



HAL
open science

Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique

Nicolas Malvert

► **To cite this version:**

Nicolas Malvert. Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique. Droit. 2017. dumas-02074079

HAL Id: dumas-02074079

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02074079>

Submitted on 20 Mar 2019

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

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

Master 2 Juriste d'affaires
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
2016 - 2017

MEMOIRE

**LE DROIT DE LA CONCURRENCE
A L'EPREUVE DE L'ECONOMIE
NUMERIQUE**

Nicolas Malvert

Sous la direction de :

M. Rafael Amaro

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier chaleureusement Monsieur Amaro pour sa disponibilité et son appui tout au long de l'élaboration de ce mémoire. Il m'a permis de me confronter à un sujet passionnant que je n'aie malheureusement fait qu'effleurer.

En second lieu je souhaite remercier Monsieur Dondero, Madame Donzel, et les équipes pédagogiques et administratives du CAVEJ grâce à qui j'ai pu poursuivre mon activité professionnelle tout en découvrant une matière structurante de notre société, extrêmement riche intellectuellement. J'ai pu côtoyer leur dévouement et leur professionnalisme durant quatre ans, et je ne peux que conseiller aux personnes désireuses d'apprendre le droit de suivre cette formation.

Enfin, un grand merci à Vanessa pour son soutien et ses relectures attentives durant la phase de rédaction de ce mémoire, sans oublier la patience dont elle a su faire preuve durant cette année au CAVEJ.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : LES PROBLEMES DE CONCURRENCE POSES PAR L'ESSOR DE L'ECONOMIE NUMERIQUE.....	5
I. UNE CONCURRENCE NOUVELLE	5
A. <i>Les causes de cette concurrence nouvelle</i>	5
B. <i>Les conséquences de cette concurrence nouvelle.....</i>	10
II. UNE CONCURRENCE DIFFICILE A REGULER.....	15
A. <i>De faibles réactions en lien avec une difficile application de l'abus de position dominante</i>	15
B. <i>La lenteur des procédures de concurrence, une incitation à la réglementation des pratiques de l'économie numérique.....</i>	23
DEUXIÈME PARTIE : L'ADAPTATION NECESSAIRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE A L'ECONOMIE NUMERIQUE.....	31
I. LES EVOLUTIONS OBSERVEES DES OUTILS.....	31
A. <i>Les adaptations de la jurisprudence à l'économie numérique</i>	31
B. <i>La coopération des autorités de concurrence.....</i>	37
II. LES EVOLUTIONS PROPOSEES DES OUTILS ACTUELS	40
A. <i>La pertinence de ces évolutions</i>	40
B. <i>Les pistes d'évolutions</i>	43
CONCLUSION.....	52

LISTE DES ABBRÉVIATIONS

ADLC : Autorité De La Concurrence

AFEC : Association Française pour l'Etude de la Concurrence

AJCA : Actualité Juridique Contrats d'Affaires

ANC : Autorité Nationale de Concurrence

APPA : Accross Platform Parity Agreement

BKA : Bundeskartllamt

Cass. Com. : Cour de cassation, chambre Commerciale

Cass. Crim. : Cour de cassation, chambre Criminelle

CA : Cour d'Appel

CC : Conseil Constitutionnel

CE : Commission Européenne

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CMA : Competition and Markets Authority

DGCCRF : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

DGE : Direction Générale des Entreprises

FIPOL : Fondation pour l'Innovation Politique

GAFA : acronyme usuel pour Google, Apple, Facebook et Amazon

IRJS : Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - *Andre Tunc*

JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes

MFN : Most Favoured Nation

OFT : Office of Fair Trading

PIPAME : Pôle Interministériel de Prospective et d'Anticipation des Mutations Economiques

R&D : Recherche et Développement

T. Com. : Tribunal de Commerce

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

VTC : Véhicule de Transport avec Chauffeur

Introduction

1. Des consommateurs et usagers toujours plus connectés. Chacun de nous peut constater au quotidien la connexion toujours plus importante de la société dans laquelle nous vivons et la digitalisation des relations, aussi bien personnelles que professionnelles ou commerciales. Nous éprouvons le besoin d'avoir accès à l'information en permanence, et de pouvoir tout faire à distance, au moyen de nouvelles interfaces miniaturisées devenues essentielles : faire ses courses, commander un taxi, réserver un billet d'avion, un hôtel ou une place de concert, etc. Le smartphone est ainsi couramment comparé à une extension de l'individu, aussi bien physique que psychologique, avec les dérives médicales que l'on commence à constater et à étudier sous le nom de *nomophobie*.

2. Une indépendance accrue grâce aux outils numériques. Dans le même temps, ces nouveaux outils faciles à prendre en main, peu onéreux et rapidement accessibles, nous incitent à remplacer nous-même l'artisan professionnel lors d'interventions à titre privé, comme par exemple dans le cas de menus travaux de bricolage ou de mécanique, en s'appuyant sur les contenus numériques facilement accessibles en ligne. Mais cela va même plus loin puisque les barrières à l'entrée de certaines professions s'en trouvent fortement abaissées, ce qui permet à bon nombres de particuliers de devenir professionnels du jour au lendemain, en s'appuyant notamment sur le statut d'autoentrepreneur. Ainsi, l'ère du numérique et de la digitalisation, s'accompagne d'une indépendance accrue de l'individu, aussi bien dans la réalisation des tâches quotidiennes autrefois confiées à des professionnels, comme les artisans, que dans le lancement d'une activité commerciale en se mettant facilement à son compte si celui-ci le souhaite.

3. Des modèles d'affaires basés sur l'usage des données. L'émergence combinée des technologies numériques et de l'information, ainsi que d'un réseau mondialisé, Internet, ont entraîné une multiplication de la collecte, du traitement et des échanges de données. En parallèle se sont naturellement développés de nouveaux modèles économiques où la donnée et l'information ont une valeur primordiale. Les grands acteurs, les grands gagnants peut-on dire, de cette évolution sont principalement issus de

sociétés technologiques américaines, ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser des risques de dépendance, voire de perte de souveraineté.

4. La domination des GAFÀ à l'encontre d'une concurrence saine. Le Monde titrait le 30 août 2017¹ que les GAFÀ seraient les premières sociétés à dépasser le seuil de mille milliards de capitalisation, mettant un coup de projecteur de plus à un secteur qui n'en manque pas, et affichant une nouvelle fois la domination économique certaine de ces nouveaux géants. À titre de comparaison, ce montant équivaut au PIB du Mexique en 2016, 15^e puissance économique mondiale². Cette domination, comme toute évolution économique, n'est pas sans avoir de sérieux impacts sur les marchés existants, leurs acteurs, et en bout de chaîne sur les consommateurs. Elle soulève également des questions de respect de la vie privée, d'accès aux données personnelles et de droit du travail pour ne citer que quelques domaines. Comme on peut le voir, les problématiques liées au développement des sociétés numériques sont vastes et leur hégémonie peut rapidement devenir inquiétante. Cette tendance monopolistique naturelle induit une concentration certaine des marchés, préjudiciable en premier lieu à une concurrence forte et saine.

5. Le développement des plates-formes favorisé par la Commission européenne. Les plates-formes, de part une exigence formulée dans la directive 2000/31/CE, et à l'exception de celles relevant des secteurs du financement participatif de type *crowdfunding* « ne peuvent en l'état du droit communautaire être tenues comme juridiquement responsable des dommages causés aux consommateurs ou au vendeur non professionnel »³ en vertu de l'article 15 de cette directive, que ce soit aussi bien en cas de contenu erroné ou en cas d'inexécution de l'obligation entre deux particuliers. Elles agissent pour ainsi dire qu'en simple intermédiaire mettant en contact différents acteurs, et s'exonèrent ainsi des responsabilités et contraintes qu'elles pourraient avoir en étant partie au contrat. Cette directive, et la liberté qu'elle a accordé aux plates-formes, explique en partie leur important développement.

¹ V. Fagot, Les GAFÀ lancés dans la course aux 1000 milliards de dollars de capitalisation. *Lemonde.fr*. Publié le 30/08/2017, consulté le 30/08/2017. http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/08/30/les-gafa-lances-dans-la-course-aux-1-000-milliards-de-dollars-de-capitalisation_5178484_3234.html

² <http://www.journaldunet.com/patrimoine/finances-personnelles/1171985-classement-pib/>

³ *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative* – Rapport final. PIPAME. DGE, juin 2015. p.278.

6. Des modèles d'affaires adeptes du dumping réglementaire. En outre, les nouveaux acteurs de l'économie numérique ont utilisé la technologie pour développer des *business models* innovants afin de contourner de nombreuses contraintes. Les nouvelles technologies permettent ainsi une délocalisation de l'activité. Airbnb opère par exemple depuis l'Irlande, alors que le locataire, le bien mis en location et le loueur peuvent être tous les trois domiciliés en France. Cette flexibilité géographique n'est pas sans créer un déséquilibre d'ordre fiscal avec les opérateurs historiques établis sur le marché géographique concerné et permettent aux sociétés numériques d'optimiser leur fiscalité en fonction de leur localisation.

Enfin, l'*uberisation* de l'économie, et notamment le développement de services par les particuliers, non soumis à l'ensemble des normes régissant le marché conventionnel, permet aux sociétés numériques d'opérer avec un effectif très réduit, en ayant peu recours au salariat⁴ et en ne se positionnant qu'en tant qu'intermédiaire. En outre, les acteurs particuliers offrant les services sont bien souvent exonérés des normes réglementaires du marché sur lequel ils opèrent, ce qui permet à l'ensemble de la chaîne de valeur de fonctionner en contournant les contraintes propres aux acteurs conventionnels.

7. Le droit de la concurrence peu présent sur ces marchés numériques. Face à cette prise de pouvoir qui semble implacable, le premier contre-pouvoir juridique reste le droit de la concurrence. Le contrôle qu'il exerce sur les concentrations et les activités restrictives de concurrence doit permettre de maintenir un marché sain et concurrentiel au bénéfice des consommateurs, en tous cas selon les missions qui lui sont dévolues en Europe.

Néanmoins, on constate que le droit de la concurrence n'est pas très largement appliqué au secteur numérique, et qu'il n'a pas su enrayer l'hégémonie de groupes comme Google ou Apple. Si les apports des sociétés numériques sont indéniables, et que la domination qu'elles exercent est notamment le fruit d'une intense innovation et de gros investissements de recherche, il est étonnant de constater le peu d'actions mener à leur

⁴ Uber comptait moins de 70 salariés en octobre 2015 (<https://start.lesechos.fr/rejoindre-une-entreprise/actu-recrutement/uber-veut-plus-que-doubler-ses-effectifs-en-france-2515.php>) pour plusieurs milliers de chauffeurs (<http://www.lefigaro.fr/societes/2016/01/26/20005-20160126ARTFIG00014-taxis-vc-des-chiffres-pour-comprendre-la-grande-bataille.php>)

encontre, aussi bien juridiques que politiques, comparativement à la place qu'ont su prendre ces sociétés dans nos vies quotidiennes⁵.

8. L'évolution du droit de la concurrence pour réguler l'économie numérique. Par conséquent il paraît souhaitable de réfléchir à des moyens de réguler les activités qui se déploient autour du numérique, et notamment de déterminer la place que peut y prendre le droit de la concurrence. Si ce dernier a naturellement su évoluer au fil du temps, la rapidité mise en œuvre par l'économie numérique pose la question de son adaptation et de son évolution. On peut néanmoins préciser qu'il semble y avoir une prise en compte croissante des contraintes de l'économie numérique appliquées au droit de la concurrence, comme le montre l'organisation de séminaires, colloques et tables rondes de plus en plus nombreux sur le sujet, regroupant aussi bien des praticiens du droit, des autorités de concurrence ou des auteurs doctrinaux⁶.

Dans un premier temps, il s'agira de caractériser l'économie numérique et d'en définir les spécificités, afin de mieux comprendre les conséquences sur les marchés conventionnels. Ceci permettra d'étudier les défis imposés par ces modèles économiques aux dispositifs de régulation, tout en précisant certaines réponses qui y ont été apportées (Partie I). Puis, dans un second temps, nous verrons comment le droit de la concurrence a néanmoins su s'adapter pour encadrer l'économie numérique, tout en gardant à l'esprit que des évolutions sont encore nécessaires afin d'en assurer une meilleure efficacité au bénéfice des consommateurs (Partie II).

⁵ R. Amaro. Les pratiques anticoncurrentielles des géants de l'Internet, In L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, vol.2. *Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc*, Tome 74, octobre 2016, Paris, pp. 61-63.

⁶ On peut citer à titre d'exemple en France les journées organisées du 20 au 22 octobre 2015 par l'IRJS et Exeternado (Bogota), sous la direction de M. Behar-Touchais sur le thème *de l'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, le débat organisé par l'ADLC sur *les données et la concurrence dans l'économie numérique* le 8 mars 2016, la table ronde sur le thème *du droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique* organisé par la DGCCRF le 10 novembre 2016, la conférence organisée par la revue *Concurrences* sur le thème *de l'application du droit de la concurrence au secteur numérique* le 17 novembre 2016 ou encore la conférence sur *l'ubérisation, l'appréhension par le droit d'un phénomène numérique : l'économie collaborative* qui s'est tenu le 2 décembre 2016 à l'Université Paris Descartes (Cedag)

PREMIÈRE PARTIE : Les problèmes de concurrence posés par l'essor de l'économie numérique

L'essor de l'économie numérique, s'il a pu bénéficier en premier lieu au consommateur, ne s'est pas fait sans imposer une nouvelle concurrence aux acteurs traditionnels (I). Compte tenu des conséquences engendrées par ces nouveaux arrivants, diverses tentatives de régulation ont été initiées par les autorités (II).

I. Une concurrence nouvelle

Les modèles d'affaires développés par les sociétés du numérique réorganisent rapidement les marchés sur lesquels elles opèrent (A) avec des conséquences fortes pour les acteurs en place. Cette nouvelle donne, avec une domination de plus en plus prégnante de ces nouveaux acteurs, n'est pas sans poser des questions de droit de la concurrence (B), et notamment d'abus.

A. Les causes de cette concurrence nouvelle

(1) L'émergence successive de sociétés monopolistiques

9. L'émergence de conglomérats en vagues successives. En quelques années ont émergé des géants du numérique surfant sur le développement d'Internet et formant de véritables conglomérats pour certains d'entre eux. Cette numérisation de l'économie s'est développée par vagues successives. Chacune de celles-ci a abouti à un *business model* original, même si certains facteurs, au premier des rangs desquels la maîtrise de la technologie numérique, sont partagés par tous les géants du numérique.

10. La numérisation de l'information. En premier lieu, au début des années 2000, se sont développés les acteurs de la numérisation de l'information et de contenus culturels. On retrouve dans cette catégorie les célèbres GAFAs, rapidement suivis par Spotify, Deezer, Youtube, Twitter, etc. Nul ne peut désormais contester la position de domination qu'exercent les plus gros de ces acteurs sur leur marché, avec comme meilleur

exemple Google et ses 90%⁷ de part de marché des requêtes mondiales sur Internet. Cette domination incite naturellement à s'interroger sur les enjeux concurrentiels associés, de même que sur ceux de la protection des données et de la fiscalité en lien avec une production de contenu non localisée géographiquement.

11. La numérisation des accès aux services. Puis viennent en second lieu les sociétés s'appuyant sur la numérisation d'un accès à un service, à l'instar d'Uber ou Blablacar dans les transports, Airbnb ou Booking dans l'hôtellerie, de multiples acteurs sur des secteurs divers comme le droit⁸, la santé, etc. Cette seconde vague intègre ce que l'on nomme l'*ubérisation*, néologisme emprunté à Monsieur Maurice Lévy, PDG de Publicis, qui pourrait se définir de manière restreinte comme « la numérisation de l'accès aux services par l'apparition d'une plate-forme de travailleurs indépendants »⁹. Plus largement, ce concept peut s'analyser comme « le renversement rapide d'un rapport de marché grâce au numérique, équivalent de la *disruption* anglo-saxonne¹⁰ ». Avec cette évolution, qui va de pair avec le rapide développement, notamment en France, de l'économie du partage, ce ne sont plus seulement des fournisseurs classiques de services que l'on peut trouver sur les plates-formes, mais également des particuliers, ce qui n'est pas sans poser des questions quant aux normes et charges régissant la production du service et les monopoles des plates-formes.

