

Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante

Réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique

Frédéric Marty

SCIENCES PO OFCE WORKING PAPER n° 31

RÉSUMÉ

Ce texte s'interroge sur les risques d'abus de position dominante qui peuvent être observés dans le domaine des plateformes d'intermédiation électronique. Il met en évidence les risques d'abus d'éviction au détriment des marchands utilisateurs des plateformes mais également d'abus d'exploitation vis-à-vis de ceux-ci et des consommateurs. Il s'attache également aux phénomènes de dépendance économique qui peuvent en résulter. Il s'agit alors de s'interroger sur la capacité des outils fournis par les règles de concurrence à répondre à ses risques et d'évaluer dans quelle mesure des mesures de nature réglementaires seraient possibles ou souhaitables.

ABOUT THE AUTHOR

Frédéric Marty Université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS
Also Sciences Po, OFCE, Paris, France
Email Address: frederic.marty@sciencespo.fr

Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante

Réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique¹

Les places de marché nous confrontent à un paradoxe en termes concurrentiels. Le commerce en ligne constitue un secteur florissant dont les effets sur le bien-être et sur la concurrence sont *a priori* des plus favorables (1) pour les *marchands* (i.e. les utilisateurs de la plateforme du côté offreurs) qui peuvent plus aisément accéder au marché et (2) pour les consommateurs qui ont un éventail de choix plus large et qui peuvent comparer les prix. Or, les abus d'exploitation paraissent possibles sur les deux versants de l'activité des plateformes d'intermédiation en ligne.

Le consommateur peut faire l'objet de pratiques de discriminations tarifaires, se voir proposer des choix tronqués (en termes de diversité ou de qualité), peut faire l'objet de manipulations algorithmiques ou être victime d'une illusion de la gratuité, qu'il s'agisse d'un paiement d'une contrepartie en données personnelles ou de l'engagement dans une logique de type *freemium* (Edelman et Geradin, 2018).

Pour les vendeurs, les conclusions de l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur le e-commerce qui a conduit à une proposition de règlement en avril 2018, mettent en évidence d'autres risques. La situation décrite par la Commission fait écho à la situation qui prévaut dans le commerce de détail où la puissance de marché des centrales d'achat de la grande distribution vis-à-vis des producteurs soulève maintes préoccupations en termes d'abus d'exploitation potentiels et de manifestation de phénomènes de dépendance économique.

En effet, trois types d'abus des plateformes vis-à-vis des marchands sont envisageables.

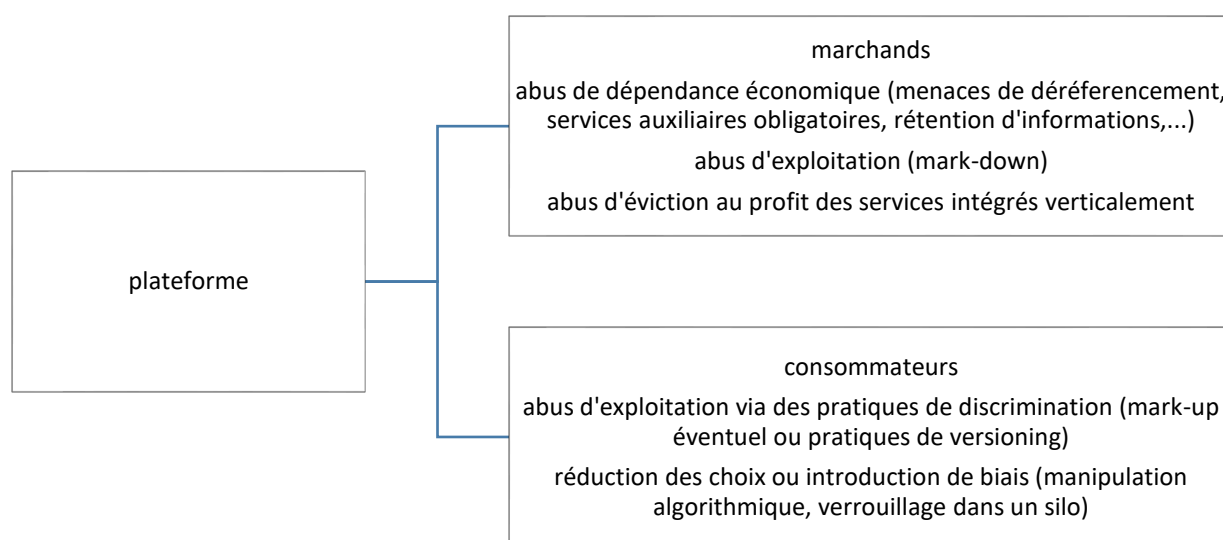
Premièrement, des abus d'exploitation peuvent être appréhendés. Si un abus d'exploitation à l'encontre d'un client se traduit par une marge au-delà du prix hypothétique de concurrence parfaite (*mark up*), un tel abus envers un fournisseur donne lieu à un prix de transaction moindre (*mark down*).

