'il est également utile de mener une réflexion sur l'adaptation de l'analyse concurrentielle aux enjeux numériques, notamment sur la prise en compte de la concurrence potentielle, l'analyse des effets congloméraux et l'horizon temporel pertinent de l'analyse à retenir. Par ailleurs, la prise en compte de l'importance des données et la création de vastes communautés d'utilisateurs sont des éléments auxquels l'Autorité apportera une vigilance particulière.

Une meilleure utilisation des outils déjà existants : le recours aux engagements comportementaux et l'application de l'article 22 du règlement 139/2004

L'Autorité examine l'intérêt du recours aux engagements comportementaux dans l'économie numérique. Elle envisage également l'utilisation de l'article 22 du règlement 139/2004 qui permettrait aux autorités nationales de concurrence de renvoyer à la Commission européenne une opération de concentration susceptible d'affecter la concurrence sur le territoire national.

L'introduction de mécanismes de contrôle des concentrations spécifiques à l'économie numérique et en particulier aux plateformes structurantes

L'Autorité réfléchit dans sa contribution à la pertinence de l'introduction d'un mécanisme d'information systématique de toutes les opérations de concentrations réalisées par les plateformes numériques structurantes. Elle propose également l'introduction pour les

autorités de concurrence du pouvoir d'enjoindre la notification d'opération de concentration sous les seuils si ces opérations sont, au regard de certaines conditions prédéfinies, susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence.

L'Arcep propose, quant à elle, d'inclure les OS et les apps stores dans les plateformes structurantes. La définition qu'il donne vise une régulation *ex ante* et s'appuie sur un faisceau d'indices. Les trois principaux concernent le caractère incontournable de la plateforme, sa taille et son intégration à un « système contrôlé par le groupe auquel elle appartient ». Ils sont complétés par quatre indices secondaires : son rôle de « gatekeeper », l'accès à une grande quantité de données de qualité, l'association à une régie publicitaire sur un marché publicitaire où la plateforme est forte et la valorisation financière de l'entreprise qui la possède. Des indices variés qui permettent de viser plus large que les différentes définitions de plateforme en vigueur⁴².

De manière plus générale, un groupe de travail interministériel dédié à la régulation des plateformes numériques au niveau européen a été lancé le 25 février 2020⁴³, au lendemain d'un séminaire de travail rassemblant une centaine d'experts des institutions européennes et des États membres. Cela s'inscrit pleinement dans le cadre de la feuille de route de la Commission européenne, notamment s'agissant de la mise en place d'une régulation « *ex-ante* » des grandes plateformes numériques.

Sur l'instauration d'une fiscalité applicable à l'économie numérique

Le 11 juillet 2019, le Parlement français a adopté le [projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques](#), applicable à compter du 1er janvier 2019. La taxe sera d'un taux uniforme de 3% et visera :

- Les entreprises dont le chiffre d'affaires numérique est supérieur à 750 millions d'euros à l'échelle mondiale et 25 millions d'euros en France ;
- Les activités d'interfaces numériques qui mettent en relation clients et producteurs, revendeurs ou fournisseurs de services ainsi que le ciblage publicitaire et la revente de données personnelles à des fins publicitaires.

Le chiffre d'affaires national tiré des activités numériques sera fondé sur les déclarations des entreprises, au regard d'un coefficient de présence numérique calculé à partir du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise.

⁴² « Les pistes de l'Arcep pour inclure les OS et les app stores dans les plateformes structurantes », *Contexte*, 10 février 2020 : https://www.contexte.com/article/numerique/document-contexte-les-pistes-de-larcep-pour-inclure-les-os-et-les-app-stores-dans-les-plateformes-structurantes_111195.html.

⁴³ ECONOMIE.GOUV.FR, « Lancement d'un groupe de travail dédié à la régulation des plateformes numériques au niveau européen, 25 février 2020 : <https://www.economie.gouv.fr/lancement-groupe-travail-regulation-plateformes-numeriques-niveau-europeen#>.

Néanmoins, ce dispositif, qui a vocation à compenser les avantages anticoncurrentiels des grands acteurs du numérique, fait l'objet de contestations sur le fondement même du droit de la concurrence : en particulier, [l'Association des services Internet communautaires](#) (Asic) estime que le dispositif de déduction de la contribution sociale de solidarité des sociétés, applicable uniquement aux entreprises résidant en France par définition, serait constitutif d'une aide d'État.

Notons enfin que le [G7](#) qui s'est tenu fin août 2019 a ouvert des perspectives favorables à la conclusion d'un accord pour moderniser la fiscalité internationale dans le cadre de l'OCDE. La France et l'OCDE ont également annoncé qu'elles allaient mettre en place un groupe de travail incluant les États-Unis pour parvenir à un accord d'ici la fin de l'année 2019. En octobre 2019, l'OCDE a ainsi publié une [proposition](#) qui fédère les éléments communs de trois propositions concurrentes émanant des pays Membres, actuellement soumise à consultation publique. Le compromis proposé par l'OCDE et qui sera présenté au G20 les 17 et 18 octobre prochains s'appuie sur trois grands principes : une nouvelle manière d'établir une connexion entre une entreprise et sa présence sur un territoire à partir de son chiffre d'affaires ; la mise en place d'un impôt minimum sur le modèle de celui mis en place aux États-Unis fixé à 13% des revenus mondiaux d'un groupe ; enfin une procédure anti-abus d'arbitrage en cas de litige.

Au niveau européen

➤ Le cadre juridique textuel

La directive ECN+

La directive 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur dite ECN+ a notamment pour objectif le renforcement des pouvoirs des autorités nationales de concurrence. Elle devra être transposée dans un délai de deux ans par les États membres.

Ses principales mesures sont les suivantes :

- **L'opportunité des poursuites**, permettant aux autorités de concurrence de rejeter les plaintes non prioritaires ;
- **La possibilité pour les autorités de se saisir d'office** afin d'imposer des mesures conservatoires ;

- **La possibilité pour les autorités de prononcer des injonctions structurelles** dans le cadre de procédures contentieuses concernant des pratiques anticoncurrentielles lorsque cela est nécessaire pour faire cesser l'infraction commise ;
- **L'alignement du plafond des sanctions des « organismes » sur celui des entreprises** avec la mise en place d'un plafond harmonisé pour les sanctions (10 % du chiffre d'affaires mondial) ;
- **L'élargissement des preuves recevables ;**
- **L'extension et l'approfondissement des mécanismes de coopération** entre Autorités Nationales de Concurrence (ANC) ;
- **L'harmonisation des programmes de clémence** pour les « ententes secrètes ». Les ANC restent libres d'étendre ce programme à d'autres types de pratiques, voire de l'étendre au bénéfice de personnes physiques.

Le Règlement P2B

Adopté le 20 juin 2019, *le règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* dit « P2B » a vocation à **instaurer un environnement économique équitable, transparent et prévisible pour les entreprises et les commerçants qui utilisent des plateformes en ligne**. En ce sens, il permet l'amélioration du paysage concurrentiel et réduit les asymétries d'information, symptomatiques des relations entre les grandes plateformes et leurs partenaires contractuels.

Trois types de mesures ont alors été consacrés :

- **En premier lieu, l'interdiction de certaines pratiques déloyales**, telles que les suspensions de compte soudaines et inexplicées ou les changements des conditions générales sans en notifier préalablement l'entreprise. En outre, les conditions générales devront être claires et compréhensibles.
- **En deuxième lieu, le renforcement de la transparence des plateformes**, avec l'indication des paramètres de classement des biens et services, ainsi que la publication obligatoire d'une série de pratiques commerciales (gestion des données et indication des avantages accordés aux produits vendus par la plateforme elle-même).
- **En troisième et dernier lieu, la création de nouvelles voies de règlement des litiges**, à travers un système interne de traitement des réclamations des entreprises utilisatrices ou par l'intermédiaire de médiateurs spécialisés. Au besoin, les

associations professionnelles pourront tenter une action en justice afin d'obtenir la cessation de tout manquement aux règles.

Notons que le règlement a prévu la mise en place d'un observatoire européen sur l'économie des plateformes numériques pour s'assurer de la bonne mise en œuvre du règlement et pour étudier les évolutions de la plateformes. L'observatoire a publié de nombreuses études et rapports sur les plateformes sur son [site internet dédié](#).

Un Code européen sur les services numériques ? Le Digital Services Act

La nouvelle Commission européenne a publié ses priorités pour 2019-2024 (« [political guidelines for the next European Commission 2019-2024](#) ») et a fait état d'un « *Digital Services Act* » en révision de la [directive e-commerce](#) du 8 juin 2000, qui aurait pour objectif de **moderniser les règles de responsabilité et de sécurité des plateformes numériques**.

Selon une note interne de la Commission en date du 9 avril 2019, ce *Digital Services Act* prendrait la forme d'un **règlement qui serait d'application directe afin d'harmoniser le droit européen et qui serait applicable aux plateformes de façon transversale** : réseaux sociaux, moteurs de recherche, économie collaborative et publicité en ligne. En complément, des règles spécifiques pesant sur les grandes plateformes ayant une part « *significant* » d'un marché sont envisagées en matière de concurrence. À cet égard, plusieurs leviers potentiels sont mentionnés tels que l'interopérabilité entre plateformes ou l'accès à certaines de leurs données par les autorités publiques.

Dans un [communiqué](#) de presse en date du 19 février 2020, la Commission européenne a apporté des précisions sur la structure du Digital Services Act, qui serait composée comme suit :

- un instrument pour la régulation des contenus ;
- un autre pour la puissance de marché des grands acteurs ;
- un troisième pour l'identité numérique (révision de la directive eIDAS). Ce dernier doit être « *en phase avec le cadre réglementaire pour le respect des données* ».

La Commission a aussi confirmé qu'elle ouvrirait courant 2020 une enquête sectorielle, mais sans préciser les secteurs ou activités concernés. Une première consultation sur le Digital Services Act est prévue dans la seconde moitié de mars.

Sur le fond, d'après une version non officielle de l'étude d'impact sur le Digital Services Act, cinq options seraient étudiées en parallèle⁴⁴ :

1. « **Une meilleure application** du règlement P2B et de la directive e-commerce, appuyée par de la soft law (mécanismes de coopération entre autorités et codes de conduite).
2. En plus de ces mesures, un « **instrument légal** » européen rendant la [recommandation de 2018](#) sur le retrait des contenus illicites contraignante, avec des procédures précises à suivre pour les plateformes. Leur responsabilité limitée serait maintenue, agrémentée de procédures de recours et des obligations de transparence.
3. **Une modernisation de la directive e-commerce** : conserver ses fondations (responsabilité limitée, pays d'origine, pas de surveillance généralisée) et ajouter des obligations pour les plateformes sur la vente de produits et la diffusion d'information (notice and action, connaître l'identité de ses clients B2B ou coopération avec les autorités nationales). Des mesures sur la publicité en ligne (ciblage et publicité politique), la transparence des algorithmes et la responsabilité (« accountability ») pour les recommandations et la modération de contenus sont envisagées.
4. **Un meilleur contrôle par les régulateurs**, avec des obligations de transparence accrues des plateformes envers les autorités et des mécanismes de coopération entre ces dernières.
5. **Une régulation ex ante** pour contester le pouvoir de marché des grandes plateformes via des mesures horizontales (partage de données, interopérabilité, préférence pour ses propres services ou encore services d'identité) et/ou spécifiques à chaque cas. »

Par ailleurs, à cette même date, la Commission européenne a publié sa [stratégie européenne pour les données](#), qui vise à établir un véritable **espace européen des données**, un marché unique des données, pour mobiliser les données inutilisées, en autorisant leur libre circulation dans l'Union et entre les secteurs, au bénéfice des entreprises, des chercheurs et des administrations publiques. En particulier, « la Commission proposera d'abord la création d'un cadre réglementaire adéquat pour la gouvernance des données, leur accessibilité et leur réutilisation entre entreprises, entre entreprises et administrations, et au sein des administrations. Cela implique d'instaurer des mesures d'incitation visant à promouvoir le partage des données, en déterminant l'accessibilité et l'utilisation des données à l'aide de règles pratiques, équitables et claires, qui respecteront les valeurs et les droits européens tels que la protection des données à caractère personnel et la protection des consommateurs, ainsi que les règles de concurrence ».

➤ La pratique décisionnelle

⁴⁴ PEPIN, Guénaël, « Les réflexions de la Commission pour doser le Digital Services Act, », *Contexte*, 27 février 2020 : https://www.contexte.com/article/numerique/les-reflexions-de-la-commission-pour-doser-le-digital-services-act_112003.html?utm_medium=email&utm_source=transactional&utm_campaign=Newsletter+Num%C3%A9rique

À l'échelle européenne, le mandat de la Commissaire chargée de la politique de concurrence, Margrethe Vestager, fut marqué par plusieurs condamnations à l'encontre des grandes plateformes :

- L'affaire [Facebook/Whatsapp](#) : en mai 2017, la Commission a infligé une amende de 110 millions d'euros à Facebook pour avoir fourni des renseignements dénaturés concernant l'acquisition de WhatsApp et violé [le règlement sur les concentrations](#). En effet, lorsque Facebook a notifié cette acquisition en 2014, celui-ci avait prétendu ne pas pouvoir établir de manière fiable la mise en correspondance automatisée entre les comptes d'utilisateurs de Facebook et ceux de WhatsApp. Or, dès 2016, Facebook a associé les numéros de téléphone des utilisateurs de WhatsApp aux profils d'utilisateur de Facebook.
- L'affaire [Google shopping](#) : en juin 2017, la Commission européenne a infligé à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. En effet, la société a accordé une position de premier plan dans ses résultats de recherche uniquement à son propre service de comparaison de prix, tout en rétrogradant les services de ses rivaux. Aussi, ces pratiques constituent un abus de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche, au motif que la société a bridé la concurrence sur les marchés de la comparaison des prix. En effet, cela a permis au service de comparaison de prix de Google de réaliser des gains importants de trafic aux dépens de ses concurrents et au détriment des consommateurs européens.