12. La numérisation des objets. Enfin commence à apparaître une troisième vague basée sur le marché de la numérisation des objets, et notamment tout ce qui touche aux objets connectés, à l'impression 3D, aux voitures autonomes, etc. Le numérique et la digitalisation pénètrent de plus en plus d'objets du quotidien, collectant toujours plus de données, et avec eux se développe le fameux *big data*. Cette nouvelle vague n'en est encore qu'à ses débuts, mais la pression concurrentielle sur les marchés se fera vraisemblablement au travers de la production d'objets par le particulier et de l'interconnexion de ceux-ci au moyen de plates-formes.

⁷ <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>, pour juillet 2017, consulté le 18/08/2017.

⁸ Sur l'évolution du droit à l'heure du numérique, voir B. Dondero. *Droit 2.0, Apprendre et pratiquer le droit au XXIe siècle*. LGDJ, 12/2015, 512 p.

⁹ P.A. Schwerer. *La Concurrence au défi du numérique*. FIPOL, juin 2016. p.14

¹⁰ *ibid.*

(2) Les plates-formes et l'effet réseau

13. Le modèle des plates-formes à l'interface de l'offre et de la demande. Une des caractéristiques immédiatement distinguables des nouveaux acteurs de l'économie numérique est qu'ils s'insèrent dans les chaînes de valeurs en mettant en relation des fournisseurs, que ce soit de biens ou de services, avec des acheteurs. Cette position d'interface entre l'offre et la demande, en lien avec les évolutions technologiques, a permis leur essor jusqu'à détenir de véritables monopoles. La notion de plate-forme est économiquement claire mais il n'en existe pas de définition juridique, le terme en lui-même étant encore mouvant. En France, la première notion remonte à 2004¹¹, et « au global le statut juridique des plates-formes est (...) relativement léger, ce qui a été très propice au développement du numérique »¹². Le législateur a par la suite revu cette définition une première fois en 2015 dans le cadre de la loi Macron¹³ et plus récemment dans la loi pour une République numérique¹⁴. Ce n'est ici qu'un exemple et on constate aisément que chaque organisation a sa propre définition d'une plate-forme. La Commission Européenne, par exemple, dresse certaines caractéristiques communes, en mettant en avant les effets de réseau et l'aspect multiface¹⁵.

14. Les marchés bifaces et l'effet réseau. Cette position intermédiaire structure de fait le marché en deux composantes qui se consolident l'une avec l'autre par un fonctionnement de rendement croissant. Ainsi, plus il y a d'acteurs d'un côté du marché, plus le marché en devient attirant pour l'autre composante. Par exemple, plus il y a de chauffeurs enregistrés sur Uber et plus il est aisé pour un passager de trouver un véhicule, renforçant ainsi l'attractivité de la plate-forme. De la même façon, plus il y a de passagers utilisant la plate-forme, et plus le nombre de personnes désireuses de s'inscrire en tant que VTC est important. Cette externalité positive de l'effet réseau, peut être directe, et produire un effet d'entraînement au sein de la même face (ex. Facebook), ou bien indirecte, l'effet d'entraînement se jouant alors entre les différentes faces (Tripadvisor

¹¹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique résultant de la transposition de de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

¹² J. Philippe. La concurrence des plates-formes numériques. In *Séminaires Philippe Nasse 2016*. 22 juin 2016, Paris.

¹³ Article L111-5-1 du Code de la Consommation, loi n°2015-990, abrogé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

¹⁴ Article 49 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁵ CE. *Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges*. COM(2016) 288, 25 mai 2016. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-online-platforms-and-digital-single-market-opportunities-and-challenges-europe>

par exemple). Les rendements croissants induits par l'économie numérique aboutissent « à la concentration des marchés [et à des] monopoles dits *naturels* »¹⁶.

15. La notion de marché multiface. Avec l'exemple d'Uber qui précède on comprend aisément l'effet d'entraînement indirect positif du réseau, aussi bien des consommateurs que des fournisseurs de services, en l'occurrence des chauffeurs. Mais il est tout à fait possible d'étendre cette notion d'interface biface à un marché multiface, où s'agrègent autour d'un acteur économique donné divers sous-marchés qui se nourrissent les uns les autres, comme c'est notamment le cas de Google et des multiples applications associées.

16. Du statut d'interface à celui de producteur ou de fabricant. Le statut de plate-forme, interface de l'offre et de la demande, permet en outre de lancer ses propres produits et d'étoffer le contenu proposé. C'est ainsi que Netflix propose des séries autoproduites, de même qu'Amazon développe son portefeuille en tant qu'éditeur.

17. L'atteinte de positions monopolistiques. Pour ces sociétés visant à développer très rapidement un marché pour bénéficier pleinement de l'effet réseau, il devient dès lors important d'être le premier sur le marché et d'atteindre une masse critique d'utilisateurs. Les coûts des infrastructures et de fonctionnement sont en grande partie fixes, par conséquent le nombre d'utilisateurs a un impact direct sur les performances économiques de la société. On assiste ainsi à une lutte capitalistique, visant à utiliser les fonds levés auprès de fonds de capital investissement de manière à s'implanter très rapidement sur de nouveaux marchés et à contenir la concurrence. Les chiffres des levées de fonds se succèdent et on peut citer à titre d'exemple Airbnb qui vient de lever 1 milliard de dollars¹⁷, après une précédente levée de 475 millions de dollars en avril 2014¹⁸ et Uber qui a levé 1,15 et 3,5 milliards de dollars en 2016 à un mois d'intervalle¹⁹. « L'atteinte de cette masse critique est déterminante dans les marchés [numériques] qui tendent à

¹⁶ N. Colin, A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot, *Economie numérique. Les notes du conseil d'analyse économique*, n°26, octobre 2015.

¹⁷ <https://www.nextinpart.com/news/103625-airbnb-leve-milliard-dollars-avec-valorisation-31-milliards.htm>

¹⁸ http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/04/22/airbnb-vaut-desormais-10-milliards-de-dollars_4405172_3234.html

¹⁹ <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2016/07/08/32001-20160708ARTFIG00208-uber-leve-a-nouveau-115milliard-de-dollars-sur-les-marches.php>

favoriser les mouvements de concentration et de monopolisation (phénomène aussi appelé de *winner takes all*)²⁰ ». Ce phénomène tend à limiter les effets de concurrence, notamment en obligeant les concurrents à de gros investissements s'ils veulent pouvoir exister et approcher des consommateurs ou utilisateurs, ainsi qu'à contrôler les prix des services mis sur le marché. Enfin, ce phénomène doit permettre à ces sociétés d'atteindre leur seuil de rentabilité, les coûts variables étant faibles dans l'économie numérique et les coûts d'infrastructure représentant la plus grosse part des coûts de production.

(3) Les données, source d'enjeux multiples

Dans ces marchés multiface les données sont un actif généré en masse par les consommateurs, ou les usagers, dans leur acte de consommation²¹. Elles deviennent ainsi un élément concurrentiel important sur plusieurs aspects.

18. Les données : aspect marchand. En soit, elles ne peuvent se donner, mais elles peuvent être partagées et se vendre. Tout l'objet de nombreux *business models* des sociétés numériques est de proposer un service gratuit sur un premier marché auprès de consommateurs, ou en *freemium*, de manière à collecter des données qui seront ensuite monétisées auprès d'annonceurs sur un autre marché. Ce marché de la donnée, s'il n'en constitue pas toujours le fondement économique, n'en est pas moins toujours présent dans les *business models* numériques.

19. Les données : barrière à l'entrée. L'autre effet de la donnée est qu'elle constitue une barrière à l'entrée efficace sur les marchés numériques. Pour une start-up, il sera difficile de venir concurrencer une société établie, qui aura déjà ses bases de données constituées. Si celle-ci ne concède pas un droit d'accès, sous une forme ou sous une autre, les tentatives de pénétrer le marché se révéleront ardues. Se pose alors la question de la restriction de concurrence²² liée au refus d'accès aux bases de données qui sera étudiée ultérieurement.

²⁰ *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative. Op. Cit. p.224*

²¹ F. Jenny. Débat sur la pertinence de l'analyse économique traditionnelle et notamment dans les opérations de concentration dans l'économie numérique. In L. Donnedieu de Vabres-Tranié et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*, DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

²² N. Homobono. Introduction. *Ibid.*

20. Les données : élément d'optimisation du service rendu. Enfin, et c'est un point important, les données, une fois traitées et analysées, permettent de rendre un service plus efficace et donc d'améliorer les processus globaux des sociétés numériques, et par conséquent leur performance économique. La collecte et le traitement des données nourrissent l'innovation, et constituent donc un levier concurrentiel important

Par conséquent, l'accès aux données et leur monétisation sont un élément clé qui justifie la course à la rapidité d'une part, mais également les restrictions d'accès qui peuvent être imposées à certains acteurs, en contradiction avec la loi, comme nous le verrons plus loin. La confrontation avec le droit privé et les libertés individuelles est inévitable et suppose la mise en place de régulations, notamment sur la protection des données personnelles et leur portabilité²³.

L'arrivée sur un marché de ces nouveaux entrants, s'appuyant sur les modèles d'affaires de l'économie numérique, n'est pas sans entraîner des conséquences importantes pour les acteurs en place.

B. Les conséquences de cette concurrence nouvelle

(1) L'émergence d'une concurrence multiple

21. La concurrence pour le marché. La concurrence s'exprime en premier lieu dans la conquête d'un nouveau marché et, comme nous l'avons vu précédemment, elle donne lieu à une course effrénée entre start-up pour atteindre le premier une taille critique et devenir le leader. L'avantage donné à la taille est tel qu'il justifie à lui seul la stratégie de croissance de ces sociétés. Une fois le terrain conquis, on assiste à un monopole du leader qui jugule toute velléité concurrentielle de la part de nouveaux entrants, sauf à ce que ceux-ci puissent proposer un service différent sur un ou plusieurs aspects (qualité, prix, fonctionnalité, ergonomie, etc.). La concurrence s'exerce ainsi *pour* le marché et non pas *sur* le marché²⁴. Ces sociétés investissent une grande part de leurs revenus dans la R&D, ne serait-ce que dans le but d'ouvrir de nouveaux marchés dans cette logique monopolistique que nous avons déjà vue, mais également dans le but d'améliorer la qualité de leurs services en lien avec les attentes des consommateurs. Cette tendance a

²³ V. F. Jenny. *Op. Cit.*

²⁴ J. Philippe, La concurrence des plates-formes numériques, *Supra*

pour effet de limiter un peu plus l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché occupé, mais vise également pour ces sociétés à essayer de se prémunir d'une perte de marché. Car ce que craignent le plus ces sociétés innovantes, ce n'est pas la concurrence d'un acteur établi sur un marché voisin qui chercherait à se diversifier, mais plutôt le *business model* novateur d'une nouvelle start-up qui révolutionnerait le marché.

22. Des marchés très concurrentiels. Dans ces nouveaux marchés, la concurrence peut également venir d'une évolution rapide du marché lui-même. L'ensemble de ces incertitudes, associé à la rapidité des évolutions du monde numérique, peut rendre ces marchés extrêmement concurrentiels, dès lors que les barrières à l'entrée ne sont pas trop importantes, notamment le coût du changement de plate-forme (*switching cost*), alors que dans le même temps, rien n'empêche l'utilisateur de consulter plusieurs plates-formes pour comparer les offres d'un même produit (*multihoming*), si ce n'est la mise en place de programmes de fidélité. Néanmoins, certaines voix divergent sur cette position et notamment celle du Vice-Président de l'ADLC qui constate qu'aucune société n'est venue concurrencer Google, et que même ce dernier, lorsqu'il a souhaité concurrencer Facebook, a échoué²⁵.

23. La concurrence faite aux acteurs conventionnels. La concurrence entre nouveaux entrants n'est pourtant pas la plus mise en avant et les médias se font plus souvent l'écho de celle faite aux acteurs historiques. En contournant bon nombre de contraintes grâce à un *business model* spécifique et à l'usage des technologies numériques, les plates-formes se retrouvent exemptées de certaines obligations d'ordre fiscal, social ou réglementaire, ce qui est bien entendu de nature à créer une distorsion de concurrence avec les acteurs en place. Cette nouvelle concurrence rapide entraîne de nombreux désordres. En effet, les acteurs historiques jugent cette concurrence déloyale, et ce d'autant plus lorsqu'elle attaque directement des activités réglementées, comme l'ont été les taxis par l'arrivée sur le marché de l'application Uberpop qui sera étudié ultérieurement.

²⁵ T. Dahan. Débat sur la pertinence de l'analyse économique traditionnelle et notamment dans les opérations de concentration dans l'économie numérique. In *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*, Op. Cit.

24. Une concurrence potentiellement bénéfique. Enfin, la concurrence exercée par les sociétés du numérique sur les acteurs traditionnels s'accompagne indéniablement d'une amélioration des processus et des coûts de production, notamment en diminuant les coûts de mise en relation entre l'offre et la demande mais aussi en mobilisant des infrastructures qui n'étaient pas utilisées au maximum de leur capacité. Ainsi, ces évolutions permettent une rationalisation des outils de production et par conséquent des ressources. « On estime que la moitié de la croissance de la productivité est due aux technologies de l'information et de la communication »²⁶. Cette innovation permanente a bien entendu des effets économiques positifs sur la société dans son ensemble, en commençant par une baisse des coûts, en partie au bénéfice des consommateurs. Cette évolution de l'économie s'accompagne également de la création de nouveaux emplois, ainsi « 5 emplois [sont créés par l'économie numérique] pour 2 emplois *hors ligne* détruits »²⁷ d'après une estimation de la Commission Européenne.

(2) Les problématiques de droit de la concurrence soulevées par les sociétés numériques

25. La notion d'abus de position dominante. De prime abord, on peut s'interroger sur les aspects de respect d'une concurrence saine et effective lorsqu'on constate la taille et le pouvoir toujours sans cesse grandissant des sociétés du numérique. Au premier chef des pratiques restrictives de concurrence, l'abus de position dominante est la première infraction qui vient à l'esprit. Effectivement, il est difficile d'imaginer que de tels géants, qui exercent une activité monopolistique, ne soient pas, de manière intentionnelle ou non, confrontés à des situations d'abus de position dominante. Ainsi il est précisé par la Cour de Justice de Communautés Européennes dans la décision *United Brands*²⁸ que « la position dominante visée par l'article 86²⁹ concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs », ce qui semble bien

²⁶ CE. Stratégie numérique pour l'Europe, In *Comprendre les politiques de l'Union Européenne*. Office des publications, 2014, p.3.

²⁷ *Ibid.* p.3.

²⁸ CJUE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Contentaal BV c/ Commission des Communautés européennes*, Affaire 27/76, EU:C:1978:22.

²⁹ Article 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne, devenu l'article 102 du TFUE.

refléter l'état de puissance économique des nouveaux acteurs de l'ère numérique. Néanmoins les caractéristiques de la position de dominance sont difficiles à apprécier lorsqu'il s'agit de l'économie numérique, que ce soit dans la définition du marché pertinent, comme de la dominance en elle-même, compte tenu des spécificités de ses sociétés, comme il le sera abordé par la suite.

26. La notion d'entente. Les ententes sont par contre extrêmement rares, pour ne pas dire inexistantes, dans ce type d'économie, compte tenu de la recherche de monopole par la *disruption*. On peut néanmoins s'interroger sur le cas d'uniformité tarifaire des offres présentées sur une plate-forme par plusieurs vendeurs qui pourrait s'apparenter à une fixation concertée des prix, contraire à l'interdiction des ententes³⁰.

27. La notion de concurrence déloyale. Comme nous l'évoquions précédemment, bon nombre d'acteurs conventionnels se considèrent comme directement menacés par une concurrence déloyale de la part de nouveaux acteurs utilisant à leur profit les technologies numériques ou les nouveaux modèles d'affaires. Le seul moyen de concurrence déloyale qui semble pouvoir être éventuellement reconnu en lien avec l'économie numérique, est celui de la désorganisation économique qui recouvre notamment le cas de l'exercice d'une activité professionnelle nécessitant un règlement administratif sans l'obtention de cet agrément, ou bien le non-respect des règles du droit du travail et de la sécurité sociale. Dans le premier cas, l'inobservation d'une réglementation s'appliquant à l'exercice d'une activité économique, et à tous les opérateurs de ce secteur, constitue une faute à même d'engager la responsabilité de son auteur³¹. La faute peut ainsi être caractérisée par la simple violation de la norme s'il est prouvé que le non-respect de la règle entraîne des effets sur la concurrence³². Néanmoins la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 23 avril 2003 que « le seul fait de ne pas se conformer à une norme, instaurée par les professionnels, mais qui ne s'impose pas en droit à tous les opérateurs du marché, ne peut être constitutif de concurrence déloyale »³³. L'absence de régulation de l'économie numérique peut ainsi être un frein à la constitution d'une faute sur le terrain de la concurrence déloyale. Le conflit opposant Uber et les

³⁰ *Rapport sur l'économie numérique*, AFEC, 10 février 2016, p.56.