Deuxièmement, la situation de dépendance peut conduire à des conditions de transactions déséquilibrées. Cela peut se traduire par l'obligation de recourir à des services ancillaires (ventes liées) soit abusivement onéreux, soit inutiles. Cela peut également passer par des

¹ Une première version de ce texte a été présentée dans le cadre d'une conférence du Centre de Droit des Affaires et de Droit International de l'Université de Montréal. L'auteur remercie les participants à celle-ci, notamment Stéphane Rousseau et Ejan Mackaay. Toute erreur ou imprécision demeure de son entière responsabilité.

menaces de déréférencement (sous forme de suspension du compte) au travers de clauses contractuelles déséquilibrées (conditions, préavis, recours, ...). Cette situation de dépendance peut aussi se traduire par des conditions contractuelles imposées (clauses non négociables d'un contrat d'adhésion) susceptibles de donner lieu à des mécanismes de rétro-paiements (logiques de marges arrières). Ce déséquilibre peut enfin porter sur la capacité à accéder et à capitaliser l'information stratégique qui fait une partie de la valeur de la transaction, en l'espèce les données clients. La plateforme peut s'immiscer entre le vendeur et ses clients pour s'approprier les données de paiement ou encore les données personnelles. Le marchand perdrait le bénéfice de celles-ci s'il abandonnait la plateforme et ne peut les transférer sur une plateforme tierce (ni court-circuiter la plateforme pour s'adresser directement au client). Sa dépendance est renforcée. De plus, la plateforme peut commercialiser des services liés à ces mêmes données et donc tirer une rémunération additionnelle de sa relation avec le vendeur.

Troisièmement, la plateforme peut engager des stratégies d'éviction par rapport aux marchands. Cette situation peut être discutée au point de vue économique (dans une chaîne verticale, un monopoleur amont n'a pas toujours intérêt à réduire le degré de concurrence aval). Cependant, la Commission européenne, les parties prenantes et un pan croissant de la littérature académique soulignent des risques d'éviction au travers de stratégies de levier anticoncurrentiel au profit de services qui sont propres à la plateforme. En d'autres termes, des stratégies d'intégration verticale pourraient être à l'œuvre. Le parallèle à faire avec la grande distribution serait alors celui du développement des marques de distributeurs. Il peut ne pas s'agir d'un risque d'éviction effectif mais de l'entretien d'une menace latente permettant de négocier des conditions d'accès à la plateforme déséquilibrées en faveur de celle-ci.



Nous avons présenté, dans un précédent travail, la façon dont la plateforme pouvait jouer de sa double dominance pour concentrer la rente produite par la transaction (Marty, 2018a). Nous visons dans cette contribution à analyser plus en détail la façon dont la plateforme peut imposer des conditions déséquilibrées aux deux parties ayant besoin d'elle pour réaliser ladite transaction. Nous concentrerons la majeure partie de notre propos sur les relations entre la plateforme et les marchands, c'est-à-dire le versant P2B. Nous renvoyons sur le volet consommateur à une contribution spécifique sur ce point (Marty, 2017a).

Notre article se structure comme suit. Nous nous attachons dans une première partie à la caractérisation des abus d'exploitation et de des abus de dépendance économique qui peuvent résulter des comportements de marché des plateformes. Pour ce faire, nous considérons successivement les abus dans les relations avec les marchands et ceux dans les relations avec les clients. Nous consacrons notre seconde partie à l'examen des réponses réglementaires qui peuvent être apportées. A cette fin, nous considérons tout d'abord les capacités d'action fournies par la répression des pratiques anticoncurrentielles, avant d'envisager les possibles solutions réglementaires.

1- Les abus d'exploitation et de dépendance économique pouvant résulter des agissements des plateformes

Nous considérons successivement les abus qui peuvent être relevés sur le versant « marchands » de l'activité des plateformes (A) puis sur le versant « clients » (B)

A. Côté marchands

Nous nous attachons d'abord aux conclusions des travaux réalisés par la Commission européenne (i) avant de considérer ces derniers sous l'angle de l'analyse économique (ii).

i. Les conclusions de l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur le commerce en ligne

Les plateformes d'intermédiation électronique considérées ont deux caractéristiques principales : elles proposent un service d'appariement moyennant une commission et peuvent fournir des services auxiliaires (paiements, garanties etc...) pour favoriser et sécuriser les échanges (Bamberger et Lobel, 2017). Les conditions de concurrence et les relations entre marchands et plateformes ont été éclairées dans le cas européen par une enquête sectorielle sur le commerce en ligne lancée par la Commission le 6 mai 2015. La politique suivie par la Commission dans

le domaine est conforme à sa stratégie de longue date : garantir un accès au marché aux entreprises et une pleine liberté de choix aux consommateurs.