Source : https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_fr.htm

- L'affaire [Google Android](#) : en juillet 2018, la Commission a infligé à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour violation des règles de concurrence de l'UE.

Depuis 2011, Google imposait des restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles, afin de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur l'Internet. Plus particulièrement, Google a « *exigé des fabricants qu'ils pré-installent l'application Google Search et son navigateur (Chrome) comme condition à l'octroi de la licence pour sa boutique d'applications en ligne (Play Store) ; a payé certains grands fabricants et certains grands opérateurs de réseaux mobiles pour qu'ils pré-installent en exclusivité l'application Google Search sur leurs appareils ; et a empêché les fabricants souhaitant pré-installer les applications Google de vendre ne serait-ce qu'un seul appareil mobile intelligent fonctionnant sur d'autres versions d'Android non approuvées par Google (les "forks Android")* ». Cela a porté préjudice aux moteurs de recherche concurrents, notamment dans la mesure où les pratiques de ventes liées ont garanti la pré-installation du moteur de recherche et du navigateur de Google sur la quasi-totalité des appareils Google Android.

- **L'ouverture d'une [enquête sur Amazon](#)** : en juillet 2019, la Commission européenne a ouvert une procédure formelle d'examen afin de déterminer si l'utilisation par Amazon de données sensibles provenant de détaillants indépendants qui vendent sur sa place de marché enfreignait les règles de concurrence de l'UE. Dans le cadre de son enquête approfondie, la Commission examinera les accords types conclus entre Amazon et les vendeurs Marketplace, le rôle des données dans la sélection des gagnants de la « *Buy Box* » et l'incidence, sur cette sélection, de l'utilisation potentielle, par Amazon, d'informations sensibles du point de vue de la concurrence détenues par les vendeurs Marketplace.

Par ailleurs, en Allemagne, par une [décision de février 2019](#), l'Autorité nationale de la concurrence s'est fondée sur les données pour sanctionner une pratique anticoncurrentielle. En l'espèce, elle a caractérisé l'abus de position dominante de Facebook sur le fondement des données détenues à savoir des services de messagerie et de services tiers. Toutefois, dans une [décision du 26 août 2019](#), la Cour d'appel régionale de Dusseldorf (« *Oberlandesgericht* ») a suspendu la décision du Bundeskartellamt. Le président de l'Autorité de la concurrence ayant annoncé qu'un appel serait porté devant la Cour suprême fédérale, l'affaire est toujours en cours.

➤ **Les rapports institutionnels**

Le 4 avril 2019, un rapport intitulé « [Competition policy for the digital era](#) », commandé par la Commission européenne, analyse les possibles adaptations du droit de la concurrence à l'ère du numérique afin de garantir l'innovation en faveur des consommateurs.

La Commission relève que les **principales caractéristiques des marchés à l'ère du numérique**, notamment des grandes plateformes, sont :

- Les rendements d'échelle extrême : le coût de production des services numériques est proportionnellement inférieur au nombre de clients ;
- Les effets de réseau : plus il y a de personnes qui utilisent le service, plus le service a de la valeur, donc plus de personnes se mettent à l'utiliser et ainsi de suite ;
- Le rôle des données : la technologie a permis aux entreprises de collecter, stocker et d'exploiter un très grand nombre de données qui sont indispensables pour beaucoup de services en ligne, procédés de fabrication et en matière de logistique.

Si le rapport estime que le droit européen de la concurrence existant – articles 101 et 102 du TFUE – est assez souple, **il suggère d'interpréter celui-ci à l'aune du bien-être du consommateur pour déterminer si une pratique est anticoncurrentielle**, et de substituer la notion de marché pertinent à celle de l'identification des préjudices.

En particulier, sur la question de l'application du droit de la concurrence aux données, la restriction de l'accès aux données peut potentiellement constituer un frein à l'entrée pour les nouveaux entrants. Aussi, **le rapport suggère une réglementation sectorielle spécifique ainsi qu'un futur règlement d'exemption par catégorie dans ce domaine.**

Enfin, **sur la modification du contrôle des concentrations, le rapport propose une nouvelle grille d'analyse** qui s'articule comme suit :

- i) L'acquéreur bénéficie-t-il de barrières à l'entrée liées aux effets de réseau ou à l'utilisation des données ? ;*
- ii) La cible est-elle une contrainte concurrentielle potentielle ou réelle ? ;*
- iii) Son élimination augmente-t-elle le pouvoir de marché notamment par des barrières à l'entrée accrues ? ;*
- iv) Si oui, la concentration est-elle justifiée par les gains d'efficacité ?*

Par ailleurs, le rapport *Unlocking digital competition*⁴⁵ commandé par le Trésor Britannique et le rapport *A new Competition Framework for the Digital Economy*⁴⁶ de la Commission allemande Droit de la concurrence 4.0 mettent en évidence les différents

⁴⁵ HM Treasury, *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel. Mars 2019.

⁴⁶ GERMAN FEDERAL MINISTRY OF ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *Competition Law 4.0' - a new competitive framework for the digital economy*, Septembre 2019.

risques concurrentiels associés aux plateformes et aux situations de forte domination de celles-ci.

Par ailleurs, notons qu'une étude spécifique sur la transparence des algorithmes serait prévue dans les travaux internes en cours de la Commission européenne.

Au niveau international

➤ Les accords internationaux

Le G7 des autorités de la concurrence

À l'occasion du G7 des autorités de la concurrence du 5 juin 2019 relatif à la concurrence à l'ère de l'économie numérique, les autorités ont rappelé dans un [accord commun](#) la **flexibilité du droit de la concurrence**. Pour autant, il y a un travail d'amélioration dans l'appréhension des nouveaux modèles d'affaires et de leur impact sur la concurrence. Ainsi bien que celles-ci estiment que l'accumulation des données peut constituer une barrière à l'entrée sur le marché, **elles préfèrent que les données soient évaluées par le régulateur au cas par cas afin de déterminer si leur impact est bénéfique ou, au contraire, préjudiciable pour la concurrence**.

Les autorités ont en outre relevé **la nécessité d'une coopération internationale sur le sujet**, par souci de cohérence pour les acteurs économiques mais également pour les régulateurs puisque l'économie numérique ne connaît pas de frontière.

Le Département américain de la Justice

En juillet 2019, **une enquête contre les grandes plateformes en ligne a été ouverte par le département américain de la justice**, afin d'évaluer les conditions de concurrence sur le marché selon le [communiqué](#). En substance, il s'agit d'examiner si les Américains ont bien « *accès à des marchés libres sur lesquels ces entreprises se font concurrence sur le fond pour fournir des services que les utilisateurs souhaitent* ». En cas de violation, il est précisé que le ministère pourra exiger réparation.

Par ailleurs, le procureur général américain et huit procureurs d'État se sont récemment rencontrés au sujet **des potentielles entraves à la concurrence des grandes entreprises de la tech** : selon [un communiqué](#) du procureur général du Texas, ils examineraient diverses mesures antitrust possibles contre ces sociétés.

➤ La pratique décisionnelle

Federal Trade Commission (US)

Dans une [décision](#) de juillet 2019, la *Federal Trade Commission* (FTC) a condamné Facebook à **une amende record de 5 milliards de dollars**, représentant 9 % de son chiffre d'affaires en 2018. Le régulateur a estimé que le réseau social avait violé ses engagements en matière de protection de la vie privée de ses utilisateurs, à la suite de l'affaire Cambridge Analytica. Si la décision doit encore recevoir l'aval du ministère de la Justice, celui-ci suit en général les recommandations de l'autorité fédérale.

➤ Les rapports institutionnels

Le rapport de l'Autorité de la concurrence australienne (ACCC)

Dans un [rapport](#) de juin 2019, l'Autorité de la concurrence australienne (ACCC) a fourni **23 recommandations pour renforcer la régulation applicable aux plateformes**. En voici les principales :

- La modification du droit des concentrations ;
- La modification des paramètres par défaut des moteurs de recherche et navigateurs ;
- La mise en œuvre d'un cadre réglementaire harmonisé pour le secteur de la publicité ;
- La mise en place de codes de conduite régissant les relations entre les plateformes et les entreprises de la publicité ;
- L'élaboration d'un *Digital Platforms Code* pour améliorer la transparence et lutter contre l'asymétrie d'informations ;
- Le recours à des enquêtes proactives comprenant l'examen de l'utilisation des algorithmes par les plateformes ;
- Le renforcement de la protection conférée par le *Privacy Act*.

Zoom : Dégroupage ou démantèlement des plateformes ?

➤ De la théorie radicale du démantèlement...

Tim Berners Lee, fondateur du web : en 2018, dans un [article](#) publié dans Reuters, le père du World Wide Web, a estimé que les géants de la technologie de la Silicon Valley tels que Facebook et Google étaient devenus tellement dominants qu'ils avaient peut-être besoin d'être démantelés.

Ce qui se produit naturellement, c'est que vous vous retrouvez avec une société qui domine le secteur. À travers l'histoire, il n'y a pas eu d'autre solution que de véritablement intervenir et casser des choses (...) Il y a un danger dans cette concentration.

Tim Wu, théoricien de la neutralité du Net : dans un [article](#) publié en septembre 2018, Tim Wu est également en faveur du démantèlement des géantes plateformes, notamment de Facebook. Pour ce faire, il suggère de commencer par séparer Whatsapp et Instagram. Au-delà d'une menace sur la souveraineté économique, la souveraineté des États démocratiques serait mise à mal par les plateformes. Dans son dernier ouvrage *The curse of Bigness - Antitrust in the new gilded age*⁴⁷, il alerte sur le fait que ne pas contrôler les oligopoles en appliquant et en renforçant des lois antitrusts pourrait conduire à répéter les erreurs du XXe siècle. Autrement dit provoquer la montée du populisme, du nationalisme, des politiques extrémistes et des régimes fascistes et mettre en sursis les démocraties.

Chris Hughes, co-fondateur de Facebook : en mai 2019, Chris Hughes a appelé à démanteler le réseau social dans une [tribune](#) intitulée *It's time to break up Facebook* publiée dans le New York Times :

Parce que Facebook domine tellement les réseaux sociaux, il n'est confronté à aucune obligation de rendre compte au marché. Cela signifie qu'à chaque fois que Facebook se trompe, nous répétons ce schéma épuisant : tout d'abord un scandale, puis une déception et enfin, une résignation des internautes, qui ne savent pas vers quelles plateformes alternatives se tourner. (...) Le gouvernement américain doit faire deux choses : casser le monopole de Facebook et réguler l'entreprise pour qu'elle devienne plus responsable.

Gilles Babinet, Vice-Président du CNNum* : Dans le cadre de son analyse sur « *la fin des États nation* » pour l'institut Montaigne, Gilles Babinet s'interroge sur l'équilibre des pouvoirs entre les grandes plateformes et les États. Dans un [article](#) de février 2019, il rappelle qu'« *il faut agir pour réguler les Gafa, sinon ça finira mal pour les États* » et propose pour ce faire le démantèlement de ces plateformes.

Pour réguler les Gafa, il faut donc d'abord les comprendre. Comprendre aussi qu'on est en interaction permanente avec ces plateformes, qui accumulent ainsi des données sur tout ce que nous faisons, et que nous ne pouvons pas nous passer d'elles. (...) Il faut comprendre aussi que leur pouvoir est gigantesque, qu'ils prêchent l'innovation mais tuent celle provenant de nouveaux acteurs : dès qu'ils voient un produit intéressant émerger quelque part, les Gafa le copient, tuent ou absorbent l'innovateur. C'est un nouveau type de barrières économiques qu'ils ont créées pour protéger leur pouvoir. Et c'est cela qu'il faut démanteler, car sinon demain, nous serons tous prisonniers (...)

*prise de position à titre personnel et ne reflétant pas la position officielle du CNNum

➤ ... À l'émergence d'une voie médiane : le « *dégroupage* » des plateformes

Sébastien Soriano, Président de l'Arcep : alors qu'il appelait à un démantèlement

⁴⁷ WU, TIM. *The curse of Bigness - Antitrust in the new gilded age*. Columbia Global Reports, novembre 2018, 154 p.

des GAFAM en 2017, il prône désormais **le dégroupage de ces derniers sur le modèle du secteur des télécommunications, ainsi qu'une régulation concurrentielle a priori avec des obligations d'ouverture**. En effet, la réglementation des télécommunications impose aux opérateurs dits puissants des obligations spécifiques ex-ante notamment d'accès et d'interconnexion. L'idée serait alors de transposer cette régulation asymétrique aux GAFAM afin d'ouvrir leurs données, de leur imposer des interfaces et de lutter contre les effets de réseau.