³¹ Cass. Com., 19 octobre 1999, n° 97-18.490, Bull. 1999 IV n°175, p.148.

³² AFEC, *op. cit.*, p.70.

³³ Cass. Com. 23 avril 2003, n° 01-10.623.

chauffeurs de taxi est ainsi un bon exemple de cas de concurrence déloyale par inobservation de la réglementation et non-respect des règles de droit du travail que nous étudierons plus loin.

Compte tenu des conséquences engendrées par l'arrivée de ces nouveaux acteurs, des tentatives de régulations ont vu le jour.

II. Une concurrence difficile à réguler

Les GAFAs ont atteint des monopoles de fait en très peu de temps, une dizaine d'années tout au plus. Mais ceci semble encore bien long lorsqu'on regarde les niveaux atteints par la nouvelle vague que sont Uber ou Airbnb par exemple. Cette prise de pouvoir sur des pans de marchés entiers de l'économie ne semble de prime abord pas provoquer d'importante réaction, en partie du fait d'une difficile application du droit de la concurrence sur ces nouveaux *business model* (A), bien qu'une régulation se mette en place petit à petit afin d'essayer d'encadrer au plus vite ces nouveaux modèles d'affaires (B).

A. De faibles réactions en lien avec une difficile application de l'abus de position dominante

(1) Une réaction étonnement faible à l'essor de la puissance économique des acteurs de l'économie numérique

Il est surprenant de constater la faible réaction, ou du moins la lenteur de celle-ci, de la part des concurrents conventionnels comme des autorités de régulation ou de contrôle de la concurrence.

28. Une position dominante, fondement du *business model*. Comme nous l'avons vu précédemment, les sociétés numériques agissant en tant que plate-forme développent de nombreuses activités économiques qui aboutissent à la formation de conglomérats. Cette manière de procéder présente deux avantages. Tout d'abord, cela permet de générer du contenu et du trafic sur un nouveau marché qui peut permettre de renvoyer vers les autres activités du groupe. C'est donc un élément important du modèle d'affaires des géants de l'Internet. Ensuite, ce n'est rien d'autre qu'un impératif pour ces sociétés qui craignent particulièrement l'émergence rapide d'un concurrent *disruptif*. Pour s'en prémunir, les sociétés du numérique investissent énormément dans la R&D, mais également dans des start-up dans lesquelles elles rentrent au capital ou qu'elles rachètent. Ces rachats permettent d'intégrer de nouvelles technologies qui peuvent aboutir à de nouveaux modèles d'affaires, mais aussi de contrôler un potentiel adversaire,

comme par exemple le rachat de WhatsApp par Facebook en 2014 pour un prix de 19 milliards de dollars³⁴.

29. L'exemple de Google. Ainsi Google, né d'un algorithme révolutionnaire dans les années 1990, s'est servi de son ascension fulgurante sur le marché des moteurs de recherche pour développer d'autres activités, ou racheter des sociétés³⁵. Google est ainsi devenu le premier annonceur sur Internet et a depuis lancé de multiples services en ligne : navigateur web, messagerie électronique, système d'exploitation, géolocalisation, stockage en ligne, portefeuille virtuelle, réseaux sociaux, données de santé, exploration géographique, etc³⁶. La diversification va bien plus loin désormais puisque Google s'est lancé, entre autres, dans le développement de l'intelligence artificielle, ainsi que sur le marché des voitures autonomes. La mise sur le marché d'un premier véhicule est prévue pour 2020³⁷, visant ainsi à concurrencer dans les prochaines années les grands groupes automobiles mondiaux.

30. Peu de réaction des autorités de concurrence. Cette prise de pouvoir sur des pans entiers de l'économie mondiale, souvent à la pointe de la technologie, ne suscite malgré tout que de rares réactions des autorités de régulation et très peu de décisions de justice. Ainsi, seul un petit nombre des pratiques de la nouvelle économie numérique a été examiné « à l'aune du droit des pratiques anticoncurrentielles et, qui plus est, en dehors de tout contentieux au fond »³⁸.

31. Les freins à la régulation de l'économie numérique. Dans l'économie numérique, les technologies afférentes et les modèles d'affaires associés évoluent très vite. Son rythme de croissance, qu'elle soit en valeur, en nombre d'utilisateurs ou en couverture géographique, n'est en rien comparable à celui de l'économie conventionnelle. Cette rapidité d'évolution des marchés et des sociétés numériques est bien supérieure aux pratiques antérieures et est donc difficile à appréhender par les systèmes de régulation

³⁴ https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_acquisitions_de_Facebook

³⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_acquisitions_de_Google

³⁶ https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_services_en_ligne_de_Google

³⁷ R. Acas, E. Barquissau, Y.M. Boulvert, E. Dosquet, F. Dosquet et J. Pirotte. *Objets connectés. La nouvelle révolution numérique*. ENI Éditions, mars 2016, p. 57.

³⁸ M. Chagny, L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique. *La Semaine Juridique Edition Générale*. N°49, 30 novembre 2015, doct. 1340.

classiques. Cette caractéristique de vitesse d'évolution représente donc un frein à la régulation de ces nouveaux acteurs.

(2) La difficile application de l'abus de position dominante

La notion d'abus de position dominante est issue de textes et d'évolutions jurisprudentielles. Ainsi elle suppose la définition d'un « marché pertinent », d'une position de dominance sur ce marché et enfin d'un abus. L'ensemble de ces notions sont délicates à appliquer aux modèles d'affaires de l'économie numérique.

32. Le marché pertinent. Le marché pertinent est défini comme l'espace où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux³⁹, et « sa définition (...), au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une communication effective »⁴⁰.

33. La difficulté des marchés multifaces. La détermination est rendue complexe par ces modèles économiques multifaces. L'effet réseau indirect où chacune des faces d'un marché contribue au développement des autres, rend très difficile la délimitation du marché de référence, nécessaire à l'application de la notion d'abus de position dominante. La composante matérielle, fondée sur la substituabilité des produits ou services concernés, est ainsi particulièrement difficile à démontrer.

34. La difficulté territoriale. Une autre difficulté provenant du caractère numérique est qu'il efface les frontières physiques⁴¹. Ces acteurs opèrent sur l'ensemble du monde et n'ont pas de géographie propre. Ainsi une face de marché peut parfaitement intervenir dans un état, et l'autre face dans une autre partie du monde. Cette

³⁹ V. Autorité de la concurrence. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/html/article_58.htm

⁴⁰ CE. Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 2. JOCE, 9 décembre 1997, 97/C 372/03.

⁴¹ B. Charlier Bonatti. Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, p.65.

extraterritorialité des opérations est un élément de plus qui rend délicate la définition du marché en cause et son application dans un droit national.

35. La difficulté de la gratuité. La difficulté est davantage renforcée lorsque le marché ne donne pas lieu à facturation pour les services fournis, comme c'est par exemple le cas pour bon nombre des applications fournies en ligne par Google⁴² dans la logique de *freemium*. Les sociétés du numérique se positionnent, comme nous l'avons vu, à l'interface de divers marchés, et utilisent des modèles qui se basent sur l'offre de certains services gratuits (offre *free*) sur un premier marché, afin de maximiser les revenus sur un autre où les services sont payants (offre *premium*), au profit de l'ensemble. Bien souvent, l'utilisateur des applications ne paye rien à l'usage, du moins pas de manière directe⁴³, et la plate-forme, ou le fournisseur de services va développer son profit en utilisant cette base de consommateurs en tant qu'annonceur, ou bien en exerçant un pouvoir sur les autres faces du marché.

36. Une domination contestable. En premier lieu, la domination est bien souvent contestable⁴⁴. Effectivement, comme nous l'avons vu précédemment, il n'y a pas beaucoup de barrières à l'entrée dans le numérique. Ainsi « par nature, en l'absence de barrière à l'entrée, il n'y a pas de pratique anticoncurrentielle car toute réduction de concurrence est alors inutile puisqu'elle serait immédiatement compensée par de nouvelles entrées »⁴⁵. Un leader comme Google n'a ainsi aucune vraie protection sur son cœur de métier de la recherche en ligne, et un algorithme plus performant peut très bien être développé quelque part dans le monde et parvenir en quelques années à reléguer les moteurs actuels. A titre d'exemple, bien que Google détienne 92% des recherches dans le monde⁴⁶, Bing, pourtant lancé en 2009, compte déjà 21% des parts de marché aux Etats-Unis, et en Chine, Google n'est que cinquième avec moins de 2%, loin derrière Baidu (77%)⁴⁷. On peut préciser que la détention de grandes masses de données peut constituer la seule véritable barrière à l'entrée sur un marché pour un nouvel entrant n'ayant pas

⁴² Cf. *Infra* Bottin Cartographes c/ Google.

⁴³ M. Béhar-Touchais. Gratuité et abus de domination des géants de l'Internet. In M. Béhar-Touchais, *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol.2. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, Tome 74, octobre 2016, Paris, pp.39-57.

⁴⁴ P.A. Schwerer, *Op. Cit.*, p.19.

⁴⁵ J. Philippe, La concurrence des plates-formes numériques, *cf Supra*.

⁴⁶ <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>, *cf supra*.

⁴⁷ <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/china>, publié en juillet 2017, consulté le 18/08/2017.

déjà une base d'utilisateurs, ou de consommateurs, établie. Ce point particulier rappelle l'importance que peut révéler l'accès aux bases de données dans le cadre de la pratique anticoncurrentielle des acteurs en place.

37. Remise en cause des indicateurs classiques. En outre, la société peut être dominante sur une face du marché, et en forte concurrence sur une autre. Google est ainsi dominant sur la face gratuite de la recherche en ligne, mais largement dépassé par d'autres acteurs, comme Facebook, sur le marché du placement publicitaire en ligne. Cette distinction n'est pas sans remettre en cause les notions conventionnelles de domination appliquées au droit de la concurrence. Ainsi le chiffre d'affaires et la notion de parts de marché, couramment utilisés par les autorités de concurrence et les juridictions pour déterminer le caractère de dominance sur un marché, déjà décriés par certains économistes sur les marchés conventionnels⁴⁸, ne sont plus des indicateurs pertinents dans le cadre de l'économie numérique. C'est particulièrement vrai lorsque des modèles d'affaires *freemium* sont mis en œuvre⁴⁹ aboutissant de fait à une marge négative sur certaines faces. Il en est de même dans le cas du contrôle des concentrations, pour lequel se pose la question du seuil pertinent⁵⁰. La fusion Facebook / WhatsApp a ainsi failli échapper au contrôle de concentration compte tenu du chiffre d'affaires très faible du second de l'ordre de 20 millions de dollars⁵¹, et notamment lorsqu'on le met en parallèle de sa valorisation de 22 milliards de dollars⁵². En outre, les *business models* sont parfois non profitables, comme l'atteste Twitter, qui malgré sa domination sur son marché, et l'usage important qui en est fait par de très nombreux consommateurs, ne parvient pas à dégager des sources de revenus conformes à son statut⁵³.

⁴⁸ F. Riem. Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'œil. *Revue Internationale de Droit Economique*, 2008/1, t. XXII, 1, p.67-91.

⁴⁹ N. Lenoir. Le droit de la concurrence confrontée à l'économie du *Big Data*. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, p.66.

⁵⁰ N. Homobono. *Op. Cit.*

⁵¹ A. Fournier. WhatsApp : des chiffres qui donnent le vertige. *Le Monde.fr*. Publié le 20/02/2014, consulté le 20/08/2017. http://www.lemonde.fr/technologies/article/2014/02/20/whatsapp-des-chiffres-qui-donnent-le-vertige_4369735_651865.html

⁵² Rachat de Whatsapp : Facebook paye finalement 22 milliards de dollars, *20 minutes* avec AFP. Publié le 06/10/2014, consulté le 20/08/2017. <http://www.20minutes.fr/high-tech/1455647-20141006-rachat-whatsapp-facebook-payee-finalement-22-milliards-dollars>

⁵³ Z. Chaffin. Pour son dixième anniversaire, Twitter accumule les pertes. *Le Monde.fr*. Publié le 21/03/2016, consulté le 20/08/2017. http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/21/twitter-accumule-les-pertes_4886798_3234.html

38. L'instabilité des marchés. Enfin, il convient de rappeler que les marchés du numérique sont le creuset d'une innovation permanente, et que de nouvelles technologies, de nouveaux modes de consommation, peuvent très rapidement remettre en cause les acteurs en place. La part de marché peut donc se révéler peu pérenne et de fait, ne peut constituer à elle seule un indicateur de dominance du marché, comme l'a démontré Altavista à ses dépens⁵⁴. Cette instabilité⁵⁵ des marchés est une notion qu'il convient de prendre en compte lorsque l'on tente de démontrer la domination d'un des acteurs du numérique sur son marché.

39. La difficulté à démontrer un abus : l'exemple de Bottin Cartographes c/ Google. La notion de gratuité sur l'une des faces d'un marché multiface vient indéniablement se confronter au droit de la concurrence, et notamment au travers du test de prédation. A cet effet, la décision Bottin Cartographes c/ Google est un bon exemple de la prise en compte du modèle d'affaires *freemium* utilisé par les plates-formes. En l'espèce, le tribunal de commerce de Paris considérait que l'application Google Map API ayant un « coût de revient nécessairement exposé pour l'élaboration et la distribution des produits », et cette application étant proposée gratuitement aux utilisateurs, Google avait automatiquement une volonté d'éviction sur le marché constitutive d'un abus de position dominante⁵⁶.

Or il est mis en évidence dans un avis rendu par l'Autorité de la concurrence, publié le 14 décembre 2010 et portant sur la pratique de la publicité en ligne, « que l'activité de moteur de recherche et celle de fourniture d'espaces publicitaires constituent les deux versants d'un marché « biface », au sein duquel la réussite de la première conditionne l'attractivité de la seconde »⁵⁷. En outre l'avis précise qu'« un moteur de recherche ayant une position très importante sur le côté « internautes » du marché biface peut donc se permettre d'investir prioritairement dans l'accroissement de la qualité du moteur de recherche afin de maintenir son avance, sans consacrer les mêmes efforts pour satisfaire les annonceurs de l'autre côté du marché biface »⁵⁸. Ainsi l'Autorité de la Concurrence

⁵⁴ Altavista fut le moteur de recherche le plus utilisé avant d'être détrôné par Google et de disparaître définitivement en 2013. <https://fr.wikipedia.org/wiki/AltaVista>

⁵⁵ P.A. Schwerer, *Op. Cit.* p.20-21.

⁵⁶ T. Com. Paris 15^e ch., 31 janvier 2012.

⁵⁷ ADLC, avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, §99.

⁵⁸ *Ibid.*, §253.

concluait que les « prix pouvaient être inférieurs aux coûts dans le cadre du modèle de plate-forme, une face pouvant subventionner l'autre afin d'y attirer plus d'utilisateurs, sans qu'aucun abus ne soit à relever »⁵⁹.

Lors de l'appel, la cour sursoit à statuer et renvoie l'affaire devant l'Autorité de la concurrence. Celle-ci, dans son avis rendu le 16 décembre 2014, conclut que le test de prédation, en l'occurrence « un test de coût de type Akzo adapté pour tenir compte de la spécificité des entreprises multiproduits »⁶⁰, ne révèle aucun cas dans lequel « les prix seraient inférieurs aux coûts évitables moyens », et ce « quels que soient le périmètre géographique considéré, l'année retenue ou la clef de répartition choisie pour l'allocation des coûts d'infrastructure »⁶¹. De plus l'Autorité considère qu'aucun élément ne peut confirmer la mise en place d'un plan d'éviction de la concurrence par Google au travers de prix abusivement bas. En outre, elle précise qu'une telle stratégie serait étonnante compte tenu de l'existence d'une concurrence *open source*, voire de potentiels autres gros acteurs comme Apple et Amazon⁶². La cour d'appel de Paris, se fondant sur l'avis de l'Autorité de la concurrence, infirmera le jugement de première instance⁶³.

Ainsi, on constate par cette décision, qui n'est pas isolée⁶⁴, qu'une plate-forme dominante sur une face de son marché, en l'occurrence la recherche en ligne, peut tout à fait fournir sur une autre face un service gratuit à certains usagers, sans que cela soit constitutif d'un abus. Cela va dans le sens des consommateurs et des usagers qui peuvent ainsi bénéficier de services de qualité à moindre coût, mais n'en est pas moins un bouleversement pour les acteurs économiques initialement présents sur ce marché.