L'enquête sectorielle menée entre juin 2015 et mars 2016 par la Commission lui a notamment permis de collecter quelque 2605 contrats de type P2B (Commission européenne, 2017a)². L'enquête de la Commission a mis en exergue des risques d'abus de position dominante mais également d'abus de dépendance économique de la part de plateformes vis-à-vis de marchands indépendants. La prise en compte de ces risques concurrentiels a donné lieu à la publication à l'automne 2017 d'un *inception impact assessment* (Commission européenne, 2017b) pour la mise en place de dispositifs réglementaires adéquats. Elle s'est enfin traduite, le 26 avril 2018, par la publication de l'*impact assessment* lui-même et par la *proposition d'un Règlement européen promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne* (Commission européenne, 2018).

Dans le cadre d'une approche par les effets de la mise en œuvre des règles de concurrence (Marty, 2017b), une telle initiative peut apparaître pour le moins étonnante. Elle propose une réglementation *ex ante* et non une simple mise en œuvre des règles de concurrence *ex post*. Elle réhabilite des notions qui font écho à des questions de transferts de bien-être entre agents et non d'efficacité nette. Elle vise un objectif d'équité dans des relations interentreprises. Ces thèmes pourraient facilement être rattachés à des notions de régulation de la concurrence voire de protection par la réglementation publique de certains acteurs de marché.

La question est, en effet, celle de la nécessité du contrôle du pouvoir de marché de certaines plateformes vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux (en l'espèce les marchands indépendants). La Commission a complété sur ce point son enquête sectorielle, notamment en traitant les réponses de 3549 d'entre eux à un questionnaire et en développant des enquêtes plus approfondies sur certains cas. Au vu des craintes suscitées par des clauses ou des pratiques contractuelles inéquitables, par l'opacité des conditions de transaction et par l'absence de critères clairs de résolution des différends, la Commission visait à définir des « principes of preventing abuse of market power and ensuring that platforms that serve as a gateway to downstream market do not become gatekeepers ».

² Notons au passage que l'enquête ne portait pas que sur la distribution de biens sur Internet mais également sur des accords de licence relatifs à des contenus électroniques. Nous ne traitons ici que de la partie relative aux places de marché.

Dans une telle perspective, une plateforme est vue comme un *opérateur crucial* (ou une *facilité essentielle*) pouvant opposer des refus d'accès au marché *absolus* ou *relatifs* à des opérateurs tiers. Les refus d'accès *relatifs* prennent ici la forme de conditions d'accès dégradées en termes techniques ou financiers. Un verrouillage de l'accès au marché peut être traité sous l'angle de l'abus d'éviction. Pour autant, des conditions tarifaires inéquitables peuvent également donner lieu à des transferts de bien-être au profit de la plateforme. Il s'agit alors de pratiques relevant de l'abus d'exploitation (ou de l'abus de dépendance économique).

La Commission adopte ici une analyse en termes de pouvoir de marché, notion sur laquelle nous reviendrons. La plateforme n'est pas directement visée en tant que verrou d'accès (*gatekeeper*) au marché mais en tant qu'opérateur doté d'une position dominante et en position d'abuser de celle-ci.

Le point de départ de son analyse tient à la concentration croissante du secteur des plateformes d'intermédiation électronique. Celle-ci tient à plusieurs facteurs dont les principaux sont les effets de réseaux et l'avantage stratégique lié à la captation et à l'analyse de flux considérables d'information. Cette concentration est de nature à susciter et à renforcer un déséquilibre dans les capacités de négociation entre plateformes et vendeurs indépendants. Elle place les marchands dans une situation sinon de dépendance du moins de très grande vulnérabilité dans les négociations contractuelles. La Commission, au travers de l'étude menée sur les relations P2B (Ecorys, 2017), a relevé que 46% des marchands ont connu des difficultés avec les plateformes et que ces dernières sont présentées comme fréquentes par 21% d'entre eux.

Les préoccupations de concurrence relevées par la Commission se subdivisent en sept ensembles.

- *Changements soudains et inexplicables dans les conditions contractuelles imposés de façon unilatérale et sans préavis par les plateformes*

La Commission montre que les conditions contractuelles faites aux marchands ne sont pas négociables et donc personnalisables. Une logique de contrats d'adhésion prévaut. L'absence de négociabilité s'explique à la fois par des éléments matériels (le nombre d'intervenants sur la place de marché en regard des équipes commerciales des plateformes) et la stratégie même des plateformes. Ces clauses obligatoires leur donnent souvent le droit de modifier unilatéralement les conditions contractuelles.