*Le démantèlement, c'est la réponse ultime, l'arme nucléaire, il ne faut pas l'exclure mais c'est compliqué. Il me paraîtrait plus judicieux et réaliste de commencer par les réguler. Il faut plus de concurrence afin que les utilisateurs aient réellement le choix. C'est ce que l'on a fait dans les télécoms et cela fonctionne, le marché français est parmi les plus compétitifs d'Europe, avec des investissements des opérateurs en nette hausse. Les infrastructures que sont devenus les systèmes d'exploitation doivent être ouvertes, un peu à la manière de ce que l'on avait fait avec le dégroupage en garantissant aux nouveaux opérateurs l'accès au réseau historique de France Télécom. Cela a permis des innovations que personne n'avait anticipées : l'arrivée des box, la télévision par Internet, etc. **Entre le laisser-faire et le démantèlement, il y a une voie médiane, c'est celle de la régulation.** (Source)*

Préalable

L'économie dite « *numérique* » pose un certain nombre de défis aux pouvoirs publics en matière de concurrence et de régulation :

- La très forte concentration des plateformes fait craindre des effets de « *verrouillage* » des marchés, notamment en rendant captifs des utilisateurs, entreprises comme consommateurs, et la mise en place de barrières à l'entrée pour les plateformes concurrentes ou les fournisseurs de services complémentaires, notamment de nouveaux entrants européens ;
- Certaines plateformes, à ce stade, majoritairement non-européennes, disposent d'un pouvoir d'influence économique croissant sur les écosystèmes qui se constituent autour d'elles ;
- Ces mêmes acteurs non européens ont pu constituer grâce à leur domination de marché une trésorerie considérable qui leur donne les moyens à la fois d'investir dans le développement de données et d'acheter tôt des start-ups européennes, ce qui conforte encore leur domination.

Pour plus de réactivité et d'efficacité, les pouvoirs publics doivent adapter leurs moyens d'intervention en tenant compte des problématiques suivantes :

- Comment s'assurer que le temps d'analyse, d'action et de contrôle des pouvoirs publics soit en adéquation avec le temps économique ?
- Faut-il adapter les outils d'analyse économique pour prendre en compte les modèles économiques du monde numérique ?
- Comment renforcer les outils de lutte contre les pratiques commerciales déloyales des plateformes ?
- Indépendamment de toute pratique abusive, la position de certains acteurs est-elle encore contestable ?
- Comment protéger la liberté de choix des utilisateurs et l'indépendance des acteurs économiques ?

La première phase des états généraux des nouvelles régulations numériques a fait apparaître différentes perspectives sur les objectifs à poursuivre en matière de régulation économique. Certaines thématiques relèvent du droit de la concurrence, en particulier la lutte contre les abus de position dominante, mais d'autres enjeux sont également apparus, comme la promotion de la liberté de choix des consommateurs, la structuration du marché ou la promotion d'une offre numérique européenne. Plusieurs

scénarios et propositions non exclusives ont été élaborés dans le cadre de la première phase des états généraux.

Adapter le droit de la concurrence

Le premier scénario consiste à améliorer le droit de la concurrence dans la continuité du droit existant en tenant compte des difficultés posées par le secteur du numérique (acteurs de dimension mondiale, présents sur de multiples marchés et secteurs, cycles d'innovation courts et rythme d'affaire extrêmement soutenu, écosystème complexe, spécificités de l'économie des plateformes, etc.). **Les propositions de ce scénario devaient s'inscrire dans le cadre d'initiatives législatives dont l'objectif était d'améliorer le droit de la concurrence :**

- La [directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres de moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur du 11 décembre 2018](#) dite directive "ECN+" prévoit la possibilité, pour les autorités nationales de la concurrence de se saisir d'office de mesures conservatoires (article 10), d'accéder aux données numériques stockées sur des serveurs distants et à leurs clés de déchiffrement (article 6), de prononcer des injonctions structurelles (article 9) et de décider de l'opportunité des poursuites et éventuellement de rejeter certaines plaintes (article 4).
- Originellement l'article 71 bis nouveau du [projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises n° 1088](#) habilitait le Gouvernement à transposer par ordonnance la directive ECN+. L'objectif visait à renforcer l'Autorité de la concurrence (ADLC) et à prendre des mesures en matière de concurrence en :
 - simplifiant les possibilités de saisine, par l'ADLC, le juge des libertés et de la détention, et le recours aux officiers de la police judiciaire,
 - simplifiant et en accélérant l'instruction des dossiers,
 - étendant la faculté de l'ADLC de rejeter certaines saisines,
 - élargissant les cas de recours à la procédure simplifiée,
 - clarifiant les critères de sanction de l'ADLC
 - élargissant la possibilité, pour le ministre de l'économie, d'imposer des injonctions ou de transiger avec les entreprises
 - améliorant les pouvoirs d'enquête des agents de la DGCCRF.

Transformées en article 211, ces dispositions ont été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 en vertu de sa jurisprudence sur le cavalier législatif.

Dans le cadre des états généraux, il a été proposé d'améliorer le contrôle des concentrations, en mettant en œuvre un contrôle additionnel à la procédure de notification obligatoire en vigueur, soit avec un seuil spécifique, soit ex-post. Ce contrôle porterait en particulier sur certaines opérations d'acquisition par un acteur puissant en place, d'un acteur innovant « *naissant* » ou n'ayant pas encore monétisé son innovation. Ces opérations qui échappent aujourd'hui au contrôle existant peuvent conduire à renforcer la position dominante d'opérateurs dont la capacité financière leur permet de préempter des innovations en cours.

Renforcer la loyauté des plateformes et la transparence des algorithmes

Le deuxième scénario du groupe de travail sur la régulation économique vise à renforcer la loyauté des plateformes et la transparence des algorithmes en instaurant un Observatoire français des plateformes numériques, ayant recours aux notions de loyauté et de transparence pour améliorer la disponibilité de l'information sur le comportement des acteurs de l'économie de plateformes et diminuer ainsi l'asymétrie d'information à laquelle les consommateurs comme les entreprises partenaires sont confrontés.

Cet observatoire s'inspirerait de la structure de même nom mise en œuvre au niveau européen dans le cadre du [règlement 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne](#) dit règlement « *platform-to-business* », dont les missions sont toutefois plus restreintes. Il constituerait une prolongation des mesures relatives à la loyauté des plateformes du Code de la consommation, adoptées dans le cadre de la loi pour une République numérique de 2016 (*cf contexte infra*).

Envisager une régulation sectorielle et proactive des acteurs systémiques du numérique

Le dernier scénario envisage la mise en œuvre d'une régulation proactive pouvant suivre deux modèles :

- le premier modèle est celui d'une régulation symétrique appliquée à certaines typologies d'acteurs, par exemple les fabricants de terminaux et d'OS et ne s'appliquent qu'au-delà d'un certain seuil de chiffres d'affaires pour préserver les petits acteurs ;

- le deuxième modèle est celui d'une régulation asymétrique, appliquée à un petit nombre d'acteurs identifiés comme « *systemiques* » en raison de leur rôle d'intermédiaire incontournable, avec la possibilité de leur imposer des mesures fortes pour atteindre des objectifs variés.

Les options suivantes ont fait l'objet d'un examen dans le cadre de la première phase des états généraux et pourraient constituer des pistes pour la régulation proactive du numérique :

- Dans le cadre d'une régulation symétrique
 - Proposition n°1 : mettre en place une régulation par la data des plateformes, afin d'informer les choix des utilisateurs et de développer la remontée de données vers le régulateur et la mise à disposition vers l'ensemble des parties prenantes (partenaires, acteurs publics, société civile, etc.)
 - Proposition n°2 : inscrire dans la loi un principe de liberté de choix au bénéfice de l'utilisateur final, permettant de prévenir les effets de verrouillage des utilisateurs dans l'utilisation d'un système
 - Proposition n°3 : mettre en place un pouvoir de règlement de différends, accessible aux entreprises, notamment aux PME et aux start-ups, en cas de litiges sur leurs conditions d'accès aux plateformes
 - Proposition n°4 : promouvoir la portabilité des données et mettre en œuvre l'interopérabilité des services
- Dans le cadre d'une régulation asymétrique
 - Proposition n°1 : instaurer un cadre législatif permettant de caractériser les acteurs systémiques du numérique en fonction de différents critères (la possession de grandes bases de données difficilement répliquables ou d'intérêt général, un pouvoir de marché à l'échelle européenne, etc.)
 - Proposition n°2 : établir une liste de mesures pouvant être prises au titre de la régulation *ex ante* de ces acteurs (accès aux données/interopérabilité, contrôle *a priori* de certaines modifications d'algorithmes à fort potentiel, etc.)

Synthèse des contributions

[L'article](#) publié par Annie Blandin, Professeur de droit à l'IMT Atlantique et membre du CNNum intitulé **La question concurrentielle dans le contexte des états généraux des nouvelles régulations numériques** synthétise les grands enjeux du débat. D'une part, les **états généraux ont placé la question concurrentielle au cœur de la réflexion** : il existe tout d'abord une perception commune des enjeux sur la domination du marché par des quasi-monopoles (GAFAM), ce qui met en lumière l'insuffisance du droit de la concurrence en particulier. Il faut néanmoins penser le droit de la concurrence en interaction avec d'autres droits, tel que le droit des données personnelles ou la régulation des contenus, qui sont intrinsèquement liés à la question concurrentielle. D'autre part, **des pistes multiples pour des réformes ont été proposées et elles se situent entre continuité et innovation juridiques**. En premier lieu, dans la continuité du droit existant, car il s'agit d'envisager une régulation centrée sur un droit de la concurrence amélioré, complété par un renforcement de la loyauté et de la transparence des plateformes. En second lieu, dans l'innovation juridique puisqu'il est également possible de combiner le droit de la concurrence avec une régulation asymétrique, en identifiant des acteurs systémiques - les grandes plateformes - qui seraient soumis à des obligations spécifiques *ex ante*, à l'instar de l'interopérabilité des services ou de l'accès aux données de ces acteurs.

Retour sur les constats liés à la plateforme de l'économie

Sur l'économie des plateformes

De manière générale, **l'ensemble des acteurs a conscience du problème concurrentiel des plateformes**. En effet, bien que les plateformes procurent de nombreux avantages à la société et à l'économie numérique, elles ont bouleversé l'économie numérique au cours des vingt dernières années. Certains acteurs considèrent même que les plateformes ont le mérite d'avoir renforcé les conditions concurrentielles dans un premier temps, dans des secteurs qui avaient engendré des économies de rente de monopole.

Il y a lieu de souligner la contribution majeure des plateformes dans le développement de l'économie numérique et plus particulièrement dans l'accompagnement des PME dans la transition digitale. Ces dernières permettent en effet à des entreprises de taille variée d'accéder par leur intermédiaire à un vaste marché, à une échelle bien plus importante qu'il ne serait possible par leurs propres moyens.

Les plateformes permettent la réduction des frais généraux, aident à sécuriser l'entrée sur le marché, inspirent confiance aux consommateurs et fournissent des services de résolution des litiges et d'analyse des consommateurs tout en préservant l'autonomie du développeur. Ce sont des innovations favorables à la concurrence sur le marché qui ont stimulé la croissance de l'économie des applications mobiles en France. Ainsi ces aspects favorables à la concurrence devraient être pris en compte dans toute évaluation de ce marché.

Les plateformes, créateurs de valeur pour l'utilisateur : les plateformes, générateurs de concurrence au sein des économies de rente de monopole : de nombreux services numériques reposant sur le modèle de la plateforme ont permis de générer de la concurrence dans des secteurs qui avaient engendré des économies de rente de monopole, ou bien où la régulation avait été capturée. C'est le cas notamment dans le transport de personnes ou encore dans la réservation de nuitées. L'intermédiation crée de la valeur : loin de se limiter à une couche d'intermédiation, ces plateformes ont introduit davantage de transparence dans l'accès à l'offre, à travers les avis des clients, la comparaison de prix, les photos des utilisateurs ou la mise en avant d'offres innovantes.

Il est important de préciser que certains contributeurs considèrent qu'il sera difficile de parvenir à une définition unique des plateformes en ligne en raison de la grande variété des plateformes en ligne et de leurs domaines d'activités ou encore de l'évolution rapide de l'environnement numérique à l'échelle mondiale.

Une définition unique des plateformes numériques ne tiendrait pas compte des différents modèles économiques existants et aurait un effet anti économique. L'article 49 de la loi pour une République numérique dispose qu'un opérateur de plateforme en ligne est caractérisé par « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage de contenu, d'un bien ou d'un service ». Cette définition très large de ce que constitue une plateforme semble inclure toute entreprise qui utilise Internet pour fournir ou vendre ses services. Or, au sein de l'écosystème numérique, les plateformes se distinguent largement les unes des autres en fonction du modèle commercial adopté, des industries desservies ou encore de l'utilité fournie. L'expression « opérateur de plateforme en ligne » n'établit pas de distinction entre les plateformes opérant sur le marché de l'économie numérique. La variété des plateformes n'est donc pas prise en compte dans la définition du marché aux fins d'application des règles de concurrence (antitrust).