⁵⁹ J. Philippe, La concurrence des plates-formes numériques, *Supra*.

⁶⁰ A. Ronzano. Abus de position dominante : la cour d'appel de Paris infirme le jugement et fait sienne l'analyse sollicitée de l'Autorité de la concurrence concluant à l'absence de pratique de prédation et autre stratégie d'éviction de la part du leader des moteurs de recherche sur le marché des API cartographiques (Evermaps/Google). *Revue Concurrences*, 2016, n°1, pp.101-102.
<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2016/alertes/Abus-de-position-dominante-La-Cour-78060>

⁶¹ ADLC, avis n°14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. Et Google France, §70.

⁶² *Ibid.* de §75 à §82.

⁶³ CA Paris, 25 novembre 2015, arrêt n°12/02931 (Evermaps c/ Google).

⁶⁴ ADLC, décision 12-D-14 du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France.

40. Bottin Cartographes c/ Google : les tests classiques non adaptés au marché multiface. L'autre conclusion que l'on peut tirer de cet exemple, c'est que les tests économiques classiques utilisés dans le cadre de l'analyse des marchés se révèlent bien souvent inapplicables aux marchés multifaces en l'état. L'Autorité de la concurrence le confirme dans l'avis précité : « le caractère biface de ce marché rend en théorie difficile l'application de certains tests usuels, comme le test SSNIP (...), en raison des équilibres complexes de tarification entre les deux côtés du marché »⁶⁵. Les analyses économiques ne peuvent donc pas être menées sur des faces isolées les unes des autres, au risque de perdre toute cohérence, mais au contraire doivent être réalisées sur l'ensemble des faces du marché conjointement.

41. Une domination non sanctionnable en droit de la concurrence. Enfin, une des difficultés soulevées par les monopoles que se sont constitués les GAFA, c'est que le droit de la concurrence ne punit pas en soi la domination du marché et que l'abus n'est pas aisé à démontrer comme cela vient d'être vu. En outre, ces positions de rente, comme celle de Google Search, qui ne sont pas contestées sur le marché, ne sont pas condamnables en droit de la concurrence. Ainsi une société peut tout à fait retirer des profits substantiels sans abuser de sa position et ne serait ainsi pas condamnable (c'est ce que les anglo-saxons nomment l'*Efficiency offense*⁶⁶). On constate ici une limite importante du droit de la concurrence, et Monsieur Dahan précise d'ailleurs qu'à son sens, il conviendra de faire intervenir le droit de la consommation ou le droit du travail par exemple pour parvenir à réguler ces effets restrictifs de concurrence⁶⁷.

S'il est difficile de démontrer un abus, la lenteur des procédures est un autre argument en faveur d'un essor des réglementations, en vue de réguler l'économie numérique.

⁶⁵ ADLC, avis n° 10-A-29, *op.cit.*, §108.

⁶⁶ J. Philipe, *Op. Cit.*

⁶⁷ T. Dahan. *Op. Cit.*

B. La lenteur des procédures de concurrence, une incitation à la réglementation des pratiques de l'économie numérique

(1) Un exemple de la lenteur des décisions : le traitement de l'affaire Google.

42. L'enquête préliminaire et les conclusions. Après plusieurs plaintes, la CE décide d'ouvrir une enquête préliminaire le 30 novembre 2010 sur le cas COMP/C-3/39.740, COMP/C-3/39.775 & COMP/C-3/39.768⁶⁸ quant à d'éventuelles violations de l'article 102 du TFUE⁶⁹. En l'espèce, Google était notamment accusé d'avantager le placement des articles vendus sur Google Shopping lors des requêtes sur son moteur de recherche au détriment des autres places de marché.

En mars 2013, la CE informe formellement Google de ses conclusions préliminaires et notamment d'une éventuelle atteinte aux règles d'abus de position dominante sur quatre pratiques commerciales :

- i. « le traitement préférentiel dont bénéficient, parmi les résultats d'une recherche Google sur l'Internet, les liens renvoyant vers les services de recherche spécialisés de Google, par rapport aux services spécialisés concurrents (services permettant par exemple aux utilisateurs de rechercher certaines catégories spécifiques d'informations comme des restaurants, des hôtels ou des produits) ;
- ii. l'utilisation, par Google, dans ses propres services de recherche spécialisés sur l'Internet, du contenu original de sites web appartenant à des tiers, sans leur consentement ;
- iii. l'existence d'accords obligeant les sites web de tiers (« éditeurs ») à obtenir la totalité ou la majorité de leurs annonces publicitaires contextuelles en ligne de Google ;
- iv. les restrictions contractuelles relatives à la portabilité des campagnes de publicité contextuelle en ligne vers les plates-formes publicitaires de moteurs

⁶⁸ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_502_8.pdf

⁶⁹ Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google. Commission européenne. IP / 10 / 1624. 30 novembre 2010.

de recherche concurrents et à la gestion de ces campagnes à la fois sur la plate-forme Adwords de Google et sur les plates-formes concurrentes. »⁷⁰

43. La procédure d'engagement. La CE, et notamment le commissaire européen à la concurrence de l'époque, Monsieur Joaquin Almunia, va dans un premier temps mettre en œuvre une procédure d'engagements avec Google, issue du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002⁷¹. Ainsi, dès le 3 avril 2013, Google propose un engagement de sa part sur 5 ans pour développer la concurrence sur ces segments. La CE lance un test du marché le 25 avril 2013⁷² et informe Google que les engagements proposés ne sont pas satisfaisants et que d'autres engagements doivent être pris. S'ensuivent de nombreux échanges qui ne satisfont toujours pas la CE.

44. Les communications de griefs. Cette dernière adresse formellement une communication de griefs le 15 avril 2015⁷³ et accuse Google d'abus de position dominante dans le cadre du service Google Shopping, arguant du fait que le résultat des requêtes sur le moteur de recherche était présenté systématiquement de manière à mettre en avant les produits vendus via Google Shopping. Cette décision annoncée par la nouvelle commissaire européenne à la concurrence, Madame Margrethe Vestager, marque un tournant dans cette affaire et préfigure une décision contentieuse.

45. La sanction. Le 14 juillet 2016, la CE fait un pas de plus dans son enquête pour atteinte aux pratiques anticoncurrentielles, et plus précisément pour abus de position dominante, en adressant de nouveaux griefs à Google.⁷⁴ Enfin, le 27 juin 2017, Google est condamné par la commission à versé une amende de 2,42 milliards d'euros, uniquement sur le volet Google Shopping, sans présagé de la suite des enquêtes en cours sur d'autres services commerciaux, et notamment sur le système d'exploitation Android.

Cette affaire reflète bien la lenteur des procédures de concurrence traitées par la CE. Il est d'autant plus dommageable qu'elle a eu un fort écho médiatique et qu'elle fut suivie

⁷⁰ Commission européenne, MEMO 13-383. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm

⁷¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Journal officiel n° L 001 du 04/01/2003 p. 0001-0025.

⁷² Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google, *Op. Cit.*

⁷³ MEMO 15-4781. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm

⁷⁴ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14009_3.pdf

tout au long de son déroulé. Les auteurs, notamment doctrinaux, n'ont pu que se faire l'écho d'une lenteur qui rend difficilement efficace le droit de la concurrence : « L'absence de tout résultat, cinq ans après le dépôt devant la Commission des premières plaintes à l'encontre de Google, nourrit à coup sûr le sentiment d'impuissance du droit de la concurrence (...). Force est de constater, à la lumière des attermolements de la Commission dans les affaires Google comme du choix effectué en faveur des procédures d'engagements, que l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux acteurs de l'économie numérique se heurte à de sérieuses difficultés »⁷⁵. En conséquence de quoi, les acteurs politiques ont plus volontairement choisi la voie de la réglementation.

(2) La réglementation des économies numériques

46. La réglementation : une voie plus rapide pour encadrer l'économie numérique. Comme nous l'avons vu, le traitement des entraves à la concurrence prend beaucoup de temps, dans un contexte pourtant en évolution extrêmement rapide qui devrait réclamer des réactions en adéquation avec le rythme imposé. Pour enrayer cette concurrence considérée par certains comme déloyale, ou du moins comme ayant un impact fort sur les acteurs conventionnels, la voie choisie par les autorités est celle de la réglementation, qui a comme avantage certain sa rapidité de mise en œuvre.

Les autorités sont, de fait, d'autant plus réactives qu'elles agissent pour contrecarrer le développement d'une activité occasionnant une désorganisation du marché local. Dans un premier temps, nous verrons plus en détail l'exemple du marché du logement avec Airbnb, puis, dans un second temps, celui d'un marché régulé comme celui des transports avec Uber, et enfin un cas de régulation de l'activité des plates-formes de réservation de voyage en ligne avec Booking.

47. L'exemple d'Airbnb dans le secteur de l'hébergement. La rapide ascension d'Airbnb a été assez vite suivie de décisions de régulation, prises pour encadrer les locations par les particuliers via les plates-formes de réservation, accusées de déstabiliser le marché du logement dans les grandes villes touristiques. Les pressions incitant les pouvoirs publics à réguler cette activité ont surtout émané des hôteliers qui déploraient cette nouvelle concurrence, mais aussi des communes. En effet, celles-ci constataient un

⁷⁵ M. Chagny, *Op. cit.*

manque à gagner au travers des taxes de séjour qui n'étaient pas collectées dans le cas de la vente de nuitées entre particuliers, mais également une baisse des logements proposés à la location longue durée. Les autorités se sont donc saisies du sujet. Très rapidement, des communes ont limité le nombre de nuitées qu'un particulier pouvait mettre en location, par exemple 60 jours à Amsterdam, 90 jours à Londres⁷⁶. Mais ces décisions prises depuis plusieurs années, en 2014 dans le cadre d'Amsterdam, étaient suivies de peu d'effet, la plate-forme n'étant pas responsable du suivi par logement et de cette juste application. D'autres communes comme Berlin ont voté une loi interdisant la location d'un logement entier, ou bien Barcelone qui menace directement d'infliger une amende de 600 000€. Ces menaces permettent principalement d'obliger Airbnb à négocier avec les collectivités. La société s'est ainsi engagée à collecter les taxes d'habitation en France ou bien encore à assurer le suivi des pratiques par les loueurs, bien souvent le seul responsable juridique en cas d'infraction.

48. Une complexité de la mise en location accrue. En France, la stratégie visée par les pouvoirs publics est d'organiser la régulation au travers des obligations supportées par les loueurs. Celui-ci peut proposer à la location une résidence secondaire, ou bien sa résidence principale.

- i. Dans le premier cas, la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR)⁷⁷ est venue encadrer la pratique du meublé de tourisme dès 2014 en prévoyant une déclaration préalable en mairie de changement d'usage, à l'exception du cas où le logement constitue la résidence principale du loueur. Le nouvel article L631-7-1 A du code de la construction et de l'habitation⁷⁸ précise ainsi certaines modalités qui peuvent être prises en compte par le Conseil Municipal ou le conseil délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale. Les conditions de délivrance sont en accord notamment avec les « caractéristiques des marchés de locaux d'habitation et de la nécessité de ne pas aggraver la pénurie de logements ». Certaines

⁷⁶ T. Noisette. Paris et Berlin bataillent mais rien n'arrête Airbnb ! *L'OBS avec Rue89*. Publié le 13 mars 2017, consulté le 18/08/2017. <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/sur-le-radar/20170313.OBS6504/paris-et-berlin-bataillent-mais-rien-n-arrete-airbnb.html>

⁷⁷ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028772256&categorieLien=id>

⁷⁸ Article L631-7-1 A du code de la construction et de l'habitation.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=36B5C674766023040346B441894CFF3B.tpdjo15v_2?idArticle=LEGIARTI000028777166&cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20140509&categorieLien=id&oldAction=

intercommunalités, comme Bordeaux Métropole, ont ainsi imposé que la personne souhaitant changer l'usage d'un bien d'habitation pour le proposer à la location saisonnière, doit créer un logement d'habitation de même surface dans la même zone.⁷⁹

- ii. Dans le second cas, le législateur a permis aux grandes villes qui le souhaitent d'obliger les loueurs qui pratiquent la location saisonnière de leur résidence principale à s'enregistrer auprès de la mairie⁸⁰. En parallèle, les plates-formes doivent suivre le nombre de jours de location d'une habitation du loueur en meublé de tourisme qui constitue sa résidence principale en faisant coïncider la durée de location maximale de 120 jours⁸¹, avec la définition de la résidence principale prévue par l'article 2 de la loi du 6 juillet 1989⁸². Le décret d'application encadrant l'enregistrement a été publié le 28 avril 2017⁸³, mais celui sur les sanctions, pourtant annoncé pour mars 2017, est encore en attente. Les communes intéressées n'ont pas attendu longtemps avant de prendre des arrêtés, à titre d'exemple on peut citer le Conseil Municipal de Bordeaux qui a décidé d'obliger l'enregistrement prévu par la loi dans sa délibération du 10 juillet 2017⁸⁴.

49. Le propriétaire, cible des autorités. Les plates-formes, bien que responsables de l'évolution rapide du marché des locations saisonnières, ne sont ainsi pas directement visées, ou à la marge, par le législateur. Celui-ci va plutôt cibler le propriétaire mettant

⁷⁹ Conseil de Bordeaux Métropole délibération du 7 juillet 2017. https://participation.bordeaux-metropole.fr/sites/default/files/saint-aubin_de_medoc/bhns_ep_deliberation_7juillet2017_declaration_d_interet_general_leger.pdf

⁸⁰ Article 51 de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=F706CE95C486687398914CDBB1B1D4EF.tp.dila16v_3?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Article 2 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F706CE95C486687398914CDBB1B1D4EF.tp.dila16v_3?idArticle=LEGIARTI000028806593&cidTexte=LEGITEXT000006069108&dateTexte=20170815

⁸³ Décret n° 2017-678 du 28 avril 2017 relatif à la déclaration prévue au II de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme et modifiant les articles D. 324-1 et D. 324-1-1 du même code.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=F706CE95C486687398914CDBB1B1D4EF.tp.dila16v_3?cidTexte=JORFTEXT000034517689&dateTexte=

⁸⁴ Conseil Municipal de Bordeaux, délibération portant déclaration préalable et attribution d'un numéro d'enregistrement aux locations de courte durée à une clientèle de passage. http://www.bordeaux.fr/images/ebx/fr/CM/12461/9/acteCM/68336/pieceJointeSpec/146603/file/acte_00046189_D.pdf

son bien en location afin de rendre le dispositif plus contraignant. Ce choix confirme un peu plus la difficulté d'encadrer l'activité de la plate-forme en elle-même.

50. L'exemple d'Uber dans le secteur du transport de personnes. Le transport est l'un des secteurs en pointe de ces évolutions numériques, et une des sociétés phare de ce mouvement de *plate-formisation* lui en a même donné le nom. Uber a ainsi lancé son activité en France en décembre 2011, soit à peine plus de deux ans après sa création aux Etats-Unis. Les taxis n'ont pas tout de suite réagi à cette concurrence issue du numérique mais devant la grogne qui s'intensifiait, les pouvoirs publics ont rapidement légiféré pour encadrer les activités de taxi et les VTC⁸⁵, et apaiser ainsi les tensions, au travers de la loi Thévenoud votée en octobre 2014.

Comme on le constate ici, l'activité d'Uber s'est très vite développée au point de déstabiliser la concurrence en à peine deux ans. Les pouvoirs publics ont été obligés d'intervenir au travers d'une modification de la législation afin de protéger les intérêts respectifs des taxis, profession très réglementée, directement attaquée par Uber, et des consommateurs, conquis par cette nouvelle forme de transport leur apportant un réel bénéfice.

51. Lancement d'UberPop. Uber a très vite renchéri en lançant une application, UberPop, permettant à toute personne de s'improviser VTC. C'est sur ce modèle que la justice a été amenée à se prononcer, jugeant celui-ci comme exerçant une concurrence déloyale, comme nous le verrons plus loin. Le cas d'Uber est caractéristique de l'attaque portée à une activité réglementée via une distorsion de la concurrence permise par les nouvelles technologies. Les effets de cette concurrence sont tels, sur le marché conventionnel, qu'une régulation est rapidement nécessaire pour essayer de trouver une place pour les deux modèles. En l'espèce, il semble que la protection du modèle historique repose davantage sur la volonté de préserver les artisans taxi, que sur une défense du consommateur.