- *Déréférencement, suspension ou suppression des comptes*

Si un compte peut être suspendu pour des raisons légitimes, la difficulté peut tenir à l'absence de redevabilité quant aux décisions de la plateforme, aux délais avant que la décision ne soit mise à exécution et enfin aux faibles possibilités de recours (de surcroît rarement suspensifs).

- *Flou sur les méthodes de classement et de présentation des offres*

Le manque de transparence ne porte pas ici sur les clauses contractuelles et / ou leur application mais sur le fonctionnement même de la plateforme. Les problèmes sont liés aux possibilités de manipulation des résultats des recherches des utilisateurs de la plateforme. La problématique est alors la même que celle qui est en jeu dans l'affaire *Google Shopping* qui avait fait l'objet d'une décision de la Commission européenne en juin 2017³. L'opacité des algorithmes de classement et des conditions d'affichage des offres à l'écran est d'autant plus dommageable que le classement sur le moteur de recherche a une importance déterminante en matière de choix de consommation de l'internaute et donc d'accès au marché pour le vendeur⁴.

Les doutes sur la sincérité des résultats de l'algorithme sont d'autant plus forts que la plateforme ne se rémunère pas seulement au travers du trafic (i.e. via la seule qualité de son algorithme d'appariement) mais également à partir de revenus publicitaires ou de services auxiliaires de placement des produits⁵. Le conflit d'intérêts pose alors d'autant plus de problèmes que l'algorithme répond à des critères opaques et qu'il est possiblement manipulable⁶.

- *Restriction à l'accès et la portabilité des données consommateurs*

La capitalisation et le traitement des informations personnelles (ou anonymisées) sont les clés de l'avantage concurrentiel des plateformes et la source de leur création de valeur (Evans et Schmalensee, 2015). Cet actif stratégique n'est cependant pas accessible aux différents utilisateurs de la plateforme, notamment les marchands. Des clauses contractuelles restrictives en la matière leur sont imposés. La rétention de cette information par la plateforme accroît la dépendance du marchand vis-à-vis d'elle en réduisant ses capacités d'adaptation de son offre et

³ Cas 39740, Google Search (Shopping), 27 juin 2017.

⁴ Selon la Commission (2018, p.13), les cinq premiers résultats font l'objet de 88 % des clics. La probabilité qu'un lien situé au-delà de la dixième position reçoive une visite est inférieure à 1,1%.

⁵ La question est ici celle des mécanismes de type *pay-for-ranking*. L'absence de transparence de ces programmes de « partenariat » peut faire craindre des manipulations des résultats de recherche. Voir pour une analyse détaillée le travail de Guido Smorto (Smorto, 2018, p.19)

⁶ Rappelons dans l'affaire Google Shopping l'importance de l'algorithme de correction des résultats de recherche dans les pratiques anticoncurrentielles caractérisées par la Commission (sur les effets combinés des algorithmes de recherche et de correction (*demoting*) voir Portuese (2017)).

en réduisant drastiquement ses possibilités de multi-hébergement ou de mise en place de canaux de distribution directe. Cette dépendance se traduit de surcroît par la nécessité de recourir à des services additionnels de traitement des données, lesquels sont fournis par la plateforme elle-même. Au travers de ces prestations celle-ci peut extraire une part additionnelle du surplus généré par la présence sur la plateforme en sus de la commission retenue sur chaque transaction.

- *Les risques de discriminations entre les utilisateurs*

Les plateformes peuvent avoir une nature duale. Elles peuvent non seulement être une place de marché, mettant en contact offreurs et demandeurs mais également un canal de distribution de produits directement vendus aux utilisateurs⁷. Le risque est ici que les services internes soient favorisés par rapport aux services proposés par les utilisateurs tiers de la plateforme⁸. Il en est de même pour les utilisateurs de services payants de type *pay-for-ranking*. Ce risque de distorsion de concurrence est d'autant plus élevé que l'algorithme de recherche et d'appariement répond à des critères opaques. Ce risque de discrimination peut, ce faisant, inciter les utilisateurs de la plateforme à recourir à des services additionnels dans l'espoir de prévenir les éventuels biais dont ils pourraient être victimes. L'abus d'exploitation passerait alors par l'obligation implicite de payer des services qui n'auraient pas été souscrits en l'absence de tels doutes⁹.

- *Les clauses de parité*

Un autre canal d'exercice du pouvoir de marché passe par l'imposition de clauses potentiellement déséquilibrées comme celles de la *nation la plus favorisée*. De telles clauses imposent au vendeur de ne pas proposer de prix plus bas que ceux qu'il propose sur la plateforme ou de proposer toutes ses offres sur la plateforme (Caccinelli et Toledano, 2018). Cela conduit à réduire la pression concurrentielle qui s'exerce sur la plateforme¹⁰.