Certains remarquent que les plateformes couvrent un large éventail d'acteurs qui participent à de nombreuses activités économiques, telles que le commerce électronique, les médias ou encore les moteurs de recherche - tout en générant des économies d'échelle, ce qui rend l'analyse de la concurrence plus complexe - et qu'il convient de tenir compte de ces différences.

Le marché de l'économie numérique propose des types variés de plateformes que les entreprises développent en fonction du produit qu'elles souhaitent vendre au consommateur. Par exemple, eBay et Amazon fournissent une plateforme numérique permettant aux consommateurs et aux entreprises d'échanger des biens de manière efficace et performante, la majorité de leurs revenus provenant des ventes réalisées sur leur plateforme. À bien des égards, leur modèle économique et les services qu'elles offrent sont similaires à ceux d'un « IKEA numérique ». Ce type de plateforme se distingue du Play Store de Google ou encore de son moteur de recherche, dont la principale source de revenus provient de la

publicité. Portées par un modèle d'affaires publicitaires, ces plateformes ont plus en commun avec les chaînes de télévision et les journaux tels que Le Monde qu'avec des vendeurs au détail tels qu'eBay ou Amazon. Que ce soit par le biais de son moteur de recherche ou de sa plateforme vidéo YouTube ou encore des applications sur son Play store, Google utilise la publicité ciblée pour mettre en relation les consommateurs avec les produits répondant à leurs envies et besoins. Facebook opère dans un marché publicitaire en ligne similaire par le biais de sa plateforme de réseau social mais ne collecte pas les données de la même manière que Google ou Amazon.

En dépit de ces formes variées, les contributeurs ont identifié des caractéristiques communes dont notamment :

- L'activité sur un marché biface voire multiface : les plateformes se situent au cœur d'un écosystème comprenant généralement plusieurs groupes distincts, mais interdépendants d'agents et elles permettent de mettre en relation par voie électronique différents types d'utilisateurs en vue de la vente d'un bien, de la prestation d'un service ou encore de l'échange ou du partage de contenus, d'informations, de biens ou de services ;
- La constitution d'effets de réseau croisés : le succès des plateformes vient de leur capacité à attirer une masse critique d'utilisateurs, créant ainsi des effets de réseau selon lesquels, plus le nombre d'utilisateurs est grand, plus l'intérêt des utilisateurs pour le réseau s'accroît et plus l'utilisation d'un bien ou d'un service par un utilisateur a un impact sur la valeur de ce bien ou service pour d'autres utilisateurs ;
- La collecte et l'exploitation massives de données principalement fournies par les utilisateurs ;
- L'utilisation d'algorithmes qui permettent de classer ou de référencer des contenus.

*La révolution numérique modifie en profondeur les structures de marchés, notamment via l'économie des plateformes et rend plus complexe le diagnostic des situations et leur qualification au regard de l'interdiction des ententes et abus de position dominante : **l'existence de marchés « multifaces », les effets de réseaux, l'accumulation des données par certaines plateformes numériques (cette accumulation n'étant pas reproductible par de nouveaux entrants) peuvent constituer des barrières à l'entrée importantes, la question de la contestabilité des positions dominantes, le fonctionnement des algorithmes...***

Selon les contributeurs, il résulte de la combinaison des caractéristiques que nous venons d'aborder :

- une tendance à la constitution de positions dominantes voire monopolistiques ;

- une incidence directe sur la structure des marchés et sur leurs équilibres concurrentiels et économiques, car elles peuvent verrouiller le marché notamment en créant des barrières à l'entrée ;
- une asymétrie d'informations et de pouvoirs notamment par une captivité des consommateurs, en particulier de par l'effet complémentaire du *winner takes all* et par une dépendance des partenaires économiques.

Nous partageons le constat d'un pouvoir d'influence économique croissant d'un nombre restreints d'acteurs, non européens, à l'origine d'effets de verrouillage des marchés, de l'érection de barrières plus ou moins élevées à franchir pour entrer sur ces marchés et de situations de dépendance économique des acteurs opérant en amont ou en aval des chaînes de valeur dominées par ces acteurs.

La position dominante, une nécessité dans l'économie numérique : (...) Ce phénomène désormais bien connu et qualifié d'« effet réseau » crée une tendance naturelle à la concentration propre à l'économie numérique. Un phénomène accru lorsqu'il s'agit d'outils dédiés à la communication comme les réseaux sociaux ou encore les plateformes, dont le succès repose sur la capacité à agréger le maximum d'utilisateurs susceptibles d'interagir entre eux. Ces effets réseaux se cumulent avec lesdits « effets superstar » théorisés par Sherwin Rosen, ou encore the winner takes all pour accroître la domination tendancielle des acteurs. En effet, sur le modèle des stars du divertissement, les services qui assurent le meilleur service « raflent la mise », car les utilisateurs n'ont aucun intérêt à utiliser un service de moindre qualité lorsqu'un service de meilleure qualité est accessible. A fortiori, si les écarts de prix sont faibles ou nuls dans le cas de la gratuité.

Des modalités variées pour intervenir

L'objectif général devrait celui de rétablir un environnement concurrentiel équitable dans l'économie numérique (le *level-playing field*) notamment en encadrant le pouvoir de marché des plateformes dominantes.

Tous les efforts faits par les « petits » acteurs de l'économie numérique pour grandir et être (re)connus resteront vains en l'absence d'un environnement concurrentiel équitable (« level-playing field ») entre les acteurs de l'économie numérique, qui par définition ne favorise, ni ne défavorise quiconque. Les pouvoirs publics et les autorités de régulation doivent dès lors prendre les mesures adéquates pour garantir non seulement l'efficacité mais également l'équité concurrentielle entre acteurs dans l'économie numérique.

Globalement, un consensus se dégage sur la **nécessité de mobiliser l'ensemble des perspectives et branches du droit, au-delà du seul droit de la concurrence.**

L'établissement d'un terrain de jeu équitable passe par une réforme coordonnée non seulement du droit de la concurrence, mais également de la fiscalité, de la responsabilité des opérateurs, des obligations vis-à-vis des consommateurs, du respect de normes techniques, sociales, environnementales, de la protection des données, etc.

L'objectif prioritaire devrait être d'encadrer le pouvoir de marché des opérateurs dominants du numérique afin de rétablir une égalité dans les moyens de la concurrence. Cet objectif pourrait être atteint en mobilisant une pluralité de politiques publiques et pas uniquement le droit de la concurrence. A

cet égard, il sera nécessaire d'intensifier le recours au droit de la consommation, au droit des données personnelles, au droit fiscal, au droit social et à un éventuel droit des pratiques déloyales entre professionnels qui reste à bâtir. Les qualifications adéquates existent déjà mais supposent une mise en œuvre plus efficace par une évolution significative des instruments procéduraux et des sanctions civiles et répressives.

Cela étant, les contributeurs ne s'accordent pas sur l'approche à adopter pour réguler les plateformes. Certains considèrent qu'il faut privilégier une approche de l'adaptation de règles existantes par le droit commun quand d'autres proposent de réaménager le droit à l'aune du numérique notamment en mettant en place une régulation spécifique des plateformes, portant sur les acteurs dominants de l'économie numérique. Cependant, il est important de préciser que ces approches peuvent être combinées et complémentaires.

Pour une adaptation par le droit commun	Pour une régulation spécifique
<p>Certains proposent d'adapter le cadre et les modalités des droits régissant les plateformes et de mieux les imbriquer notamment le droit de la concurrence, le droit de la consommation et le droit de la protection des données personnelles.</p> <p><i>Tous les outils du droit de la concurrence doivent être sollicités et adaptés aux évolutions technologiques et numériques, qu'il s'agisse du contrôle des concentrations, des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) ou des aides d'État. D'autres outils pourraient également être mis à contribution, tels que le contrôle des investissements étrangers, en France et en Europe. Par ailleurs, s'agissant d'une problématique transversale, le droit de la concurrence doit être bien coordonné avec les régulateurs sectoriels et tenir compte d'autres branches du droit, dont le droit des données personnelles ou la protection du consommateur.</i></p>	<p>Certains considèrent que le droit commun ne permet plus de répondre pleinement aux enjeux posés par les grandes plateformes. Il convient d'élaborer des règles particulières pour les plateformes incontournables / systémiques. Une régulation <i>ex ante</i> et proactive pourrait être mise en place pour les principaux acteurs ayant un rôle d'intermédiation incontournable : il s'agirait d'une régulation asymétrique. Une régulation symétrique pourrait également être mise en place. Les petits acteurs devraient être préservés.</p> <p><i>Il est clair que les outils du droit de la concurrence doivent être mieux adaptés et perfectionnés pour caractériser dans l'analyse économique de nouvelles formes de nocivité. La spécificité du business model est à prendre en compte avec ses effets de réseaux et son phénomène de winner takes it all (...) Il est nécessaire de pouvoir intervenir très en amont, avant les effets de bascule dans le monopole.</i></p>

Face à la numérisation généralisée de l'économie et de la société, la seule voie pertinente est d'adapter, vigoureusement si nécessaire, les différents registres du droit général afin qu'ils s'appliquent effectivement aux activités numériques : fiscalité, protection du consommateur, lutte contre les clauses restrictives de concurrence dans les contrats entre professionnels, protection des données personnelles, libre circulation des données, procédures criminelles, droit de l'édition et de la diffusion, droit de la concurrence. C'est l'orientation générale retenue par les institutions européennes, dont nous ne pouvons que souhaiter le renforcement et l'accélération dans le cadre d'une vision politique globale.

Conformément aux pistes avancées dans le cadre de la première phase des États généraux, il serait opportun d'envisager une régulation sectorielle et pro-active des acteurs systémiques du numérique. Cette régulation pourrait suivre deux modèles : une régulation symétrique qui s'appliquerait qu'au-delà d'un certain seuil de chiffres d'affaires pour préserver les petits acteurs ou asymétrique pour les acteurs ayant un rôle d'intermédiaire incontournable, avec la possibilité de leur imposer des mesures fortes pour atteindre des objectifs variés.

L'exemple de la nécessaire adaptation du droit fiscal est ainsi mis en avant :

L'impôt, instrument de souveraineté, doit redevenir le témoin de la participation commune et équitable aux charges de l'État. Deux chiffres: 1,15 milliard d'euros d'impôt d'après la presse, évités en France, seulement par Google, en raison d'une carence du droit fiscal français et international et 3 milliards de dollars par an : c'est une estimation, sans doute faible, de l'avantage que retire un seul de ces géants de ses montages d'optimisation agressive. Deux propositions de réponse : (1) par le biais d'une disposition anti-abus spécifique, réprimer immédiatement les montages fictifs des géants du net et (2) contribuer, par l'évolution de notre droit interne, à une approche nouvelle au plan international de la définition d'établissement stable, à savoir le concept d'établissement stable virtuel (= présence digitale significative).

Nombreux sont ceux qui estiment qu'au-delà de réformer, il est nécessaire de promouvoir une politique ambitieuse de l'innovation et de soutien aux acteurs de l'économie numérique européenne en misant sur leur capacité à travailler ensemble.

De manière générale, les dispositions européennes en matière de concurrence devraient également s'accompagner d'une politique industrielle davantage proactive et non pas simplement défensive pour le secteur du numérique.

La régulation par le droit de la concurrence et une régulation introduisant un nouvel ensemble de dispositifs contraignants ne sauraient suffire à faire émerger des acteurs européens de taille critique.

Pour ce type d'ambition, seuls les mécanismes de la politique industrielle ou de la politique de l'innovation seraient à même d'y parvenir. On cite souvent l'exemple de l'initiative européenne ayant consisté à créer Airbus pour contester la position monopolistique de Boeing. Le même objectif était poursuivi dans le domaine du lancement des satellites. Il s'agit alors de politique industrielle servant la concurrence pour le marché.

Ces deux exemples, indiscutablement concluants, échappent aux critiques habituelles faites aux pouvoirs publics en matière de politique industrielle. En effet, les risques de dérive sont très nombreux. Il faut donc se donner les moyens de les neutraliser en se soumettant à des grilles de choix rigoureuses, notamment pour éviter le phénomène de capture des pouvoirs publics.

Il faut encourager les collaborations et les accords commerciaux entre acteurs du numérique. Les appels d'offres devraient être mieux allotés pour favoriser les offres multi-acteurs proposant des services complémentaires pour répondre à un besoin avec une contrainte forte de respect du RGI, du RGS et de proposer des API avec des formats d'échanges ouverts et libres avec garantie de compatibilité ascendante. La France peut se démarquer par une informatique collaborative où les acteurs se parlent, se complètent et travaillent ensemble. Nous avons en France plein de petites grenouilles performantes qui peuvent devenir plus puissantes qu'un bœuf en fédérant leur énergie. Si chacune rêve dans son coin de devenir plus grosse que le bœuf, La Fontaine nous a déjà donné la conclusion de l'histoire...

Des propositions précises sont faites en ce sens, notamment celle de soutenir les écosystèmes d'innovation européens et les projets favorisant la filière industrielle numérique nationale. Il s'agit de permettre l'émergence de solutions auditables et maîtrisées, notamment en open-source ou de restituer à l'autorité publique une partie de la plus-value réalisée à l'occasion de l'acquisition d'une jeune entreprise innovante par un opérateur puissant lorsque cette entreprise a fait l'objet d'un financement public.