52. L'exemple de Booking dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne. Booking est devenu une plate-forme incontournable du marché de la réservation des

⁸⁵ Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029527162&categorieLien=id>

chambres d'hôtel. Loin d'être une concurrence unilatérale, l'offre de Booking permet aux hôteliers de mettre leurs produits en avant, de communiquer plus largement et par conséquent de toucher des clients jusque-là inaccessibles. L'aspect international de la plate-forme permet notamment une mise en relation aisée entre hôtels et clients du monde entier, ce qui est un avantage indéniable pour les hôteliers.

53. Une transparence bénéfique au consommateur mais des clauses contractuelles déséquilibrées. De plus, la plate-forme permet à l'utilisateur une mise en concurrence immédiate, gratuite et transparente des offres proposées, aussi bien sur le plan qualitatif que tarifaire. Par conséquent, ces outils de réservation en ligne, en présentant l'ensemble des offres et prestations hôtelières de façon homogène et structurée, sont facteur de concurrence et entraînent un bénéfice certain pour le consommateur⁸⁶. Booking se rémunère alors sur une commission prélevée lors de l'achat sur sa plate-forme.

La domination exercée par Booking et le rapport de force déséquilibré entre celui-ci et les chaînes hôtelières, et encore plus avec les hôtels indépendants, est propice à l'imposition de clauses contractuelles déséquilibrées. C'est bien ce qu'ont relevé concomitamment les tribunaux et l'ADLC en 2015, comme il le sera étudié plus en détail ultérieurement. On peut cependant préciser immédiatement que l'ADLC avait fait preuve de pondération dans sa décision, ménageant ainsi un espace économique qui permettait aux différents acteurs de poursuivre leur modèle économique respectif.

54. Les évolutions législatives à rebours des décisions de l'ADLC. Malgré cela, une nouvelle réglementation a été préparée qui est venue contrecarrer cet équilibre. C'est effectivement peu après ces décisions qu'a été promulguée une loi réglementant, entre autres, les pratiques entre plates-formes et hôteliers. La loi Macron du 6 août 2015⁸⁷ est venue insérer l'article L.311-5-1 du Code de tourisme, qui dispose que « l'hôtelier conserve la liberté de consentir à son client tout rabais ou avantage tarifaire ». Dès lors, par la suppression des clauses de parité tarifaire, plus rien n'empêche le consommateur

⁸⁶ J. L. Fourgoux. Transparence digitale sur les prix et concurrence. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, pp.70-72.

⁸⁷ Loi 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 133.

de comparer les offres sur Booking, puis de faire sa réservation sur la plate-forme de vente de l'hôtelier, mettant ainsi à mal tout le modèle économique multiface de Booking.

On a ainsi l'illustration d'une règle édictée spécifiquement pour un secteur, de manière générale, sans faire de distinction entre les clauses, et dont il est permis de douter de la pertinence. Celle-ci, en essayant de compenser le poids économique pris par les plateformes au détriment des hôteliers, pourrait aboutir à remettre en cause le modèle de Booking et à terme, limiter le jeu de la concurrence. Cette restriction du jeu des plateformes peut en outre favoriser l'augmentation de barrières à l'entrée du marché pour les petits hôtels n'ayant pas les moyens de communiquer efficacement et de mettre en place leur propre interface de réservation en ligne, efficace et sécurisée.

Cette évolution de la législation, en contradiction avec des décisions récemment prises, n'est pas sans soulever des soucis de lisibilité du droit. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas présent, où la décision de l'ALDC avait été globalement approuvée par la doctrine qui avait accueilli favorablement l'effort fait de trouver un compromis à même de permettre l'application des différents modèles d'affaires, et notamment celui de la plateforme Booking. Comme on le constate, des évolutions du droit de la concurrence sont nécessaires, aussi bien des notions que des organismes de contrôles pour que celui-ci puisse pleinement jouer son rôle à l'ère du numérique.

DEUXIÈME PARTIE : L'adaptation nécessaire du droit de la concurrence à l'économie numérique

Le droit de la concurrence est confronté à de nombreuses problématiques du fait de l'émergence de ces nouveaux modèles d'affaires en lien avec des technologies en permanente évolution. Néanmoins, le droit de la concurrence n'est pas démuni et a déjà trouvé à s'appliquer en faisant preuve de souplesse dans l'usage d'outils conventionnels (I). Il n'en demeure pas moins que des évolutions semblent nécessaires (II).

I. Les évolutions observées des outils

L'application du droit de la concurrence à l'économie numérique n'est pas sans poser quelques questions comme nous l'avons vu précédemment, notamment dans le cas de l'abus de position dominante, auxquelles la jurisprudence a malgré tout réussi à répondre (A) au prix de certaines adaptations des notions appliquées jusqu'ici à d'autres secteurs économiques. L'économie numérique étant par nature transfrontalière, les ANC ont naturellement développé leur coopération de manière à répondre de manière concertée à un cas semblable dans plusieurs états (B).

A. Les adaptations de la jurisprudence à l'économie numérique

(1) Le refus d'accès aux données constitutif d'une pratique discriminatoire

55. Accès à une base de données et position dominante. Le droit de la concurrence peut se retrouver en confrontation avec celui de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur, notamment en ce qui concerne l'accès aux bases de données. A l'heure du *Big Data*, et comme nous l'avons vu précédemment, l'accès et l'utilisation des données deviennent des éléments centraux de l'économie numérique et le refus d'accès peut être considéré comme un abus de position dominante.

56. L'exemple de l'affaire Cegedim. Dès lors, il semble possible de faire le lien avec l'accès aux bases de données détenues par des plates-formes. Ainsi, dans l'affaire

Cegedim rendue le 8 juillet 2014⁸⁸ par l'Autorité de la concurrence, cette dernière a sanctionné le refus de Cegedim de donner accès à une base de données médicale de gestion de clientèle, leader du marché, aux clients de la société plaignante, la société Euris. L'accès à ces bases de données est indispensable pour que les laboratoires puissent définir leur stratégie commerciale, de sorte que ce comportement a entravé le développement de la société Euris sur ce marché et a provoqué le départ de certains de ses clients. En l'espèce, l'abus de position dominante a été retenu sur le fondement de la mise en œuvre de pratiques discriminatoires, constituées par le refus de fournir l'accès à la base de données sans que la justification de protection des données à caractère personnel soit retenue par l'ADLC.

57. L'exemple de l'affaire GDF Suez. Dans le même sens, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision de mesures conservatoires à l'encontre de GDF Suez⁸⁹, reconnaît que la base de données des clients reprenait presque l'ensemble des ménages grâce à l'ancienne position de monopole, et qu'elle n'était pas reproductible par les concurrents. L'Autorité s'est appuyée sur l'existence « d'un effet potentiel d'éviction des opérateurs alternatifs nouveaux entrants, qui ne disposent pas des moyens nécessaires pour prospecter la clientèle sur un pied d'égalité ». A la lecture de cet argument, on peut d'ailleurs déduire que l'application des règles de concurrence peut s'imposer à la protection des données personnelles et obliger leur accès à un tiers⁹⁰.

(2) Pratiques commerciales trompeuses dans le secteur du transport

Comme nous l'avons vu précédemment, la société Uber a très vite agrégé contre elle beaucoup d'acteurs, et en premier lieu les taxis. Mais c'est véritablement le service UberPop qui a cristallisé le mécontentement et initié une saga judiciaire toujours en cours.

58. L'exemple de l'affaire UberPop. UberPop est un service lancé le 5 février 2014 qui permettait à des particuliers de transporter des personnes à titre onéreux avec leur véhicule personnel. L'application était simple d'usage pour l'utilisateur qui

⁸⁸ ADLC, décision n°14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales.

⁸⁹ ADLC, décision n°14-MC-02 du 9 septembre 2014, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Directe Energie dans le secteur du gaz et de l'électricité.

⁹⁰ N. Lenoir. *Op. Cit.*, p.68.

connaissait le tarif de la course immédiatement et promettait un revenu aux chauffeurs avec une relative indépendance, et sans trop de contraintes liées à leur nouvelle activité. Ce service profitait à plein de l'effet réseau et annonçait une révolution du secteur de transport de personnes en attaquant frontalement les taxis. Bien entendu ceux-ci réagirent et les affaires arrivèrent très rapidement devant les tribunaux.

59. L'application de pratiques commerciales trompeuses. La Cour d'appel de Paris eut notamment à se prononcer sur l'accusation faite à l'encontre d'Uber par le ministère public, représenté par la DGCCRF, et des syndicats de taxis, d'avoir commis des pratiques commerciales trompeuses, entre autres « par des communications commerciales incitant les consommateurs, conducteurs ou utilisateurs à participer au service de transport à but lucratif par des particuliers UberPop, en donnant l'impression que ce service est licite alors qu'il ne l'est pas » sur le fondement de l'article L.121-1 et suivants du Code de la consommation⁹¹. La Cour infirmera partiellement le jugement en retenant la culpabilité d'Uber pour des pratiques commerciales trompeuses, mais sur l'ensemble de la prévention cette fois-ci, et portera la condamnation à 150 000€. Le pourvoi en cassation sera par la suite rejeté le 31 février 2017 par la chambre criminelle.

60. Distinction entre covoiturage et service proposé par Uber. Ainsi la justice a su faire application du droit de la consommation afin de condamner certaines pratiques des plateformes agissant dans le secteur des transports. Il est intéressant de noter que le covoiturage, bien avant sa définition par le législateur⁹², avait été protégé par la Cour de Cassation qui retenait que celui-ci résulte d'une activité « bénévole, même si les personnes transportées participent aux frais ». On est ici assez loin des pratiques d'UberPop, qui mettait pourtant en avant le terme de covoiturage dans certaines de ses communications.

61. De multiples recours symptomatiques de l'atteinte au marché conventionnel. Les arrêts précités sont bien loin de représenter l'ensemble des décisions de justice en France à l'encontre d'Uber. Ainsi, Uber a-t-il saisi le Conseil Constitutionnel au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité au sujet du nouvel article

⁹¹ CA Paris, pôle 4, chambre 10, arrêt du 7 décembre 2015.

⁹² Article L.3132-1 du code des transports.

L.3124-13 du Code des transports créé par la loi Thévenoud⁹³, arguant que celui-ci constituait une entrave à la liberté d'entreprendre, ce qu'a rejeté le Conseil dans sa décision du 22 septembre 2015⁹⁴, tout en délimitant clairement le cas du covoiturage et en validant de fait le modèle économique de la plate-forme Blablacar.

62. Exemple des disparités politiques européennes. Le cas d'Uber s'est désormais porté devant les instances européennes afin de déterminer s'il constitue un service de transport, ou bien une plate-forme bénéficiant d'un régime juridique beaucoup plus souple⁹⁵. Devant la CJUE s'affichent déjà des divergences entre états européens, entre ceux qui sont favorables à Uber et qui le considèrent comme une plate-forme digitale et ceux pour qui Uber est un service de transport qui doit être réglementé. L'avocat général a précisé le 4 juillet 2017 qu'Uber devait être considéré comme un service de transport, et qu'à ce titre il pouvait donc être régulé par les autorités nationales sans information préalable de la commission⁹⁶. Cela ne constitue pas un avis définitif, même si la Cour suit généralement l'avis de l'avocat général.

63. Une décision de la CJUE attendue. Quoiqu'il en soit, cette décision aura inévitablement d'importantes répercussions. Tout d'abord elle aura pour effet d'harmoniser les lois nationales et les restrictions apportées par les différentes autorités sur le secteur du transport mais également, de manière beaucoup plus large, sur l'ensemble des services intermédiés au travers de plates-formes digitales. La Cour se prononcera par conséquent indirectement sur le devenir des *business models* de bons nombres d'acteurs de l'économie numérique, limitant éventuellement les objectifs de développement économique du secteur numérique définis par la Commission, même si en l'espèce, elle ne mettra pas encore un terme à la saga judiciaire d'Uber.

(3) Déséquilibre significatif

64. Le cas des clauses de parité. Le terrain des clauses de parité inter plates-formes est propice aux abus, en ce qu'elles prévoient qu'un vendeur s'engage à pratiquer

⁹³ Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur.

⁹⁴ CC, décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015.

⁹⁵ J. Valero, La justice européenne appelée à trancher sur le statut d'Uber, *Euractiv*, traduit par M. Flausch. Publié le 29/11/2016, consulté le 22/08/2017. <https://www.euractiv.fr/section/euro-finances/news/uber-gains-key-support-from-member-states-before-eu-court-hearing/>

⁹⁶ CJUE, avis de l'avocat général sur le cas C-320/16 Uber France SAS, communiqué de presse n°72/17 du 4 juillet 2017.

sur la plate-forme partie à l'accord, un prix inférieur ou égal à ceux pratiqués sur les autres plates-formes, même si celles-ci sont localisées dans d'autres pays (exemple de cas de *clause de nation la plus favorisée* ou *MFN* en anglais). Le premier coin à l'encontre des *APPA* (*Accross Platform Party Agreement*) fût enfoncé en France par la Commission d'examen des pratiques commerciales dès 2013⁹⁷. Celle-ci considérait que le droit des pratiques restrictives de concurrence, et notamment l'article L. 442-6, I, 2°, trouvait à s'appliquer dans le cas des clauses de parité tarifaires entre les plates-formes et les hôteliers et en concluait leur nullité. La jurisprudence a suivi cet avis quelques mois plus tard.

65. La clause de parité constitutive d'un déséquilibre significatif. Deux premières affaires opposèrent le ministre de l'Economie à certaines plates-formes, et plus particulièrement Booking et Expédia, à qui il reprochait d'imposer des clauses de parité dans ses contrats avec les hôteliers. Le tribunal a considéré que la clause de parité contractuelle était bien constitutive d'un déséquilibre significatif sur le fondement de l'article précité du Code de commerce et en a prononcé la nullité compte tenu de l'absence de contrepartie suffisante à cette obligation de parité de la part de la plate-forme⁹⁸. Le jugement concernant Expédia rendu le 7 mai 2015⁹⁹ fut similaire à celui rendu dans l'affaire Booking.

66. La décision nuancée de l'ADLC. En parallèle de ce jugement au fond, l'affaire avait été portée devant l'ADLC par Accord et le syndicat des hôteliers. La restriction de concurrence du fait des *APPA* fût confirmée par l'ADLC dans sa décision n°15-D-06, en complément d'un risque d'éviction, notamment des plates-formes plus petites ou de nouveaux entrants. L'Autorité a considéré que « les clauses de parité (tarifaire et de disponibilité) privent l'hôtel de l'utilisation des deux leviers que constituent le niveau de prix de détail et le nombre de nuitées allouées pour réagir aux taux de commission pratiqués par Booking.com »¹⁰⁰. Ces clauses empêchaient ainsi la mise en concurrence des plates-formes entre elles et aboutissaient à un prix et des

⁹⁷ Commission d'examen des pratiques commerciales, avis n° 13-10 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière.

⁹⁸ T. Com. Paris, 1^{er} ch., 24 mars 2015, n° 2014027403, Booking.

⁹⁹ T. Com. Paris, 13^e ch., 7 mai 2015, n° 2015000040, Expedia.

¹⁰⁰ ADLC, décision n°15-D-06 du 2 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

conditions identiques sur tous les canaux. Booking.com s'est alors engagé à modifier la clause de parité tarifaire et à supprimer toute clause imposant des obligations de parité en termes de disponibilités de chambres ou de conditions commerciales non seulement à l'égard des plates-formes concurrentes mais également des canaux directs hors ligne des hôtels et d'une partie de leurs canaux en ligne. En revanche, et afin de ne pas mettre en danger le modèle de plate-forme de réservation, aucun engagement n'a été pris quant à un alignement sur les prix pratiqués sur les sites de vente en ligne des hôtels. On constate ainsi une divergence d'appréciation certaine entre l'Autorité de la concurrence et les juridictions consulaires¹⁰¹, ces dernières ayant appliqué une jurisprudence établie dans la grande distribution pour équilibrer les relations entre plates-formes et hôteliers. Il n'est pas même besoin de revenir sur l'intervention du législateur au travers de la loi Macron vue précédemment¹⁰², qui n'a rien apporté à la cohérence générale, bien au contraire.

67. L'écartement des clauses contractuelles de territorialité. Une précision intéressante dans l'affaire Expedia précitée peut être apportée sur la manière dont le tribunal à écarter une clause de territorialité pourtant prévue au contrat par les parties. Les juges consulaires ont en l'espèce écarté la loi anglaise prévue contractuellement, en s'appuyant sur l'article 3-1 du règlement de Rome I, et considéré que l'article précité du code était « une disposition dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police »¹⁰³ au sens de l'article 9 dudit règlement¹⁰⁴. Le tribunal a ainsi pu reconsidérer certaines clauses litigieuses conclues entre Expedia et les hôteliers au regard de cet article L.442-6, I, 2°.