⁷ Les ventes en ligne réalisées par des marchands indépendants via des plateformes représentent au sein de l'UE 22% des ventes de détail en ligne (Commission européenne, 2018, p.21). Les ventes directement assurées par la place de marché et non par des vendeurs tiers ou encore le développement de produits propres introduisent des risques de distorsions au détriment des marchands indépendants. Les risques pour ces derniers sont d'autant plus élevés que pour des segments de clientèle stratégiques (les *millennials* notamment), le marqueur de la qualité du produit acheté en ligne tient moins à la marque qu'aux commentaires d'utilisateurs (Fulgoni, 2018).

⁸ Il est possible en l'espèce de considérer l'enquête annoncée en septembre 2018 par la DG Concurrence quant à l'exploitation stratégique par Amazon des informations obtenues sur les transactions réalisées par des vendeurs tiers sur sa plateforme, pour ajuster ses offres. Cette dissymétrie informationnelle fait obstacle à une concurrence à égalité des armes. Elle pourrait également être rapprochée de problématiques déjà connues dans le secteur de la grande distribution au travers des conditions de concurrence entre marques nationales et marques de distributeur/

⁹ Cf. au niveau européen, le cas S&P's pour les codes ISIN. European Commission, 2011, Standard & Poor's, COMP/39592, 14 May.

¹⁰ Voir pour une procédure d'engagements sur ce point : Autorité de la Concurrence, Décision n°15-D-06, du 21 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

- *Absence de mécanisme efficace de règlement des différends*

Une dernière manifestation de la puissance de négociation déséquilibrée entre la plateforme et ses utilisateurs tient à sa capacité de refuser la mise en place et la mise en œuvre de mécanismes effectifs de règlement des différends. La marque de la puissance de marché tient à la capacité à agir indépendamment des autres parties prenantes de la transaction. Cette capacité à agir unilatéralement, rapidement et sans procédure de recours accessible pour les marchands est une condition essentielle à la crédibilité des menaces potentielles dans les transactions et donc à la possibilité d'abuser de sa position dominante.

ii. Discussion économique

Il est possible de s'interroger sur les capacités des plateformes d'intermédiation numérique à concentrer un pouvoir économique leur permettant d'imposer des conditions de transaction déséquilibrées. La caractéristique du marché est sa concentration rapide en un nombre très réduits d'acteurs du fait de l'existence d'effets de réseaux directs et indirects. La concentration sur quelques acteurs s'explique en outre par l'avantage concurrentiel cumulatif lié à la capitalisation des informations. Plus les utilisateurs sont nombreux, plus les transactions sont nombreuses et plus les algorithmes sont performants qu'il s'agisse de l'algorithme d'appariement ou des algorithmes d'analyse du profil des internautes ou de prédiction de leur comportement d'achat. La combinaison des effets de réseaux et de ses avantages informationnels se traduit à la fois par une consolidation constante de la position dominante et la possible érection de barrières à l'entrée. Notons d'ailleurs que les barrières à l'entrée dans le domaine des plateformes numériques ne sont pas que technologiques ou informationnelles, elles peuvent être physiques. En effet, la réussite d'Amazon ne se limite pas à la performance d'un algorithme d'appariement mais repose sur l'optimisation d'une chaîne logistique dans son ensemble (Bamberger et Lobel, 2017).

Relevons également qu'une plateforme dominante dans le secteur de la distribution jouit à terme d'un autre avantage vis-à-vis de ses concurrents de plus faible taille. Il s'agit du *waterbed effect* (Dobson et Inderst, 2008). Amazon est par exemple en bonne position pour exiger des transporteurs des conditions commerciales particulièrement avantageuses, pouvant éventuellement les conduire à tarifier en deçà de leurs coûts. Ces derniers ne peuvent récupérer leurs pertes que sur les tarifs pratiqués pour d'autres segments de clientèle voire pour d'autres places de marché électroniques... celles-ci dès lors souffrent d'un désavantage de coûts additionnel vis-à-vis de la plateforme dominante !

En quelque sorte, la contestabilité du marché ne survivrait pas au phénomène du *winner-takes-all* (sinon à celui du *first mover advantage*)¹¹. L'avantage informationnel de l'opérateur dominant serait, à partir d'une certaine maturité du marché, impossible à compenser pour un nouvel entrant. La question est alors la suivante : l'économie des plateformes donne-t-elle lieu à l'apparition de barrières à l'entrée informationnelles qui se muent en barrières à l'entrée technologiques de par le lien entre quantité d'information disponible et performance des algorithmes¹² ? Notons que pour certains auteurs, à l'inverse, les barrières à l'entrée tenant aux informations sont particulièrement faibles dès lors que l'on prend en considération la possibilité de racheter des données auprès d'opérateurs tiers (Tucker et Wellford, 2014).