Lorsque la start-up rachetée par un très grand groupe a bénéficié des aides publiques réservées aux jeunes pousses, le bénéficiaire final de l'aide publique n'est autre que le groupe qui l'absorbe – et ce, parfois peu d'années après que la start-up a bénéficié de fonds publics. Il est donc proposé que la plus-value réalisée à l'occasion de telles acquisitions revienne à la puissance publique dans une proportion correspondant à la part du financement public dans le financement initial total de la start-up.

Cette règle aurait le double avantage de moins encourager au rachat de ces start-up, lequel deviendrait plus onéreux et d'assurer à la collectivité publique un juste retour sur investissement, tout en évitant qu'un groupe ultra-dominant ne soit à brève échéance le bénéficiaire final de l'investissement public.

Le système pourrait être tempéré par une dégressivité : plus les créateurs de la start-up auraient conservé celle-ci longtemps, moins la somme à reverser à la puissance publique serait importante. A

l'inverse, une simple obligation de restituer le montant nominal de l'aide publique n'aurait vraisemblablement aucun effet, car ce montant serait ridicule rapporté aux moyens de l'acquéreur.

Une intervention au niveau européen et se basant sur les éléments concrets

La majorité des contributeurs considère que la régulation des plateformes devrait être pensée à l'échelon européen voire international.

Le numérique révolutionne en profondeur l'économie et il est légitime de s'interroger sur la question de savoir si le droit de la concurrence est adapté ou s'il doit être réformé. Si cette réflexion est nécessaire au niveau national, elle doit être menée en priorité au niveau européen et au niveau international.

En effet, certains contributeurs rappellent qu'une intervention au niveau national pourrait être préjudiciable pour la compétitivité des acteurs économiques français.

S'agissant de la transposition de la directive ECN+, une coordination étroite avec les autres États européens paraît essentielle. Il convient d'éviter que les contraintes additionnelles deviennent une spécificité française, ce qui pourrait avoir pour effet d'inciter les entreprises, y compris les start-ups françaises, à s'établir plus volontiers vers d'autres destinations européennes afin de maintenir leur compétitivité face à leurs concurrents directs étrangers.

Des contributeurs ont également mis en avant certaines réglementations qu'ils estiment non ciblées et/ou mal conçues et qui pourraient générer des effets pervers, minimisant leur utilité au regard de l'objectif poursuivi. Dès lors, les contributeurs rappellent les principes de l'*evidence-based regulation* qui nécessite d'ouvrir le processus d'élaboration des politiques et de la législation, de se mettre davantage à l'écoute de l'écosystème concerné et de se fonder sur des éléments concrets et sur une procédure transparente tout au long du processus.

L'amendement adopté par le Sénat le 13 juin dernier, portant sur une proposition de taxe sur les livraisons du e-commerce, est éclairant. Visant explicitement Amazon et dans l'optique de sauver le commerce physique de proximité, les sénateurs ont proposé d'instaurer une taxe sur les biens achetés en ligne, assise sur le prix du bien commandé et sur le nombre de kilomètres parcourus par le bien entre son dernier lieu de stockage et l'adresse de livraison finale. Clairement, cette taxe se révélerait contre-productive : elle ne ferait que renforcer la position dominante d'Amazon dans le e-commerce (contrairement à de nombreux e-commerçants, Amazon a la capacité d'implanter des lieux de stockage à proximité des grands centres urbains) et pénaliserait avant tout les consommateurs vivant en zone rurale où, dans tous les cas, un commerçant ne peut survivre faute d'atteindre une masse critique suffisante.

Outre les questions liées à l'adaptation éventuelle du droit de la concurrence et de l'efficacité de son application, les impacts concurrentiels de certaines réglementations pourraient également faire l'objet d'une analyse. C'est notamment le cas des impacts liés à la réglementation sur la protection des données personnelles et du projet de règlement E-Privacy actuellement en cours de discussion au niveau européen. Ainsi, sur ces sujets, il apparaît important que les solutions opérationnelles prônées en matière d'information et de recueil du consentement soient proportionnées à leur objectif de protection et de ne pas empêcher le développement de la publicité basée sur les centres d'intérêts des internautes pour les utilisateurs qui souhaitent une publicité plus pertinente. Il apparaît, au regard du contexte concurrentiel actuel, nécessaire d'ouvrir un dialogue sur ses modalités de mises en œuvre dans le secteur de la publicité afin de trouver un équilibre entre protection de la vie privée, exercice de leurs choix par les personnes et développement de l'économie numérique, porteur de développement pour les sociétés européenne.

Nous observons que la loi française s'éloigne parfois de l'analyse des experts de la concurrence pour réglementer les relations entre les acteurs de la nouvelle économie et les acteurs de l'économie traditionnelle. Dans son article 133, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron » a réglementé les relations contractuelles entre

agences de voyages en ligne et hôteliers et interdit toutes les clauses de parité tarifaire. Le législateur semble avoir alors méconnu l'analyse de l'Autorité française de la Concurrence, partagée par les autorités de la concurrence italienne, suédoise et la Commission européenne, ainsi que les engagements obtenus en avril 2015 du leader européen des agences de voyages en ligne de mettre un terme aux clauses de parité dites « larges », mais pas aux clauses de parité dites « étroites ». Dans le contexte des discussions entourant la proposition de règlement de la Commission européenne et du Conseil visant à promouvoir l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, nous ne doutons pas que le Gouvernement français reconnaîtra le besoin de ne pas créer des exceptions aux principes essentiels du droit de la concurrence.

Toutefois, des contributeurs soulignent l'importance de ne pas *tuer la concurrence*, dans la mesure où les acteurs hors Union Européenne qui n'ont pas les mêmes contraintes juridiques peuvent dès lors jouir d'un avantage concurrentiel.

Certains contributeurs estiment qu'une partie des réglementations numériques peut être préjudiciable pour les acteurs économiques.

La nécessité d'anticiper les effets indésirables au regard de l'intention des politiques mises en œuvre, mérite d'être soulignée. Par exemple, les dispositions initiales du projet de règlement e-privacy, concernant la collecte du consentement via les paramètres de confidentialité des logiciels de navigation, ont suscité de nombreuses inquiétudes exprimées par un grand nombre d'acteurs, y compris par nous, du fait de la restriction induite sur l'environnement concurrentiel numérique, des difficultés pratiques que cette disposition représentait pour l'ensemble des éditeurs, mais aussi l'impact négatif sur l'expérience des utilisateurs finaux.

L'action dans la continuité : l'adaptation du droit de la concurrence aux acteurs du numérique

À titre liminaire, lors des ateliers présentiels, de nombreux contributeurs ont insisté sur le fait que le droit de la concurrence dispose de nombreux avantages. En effet, il s'applique à toute activité économique et transcende les définitions de marché et les secteurs, il n'est pas seulement punitif puisque les entreprises peuvent prendre des engagements par lesquels elles remédient elles-mêmes à certains dysfonctionnements.

De plus, les participants ont défendu la robustesse et la plasticité des notions d'infrastructure essentielle et de position dominante à l'ère numérique. Ils ont également rappelé que les autorités de concurrence disposent d'ores et déjà de pouvoirs d'urgence

à travers l'outil des mesures conservatoires qui leur permettent d'agir efficacement et en temps utile pour prévenir les effets irrémédiables des comportements sur lesquels reposent de forts soupçons d'illégalité. Les procédures négociées et les engagements constituent aussi des outils efficaces et flexibles qui permettent d'apporter des solutions avec les acteurs du marché, qui soient proportionnées et adaptées pour ne pas freiner l'innovation et faire face aux évolutions rapides des technologies et des marchés. Les participants ont cité en exemple les récentes amendes record de la Commission européenne infligées aux plateformes et qui sont basées sur le droit de la concurrence.

Il n'en demeure pas moins que le droit de la concurrence peut être amélioré sur certains points et principalement sur l'efficacité du contrôle des concentrations et sur le champ d'application des abus de position dominante.

Sur l'efficacité du contrôle des concentrations

Afin d'améliorer l'efficacité du contrôle des concentrations tel qu'il découle du [règlement CE 139/2004 sur les concentrations](#) et de [l'article L430-1 du Code de commerce](#), la consultation soulevait notamment la **possibilité d'introduire un contrôle additionnel à la procédure de notification obligatoire en vigueur**, visant certaines opérations d'acquisition d'un acteur innovant « *naissant* » ou n'ayant pas encore monétisé son innovation.

Cette option semble constituer une adaptation nécessaire pour les contributeurs, qui font valoir l'obsolescence des seuils en vigueur pour l'économie numérique permettant de déclencher un contrôle sur l'opération en question. En particulier, **le critère fondé sur le chiffre d'affaires ne permet pas d'appréhender le rachat de petites entreprises innovantes par les grandes plateformes**, ce qui constitue pourtant une opération privilégiée par ces dernières. En pratique, cela donne lieu à des concentrations légales pouvant porter de fait atteinte à la concurrence.

Les start-up et autres entreprises innovantes n'ont souvent pas un chiffre d'affaires permettant le franchissement des seuils précédemment mentionnés. En effet ce sont souvent des petites structures qui n'ont généralement pas encore monétisé leur innovation. Il serait ainsi préférable d'aller dans le sens d'une adaptation des critères de notification permettant de prendre en compte cette nouvelle économie.

En substance, deux options - potentiellement complémentaires - ressortent des états généraux :

- **ajouter un critère reposant sur la valeur de l'acquisition de l'entreprise**, toujours en amont de la concentration ;
- **admettre un contrôle ex-post des concentrations**, une fois l'acquisition réalisée à l'instar du modèle allemand.

Il est hautement souhaitable que le droit français des concentrations soit renforcé pour élargir son champ d'application indépendamment des seuils habituels en chiffres d'affaires. La valeur de l'acquisition de l'entreprise devrait être un critère ajouté à ceux des seuils en chiffres d'affaires. Dans ce secteur d'ultra concentration, il semble aussi opportun d'admettre un contrôle des concentrations ex post des acquisitions d'entreprise.

Des étudiants ont proposé différentes pistes pour adapter les critères de notification en prenant en compte l'économie numérique.

Modifier le seuil de minimis et ainsi rendre obligatoire la notification dès lors qu'une seule des sociétés participantes a dégagé un chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France de plus de 50 millions d'euros (en ce sens voir critères adoptés par l'Allemagne suite à la réforme du contrôle des concentrations le 31 mars 2017).

Introduire un contrôle sur la valeur de la contrepartie, si cette dernière est supérieure à 200 millions d'euros.

Introduire un seuil annexe (« filet de sécurité ») en mobilisant un contrefactuel fiable : dès lors que les seuils classiques (européens et français) ne seraient pas satisfaits, une seconde batterie de seuils fondée sur la situation plausible du marché en cause dans les X années à venir viendrait permettre un contrôle de la concentration potentielle (exemple : un opérateur dominant prend le contrôle d'une start-up innovante, dont le chiffre d'affaires ne permet pas au moment de l'acquisition de satisfaire les seuils européens et français. Le second étage de test consisterait à établir un contrefactuel fiable envisageant le chiffre d'affaires potentiellement réalisé par la start-up dans le cas où elle aurait émergé en autonomie, sans que son contrôle soit acquis par un géant du numérique, et d'utiliser ce chiffre d'affaires potentiel afin de vérifier le dépassement des seuils de notification).

Dans l'éventualité d'un contrôle des concentrations visant les acquisitions d'acteurs innovants naissants, des Professeurs de droit suggèrent de procéder à un renversement de la charge de la preuve en présumant la nocivité, ce qui permettrait de faciliter le travail du régulateur et de responsabiliser les grandes entreprises qui devront prouver l'efficacité de l'acquisition pour la concurrence.

Dans le cadre du contrôle des concentrations pour une acquisition portant sur une jeune entreprise innovante du numérique, procéder à un renversement de la charge de la preuve. La nocivité serait présumée et il incomberait aux entreprises concernées par l'opération de concentration de rapporter la preuve de gains d'efficacité selon une grille d'analyse très serrée, distinguant les effets à court terme et à plus long terme.

En revanche, dans l'éventualité d'un contrôle des concentrations *ex post*, des contributeurs préconisent une approche prudente, notamment via la conduite d'une étude d'impact préalable sur l'ensemble des entreprises. En particulier, un contributeur attire l'attention sur :

- le champ matériel d'un tel contrôle, afin d'encadrer le pouvoir d'évocation de l'Autorité de la concurrence ;
- le champ temporel dudit contrôle, qui doit être limité dans le temps ;

- la possibilité d'un mécanisme complémentaire de déclaration préalable sans effet suspensif ou de notification volontaire laissée à la libre appréciation des parties.

Au niveau national, la question de l'introduction d'un contrôle ex post des concentrations est posée. S'agissant d'une réforme majeure, qui impacterait l'ensemble des entreprises, elle devrait faire l'objet d'une étude préalable d'impact approfondie qui n'a pas été réalisée à ce stade. En tout état de cause, si l'Autorité s'engageait dans cette voie, un tel contrôle ne devrait pas pouvoir être mis en place :- sans que son champ d'application soit limité et strictement encadré (pouvoir d'évocation de l'Autorité limité aux opérations qui dépassent un certain seuil de chiffre d'affaires national ; pouvoir d'évocation limité aux opérations qui prima facie pourraient donner lieu à des préoccupations substantielles de concurrence identifiées en France) ; - sans que l'intervention de l'Autorité soit limitée dans le temps ; - un éventuel pouvoir d'évocation de l'Autorité de la concurrence devrait être complété d'un mécanisme de déclaration préalable sans effet suspensif ou, alternativement, de notification volontaire, laissé à la libre appréciation des parties.