68. Une adaptation possible mais peu d'application. On voit bien par ces exemples que les juridictions ont su adapter le droit de la concurrence aux pratiques de l'économie numérique, notamment dans le cadre de certaines pratiques commerciales déséquilibrées. Toutefois, il convient de relativiser la portée du déséquilibre significatif. Son efficacité est très relative dans le cadre de contentieux, puisque la Faculté de Droit

¹⁰¹ V. Sélinsky..Réservation hôtelières par Internet : les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation. *RLC* 2794, numéro 44, juillet-septembre 2015, pp.28-31.

¹⁰² Loi 2015-990 du 6 août 2015, *op. cit.*

¹⁰³ T. Com. Paris, Expedia, *op. cit.*

¹⁰⁴ JC. Grall et G. Mallen, Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques. Grall et Associés. Publié en janvier 2017, consulté le 21/08/2017. <http://www.grall-legal.fr/fr/desequilibre-significatif-en-droit-francais/#.WZp-S1WrSpo>,

de Montpellier¹⁰⁵, dans son bilan portant sur l'année 2015, constate « que sur les 32 décisions rendues [...] en dehors de toute intervention du ministre, 31 ont rejeté le déséquilibre significatif ».

B. La coopération des autorités de concurrence

(1) Une démarche des autorités de concurrence européennes

69. Une homogénéisation nécessaire des décisions et pratiques. L'encadrement des pratiques anticoncurrentielles est naturellement dévolu en premier chef aux autorités indépendantes de chaque état. Or, dans un marché européen globalisé, il importe que l'ensemble des décisions nationales soient proches lorsqu'elles traitent de cas similaires, et cela est d'autant plus vrai dans le cadre de l'économie numérique qui est par nature transfrontalière. Si ces décisions dépendent en partie du droit national propre à chaque état et des pouvoirs respectivement dévolus aux autorités, le Conseil de l'Union Européenne a veillé à donner de la cohérence à l'ensemble des décisions. Pour ce faire il a encadré la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité au travers du règlement n°1/2003 du 16 décembre 2002. Ce règlement instaure notamment un réseau de coopération entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence au travers du Réseau Européen de la Concurrence. Ce dernier a pour rôle de¹⁰⁶ :

- assurer la cohérence de la politique communautaire de concurrence entre les ANC, notamment en terme d'interprétation et d'application des dispositions sous le contrôle de la Commission ;
- associer les ANC aux décisions de la Commission dans le cas d'abus de position dominante ou d'entente au travers d'un comité consultatif ;
- de participer à des travaux transverses, aussi bien généraux que sectoriels, avec la Commission et les ANC.

70. L'exemple du partenariat franco-allemand de la concurrence. Ce réseau participe de fait, sinon à une homogénéisation totale, au moins à un partage des pratiques,

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ ADLC, Les activités du Réseau européen de la concurrence.
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=353&id_article=1282

à des études conjointes et à une collaboration plus soutenue. Ainsi, l'ADLC et le *Bundeskartellamt* allemand ont publié conjointement une étude sur les données et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence¹⁰⁷ et se retrouvent quasi annuellement pour échanger durant les journées franco-allemandes de la concurrence¹⁰⁸.

71. L'exemple du traitement homogène des affaires de réservation d'hôtel en ligne. Le traitement des affaires en lien avec les plates-formes de réservation en ligne a en outre permis aux autorités de la concurrence européennes de démontrer une certaine homogénéité de traitement, voire même une coordination. Ainsi, dans une première décision rendue le 20 décembre 2013, le *BKA* a laissé entrevoir la possibilité de considérer les *APPA* comme des restrictions par objet, en les comparant à des prix de vente imposés¹⁰⁹ et a exigé le retrait de la clause de garantie de meilleur prix de la part de la société HRS. Peu de temps après, l'autorité allemande interdira les clauses *MFN* de parité de la société HRS et de Booking.com, quelques semaines seulement avant la décision française¹¹⁰.

72. L'exemple d'une coordination des ANC. Dans le cadre de l'affaire Booking précitée, on a en outre pu assister à une réelle coordination entre les autorités française, suédoise et italienne qui ont toutes publié des décisions identiques le même jour. Le communiqué du 21 avril 2015, publié sur le site Internet de l'ADLC, précise que « cette procédure s'inscrit dans le contexte européen d'une coopération renforcée. La France, la Suède et l'Italie ont travaillé de concert, en étroite coordination avec la Commission européenne, pour obtenir de Booking.com des engagements similaires dans ces trois pays »¹¹¹. On ne peut que se réjouir de cette démarche collaborative qui vise à unifier le droit de la concurrence à l'échelon européen, et ce d'autant plus que des divergences subsistent.

¹⁰⁷ ADLC et BKA, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016.

¹⁰⁸ Celle organisée le 5 décembre 2016 avait notamment pour thème la concentration sur les plates-formes numériques.

¹⁰⁹ Comité de la concurrence, Auditions sur les accords de parité inter-plateformes, Note de la France, 27-28 octobre 2015, DAF/COMP/WD(2015)64.

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/accordsinterplateformes.pdf>

¹¹⁰ BKA, décision n°B9-121/13 du 22 décembre 2015.

¹¹¹ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2534

(2) Des divergences persistantes

73. L'exemple de divergences sur l'affaire précitée. Néanmoins, l'entente n'est pas toujours optimale et des divergences d'appréciation demeurent d'un état à l'autre, comme on a pu le voir avec les écarts d'appréciation du cas Uber devant la CJUE¹¹², mais également entre ANC. Ainsi l'*Office of Fair Trading* du Royaume-Uni, devenu depuis le *Competition and Markets Authority*, a eu à trancher du cas des clauses de parité tarifaire¹¹³ toujours dans le secteur de la réservation hôtelière, peu de temps après le *BKA*. Dans sa décision, l'*OFT* a considéré ces clauses comme un cas d'entente anticoncurrentielle entre les chaînes d'hôtels et les plates-formes de réservation¹¹⁴. Elle a par la suite accepté des engagements de l'hôtelier de proposer des promotions sur ces canaux directs sans que celles-ci ne soient proposées sur les plates-formes¹¹⁵. Notons que c'est également sur le fondement de l'entente que la Cour d'appel de Düsseldorf a rejeté le 9 janvier 2015 le recours introduit par HRS contre la décision du *BKA* du 20 décembre 2013, au grand regret d'auteurs doctrinaux¹¹⁶. Enfin, la *CMA* a clos le 21 septembre 2015 son enquête sur les relations entre les hôtels et les plates-formes de réservation en ligne en considérant qu'il y avait eu de vrais gains d'efficacité suite aux engagements pris.

74. L'homogénéisation nécessaire des normes. Ce qui est possible en droit de la concurrence l'est moins pour les normes nationales qui peuvent se superposer et parfois même se révéler contradictoires. Ainsi, si on assiste à un effort d'homogénéisation des décisions du droit de la concurrence sur le marché européen, la diversité demeure étendue pour ce qui est des règles édictées par chaque état. Dès lors il est impossible pour les sociétés numériques aux activités transfrontalières de respecter l'ensemble des normes, certaines étant en contradiction avec celles de l'état voisin. Cette complexité n'est, bien entendu, pas de nature à procurer une sécurité juridique à même de permettre un développement bénéfique de l'innovation numérique, comme l'appel de ses vœux la Commission européenne.

¹¹² Cf. *supra*.

¹¹³ OFT, décision n°1514 du 31/01/2014.

¹¹⁴ A. Perrot. L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste, *AJCA Dalloz*. Février 2016. *Op. Cit.*, p.77.

¹¹⁵ R. Maulin. Les clauses de parité tarifaire devant l'OFT, en attendant la position de l'Autorité de la concurrence française. *AJCA, Dalloz*. 2014, n°1, 30 avr.2014, p.44.

¹¹⁶ P. Rummel. La Cour d'appel de Düsseldorf confirme la décision d'interdiction prise par le BKA contre les clauses de garantie de meilleur prix pratiquées par un grand portail de réservation de chambres d'hôtel (HRS). *Revue Concurrences*. 2015, n°2, Art. n°73219, pp.197-198.

II. Les évolutions proposées des outils actuels

Le droit de la concurrence ne manque pas d'atouts et a par le passé fait montre de son adaptation et de sa pertinence sur de multiples secteurs aux caractéristiques très diverses. Par conséquent, il convient de ne pas le transformer en profondeur (A) mais plutôt de faire évoluer le fonctionnement des ANC et les solutions jurisprudentielles (B).

A. La pertinence de ces évolutions

Un des éléments repris majoritairement par les auteurs est qu'il ne faut pas changer toutes les règles en place. Il s'agit plutôt de faire évoluer les outils actuels afin de contenir les évolutions économiques induites par la révolution numérique.

(1) La sur-régulation, une atteinte à la concurrence et à l'innovation

75. Initiation d'un mouvement de régulation de l'économie numérique. La régulation de l'économie numérique, et plus largement de toute activité, a bien entendu une incidence certaine sur son développement, et un mouvement de régulation de celle-ci semble en marche. Comme nous l'avons vu précédemment, les plates-formes ont bénéficié d'une régulation limitée, aussi bien au niveau national, qu'au niveau européen, ce qui a indéniablement favorisé leur essor.

76. Effet anticoncurrentiel de la réglementation. La réglementation peut entraîner un effet anticoncurrentiel certain, en imposant des contraintes à de petits acteurs qui ne seront pas en mesure d'y répondre, contrairement aux acteurs déjà bien installés. Ainsi la loi Macron intègre-t-elle l'article L111-5-1 au Code de la consommation, qui dispose que la plate-forme « est tenue de délivrer une information loyale, claire et transparente [...] sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne ». Or tous les grands acteurs mis en avant pour des pratiques anticoncurrentielles, appliquent déjà ces dispositions. Par conséquent, seuls de petits acteurs émergents seront freinés par cet article. Cet exemple montre bien que la réglementation, loin d'encadrer les pratiques actuelles, peut constituer un frein indiscutable à l'émergence de concurrents et à l'innovation de manière plus générale,

comme prenait soin de le rappeler le Conseil d'Analyse d'Economique dans son deuxième constat.¹¹⁷

77. Recommandation de l'ADLC sur l'excès réglementaire. A cet effet, il convient de noter les recommandations émises par l'Autorité de la concurrence quant à un excès réglementaire lors d'un avis rendu sur la publicité en ligne :

« L'Autorité souhaite également attirer l'attention des pouvoirs publics sur les risques qu'entraînerait une intervention réglementaire trop précoce ou trop rigide. Il faut, à cet égard, saluer la réussite industrielle et économique de Google et, d'une façon plus générale, souligner les gains pour l'économie que peut faire naître l'innovation dans le secteur des moteurs de recherche et de la publicité en ligne »¹¹⁸.

On voit ainsi que l'Autorité prend soin de ne pas pénaliser un acteur sur le simple fondement qu'il serait plus efficace que la concurrence, en mettant en exergue la notion d'*efficiency offense*, qu'il convient d'éviter sous peine de pénaliser l'innovation et le développement économique.

78. La défense de l'innovation par l'ADLC. L'ADLC se pose dans le même avis en défenseur de l'innovation, gage de bon fonctionnement des marchés. Ainsi, l'Autorité poursuit même un peu plus loin :

« Au demeurant, comme cela vient d'être rappelé avec insistance dans les paragraphes 354 à 358, il convient de veiller à ne pas brider artificiellement le processus d'innovation à l'œuvre dans les secteurs de l'Internet en général et de la publicité sur Internet en particulier. Les ruptures technologiques successives qu'a connues ce secteur, et les mutations des comportements des internautes, sont un rouage essentiel pour le bon fonctionnement des marchés et la vitalité de l'économie. Aussi, même si peuvent s'observer, du moins transitoirement, des phénomènes de concentration de la puissance économique, sur l'un ou l'autre des

¹¹⁷ Note du Conseil d'Analyse Economique, *Op. Cit.*, p.6.

¹¹⁸ ADLC, avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, §354.

segments du secteur de la publicité en ligne, ceux-ci font partie intégrante d'un processus d'innovation »¹¹⁹.

(2) Le rejet d'une sectorisation de l'économie numérique

Le droit de la concurrence est suffisamment large pour avoir su encadrer bons nombres de pratiques. L'arrivée de la nouvelle économie numérique pose cependant la question de la refonte de celui-ci, ou du moins de la création d'un corpuscule de règles de concurrence afin de l'encadrer.

79. Spécialisation du droit pour tenir compte de l'économie numérique. On assiste au début d'une spécialisation du droit vis-à-vis de l'économie numérique, « que ce soit par le biais de législations spéciales ou par l'adoption d'une régulation sectorielle »¹²⁰. Un exemple récent en est les dispositions incluses dans la loi Macron qui visent spécifiquement les plates-formes de réservation en ligne, qui se sont vues interdire les clauses contractuelles de parité tarifaire, en contradiction, rappelons-le, avec la décision de l'Autorité de la concurrence.

80. Inefficacité de la régulation par la norme. Cependant, la vitesse d'évolution de ces modèles d'affaires rend les normes édictées rapidement dépassées et, de fait, inopérantes. Ces normes, pour tenir compte des évolutions numériques sur les marchés en cause, doivent bien souvent être techniques et précises, et sont par conséquent facilement, et presque instantanément, contournées ou rendues obsolètes par les innovations technologiques. Il semble donc peu pertinent de s'engager dans une voie législative pour tenter de réguler les marchés bousculés par ces évolutions numériques et l'arrivée de nouveaux entrants.

81. Rejet de la sectorisation. Ainsi, les auteurs, mais aussi des organismes publics, comme l'Autorité de la concurrence ou le Conseil d'Analyse Economique, considèrent qu'une régulation sectorielle n'a de sens que si le droit de la concurrence ne parvient pas à éviter les défaillances du marché. Le droit de la concurrence est par nature transverse et, par conséquent, devrait pouvoir trouver à s'appliquer à l'ensemble des

¹¹⁹ *Ibid*, §360.

¹²⁰ M. Chagny. *Op. Cit.*

secteurs de l'économie. En outre, les évolutions numériques sont avant tout des évolutions des usages et des techniques appliqués aux secteurs de l'économie traditionnelle, comme peuvent l'être la distribution, le transport, l'hébergement, etc. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de développer des règles spécifiques à un secteur de l'économie numérique, mais il conviendrait plutôt de faire une plus large application du droit de la concurrence existant, quitte à le faire évoluer, de manière à encadrer les applications du numérique aux secteurs économiques conventionnels. La première recommandation du Conseil d'Analyse Economique, dans sa note sur l'économie numérique¹²¹, est d'ailleurs d'« éviter de créer un secteur numérique [...] auxquels s'appliqueraient des régimes particuliers », en précisant que cela serait contre-productif, et qu'il conviendrait plutôt de dynamiser les réglementations sectorielles de manière à ce qu'elles puissent accueillir les innovations numériques.

B. Les pistes d'évolutions

Précédemment, il a été mis en évidence l'intérêt qu'il y avait à éviter toute sur-régulation, tandis qu'il conviendrait de développer le droit de la concurrence tel qu'il existe actuellement et de le faire évoluer pour en faire un outil transversal capable d'appréhender les spécificités de l'économie numérique. Au premier rang des évolutions possibles se trouvent celles qui touchent aux organismes en charge de l'application des règles de concurrence.

(1) Evolution du fonctionnement des autorités de concurrence et des procédures

(a) Développement et structuration des autorités de concurrence

82. Un déficit technique à combler. Les ANC ont sans conteste un déficit technique important dans les domaines du numérique, qui les freine dans l'analyse des modèles d'affaires des acteurs du numérique. Une première piste de réflexion serait donc de développer des compétences (*data scientist*, *Big Data management*, etc.) parmi les ANC de manière à ce que celles-ci soient plus en mesure d'intégrer les spécificités technologiques du numérique à leur analyse des marchés et des acteurs, comme l'a

¹²¹ Note du Conseil d'Analyse Economique, *Op. Cit.*, p.11.

d'ailleurs mis en avance le Conseil d'analyse économique dans sa quatrième recommandation¹²².

Une autre piste évoquée par le Président du comité de la concurrence de l'OCDE¹²³, serait de réunir des économistes sous l'égide de l'OCDE et de travailler à l'évolution des indicateurs et tests utilisés classiquement en droit de la concurrence afin de les rendre compatibles avec les marchés multifaces. Une fois redéfinis, ces tests seraient mis à la disposition des ANC, ainsi que des entreprises, permettant une meilleure transparence des modalités d'évaluation.