La concentration dans le domaine des plateformes d'intermédiation s'inscrit dans un net contraste avec la dispersion des vendeurs indépendants. Les plateformes même si elles ne sont pas dominantes au sens des règles de concurrence peuvent être des « verrous compétitifs » pour l'accès au marché des offreurs pour certains segments de clientèle (Armstrong, 2006). Cela peut être le cas par exemple si les clients utilisent uniquement une plateforme donnée pour un certain type d'achat. Les consommateurs ont alors tendance à opter pour un *mono-hébergement*. Cette option peut procéder d'habitudes de consommation de la part des utilisateurs mais également de dispositifs incitatifs mis en œuvre par les plateformes. Celles-ci peuvent leur proposer des *contrats d'exclusivité* (Armstrong et Wright, 2007) pour consolider leur choix (sous forme de remises de fidélité, de promotions exclusives, de conditions plus favorables d'acheminement etc...).

¹¹ Pour une discussion de cette hypothèse selon laquelle l'économie des plateformes conduirait inexorablement à une concentration du pouvoir de marché voir Hagiou et Rothman (2016) et Evans et Schmalensee (2016). Pour ces derniers la conquête d'une part prépondérante des consommateurs sur un des versants de l'activité ne suffit pas à asseoir durablement une dominance profitable. La part de marché seule ne suffit pas (voir la dynamique de marché de *MySpace*). Une moindre capacité à monétiser sa part de marché sur le second versant, une réduction de la qualité du service rendu ou une innovation de rupture réalisée par un concurrent ou un nouvel entrant peuvent mettre à mal la dominance quelque écrasante qu'elle soit.

¹² Il est également possible de considérer qu'une entreprise peut utiliser son avantage informationnel constitué sur un marché déjà dominé pour étendre sa position dominante sur un second marché connecté sur la base de cet avantage que les concurrents ne peuvent répliquer. Dans certains cas, le levier concurrentiel ne reposerait pas sur des subventions croisées mais sur l'usage d'un avantage informationnel (Prüfer and Schottmüller, 2017). Ce risque concurrentiel est connu dans les industries de réseau en cours de libéralisation. En France, l'Autorité de la concurrence a eu à se prononcer sur l'utilisation des bases de données clients par les anciens monopoles publics que sont EDF (Autorité de la concurrence, décision n°13-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque) et Engie (Autorité de la concurrence, décision n°17-D-06 du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques) et de l'accès des nouveaux entrants à ces dernières. L'exemple le plus direct tient cependant aux diversifications verticales ou connexes des firmes dominantes du secteur numérique. Celles-ci peuvent mettre à profit leur connaissance des consommateurs pour acquérir rapidement une position dominante sur de nouveaux marchés.

La plateforme va alors faire payer le coût de cette fidélisation au versant de marché qui a tendance à pratiquer un multi-hébergement et qui dépend de cet accès pour accéder à ces clients, c'est-à-dire les marchands indépendants (Commission européenne, 2018, p.25). Dans le cadre d'un marché biface, il peut, en effet, être rationnel, pour une plateforme, de favoriser les participants d'un des deux versants au détriment des autres (Rochet et Tirole, 2003). Plus les plateformes sont en concurrence pour attirer les consommateurs, plus elles auront tendance à faire pression sur les marges des offreurs. Nous retrouvons ici la même problématique que celle induite par la concentration des centrales d'achat dans la grande distribution (Bougette et al., 2017). L'une des difficultés vient du fait que les plateformes peuvent imposer *ex post* aux marchands des baisses de prix unilatérales et non explicables. En effet, comme nous l'avons vu, le modèle de développement des plateformes impose d'acquérir très vite une taille critique au moyen de fortes baisses de prix sur le versant le plus concurrentiel dans lequel il s'agit de conquérir le plus d'utilisateurs (Evans et Schmalensee, 2008 ; Fletcher, 2007).

Cependant, la concentration croissante dans le domaine des plateformes ne signifie en rien le relâchement de la pression concurrentielle sur les opérateurs amont. En effet, ces derniers font face (comme cela est également le cas pour les centrales d'achat) une réduction significative des options de sortie. La dépendance s'accroît donc avec le relâchement de la pression concurrentielle aval (Smorto, 2018). Nous avons en outre relevé que les contrats proposés par les plateformes aux marchands sont de type *take it or leave it*. Il n'y a donc pas de place ni pour les stratégies d'*exit*¹³, ni pour celles de *voice*¹⁴. La dominance s'exercerait alors au travers des capacités d'imposer les termes des transactions et de les changer de façon discrétionnaire (Horton, 2010), fréquente¹⁵ et sans préavis suffisant ni voie de recours adéquate. Le pouvoir de marché tient en effet à la capacité de s'abstraire des réponses possibles des autres parties prenantes à ses décisions.