Des étudiants proposent de créer une formation mixte spécialisée en matière de concentration prenant en compte les enjeux de concurrence et de données à caractère personnel.

Cette proposition s'inscrit dans une actualité particulière puisque le 7 février le Bundeskartellamt a enjoint à Facebook de mettre fin au croisement des données personnelles collectées par ses différents services (WhatsApp, Instagram, Facebook Analytics) et de les regrouper sur le compte Facebook de l'utilisateur. Cette injonction a pu être réalisée grâce à l'étroite collaboration entreprise avec l'autorité allemande chargée de la protection des données personnelles. En miroir de cette décision, il est intéressant de prendre en considération que les autorités de concurrence, en matière de concentration (Facebook, Google, Microsoft) ont toujours été hermétiques aux conséquences liées à au croisement des bases de données résultant de ces opérations et de fait, aux considérations liées à la vie privée. La particularité de l'analyse d'une opération de concentration est l'analyse prospective des conséquences de l'opération sur le marché. Parallèlement à cette pratique, le Règlement européen à la protection des données prévoit l'obligation de procéder à une analyse d'impact si le traitement de données à caractère personnel représente un degré de dangerosité important pour les droits et libertés de la personne concernée. Ce parallélisme de process nous conduit à considérer qu'en matière de concentration, la Commission et seulement la Commission devrait donner son aval avec l'accord de l'autorité de contrôle chargée de la protection des données. Cette proposition s'inscrit également dans la volonté politique de faire émerger des « champions européens » en ne réservant cette formation qu'à la seule Commission permettant ainsi de ne contrôler que les opérations d'une certaine importance.

Notons que quelques contributeurs sont opposés à l'amélioration du contrôle des concentrations : ils estiment contre-productif pour l'économie d'empêcher une entreprise d'en acquérir librement et légalement une autre. Ils considèrent que cela serait de nature à entraîner de nouvelles complexités juridiques, voire un frein à l'innovation.

Pourquoi créer un obstacle et une règle supplémentaires dans un domaine déjà fortement réglementé alors que cela ne servirait à rien ? Au contraire un acteur innovant naissant peut bénéficier d'un rachat précoce.

Il serait alors préférable de se concentrer sur la maximisation des synergies entre les acteurs du numérique à l'échelle nationale à l'aide d'outils de transparence tels que l'interopérabilité. Nous reviendrons plus précisément sur ces sujets dans la partie 3.a).

Face à des géants mondiaux économiquement surpuissants, la France peut résister en se différenciant par sa capacité à faire travailler les acteurs du numérique ensemble, les aider à investir sur des services complémentaires et interopérables, soutenir la production de format d'échanges ouverts et publics (...)

Sur le champ d'application des abus de position dominante

Pour qu'il y ait abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2, trois conditions doivent être réunies :

- l'existence d'une position dominante ;
- une exploitation abusive de cette position ;
- un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché.

Dans le cadre des états généraux du numérique, le Gouvernement suggérait d'élargir le champ d'application des abus de position dominante aux cas où un acteur en position dominante enfreindrait une disposition du droit de la consommation ou à la protection de la vie privée, lui conférant un avantage illégal par rapport à ses concurrents. Cette proposition a été largement soutenue par la majorité des contributeurs notamment par ceux qui considèrent la situation monopolistique des plateformes non européennes comme problématique.

Les USA ont une loi qui interdit d'avoir plus de 75% de part de marché avant de tomber sous la loi anti-trust. Contrairement à l'Europe, Google n'est pas à 95% là-bas pour cette raison.

On est trop liés et faibles vis-à-vis de Google, Amazon... Il n'est pas normal que le moteur Google soit installé par défaut dans nos appareils. On doit avoir le choix avec Qwant, ou autres.

Au vu des contributions, cette extension pourrait directement être mise en œuvre à travers la notion existante d'abus d'exploitation en droit de la concurrence.

Qualifier d'abus d'exploitation toute violation par la plateforme en position dominante du droit des données à caractère personnel et du droit de la consommation.

Si cette mesure pouvait permettre d'englober davantage de comportements illégaux de la part des grandes plateformes, la consultation a mis en lumière des risques en termes de preuve pour les illégalités visées.

Des contributeurs ont alors suggéré l'extension à d'autres abus possibles :

- Un abus de transparence, qui consisterait à sanctionner les entreprises utilisant la transparence du marché à la fin de permettre à leurs algorithmes de prix de mettre en place une entente anticoncurrentielle. Ainsi seraient sanctionnées les entreprises recourant à un algorithme de prix (i), dans un marché transparent (ii) et ayant pour conséquence de causer un dommage au marché (iii).
- Une pratique d'obsolescence programmée des services numériques et de ventes liées qui profitent aux acteurs en position dominante.

Des chercheurs ont proposé une intervention législative pour « *créer un abus de monopolisation inspiré du droit états-unien afin de sanctionner un comportement abusif avant la constitution d'une position dominante* ».

Un seul point appellerait une modification législative : l'intervention pour sanctionner un comportement abusif avant la constitution d'une position dominante à seule fin d'éviter le phénomène de basculement. Cela revient à créer un abus de monopolisation, à la manière américaine, pour ce seul secteur particulier.

Cela peut se concevoir sur le plan de l'opportunité et mérite d'être approfondi en coordination avec l'Allemagne et la Commission européenne.

Sur l'inter-régulation : la prise en compte d'autres droits par le droit de la concurrence et la création de nouveaux principes directeurs du droit de la concurrence

La majorité des contributeurs considère qu'il devient essentiel d'intensifier le recours au droit de la consommation, au droit des données personnelles, au droit fiscal et au droit social dans l'analyse concurrentielle de la régulation des plateformes.

Ainsi, selon certains contributeurs, des contrôles devraient être effectués sur les conditions générales d'utilisation des plateformes et sur le respect des règles sur la protection des données afin de protéger les utilisateurs. Selon un contributeur, la régulation des plateformes doit influencer sur les acteurs qui participent au modèle économique des plateformes. En effet, les plateformes étant des marchés multifaces, les acteurs situés sur la partie « *cliente* » de la plateforme disposent d'une réelle influence sur son comportement. Il conviendrait alors de responsabiliser les annonceurs et d'informer les utilisateurs à propos des annonceurs ayant recours à des plateformes. Concernant le droit de la consommation en ligne, il serait même utile de créer une certification obligatoire des avis des consommateurs.

Un contrôle des contenus est absolument indispensable, car le contenu des plateformes commerciales est souvent approximatif. La DGCRF devrait traquer les fraudeurs qui sévissent, y compris sur les plateformes des GAFA. Des sanctions exemplaires doivent être appliquées comme la suspension contrôlée d'activité pour des périodes allant d'une semaine à un mois.

Protéger les utilisateurs de pratiques contraires à la législation sur le secret des affaires, comme la récupération de données.

En ce sens, il serait envisageable de combattre la prétendue gratuité des services fournis par les plateformes, et ce, en mobilisant les infractions propres au droit de la concurrence relatives au prix.

Solutions envisagées :

- 1. Soit établir in fine que l'exploitation de données (ou en tout cas de certaines, données sensibles par exemple) représente un prix, et donc application par calquage des infractions relatives au prix.*
- 2. Soit faire le choix de ne pas qualifier une telle exploitation de prix, mais dans ce cas de modifier la pratique décisionnelle de certaines infractions afin de les rendre applicables aux situations d'exploitation de données.*

Au fond, pour certains contributeurs, la question résiderait davantage dans les principes fondateurs et les objectifs mêmes du droit de la concurrence. En effet, le principe fondé sur le bien-être du consommateur peut être discuté, dans la mesure où les plateformes proposent des services innovants et généralement gratuits, ce qui ne heurte pas directement le bien-être des consommateurs.

Un contributeur va jusqu'à soulever le paradoxe de concilier un équilibre entre, d'une part, la protection des concurrents au détriment des consommateurs en sanctionnant des pratiques favorables en termes de prix et d'innovation, et, d'autre part, l'admission de pratiques ayant un effet irréversible sur le marché, via les barrières à l'entrée et l'enfermement des consommateurs dans un silo.

*La première tient à l'objectif qui doit être celui du juge de la concurrence : s'agit-il de défendre le résultat du processus de concurrence (l'efficacité économique) ou de défendre ce processus pour lui-même quelles qu'en soient les conséquences en termes d'efficacité ? Dans un tel cas, le fait qu'un opérateur dominant supplante ses concurrents peut poser problème même si ce n'est que sur la base de ses mérites et même si cette situation profite au consommateur. **La clé du problème réside dans l'hypothèse que l'on fait en matière de durabilité de la position dominante acquise.** Si la position dominante demeure contestable au sens économique du terme, c'est-à-dire si de nouveaux compétiteurs peuvent efficacement entrer sur le marché, celle-ci n'est pas un problème en elle-même. La question est ici celle des effets de réseaux et des éventuelles barrières à l'entrée sur le marché.*

Il peut apparaître tout d'abord que les critères actuels des règles de concurrence sont trop restrictifs pour saisir les enjeux propres à l'économie numérique. C'est le sens des débats sur la place du critère du bien-être du consommateur (au centre de l'approche par les effets ou approche plus économique) par rapport à d'autres critères tels celui de la concurrence effective. La question est alors celle de la capacité à mettre en balance des critères pouvant conduire à des choix différents (efficacité, accès au marché,

préservation de la liberté de choix, etc...)). La question peut ensuite porter sur les objectifs mêmes de la politique de concurrence. Les obligations qui pèsent sur une firme dominante ne sont pas les mêmes selon que l'on vise exclusivement une concurrence par les mérites ou qu'on applique un critère de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis du processus de concurrence voire d'une situation de concurrence effective.

Il serait alors envisageable d'introduire de nouveaux sous-principes pour interpréter le bien-être du consommateur, à l'instar de celui de la liberté de choix des consommateurs (renvoi à la partie 3.a).

La liberté de choix est par nature dans le paradigme du bien-être du consommateur. Celui-ci doit pouvoir arbitrer, au sens économique du terme, entre une diversité de produits ou services pour rechercher l'offre la plus adaptée à ses besoins selon les prix et la qualité qu'il souhaite.

La protection du marché et le bien-être des utilisateurs pourraient même justifier selon des étudiants l'introduction d'un principe de précaution dans le droit du numérique.

Nous pensons que l'opportunité du recours à des algorithmes par les opérateurs économiques ne doit pas se faire au détriment des enjeux collectifs. Le problème classique des décisions rationnelles entraînant un résultat collectif sous-optimal est mis en exergue par cette compétition algorithmique puisque ces opérateurs peuvent se cacher derrière l'argument : the black box made me do it. Partant de ce constat, il nous semble important de faire évoluer le régime de responsabilité de ces opérateurs dans un souci d'équilibre entre l'intérêt économique des opérateurs et l'intérêt collectif de la société. Ainsi nous proposons parallèlement au droit de l'environnement de mettre en place un principe de précaution soutenu par la mise en place de standards au niveau européen. Sur le modèle de l'article 5 de la Charte de l'environnement (adoptée le 24 juin 2004) nous proposons la formulation suivante : Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances techniques, pourrait affecter de manière grave et irréversible le marché ou le bien-être des consommateurs, les autorités publiques veilleront, par application du principe de précaution, et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. Ce principe s'inscrirait de façon congruente dans la volonté politique actuelle de créer un Observatoire des plateformes puis un réseau européen des observatoires des plateformes. Ce réseau européen, serait chargé de déterminer les seuils du risque acceptable assurant ainsi un haut degré de transparence à l'égard des entreprises et permettant de prévenir les risques d'atteinte au marché et au bien-être des consommateurs.

Un contributeur estime que le respect du droit d'auteur devrait être un principe directeur du droit de la concurrence, car il est [source de diversité et d'égalité des chances](#).

Enfin, la question de la durée des procédures a également été mentionnée comme l'un des importants défis du droit de la concurrence par de nombreux contributeurs, à l'échelle nationale comme européenne.

La question du temps de traitement des procédures se pose, tout particulièrement pour la Commission européenne qui ne dispose pas des outils lui permettant d'intervenir rapidement.

Une nouvelle proposition issue de la consultation : créer un droit des pratiques déloyales entre professionnels

Un réseau de chercheurs ayant participé à la consultation en ligne et aux ateliers présentiels propose de créer de nouvelles pratiques commerciales déloyales entre professionnels sur le modèle de l'interdiction *per se*. Plusieurs propositions sont faites en ce sens :

Déclarer illicite toute forme d'entrave au multi hébergement et au changement d'opérateur (switching costs). Plus précisément : qualifier d'illicite toute atteinte au parallélisme des formes ; dès lors que l'opérateur subordonnerait le multi-hébergement ou le changement d'opérateur à des formes plus importantes, plus longues ou plus contraignantes que l'adhésion initiale, cette rupture -nécessairement volontaire- du parallélisme des formes s'analyserait en une entrave. Il s'agirait alors d'infractions per se, c'est-à-dire indépendamment de toute analyse de la structure de marché.