83. Une collaboration à renforcer. Comme nous avons pu le voir, un travail collaboratif s'est mis en place entre plusieurs ANC et les décisions des précurseurs sont bien entendu analysées et étudiées par les autres. Compte tenu de l'aspect transfrontalier des marchés numériques et de leurs acteurs, il conviendrait d'augmenter la coordination entre les ANC d'une part, notamment lorsque celles-ci sont soumises à l'analyse de situations similaires, mais également entre législateurs et gouvernements des différents états du marché commun d'autre part. Le caractère extraterritorial est d'autant plus impactant qu'il peut aboutir à un empilement de normes, parfois contradictoires, rendant de fait impossible leur application stricte¹²⁴. Une homogénéité des décisions semble impérative afin d'éviter les changements de localisation géographique des acteurs en fonction de réglementations et de politiques concurrentielles plus favorables. L'affaire Google c/ CNIL¹²⁵, prolongement d'une affaire espagnole comparable¹²⁶, montre bien les difficultés générées par l'extraterritorialité des acteurs du numérique et l'application de normes différentes d'un pays à l'autre. Le réseau européen de la concurrence, de même que l'*International Competition Network*, sont à ce titre extrêmement utiles.

84. L'action de la Commission à généraliser. Le droit de la concurrence permet une compétence territoriale liée aux effets sur le marché, indépendamment de la

¹²² *Ibid.*

¹²³ F. Jenny. *Op. Cit.*

¹²⁴ J. Philippe. *Op. Cit.*

¹²⁵ Décision n°2015-047 du 21 mai 2015 de la CNIL mettant en demeure Google de déréférencer les données concernées sur l'ensemble des extensions de son moteur de recherche, suivi d'une délibération de sanction le 10 mars 2016 n°2016-054.

¹²⁶ Google Spain, Google Inc. Contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, C-131/12 du 13 mai 2014.

localisation géographique de l'acteur économique, ce qui en lui donne un avantage fort comparé à une régulation *ex ante*¹²⁷. Néanmoins, on se rend compte que l'économie numérique, et d'autant plus lorsque celle-ci touche au *Big Data*, à la collecte, au traitement et à l'usage des données, s'exerce sur un marché mondialisé. On peut ainsi se demander si les ANC constituent le bon échelon de régulation¹²⁸, et s'il ne vaudrait pas mieux que les instances européennes se saisissent plus généralement de ces affaires.

(b) La nécessaire réduction des temps de traitement des affaires de concurrence

85. Inefficacité de la régulation lors d'innovations rapides et successives.

L'innovation permanente à l'œuvre dans l'économie numérique rend nécessairement complexe une régulation *ex ante*¹²⁹. C'est d'autant plus vrai dans le cas de ruptures technologiques qui sont bien entendues non anticipables par le régulateur. La rapidité avec laquelle une idée se développe en un marché économique, en jouant sur la mise en relation d'utilisateurs au moyen des nouvelles technologies, est peu compatible avec les processus de régulation conventionnels et semble quasiment impossible à encadrer, sans risque d'entraver fortement l'innovation.

86. Un temps de réaction incompatible avec la réalité économique.

L'économie numérique se caractérise par la mise en œuvre rapide de nouveaux *business models*, mais aussi par leur évolution permanente, intrinsèquement liées à l'impératif d'être le premier sur le marché. Or les procédures législatives ou l'adoption de réglementations, ainsi que le traitement des affaires par les autorités de concurrence ou les tribunaux, prennent nécessairement du temps¹³⁰. Ce délai, très long à l'échelle de l'économie numérique, permet aux sociétés de prendre pied, voire de devenir incontournables sur le marché visé avec une domination devenue irréversible et des pratiques de consommation bien ancrées. Il est par conséquent nécessaire de trouver des réponses temporelles appropriées au rythme imposé par cette nouvelle économie.

¹²⁷ B. Charlier Bonatti. *Op. Cit*, p.65.

¹²⁸ N. Lenoir, *Op. Cit*. p.69.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ B. Charlier Bonatti, *Op. Cit*,

87. Instauration de délais. Cet avantage temporel, aussi bien vis-à-vis des organismes de régulation *ex ante* et *ex post* que des tribunaux, est un élément déterminant qui doit amener à des évolutions. Le traitement du cas Google par la Commission européenne, que nous avons détaillé précédemment, en est ainsi un bon exemple, s'étalant sur plus de sept ans¹³¹. Par conséquent, on ne peut que souhaiter l'instauration d'une limite temporelle dans les procédures d'engagement¹³² afin d'éviter que les affaires ne trainent trop longtemps, la longueur des délais étant de surcroît au bénéfice des sociétés mises en cause, qui ralentissent volontairement les procédures. Il devrait en être de même du traitement des litiges pour non-respect des engagement pris¹³³.

(c) Le besoin de faire évoluer les procédures et pistes d'amélioration pour tenir compte de l'économie numérique

88. Séparation des faces d'un même marché. Une des évolutions possible, mise en avant par plusieurs institutions, serait d'imposer une séparation entre les différentes faces d'un même marché, ce qui aurait, selon elles, le mérite de développer la concurrence¹³⁴. Ce dégroupage, ou *unbundling*, est notamment mis en avant dans le cas de Google. Le Parlement européen a ainsi évoqué dans une résolution de 2014¹³⁵ la séparation entre l'activité de moteur de recherche et les autres activités commerciales de la société. Google conteste bien entendu cette proposition en mettant en avant qu'il serait dans l'impossibilité de développer des innovations de rupture nécessitant de gros investissements, tel que le développement de la voiture autonome, sans ce modèle. Une telle décision serait donc susceptible d'avoir un impact fort sur l'innovation. Pour l'heure, dans sa décision rendue en 2017 sur Google Shopping, la Commission n'a pas souhaité imposer à la société cette séparation de ses activités. Toutefois, cette démarche imposant la neutralité des résultats de recherche peut être perçue comme une première étape.

89. Limiter le recours aux engagements. Si la procédure d'engagement est mise en avant pour sa rapidité, le cas Google vu précédemment n'en est pas moins un bon

¹³¹ Cf. *supra*.

¹³² M. Chagny. *Op. Cit.* §16.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ N. Lenoir. *Op. Cit.* p.67.

¹³⁵ Parlement européen, résolution du 27 novembre 2014 sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique, 2014/2973.

contre-exemple. Néanmoins, on peut relever que les engagements permettent une correction de certains abus à l'intérieur du marché, sans recours au législateur ou au régulateur¹³⁶. Cette procédure n'est cependant pas exempte de reproches.

Elle exclut de fait le débat puisque les plaignants n'ont que très peu de place dans la procédure, voire aucune dans le cas des procédures européennes. On peut d'ailleurs considérer qu'ils sont dessaisis de l'affaire qui les concerne au premier chef. La procédure d'engagement ne comporte aucun contrôle de proportionnalité, et est considérée par certains auteurs¹³⁷ comme non approfondie, ce qui en restreint la portée. Elle échappe à tout contrôle juridictionnel, et n'implique aucune qualification juridique des faits reprochés. Enfin elle prive la société mise en cause d'un éventuel recours extra contractuel à l'encontre de l'état, tout en la faisant dans le même temps échapper aux sanctions, ce qui atténue fortement le rôle dissuasif.

90. Faire évoluer les procédures d'engagement. Des solutions peuvent être proposées pour améliorer ou du moins limiter les aspects négatifs¹³⁸:

- la définition de critères précis de la part des autorités permettant de lancer une procédure d'engagement ou non ;
- une meilleure implication des plaignants tout au long de la procédure, qui restent tout de même un élément fondamental du contradictoire ;
- la mise en place d'un suivi renforcé avec des bilans périodiques qui ne portent pas sur le respect des engagements, mais sur leur efficacité vis-à-vis du marché (l'ADLC semblait s'être engagée dans cette voie avec l'affaire Booking vue précédemment).

Enfin, le Parlement européen, dans son rapport annuel du 10 mars 2015 sur la politique de concurrence de l'UE, appelle la Commission à être plus transparente en publiant les objections adressées au défendeur, et notamment dans le secteur du numérique. Cet effort ne pourra qu'avoir un effet bénéfique sur l'information des acteurs de l'ensemble du marché¹³⁹.

¹³⁶ Audition B. Lasserre du 7 juill. 2015. In C. Paul et C. Feral-Schuhl, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*. Rapp. AN n°3119, 9 oct. 2015.

¹³⁷ M. Chagny. *Op.Cit.* §17.

¹³⁸ L. Donnedieu de Vabres-Tranié. *Op. Cit.*

¹³⁹ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2015 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne, §13 «observe que la Commission a de plus en plus recours à des décisions d'engagement; estime toutefois qu'une plus grande transparence concernant la

91. Développer le recours aux injonctions et aux sanctions. Enfin la lisibilité du droit serait bien meilleure si des juridictions pouvaient valider les procédures *ex post*¹⁴⁰. Il apparaît ainsi souhaitable de développer les procédures d'injonction, comme les mesures provisoires, et de sanction des ANC, tout comme semble avoir choisi de le faire la Commission à l'encontre de Google récemment.

Au-delà des évolutions de procédure, certaines pistes jurisprudentielles méritent d'être évoquées.

(2) Pistes d'évolutions jurisprudentielles

Certains acteurs, et non des moindres, invitent à une innovation jurisprudentielle, sans nécessairement créer de nouveaux outils, afin de réussir à adapter le droit de la concurrence aux modèles de l'économie numérique¹⁴¹. Il en est proposé deux ci-dessous.

(a) La redéfinition des règles de l'abus par la notion de moligopole

92. La notion d'abus se heurte aux modèles d'affaires des sociétés numériques. La notion d'abus de position dominante est délicate à mettre en œuvre dans le cas des sociétés numériques, et notamment des plates-formes. Cette difficulté vient en premier lieu de la définition d'un marché pertinent, mais également en second lieu des critères de domination comme les barrières à l'entrée ou la taille sur le marché. On remarque ainsi que les gains d'efficacité hors marché ne sont jamais pris en compte. Monsieur Petit, Professeur à la Brussel School of Competition, propose de définir

substance des allégations et la création d'un nombre plus important de précédents juridiques sont nécessaires; estime que cela vaut en particulier pour les dossiers portant sur des infractions au droit de la concurrence dans de nouveaux domaines, comme les marchés des biens numériques, dans lesquels les entreprises pourraient éprouver des difficultés à déterminer si un comportement donné constitue une violation des règles de concurrence » et §14 « est convaincu que pour assurer une plus grande transparence et atténuer certains des inconvénients des décisions d'engagement tout en conservant leurs principaux avantages, il convient de publier dans le détail les objections adressées aux défendeurs par la Commission; s'était déjà permis de rappeler à la Commission, que compte tenu Rapport 2015 du Parlement européen : la Commission a de plus en plus, transparence, il convient de publier dans le détail les objections adressés aux défendeurs devant la commission ».

¹⁴⁰ N. Petit. Débat sur la pertinence de la procédure d'engagements dans l'économie numérique. In *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique. Op. Cit.*

¹⁴¹ T. Dahan. *Op. Cit.*

l'hypothèse du *moligopole* de manière à mieux appréhender la domination de géants du numérique sur leurs marchés, et leurs conséquences¹⁴².

93. Définition du moligopole. Le moligopole est un marché oligopolistique apparent sur lequel s'exerce néanmoins une forte concurrence. En analysant les rapports financiers, ainsi que ceux remis aux autorités boursières, on se rend compte que les sociétés numériques mettent en avant la forte concurrence sur leur marché, que ce soit la concurrence disruptive qui apparaît hors marché, que celle exercée par des concurrents déjà installés. Pour se prémunir des effets concurrentiels, ces sociétés cherchent en permanence des relais de croissance par des activités nouvelles, des innovations ou des segments de marché non couverts par les opérateurs en place, et se mènent ainsi une concurrence très rude en périphérie de ce qui peut être considéré comme leur activité principale. Cette concurrence est principalement menée au travers de l'innovation et des efforts en R&D nécessaires.

94. Les critères de qualification d'un moligopole. La proposition de Monsieur Petit est d'appliquer un filtre afin de déterminer si une société est dans une situation de moligopole, c'est-à-dire si elle est en position de monopole sur son marché, mais soumise à une très forte concurrence sur les marchés connexes, auquel cas elle devrait être exonérée de toute intervention relative à un abus de position dominante. Les trois critères cumulatifs sont les suivants :

- un degré élevé de sérendipité qui se traduit par un recours large à l'expérimentation et un développement qui tend vers le conglomérat ;
- une part importante des profits réinvestie dans la R&D (ce que l'auteur nomme le capitalisme patient) ;
- un rôle de leader dans un écosystème entrepreneurial qui permet le développement de *start-up*.

95. Conséquences. Dès lors que ces critères ne sont pas remplis, alors les ANC se doivent d'étudier attentivement ces marchés, et notamment l'existence de verrous au financement de l'innovation mis en place par des fonds d'investissement en capital,

¹⁴² *Ibid.*

l'existence de clauses de non concurrence dans les contrats de travail qui brident la concurrence et l'innovation du secteur, et enfin la gouvernance des plates-formes, notamment lorsque celle-ci bloque tout accès à des tiers qui souhaiteraient développer de nouvelles applications.

(b) Le recours à la notion d'infrastructure essentielle pour qualifier l'abus de position dominante

96. La notion d'infrastructure essentielle. La notion d'infrastructure essentielle émane du droit américain, et de la notion d'« *essential facilities* », avant d'être par la suite reprise par la Commission européenne. Cette dernière définit les infrastructures essentielles comme des « installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle »¹⁴³. En France, l'Autorité de la concurrence a établi plusieurs conditions cumulatives pour que la notion d'infrastructure essentielle puisse être retenue¹⁴⁴, et notamment que l'accès à l'infrastructure soit strictement nécessaire pour exercer une activité concurrente et que l'infrastructure ne puisse être reproduite dans des conditions économiques raisonnables¹⁴⁵.

97. Exemple appliqué à certaines anciennes sociétés publiques. La jurisprudence a pu faire application de cette règle, et notamment vis à vis d'anciennes sociétés publiques détenant un monopole, qui refusaient de donner accès à leur fichier clients à des concurrents (exemple de France Telecom¹⁴⁶). Les sociétés attaquées pouvaient néanmoins montrer qu'elles avaient développé cette base de données postérieurement à une situation de monopole, ou bien que celles-ci avaient engagé des moyens supplémentaires pour sa constitution¹⁴⁷.

98. Une notion défendue pour sa souplesse. Lors de son audition devant la commission parlementaire¹⁴⁸, Monsieur Bruno Lasserre a défendu la souplesse de la

¹⁴³ CE, décision n°94/19/CEE du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 - Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires), JOCE L15 du 18/01/1994.

¹⁴⁴ ADLC, décision n°03-MC-04 du 22 décembre 2003, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse.

¹⁴⁵ AFEC, *op. cit.* p.43.

¹⁴⁶ Cass. com., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-16642, publié au bulletin.

¹⁴⁷ Cass. com., 23 mars 2010, pourvoi n° 08-20.427 et n° 08-21.768.

¹⁴⁸ Audition B. Lasserre, *Op. Cit.*

notion d'infrastructure essentielle, mettant en garde contre toute évolution du droit de la concurrence. Cette notion n'implique pas la définition préalable d'une infrastructure essentielle et la théorie reste selon lui tout à fait applicable à des actifs immatériels, ouvrant ainsi la voie à son application à l'économie numérique.

99. Pas d'application à date à l'économie numérique. Or à ce jour, aucun jugement n'a été rendu concernant l'économie numérique et utilisant la notion d'infrastructure essentielle. Ainsi, dans l'affaire Cegedim précitée¹⁴⁹, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le refus de Cegedim de donner accès à une base de données leader du marché aux clients du plaignant. Mais pour ce faire, l'Autorité de la concurrence n'a pas souhaité utiliser la notion d'infrastructure essentielle, estimant que la qualité de la base était due au travail de Cegedim et qu'un opérateur alternatif pouvait faire de même sans qu'il soit démontré que cela engendrerait des coûts déraisonnables.

100. Un recours limité à cette notion. Dans le même sens, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision précitée de mesures conservatoires à l'encontre de GDF Suez¹⁵⁰, reconnaît comme on l'a vu que la base de données des clients reprenait presque l'ensemble des ménages grâce à l'ancienne position de monopole, et qu'elle n'était pas reproductible par les concurrents. Néanmoins l'Autorité n'a pas usé la notion d'infrastructure essentielle et s'est plutôt appuyée sur la reconnaissance « d'un effet potentiel d'éviction ».