La puissance de marché des plateformes est d'autant plus significative qu'ils apparaissent aux yeux des vendeurs comme des verrous essentiels pour l'accès au marché (*gatekeepers*).

¹³ Les restrictions à la portabilité des données (et des avis consommateurs) constituent également un frein pour la mise en œuvre des stratégies d'*exit* (Smorto, 2018). La plateforme pourrait stratégiquement réduire les capacités de réaction des deux types de participants en accroissant leurs coûts de changement en entravant leurs capacités à transférer leurs informations (et leur réputation numérique) vers une autre plateforme (Lobel, 2016). Rappelons qu'au niveau européen, le troisième volet de l'affaire Google tient à la portabilité des annonces *AdSense* (affaire Google Search 40411, procédure ouverte le 14 juillet 2016).

¹⁴ Un exemple assez frappant de cette capacité d'imposer des clauses contractuelles déséquilibrées peut tenir à des acceptations de renoncer à des voies de recours en cas de contentieux. Des plateformes peuvent imposer une juridiction de recours (souvent aux Etats-Unis), imposer le recours à l'arbitrage privé voire imposer de renoncer par avance à rejoindre d'éventuelles actions de groupe contre la plateforme (Smorto, 2018, p.13).

¹⁵ Les termes contractuels fixés par Uber évolueraient sur une base quasi-quotidienne (Calo et Rosenblat, 2017).

L'actuelle concentration autour des assistants vocaux personnels renforce la convergence vers un modèle de silos. La plateforme peut-elle avantager ses propres produits (en cas d'intégration verticale) ou des produits pour lesquels des concurrents ont payé des commissions additionnelles (Stucke et Ezrahi, 2017) ? L'absence de transparence sur le fonctionnement de l'algorithme accroît encore le risque...

Les conclusions de Lina Khan (2017) pour le cas d'Amazon semblent converger avec ce *scenario*. Dans le segment de marché correspondant à la vente de livres, Amazon récupérerait ses baisses de prix en faveur des consommateurs en augmentant les commissions payées par les éditeurs (p.765). Ces derniers feraient face à un *increasing cost of doing business with Amazon* (p.766). Pour Lina Khan l'effet de la réduction des marges des éditeurs ne se traduit pas seulement par un transfert de bien-être entre les éditeurs et la plateforme mais également par une limitation de la capacité des éditeurs à investir sur de nouveaux « produits » et « auteurs ». Ce faisant, le consommateur subit indirectement un dommage en termes de liberté et de diversité de choix futurs. Il s'agit de deux dimensions qui étaient prises en compte dans la jurisprudence européenne traditionnelle mais qui ne peuvent être intégrées dans le cadre d'une approche par les effets (Marty, 2017b).

B. Côté consommateurs

La capacité des plateformes à abuser de leur position dominante par rapport aux consommateurs peut sembler paradoxale. En effet, le développement des plateformes est communément présenté comme devant conduire à une baisse des prix et à une convergence de ces derniers au travers de l'usage d'outils de comparaison. Cependant, il apparaît que le fonctionnement des plateformes se caractérise plutôt par un foisonnement et une instabilité chronique de ceux-ci. Les prix peuvent évoluer selon trois canaux : des logiques de tarification de pointe (reflétant les déséquilibres instantanés entre offre et demande), des personnalisations tarifaires mais aussi des stratégies de tests menées par les plateformes elles-mêmes pour calibrer leurs algorithmes... si ce n'est pour contrecarrer les algorithmes de surveillance des prix que pourraient mettre en œuvre des consommateurs ou des concurrents¹⁶. Il y aurait 2,5 millions de changements de prix quotidiens sur Amazon (Mehra, 2016).

¹⁶ Voir la notion d'*algorithmic consumer* (Gal et Elkin-Koren, 2017).

Il ne s'agit pas ici de discuter des effets de la discrimination tarifaire. Les effets d'une discrimination parfaite sur le bien-être total peuvent être, sous certaines conditions, positifs¹⁷. Au point de vue redistributif, la discrimination peut également permettre de rendre la consommation accessible à certains segments de clientèle. Pour autant, elle se traduit par des transferts de bien-être significatifs et peu transparents entre agents économiques (Lande, 1982).