Prendre en compte l'atteinte à la liberté de choix de l'utilisateur en créant une nouvelle pratique commerciale déloyale B to B idoine.

Créer une nouvelle pratique commerciale déloyale B to B prévoyant que « Toute violation d'une réglementation en vigueur est un acte de désorganisation déloyale du concurrent ».

Élaborer un véritable droit des pratiques commerciales déloyales P to B interdisant per se un certain nombre de pratiques listées préalablement sur le modèle des clauses abusives du droit de la consommation.

Le rejet de la mise en œuvre de l'adaptation du droit de la concurrence par ordonnance

Afin de mettre en place ces adaptations potentielles, le Gouvernement a suggéré la voie des ordonnances, dans le cadre de la loi PACTE qui habilite le Gouvernement à adopter certaines mesures complémentaires pour renforcer l'efficacité des procédures en droit de la concurrence.

Néanmoins, la majorité des contributeurs semblent réticents face à cette possibilité, et privilégient une action du législateur pour garantir la démocratie représentative.

Le recours à l'innovation : l'encadrement des acteurs du numérique au-delà du droit commun de la concurrence

Deux modèles sont envisageables :

- en premier lieu, une régulation symétrique, appliquée à l'ensemble des acteurs du marché, visant à maximiser la liberté de choix des consommateurs ;
- en second lieu, une régulation asymétrique, appliquée à un petit nombre d'acteurs identifiés comme « *systemiques* » en raison de leur rôle d'intermédiaire incontournable, avec la possibilité de leur imposer des mesures fortes pour atteindre des objectifs variés.

Sur l'élaboration d'une régulation symétrique

En premier lieu, le Gouvernement proposait d'[inscrire dans la loi un principe de liberté de choix](#) au bénéfice de l'utilisateur final afin de prévenir les effets de verrouillage des utilisateurs dans l'utilisation d'un système.

De manière générale, les contributeurs accueillent positivement cette proposition qui tend à renforcer la protection des consommateurs, au vu des asymétries d'information entre les plateformes et les utilisateurs finaux.

*Le principe de liberté de choix est en quelque sorte **une extension du concept de « neutralité des réseaux » à l'ensemble du numérique.** Ce principe de base mérite d'être encouragé.*

La liberté de choix est par nature dans le paradigme du bien-être du consommateur. Celui-ci doit pouvoir « arbitrer », au sens économique du terme, entre une diversité de produits ou services pour rechercher l'offre la plus adaptée à ses besoins selon les prix et la qualité qu'il souhaite. D'autant que cette liberté de choix conditionne le respect des libertés et droits fondamentaux tel le respect des données à caractère personnel et de la vie privée de l'individu, garantissant son autonomie voire sa souveraineté informationnelle.

S'agissant des modalités, trois options pourraient être envisagées d'après un groupe de chercheurs :

- Une première option consistant à systématiser la prise en compte de l'atteinte à la liberté de choix comme l'un des critères de la qualification de « *restriction de concurrence* » au titre de l'analyse du bien-être du consommateur. Il n'est, dans ce cas, pas nécessaire de modifier les dispositions des traités européens ou du code de commerce. La reprise explicite de ce critère par la jurisprudence et éventuellement dans un instrument de droit souple (lignes directrices ou communications) devrait suffire.

- Une seconde option serait de prendre en compte l'atteinte à la liberté de choix dans une interdiction *per se*, type pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels (cf. supra 2. d)
- Une dernière option serait de préserver la liberté de choix des utilisateurs en créant des obligations contraignantes assurant la portabilité des données et l'interopérabilité des services (cf. *infra*).

Toutefois, quelques contributeurs soulèvent l'importance du champ d'application de l'interdiction : une acception trop large pourrait être attentatoire aux droits et libertés, tandis qu'une interprétation trop restrictive de l'interdiction rendrait cette dernière aisément contournable.

Attention à ce que l'obligation pour les entreprises de cette liberté de choix ne les incite à vendre leurs appareils avec moins de fonctionnalités, et que cela pénalise les utilisateurs peu familiers aux outils, qui devraient alors soit installer eux-mêmes les fonctionnalités que l'on a aujourd'hui par défaut, soit à faire appel à un prestataire de plus.

Est-ce bien le rôle du droit de la concurrence que d'assurer une liberté de choix au consommateur ? Cette liberté ne gagnerait-elle pas à être pensée à l'aune des droits fondamentaux et du droit de la consommation ?

C'est pourquoi, une voie alternative, voire cumulative, pourrait consister à prévoir une disposition qui, sans faire de lien explicite avec la restriction de la liberté de choix de l'utilisateur, prévoirait plus simplement que « Toute violation d'une réglementation en vigueur est un acte de désorganisation déloyale du concurrent ».

En outre, la consécration législative de la liberté de choix pourrait inciter les fabricants à vendre leurs appareils avec moins de fonctionnalités et/ou services, ce qui porterait préjudice aux utilisateurs finaux et, partant, au bien-être des consommateurs.

Aussi, ce principe de liberté de choix devrait répondre à plusieurs conditions afin de bénéficier effectivement à l'utilisateur final :

- Être précis et détaillé, en envisageant les différentes hypothèses techniques pouvant porter atteinte à cette liberté de choix (systèmes d'exploitation ou moteurs de recherche pré-installés, transfert automatique de données personnelles entre deux applications mobiles etc) ;
- Être matérialisé dans les faits, notamment par une obligation d'information des opérateurs économiques à l'égard de leurs utilisateurs. Cela pourrait par exemple s'illustrer par des *pop-ups* ou un mail d'information, similaires aux moyens utilisés lors de l'entrée en vigueur du RGPD.

En deuxième lieu, le Gouvernement a soumis aux contributeurs une [proposition consistant à mettre en place un pouvoir de règlement de différends accessible aux](#)

entreprises, notamment aux PME et aux start-ups, en cas de litiges sur leurs conditions d'accès aux plateformes.

Cette proposition est largement soutenue par les contributeurs qui soulignent les difficultés pour les utilisateurs et en particulier pour les professionnels de régler leurs différends avec les plateformes.

À ce jour, il semble difficile d'entrer en contact avec les plateformes en cas de différends. Par conséquent, cette proposition nous paraît plus que nécessaire et nous soutenons qu'il convient, en cas de litiges sur les conditions d'accès, de permettre un contact direct des entreprises avec ces plateformes. Aujourd'hui, la contestation semble en effet impossible car la plateforme fait usage de son appréciation souveraine et de ses propres règles pour accepter ou refuser l'entrée d'un opérateur. C'est la raison pour laquelle un pouvoir de règlement des différends doit être confié à un régulateur impartial et un recours pour les entreprises lésées doit exister. Des propositions à cet égard ont déjà lieu à l'échelle européenne. Ainsi, la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne en date du 26 avril 2018, prévoit la désignation par les plateformes d'un éditeur chargé de parvenir à un accord avec les entreprises sur le règlement extrajudiciaire de tout litige (article 10 intitulé « Médiation »).

L'encadrement légal d'une contestation d'un choix de plateforme semble plus que nécessaire. Pour toutes ces PME ou artistes dépendant pour leur activité de YouTube, Facebook ou autre et de leurs politiques aléatoires et sans contestation possible, où la plateforme est juge sans tribunal ni avocat, adaptant ses innombrables règles au jour le jour avec des régulateurs internes. Les règles ne sont ni fixes ni claires, et les sanctions de la plateforme dépendent essentiellement de l'appréciation de l'opérateur (modérateur) anonyme qui traitera le dossier. Ces modérations pouvant conduire nos entreprises à la faillite, ou les créateurs/auteurs de contenus à se faire déposséder de leurs revenus au bénéfice d'une plateforme toute puissante.

Cependant, au vu des réponses de la consultation, **il semble nécessaire d'instituer un tiers indépendant et impartial compétent pour régler les différends entre entreprises utilisatrices et plateformes**, afin de garantir l'égalité de traitement des entreprises sur le fond mais également l'effectivité et la rapidité de la procédure de règlement des différends.

À ce jour, il semble difficile d'entrer en contact avec les plateformes en cas de différends. Par conséquent, cette proposition nous paraît plus que nécessaire et nous soutenons qu'il convient, en cas de litiges sur les conditions d'accès, de permettre un contact direct des entreprises avec ces plateformes. Aujourd'hui, la contestation semble en effet impossible, car la plateforme fait usage de son appréciation souveraine et de ses propres règles pour accepter ou refuser l'entrée d'un opérateur.

Il faut pouvoir opposer un règlement des différends sous supervision d'un tiers indépendant et impartial.

En outre, **ce mécanisme n'a en aucun cas vocation à se substituer au système judiciaire**, mais se situerait en amont du contentieux judiciaire si cela est toujours nécessaire à l'issue de la procédure de règlement des différends. Partant, cela peut contribuer au désengorgement des juridictions et à une meilleure efficacité de la justice pour les litiges complexes qui nécessitent la compétence d'un juge.

Ceci permettrait des prises de décisions assez rapides (comparé au système judiciaire classique), ce qui n'empêcherait évidemment pas les parties prenantes de saisir un tribunal par la suite en cas de désaccord suite au règlement de différend.

S'agissant des modalités, les contributeurs suggèrent qu'un tel pouvoir soit confié au régulateur afin que son impartialité soit garantie. En effet, si le choix du médiateur revient à la plateforme, cela ne paraît pas constituer une garantie d'indépendance suffisante. Par ailleurs, il pourrait être étendu à d'autres domaines comme le droit d'auteur.

Il faut Renforcer les capacités du Médiateur des entreprises en matière de droit d'auteur.

Enfin, les contributeurs soulignent qu'un tel mécanisme doit nécessairement s'inscrire dans une coordination avec l'initiative européenne sur ce sujet, d'ores et déjà adoptée avec l'article 12 du règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne dit « P2B »⁴⁸.

En dernier lieu, le Gouvernement a souhaité consulter la société civile sur une [proposition visant à promouvoir la portabilité des données et mettre en œuvre l'interopérabilité des services](#).

Ces mesures sont majoritairement bien accueillies par les acteurs économiques, qui y voient un moyen de :

- rétablir une concurrence effective et désamorcer le verrouillage du marché ;
- rééquilibrer les relations entre les plateformes et les utilisateurs professionnels ;
- conférer aux consommateurs une réelle liberté de choix : **l'information n'est pas suffisante, il faut aussi faciliter le passage d'un service à un autre pour garantir la liberté de choix des consommateurs.**

Pour équilibrer la relation entre les utilisateurs professionnels de ces services et leurs fournisseurs, nous recommandons de (...) garantir les droits fondamentaux d'interopérabilité, de transférabilité et de réversibilité.

La portabilité des données et l'interopérabilité des services sont deux pierres angulaires, deux conditions sine qua non pour prévenir les risques de verrouillage des marchés et assurer une réelle liberté de choix aux consommateurs, ces derniers pouvant plus facilement changer d'opérateur.

⁴⁸ Article 12 "Médiation" du Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne

En outre, la mise en place d'une interopérabilité entre les plateformes serait de nature à rendre effectif le droit à la portabilité des données, consacré par le RGPD⁴⁹ mais vidé de toute portée en pratique. En effet, la récupération des données ne suffit pas pour permettre aux consommateurs de véritablement changer de plateforme, puisque leurs liens sociaux demeurent sur la plateforme initiale et ne sont pas transposables à la nouvelle plateforme choisie.

Les utilisateurs souhaitant avoir recours aux services de ces nouveaux entrants doivent faire face à des switching costs techniques considérables (notamment en devant communiquer à nouveau l'ensemble de leurs données personnelles). Cette absence d'interopérabilité nuit donc directement à l'exercice par ces derniers de leur droit à la portabilité des données, et occasionne un verrouillage du marché au profit des opérateurs économiques dominants.

Préserver la liberté de choix des utilisateurs en créant des obligations contraignantes assurant la portabilité des données et l'interopérabilité des services.

En particulier pour les réseaux sociaux, leur statut de quasi-monopole naturel pourrait justifier une application des protocoles existants recommandés par le W3C, comme ActivityPub, permettant une interopérabilité de ces services, ce qui est d'ores et déjà le cas pour les boîtes de courriel (SMTP, POP, IMAP).

C'est la raison pour laquelle un contributeur suggère de standardiser les API (interfaces de programmation).

La construction de monopoles sur le web est liée à l'effet de réseau. L'effet de réseau est le phénomène qui fait qu'un outil a d'autant plus de valeur qu'il compte d'utilisateurs. De fait : celui qui a le plus d'utilisateurs remporte tout le marché. Ceci est vrai tant que nous construisons nos plateformes en silo. Tim Berners-Lee pousse depuis 30 ans à la standardisation des API, ce qui permet à la donnée de circuler entre les plateformes et casse la machine à fabriquer du monopole en permettant à tous les acteurs alignés sur le standard de bénéficier du même effet de réseau. Aujourd'hui ces standards existent : XMPP, Linked Data Platform, WebID-OIDC, ActivityPub. Il doit être possible de les imposer par la loi.

De même, un contributeur soulève la nécessité d'adopter des formats interopérables pour les livres numériques, à la suite du [rapport produit en avril 2017](#) pour le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), dans le cadre de la mission sur l'interopérabilité de contenus numériques menée par Jean-Philippe Mochon et Emmanuelle Petitdemange.