¹⁴⁹ ADLC, décision n°14-D-06 du 8 juillet 2014, *op. cit.*

¹⁵⁰ ADLC, décision n°14-MC-02 du 9 septembre 2014, *op. cit.*

Conclusion

L'émergence, puis la croissance extrêmement rapide des technologies numériques et des nouveaux *business models* associés, ont été telles que les autorités ont subi ces évolutions en essayant de les réguler à posteriori mais en apparaissant souvent dépassées. Dans le même temps, le droit de la concurrence n'a pas semblé s'emparer du sujet, en partie du fait d'outils inapplicables à cette nouvelle économie.

Néanmoins, le droit de la concurrence a démontré par le passé une plasticité lui permettant de s'adapter à différents secteurs. Loin de pousser à une réglementation sectorielle, il semble plutôt souhaitable de faire évoluer les concepts, les outils et les procédures utilisés en droit de la concurrence pour que ceux-ci soient en mesure d'appréhender de manière plus pertinente l'économie numérique. A n'en pas douter, la rapidité d'exécution sera un élément clé qui en conditionnera l'effectivité.

De très nombreuses évolutions sont encore devant nous et vont profondément modifier nos sociétés ainsi que les relations juridiques sur lesquelles elles sont fondées. La mise sur le marché de plus en plus d'objets connectés créera ou modifiera de nombreux marchés interdépendants, ce qui ne sera pas sans poser de nouveaux problèmes qu'il faudra savoir traiter. Le droit de la concurrence et les organismes qui le pratiquent, devront être en mesure d'évoluer afin d'accompagner ces changements pour un bénéfice général.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

ACAS, Renaud, BARQUISSAU, Eric, BOULVERT, Yves-Marie, DOSQUET, Eric, DOSQUET, Frédéric et PIROTTE Jérémy. *Objets connectés. La nouvelle révolution numérique*. ENI Éditions, mars 2016. 190 p.

DONDERO, Bruno. *Droit 2.0, Apprendre et pratiquer le droit au XXIe siècle*. LGDJ, décembre 2015. 512 p.

SCHWERER, Pierre-Antoine. *La Concurrence au défi du numérique*. Fondation pour l'Innovation Politique, juin 2016. 48 p.

Articles et études institutionnelles :

AFEC. *Rapport sur l'économie numérique*. 10 février 2016. 79 p.

AMARO, Rafael. Les pratiques anticoncurrentielles des géants de l'Internet. In M. Behar-Touchais, *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, vol.2*. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, Tome 74, octobre 2016, Paris, pp.59-79.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine. Gratuité et abus de domination des géants de l'Internet. In M. Behar-Touchais, *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet, vol.2*. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, Tome 74, octobre 2016, Paris, pp.39-57.

CHAGNY, Muriel. L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique. *La Semaine Juridique Edition Général*. 30 novembre 2015, n°49, doct. 1340.

CHARLIER BONATTI, Béatrice. Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, pp.64-66.

COMMISSION EUROPEENNE. *Stratégie numérique pour l'Europe*. In Comprendre les politiques de l'Union Européenne. Office des publications. 2014. 8 p.

COMMISSION EUROPEENNE. *Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges*. COM(2016) 288, 25 mai 2016.

COMMISSION EUROPEENNE. *Communication de la commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 2*. JOCE, 9 décembre 1997, 97/C 372/03.

COLIN, Nicolas, LANDIER, Augustin, MOHNEN, Pierre et PERROT, Anne. Economie numérique. *Les notes du conseil d'analyse économique*, n°26, octobre 2015. 12 p.

FOURGOUX, Jean-Louis. Transparence digitale sur les prix et concurrence. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, pp.70-72.

GRALL, Jean-Christophe et MALLÉN, Guillaume. Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques. *Grall et Associés*. Publié en janvier 2017, consulté le 21/08/2017. <http://www.grall-legal.fr/fr/desequilibre-significatif-en-droit-francais/#.WZp-S1WrSpo>,

LENOIR, Noëlle. Le droit de la concurrence confrontée à l'économie du *Big Data*. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, pp.66-70.

MAULIN, Romain. Les clauses de parité tarifaire devant l'OFT, en attendant la position de l'Autorité de la concurrence française. *AJCA, Dalloz*. 30 avril 2014, n°1, p.44.

PERROT, Anne. L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste. *AJCA, Dalloz*. Février 2016, pp.74-78.

PIPAM. *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative – Rapport final*. DGE. Juin 2015. 336 p.

RIEM, Fabrice. Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'œil. *Revue Internationale de Droit Economique, Ed. De Boek Supérieur*. 2008/1, t. XXII, 1, pp.67-91.

RONZANO, Alain. Abus de position dominante : la cour d'appel de Paris infirme le jugement et fait sienne l'analyse sollicitée de l'Autorité de la concurrence concluant à l'absence de pratique de prédation et autre stratégie d'éviction de la part du leader des moteurs de recherche sur le marché des API cartographiques (Evermaps/Google). *Concurrences*. 25 novembre 2015. <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2016/alertes/Abus-de-position-dominante-La-Cour-78060>

RUMMEL, Per. La Cour d'appel de Düsseldorf confirme la décision d'interdiction prise par le BKA contre les clauses de garantie de meilleur prix pratiquées par un grand portail de réservation de chambres d'hôtel (HRS). *Revue Concurrences*. 2015, n°2, Art. n°73219, pp.197-198.

SELINSKY, Véronique. Réservations hôtelières par Internet : les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation. *Revue Lamy de la Concurrence*. Juillet-septembre 2015, n°44, pp.28-31.

Articles de presse :

CHAFFIN, Zeliha. Pour son dixième anniversaire, Twitter accumule les pertes. *Le Monde.fr*. Publié le 21/03/2016, consulté le 20/08/2017. http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/21/twitter-accumule-les-pertes_4886798_3234.html

FAGOT, Vincent. Les GAFAs lancés dans la course aux 1000 milliards de dollars de capitalisation. *Lemonde.fr*. Publié le 30/08/2017, consulté le 30/08/2017. http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/08/30/les-gafa-lances-dans-la-course-aux-1-000-milliards-de-dollars-de-capitalisation_5178484_3234.html,

FOURNIER, Audrey. WhatsApp : des chiffres qui donnent le vertige. *Le Monde.fr*. Publié 20/02/2014, consulté le 18/08/2017, http://www.lemonde.fr/technologies/article/2014/02/20/whatsapp-des-chiffres-qui-donnent-le-vertige_4369735_651865.html

NOISETTE, Thierry. Paris et Berlin bataillent mais rien n'arrête Airbnb ! *L'OBS avec Rue89*. Publié le 13 mars 2017, consulté le 18/08/2017. <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/sur-le-radar/20170313.OBS6504/paris-et-berlin-bataillent-mais-rien-n-arrete-airbnb.html>

VALERO, Jorge. La justice européenne appelée à trancher sur le statut d'Uber, *Euractiv*, traduit par M. Flausch, mis en ligne le 29/11/2016, consulté le 22/08/2017 <https://www.euractiv.fr/section/euro-finances/news/uber-gains-key-support-from-member-states-before-eu-court-hearing/>

Rachat de Whatsapp : Facebook paye finalement 22 milliards de dollars, *20 minutes avec AFP*, publié le 06/10/2014, consulté le 18/08/2017, <http://www.20minutes.fr/high-tech/1455647-20141006-rachat-whatsapp-facebook-payé-finalement-22-milliards-dollars>

Auditions et interventions :

COMITE DE LA CONCURRENCE, Auditions sur les accords de parité inter-plateformes, Note de la France, 27-28 octobre 2015, DAF/COMP/WD(2015)64.

DAHAN, Thierry. Débat sur la pertinence de l'analyse économique traditionnelle et notamment dans les opérations de concentration dans l'économie numérique. In L. Donnedieu de Vabres-Tranie et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*. DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE, Lorraine. Débat sur la pertinence de la procédure d'engagements dans l'économie numérique. In L. Donnedieu de Vabres-Tranie et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*. DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

HOMOBONO, Nathalie. Introduction. In L. Donnedieu de Vabres-Tranie et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*. DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

JENNY, Frédéric. Débat sur la pertinence de l'analyse économique traditionnelle et notamment dans les opérations de concentration dans l'économie numérique. In L. Donnedieu de Vabres-Tranie et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*. DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

LASSERRE, Bruno. In C. Paul et C. Feral-Schuhl, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*. Rapport d'information déposé par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique, Assemblée Nationale. Rapport n°3119, 9 octobre 2015.

PETIT, Nicolas. Débat sur la pertinence de la procédure d'engagements dans l'économie numérique. In L. Donnedieu de Vabres-Tranie et F. Jenny, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique*. DGCCRF. 10 novembre 2016, Paris.

PHILIPPE, Jérôme. La concurrence des plates-formes numériques. In *Séminaires Philippe Nasse* 2016. 22 juin 2016, Paris.

Avis et décisions de justice :

Agencia Espanola de Proteccion de Datos, décision C-131/12 du 13 mai 2014, Google Spain, Google Inc.

ADLC, décision n°03-MC-04 du 22 décembre 2003, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse.

ADLC, avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

ADLC, décision 12-D-14 du 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France.

ADLC, décision n°14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales.

ADLC, décision n°14-MC-02 du 9 septembre 2014, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Directe Energie dans le secteur du gaz et de l'électricité.

ADLC, avis n°14-A-18 du 16 décembre 2014 rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France.

ADLC, décision n°15-D-06 du 2 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

BKA, décision n°B9-121/13 du 22 décembre 2015.

CE, décision n°94/19/CEE du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.689 - Sea Containers contre Stena Sealink – Mesures provisoires), JOCE L15 du 18/01/1994.

CE, IP / 10 / 1624 du 30 novembre 2010. Commission probes allegations of antitrust violations by Google.

Commission d'examen des pratiques commerciales, avis n° 13-10 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière.

CNIL, décision n°2015-047 du 21 mai 2015 mettant en demeure Google de déréférencer les données concernées sur l'ensemble des extensions de son moteur de recherche.

CNIL, délibération de sanction n°2016-054 du 10 mars 2016 à l'encontre de Google.

CC, décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015.

CA Paris, pôle 4, chambre 10, arrêt du 7 décembre 2015.

CA Paris, 25 novembre 2015, arrêt n°12/02931 (Evermaps c/ Google).

Cass. Com., 19 octobre 1999, n° 97-18.490, Bull. 1999 IV n°175, p.148.

Cass. com., 4 décembre 2001, pourvoi n° 99-16642, publié au bulletin.

Cass. Com., 23 avril 2003, n° 01-10.623.

Cass. com., 23 mars 2010, pourvoi n° 08-20.427 et n° 08-21.768.

CJUE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Contentaal BV c/ Commission des Communautés européennes, Affaire 27/76, EU:C:1978:22.

CJUE, avis de l'avocat général sur le cas C-320/16 Uber France SAS, communiqué de presse n°72/17 du 4 juillet 2017.

OFT, décision n°1514 du 31/01/2014.

T. Com Paris, 15e ch., 31 janvier 2012, Uber.

T. Com. Paris, 1ere ch., 24 mars 2015, n° 2014027403, Booking.

T. Com. Paris, 13e ch., 7 mai 2015, n° 2015000040, Expedia.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	
SOMMAIRE	
LISTE DES ABBRÉVIATIONS	
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : LES PROBLEMES DE CONCURRENCE POSES PAR L'ESSOR DE L'ECONOMIE NUMERIQUE	5
I. UNE CONCURRENCE NOUVELLE	5
A. <i>Les causes de cette concurrence nouvelle</i>	5
(1) L'émergence successive de sociétés monopolistiques	5
(2) Les plates-formes et l'effet réseau	7
(3) Les données, source d'enjeux multiples	9
B. <i>Les conséquences de cette concurrence nouvelle</i>	10
(1) L'émergence d'une concurrence multiple	10
(2) Les problématiques de droit de la concurrence soulevées par les sociétés numériques..	12
II. UNE CONCURRENCE DIFFICILE A REGULER.....	15
A. <i>De faibles réactions en lien avec une difficile application de l'abus de position dominante</i>	15
(1) Une réaction étonnement faible à l'essor de la puissance économique des acteurs de l'économie numérique	15
(2) La difficile application de l'abus de position dominante	17
B. <i>La lenteur des procédures de concurrence, une incitation à la réglementation des pratiques de l'économie numérique</i>	23
(1) Un exemple de la lenteur des décisions : le traitement de l'affaire Google.....	23
(2) La réglementation des économies numériques.....	25
DEUXIÈME PARTIE : L'ADAPTATION NECESSAIRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE A L'ECONOMIE NUMERIQUE.....	31
I. LES EVOLUTIONS OBSERVEES DES OUTILS.....	31
A. <i>Les adaptations de la jurisprudence à l'économie numérique</i>	31
(1) Le refus d'accès aux données constitutif d'une pratique discriminatoire	31
(2) Pratiques commerciales trompeuses dans le secteur du transport	32
(3) Déséquilibre significatif.....	34
B. <i>La coopération des autorités de concurrence</i>	37
(1) Une démarche des autorités de concurrence européennes	37
(2) Des divergences persistantes.....	39
II. LES EVOLUTIONS PROPOSES DES OUTILS ACTUELS	40
A. <i>La pertinence de ces évolutions</i>	40
(1) La sur-régulation, une atteinte à la concurrence et à l'innovation.....	40
(2) Le rejet d'une sectorisation de l'économie numérique	42
B. <i>Les pistes d'évolutions</i>	43
(1) Evolution du fonctionnement des autorités de concurrence et des procédures	43
(a) Développement et structuration des autorités de concurrence.....	43
(b) La nécessaire réduction des temps de traitement des affaires de concurrence	45

(c) Le besoin de faire évoluer les procédures et pistes d'amélioration pour tenir compte de l'économie numérique.....	46
(2) Pistes d'évolutions jurisprudentielles	48
(a) La redéfinition des règles de l'abus par la notion de moligopole	48
(b) Le recours à la notion d'infrastructure essentielle pour qualifier l'abus de position dominante	50
CONCLUSION	52
BIBLIOGRAPHIE	53
OUVRAGES :	53
ARTICLES ET ETUDES INSTITUTIONNELLES :	53
ARTICLES DE PRESSE :	54
AUDITIONS ET INTERVENTIONS :	55
AVIS ET DECISIONS DE JUSTICE :	56
TABLE DES MATIÈRES	58
RÉSUMÉ.....	

RÉSUMÉ

L'économie numérique bouleverse les marchés existants et en fait émerger de nouveaux. Des sociétés de ce secteur se sont développées au point d'être en mesure d'exercer une domination sur des pans entiers de l'économie mondiale : les fameux GAFAs en sont les meilleurs exemples. Les caractéristiques de ces nouveaux *business models* font systématiquement intervenir les notions de marché multiface et de plate-forme, de *Big Data*, mais également de course au monopole, sous la forme du *winner takes all*.

Ces *business models* leur permettent de s'extraitre des contraintes des marchés sur lesquels ces sociétés interviennent, et ainsi d'être en mesure de gagner en efficacité et de baisser leurs prix, au détriment des acteurs conventionnels. Afin de répondre rapidement aux bouleversements engendrés par celles-ci, de nouvelles réglementations sont instaurées, bien souvent au détriment du consommateur qui est le premier bénéficiaire des innovations apportées par les sociétés numériques.

La question peut se poser de savoir si le droit de la concurrence est en mesure de réguler cette domination. De prime abord, les caractéristiques évoquées plus haut jouent en sa défaveur, les outils n'étant pas adaptés à ces modèles innovants. Néanmoins, une collaboration entre autorités de régulation se développe, préalable nécessaire à l'appréhension de phénomènes transfrontaliers, et dans le même temps, des évolutions jurisprudentielles ont permis de répondre à l'innovation technologique par l'innovation juridique.

Le droit de la concurrence, de par sa flexibilité, semble tout à fait en mesure d'appréhender les évolutions numériques et il apparaît opportun de ne pas vouloir créer *ex nihilo* des spécificités ou des réglementations sectorielles. La voie la plus pertinente sera celle de l'adaptation des autorités et des procédures de manière à appréhender les spécificités de l'économie numérique tout en poursuivant l'innovation juridique pour réussir à encadrer les effets de ces nouveaux marchés au bénéfice de tous.

Mots clés :

Économie numérique – digitalisation – uberisation – concurrence – abus de position dominante – plate-forme