Il serait utile de proposer à la Commission européenne d'adopter une communication et de trouver un véhicule législatif encourageant l'adoption de formats interopérables pour les livres numériques.

⁴⁹ Article 20 du relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) du 27 avril 2016

Néanmoins, selon des étudiants, il conviendrait de distinguer des degrés d'interopérabilité applicables, afin de ne pas entraver l'innovation et nier la spécificité de modèles économiques, justement fondés sur l'exclusivité des services. L'obligation d'interopérabilité devrait alors se limiter à un standard commun *a minima* pour l'ensemble des acteurs sur le marché, si besoin complété au cas par cas. **De surcroît, afin de ne pas créer de nouvelles barrières à l'entrée pour les acteurs innovants**, une solution intermédiaire pourrait être de conditionner l'obligation d'interopérabilité à des seuils de chiffre d'affaires, permettant ainsi aux nouveaux entrants de jouir temporairement de l'exclusivité des données personnelles de leurs utilisateurs.

Cette hypothèse rejoint la théorie selon laquelle il est préférable de se tourner vers une régulation asymétrique de certains acteurs systémiques, jugés incontournables et soumis à ce titre à des obligations plus lourdes que les autres.

Sur l'élaboration d'une régulation asymétrique

Tout d'abord, le Gouvernement souhaitait recueillir l'opinion des contributeurs sur [le principe d'un cadre législatif spécifique aux acteurs systémiques](#). Ces derniers seraient alors identifiés en fonction de critères objectifs (la possession de grandes bases de données difficilement répliquables ou d'intérêt général ; un pouvoir de marché à l'échelle européenne ; etc.).

À titre liminaire, notons que certains contributeurs **tendent à rejeter le principe même d'une régulation spécifique *ex ante***, considérant que le droit commun est mieux placé pour appréhender les plateformes en aval.

Un droit de la concurrence qui a globalement démontré sa validité à l'ère numérique : les autorités compétentes ont certes démontré leurs limites a posteriori face au rythme de l'innovation qui peut écarter durablement des acteurs du marché, mais sans justifier une régulation a priori qui va au-delà d'une plus grande fluidité et confiance de la relation entre les plateformes et les offreurs tiers.

Sans fondement économique solide, sans périmètre sectoriel et géographique clairs, visant à atteindre des entreprises aux modèles d'affaires variés et dynamiques, une telle régulation risquerait d'être redondante ou incohérente avec le droit commun et de poser plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait.(...) Cela conduirait à s'engager dans le sens d'une régulation ex ante de tous les secteurs d'activités (hôtellerie, transports, distribution, finances, etc.) à mesure de l'approfondissement de la transformation numérique de nos sociétés.

Cependant, de manière générale, les contributeurs ont accueilli favorablement l'idée d'une régulation spécifique aux acteurs du numérique. Néanmoins, l'approche législative à adopter fait l'objet de divergences notables entre les contributeurs, comme suit :

Pour une régulation asymétrique	Pour une régulation sectorielle
Si les contributeurs estiment qu'une approche asymétrique visant les	D'autres, au contraire, estiment que la régulation ne devrait pas être commune

grandes plateformes serait pertinente, les critères d'identification des "acteurs systémiques" différent d'un contributeur à l'autre.

Un contributeur propose le critère fondé sur le caractère incontournable de l'acteur pour les fournisseurs de contenu, sur le modèle des communications électroniques : part de marché, secteur d'activité, importance des effets de réseau et substituabilité auprès des utilisateurs finaux.

Lors des ateliers présentiels, le critère du contrôle de l'infrastructure ou du nombre d'utilisateurs a été également mentionné. A également émergé la notion de « groupe de sociétés », soit une entité économique formée par un ensemble de sociétés.

Enfin, la régulation pourrait s'appliquer, non pas sur le fondement d'une catégorie d'acteurs systémiques prédéfinie, mais selon la quantité de données essentielles détenues par chaque opérateur dominant.

Sur la régulation asymétrique, il ne semble pas pertinent d'élaborer une nouvelle qualification d'acteur systémique mais plutôt d'aborder le pouvoir de marché des opérateurs dominants par la donnée dotée d'un caractère essentiel.

aux grandes plateformes, mais spécifique à chaque secteur compte tenu de la diversité de chacune (automobile, énergie, banque...). En effet, la transformation numérique tend à impacter l'ensemble des secteurs, de sorte qu'il n'existerait pas de secteur du numérique en tant que tel.

Une définition unique des plateformes numériques ne tiendrait pas compte des différents modèles économiques existants et aurait un effet anti économique.

La régulation envisagée ne devra donc pas être propre aux activités numériques, mais au regard du fonctionnement et des règles de l'ensemble des entreprises d'un secteur concerné.

Chaque acteur systémique est différent et appelle une régulation spécifique ; ce qui semble difficilement conciliable avec un cadre de régulation « universel ».

Lors des ateliers de consultation, d'autres ont même proposé de raisonner en termes d'infrastructures (exemple : les datacenters) afin d'avoir une approche plus transversale.

Au vu des contributions en ligne précitées et des ateliers présentiels, une solution équilibrée pourrait combiner une régulation asymétrique des grandes plateformes au regard de leurs caractéristiques communes (détention d'infrastructures ou de données essentielles, nombre d'utilisateurs...) et des régulations sectorielles à la marge afin de tenir compte de la spécificité de chaque domaine d'activité.

En tout état de cause, les contributeurs se rejoignent sur le fait qu'une concertation préalable avec l'ensemble de l'écosystème est nécessaire, ainsi qu'une harmonisation à l'échelle européenne le cas échéant.

Ensuite, s'agissant [des obligations qui seraient mises à la charge des grandes plateformes au titre d'une régulation asymétrique *ex ante*](#), le Gouvernement suggérerait les mesures suivantes :

- l'accès aux données ;
- l'interopérabilité ;
- le contrôle *a priori* de certaines modifications d'algorithmes à fort potentiel.

Concernant l'accès aux données, les contributions tendent à rattacher cette obligation à la théorie des infrastructures essentielles, permettant ainsi de mobiliser une telle obligation lorsque ces données sont véritablement essentielles pour les concurrents.

Certaines obligations pourraient être imposées aux géants du numérique, par exemple l'obligation de partager leurs données ou tout autre actif dès lors que cet actif constitue de manière avérée une infrastructure essentielle.

Mettre en place une obligation de partage de certaines données essentielles sur le modèle de la notion de brevet essentiel.

On pourrait alors transposer la notion de FRAND en droit des brevets au droit des données : *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*.

Rappelons que pour être qualifiée d'« essentielle », une ressource possédée par une entreprise en monopole ou en position dominante doit être :

- indispensable ou strictement nécessaire pour l'opérateur qui offre un produit ou un service sur le marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure domine ;
- impossible ou du moins considérablement difficile à reproduire dans des conditions économiques raisonnables par des concurrents, seuls ou associés (avis n° 02-A-08 du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002).

Concernant les modalités, certains acteurs proposent d'organiser le partage par les acteurs économiques de telles données essentielles à des instances publiques chargées de les redistribuer, par exemple sous forme d'agrégats, dans certains secteurs ou autour de certaines délégations de services publics. À cet égard, la mise en place d'un partage de données dites d'intérêt général fait actuellement l'objet d'un groupe d'étude à la Commission européenne et a été évoquée par certains acteurs lors des ateliers présentiels comme modalité de partage des données des acteurs systémiques (cf. consultation sur les données d'intérêt général).

La nature des données dites essentielles pourrait recouvrir plusieurs données selon les contributeurs :

- Les données nécessaires à l'interopérabilité ;
- Les données nécessaires à la mise à jour des systèmes d'information dont le fonctionnement est essentiel pour l'opérateur sur le marché aval afin d'empêcher l'obsolescence artificielle des produits ou services ;
- Les données de traçabilité et de sécurité des conditions générales d'utilisation, telle que la date de dernière mise à jour ;
- Les données comportementales des consommateurs ;
- de manière générale, la détention d'un énorme volume de données ou d'un agrégat (« *big data* »).

Cependant, les contributeurs ont fait part de leurs inquiétudes concernant de potentielles atteintes à la protection des données personnelles ainsi qu'au secret des affaires.

D'une manière générale, nous ne sommes pas favorables à l'idée d'un principe général de mise à disposition imposée légalement de ces données à l'ensemble des parties prenantes. Nous rappelons que le droit à la portabilité de leurs données personnelles par les personnes en faisant la demande est encadré par le RGPD et appelons à la prudence s'agissant des modalités que prendrait une transmission de ces informations.

Enfin, les acteurs économiques exigent que cette régulation n'entrave pas l'existence d'une concurrence par les mérites.

Les autorités de régulation doivent avant tout s'attacher à rétablir un « level playing field », c'est-à-dire à mettre en place un environnement dans lequel s'exerce une saine émulation entre concurrents et où les relations entre les acteurs d'une même chaîne de valeur sont équilibrées.

Concernant le contrôle des algorithmes, un contributeur propose d'auditer les algorithmes ayant un impact sur la vie personnelle et professionnelle des utilisateurs.

Comme pour la RSE, au-delà de ces tiers de confiance, des agences de notation technologique pourraient par ailleurs auditer en toute neutralité les algorithmes qui régissent et régiront notre vie personnelle et professionnelle. Sans auditer et noter (selon des critères à définir) tous les algorithmes, il serait souhaitable de le faire avec ceux qui touchent à minima à la santé, aux libertés et à la sécurité publique, comme à l'activité professionnelle. Les syndicats, comme aujourd'hui avec les agences de notation, seraient présents au conseil d'administration et/ou au conseil scientifique de ces agences.

Un autre contributeur considère qu'au-delà d'un encadrement des algorithmes *a priori*, les plateformes doivent donner des informations claires et transparentes sur les critères de fonctionnement des algorithmes.

Je ne sais pas s'il faut que les opérateurs systémiques doivent diffuser leur algorithme à priori de leur utilisation, par contre il est important que chaque opérateur diffuse de façon claire et facilement accessible les facteurs pris en compte dans leurs algorithmes.

Dans la même logique, un contributeur suggère de consacrer une traçabilité et une sécurité des conditions générales d'utilisation des plateformes.

Composition du Conseil national du numérique

Présidente

Salwa TOKO

Vice-Président

Gilles BABINET

Membres

Yann ALGAN
Maud BAILLY
Annie BLANDIN-OBERNESSER
Mohammed BOUMEDIANE
Jérémy BOROY
Patrick CHAIZE
Théodore CHRISTAKIS
Olivier CLATZ
Nathalie COLLIN
Vincent COSTALAT
Maryne COTTY-ESLOUS
Karine DOGNIN-SAUZE
Gaël DUVAL
Gérald ELBAZE
Hind ELIDRISSI
Florette EYMENIER

Martine FILLEUL
Sophie FLAK
Henri ISAAC
Tatiana JAMA
Loubna KSIBI
Anne LALOU
Thomas LANDRAIN
Constance LE GRIP
Litzie MAAREK
Laura MEDJI
Françoise MERCADAL-DELASALLES
Jean-Michel MIS
Hervé PILLAUD
Jean-Charles SAMUELIAN
Christian VANIZETTE
Alexandre ZAPOLSKY

Secrétariat général

Charles-Pierre ASTOLFI, Secrétaire général
Vincent TOUBIANA, Secrétaire général adjoint
Eric BERNAVILLE, Assistant de direction

Rédaction

La régulation des contenus illicites

Marylou LE ROY, responsable juridique et des relations institutionnelles
Myriam EL ANDALOUSSI, rapporteure
Nathalie BOUAROUR, rapporteure

L'adaptation des règles de la concurrence et de la régulation économique

Myriam EL ANDALOUSSI, rapporteure
Marylou LE ROY, responsable juridique et des relations institutionnelles

Les moyens de régulation et l'observatoire du numérique

Myriam EL ANDALOUSSI, rapporteure
Marylou LE ROY, responsable juridique et des relations institutionnelles

La protection des travailleurs des plateformes

Clément LE LUDEC, rapporteur
Philippine RÉGNIEZ, rapporteure
Leila AMANAR, rapporteure
Joséphine HURSTEL, rapporteure apprentie

La surexposition aux écrans

Nathalie BOUAROUR, rapporteure
Jean-Baptiste MANENTI, rapporteur

Les données d'intérêt général

Marylou LE ROY, responsable juridique et des relations institutionnelles

Les questions générales

Marylou LE ROY, responsable juridique et des relations institutionnelles
Vincent TOUBIANA, secrétaire général adjoint
Leila AMANAR, rapporteure

Coordination

Joséphine HURSTEL, rapporteure apprentie

À propos du Conseil national du numérique

Le [Conseil national du numérique](#) est une commission consultative indépendante. Il est chargé d'étudier les questions relatives au numérique, en particulier les enjeux et les perspectives de la transition numérique de la société, de l'économie, des organisations, de l'action publique et des territoires.

Il est placé auprès du ministre chargé du numérique. Ses statuts ont été modifiés par décret du 8 décembre 2017. Ses membres sont nommés par arrêté du Secrétaire d'État chargé du numérique pour une durée de deux ans.

Contact presse :

Charles-Pierre Astolfi,
Secrétaire général,
presse@cnumerique.fr,
01 44 97 25 08
<https://cnumerique.fr> | [@CNNum](#)