Au-delà de cette première question, le pouvoir de marché des plateformes vis-à-vis des consommateurs pose de nombreuses questions. Elles peuvent notamment utiliser stratégiquement l'information acquise sur les consommateurs (Edelman et Geradin, 2018). Celle-ci ne se limite pas aux données collectées mais tient également aux données déduites ou inférées. En effet, les entreprises du numérique, avant d'être des régies publicitaires ou des places de marchés, sont des entreprises de traitement de la donnée (Fulgoni, 2018, Cohen, 2017). L'information que peut collecter une place de marché sur ses utilisateurs est d'autant plus précieuse qu'elle ne concerne pas seulement les ventes passées (données que les magasins du monde physique détenaient mais n'exploitaient guère) mais également les susceptibilités d'achat (via les pages consultées ou encore les articles mis dans le panier) et les processus comportementaux qui conduisent à l'achat. Cela permet de cibler d'autant mieux le consommateur et de définir les *stimuli* nécessaires pour déclencher un acte d'achat. Une plateforme de commerce en ligne peut ainsi aisément profiler ses utilisateurs¹⁸, et notamment au travers de son algorithmes et de ses propositions, jouer sur ses préférences elles-mêmes et influencer son comportement. Cela ne va pas sans poser problèmes.,

Un premier problème lié au profilage tient à la possibilité – théorique pour l'heure – de mettre en place une discrimination parfaite de premier degré¹⁹. Celle-ci réside en la capacité de déterminer le consentement maximal à payer du consommateur et à pratiquer un prix individualisé égal à son prix de réservation (Mehra, 2016). La plateforme serait en mesure d'extraire la totalité du surplus du consommateur. Cette discrimination peut, comme nous l'avons vu prendre la forme de *versioning*. Elle ne se fait alors pas sur la base du prix mais sur celle de la qualité (bien plus difficile à évaluer). La CMA britannique a pu relever ce risque

¹⁷ Pour une discussion économique des effets de la discrimination, voir OFT (2015), Bergemann et al. (2015) et Marty (2017a)

¹⁸ Notons que par l'acquisition de données auprès de tiers ou de l'utilisation d'instruments de suivi de navigation, une plateforme peut acquérir des informations sur le comportement de ses clients en dehors de sa place de marché.

¹⁹ Il s'agit d'une micro-segmentation qui rapproche une discrimination de troisième degré d'une discrimination de premier degré (Marty, 2017a).

dans son rapport de 2015 : « this may enable a firm to engage in quality discrimination where quality differences are not reflected in the price of goods or services » (CMA, 2015, p.93).

La personnalisation des prix peut également être saisie sous un autre angle, celui de la différenciation tarifaire. La pression à la baisse sur les prix, exercée par les plateformes, ne doit pas être généralisée. Elle prévaut pour les produits essentiels pour assurer du trafic ou pour lesquels la décision de consommation est essentiellement dictée par le prix. Dès lors que le consommateur recherche un produit plus rare, qu'il valorise plus particulièrement, les prix se caractérisent non plus par une convergence à la baisse mais par un foisonnement à la hausse (Ellison et Fisher-Ellison, 2018). C'est par exemple le cas des livres d'occasion sur Amazon. Les prix en ligne sont plus dispersés et plus élevés que les prix dans les « boutiques en dur ». Les consommateurs qui valorisent l'acquisition d'un titre et qui utilisent de façon privilégiée une plateforme donnée (en y accédant directement et non par un comparateur de prix) se voient proposer des prix élevés. De la même façon, des plateformes de vente bien classées sur les moteurs de recherche ont intérêt à attendre les clients intéressés avec des prix élevés. La stratégie des plateformes est donc différenciée en fonction des routines des consommateurs.

Un deuxième problème lié au profilage des consommateurs tient à la possibilité de manipulation de leurs choix. Celle-ci peut d'abord passer par des biais dans la présentation des résultats de recherche²⁰. Le profilage du consommateur peut conduire à lui proposer un certain type de produits en fonction de ses habitudes passées ou des prédictions faites à partir de leur caractérisation (Calo, 2014). L'éventail des choix est automatiquement réduit pour le consommateur qui fait face – comme cela est le cas en matière informationnelle pour les algorithmes des réseaux sociaux – à une bulle de filtre (Pariser, 2011). L'un des problèmes posés par de telles « décisions » algorithmiques (en matière de propositions de résultats) est qu'elles déterminent les opportunités futures des consommateurs en formatant l'espace des choix qui leur sont ouverts. Les prédictions de l'algorithme ont dès lors de fortes chances d'être confirmées. Les éventuelles discriminations sociales peuvent être ainsi aggravées, par exemple en appliquant des taux d'intérêts supérieurs à des clients rattachés par leurs caractéristiques ou par leurs comportements à des catégories « risquées » (Pasquale, 2015).

²⁰ Notons également que la question des distorsions dans les choix en fonction de leur présentation joue non seulement en matière de présentation des choix sur écran mais se pose avec une acuité encore plus marquée quand les options passent la voie. Avec les assistants et enceintes personnels fonctionnant à la seule voix, l'éventail des choix est encore plus réduit (Stucke et Ezrachi, 2017).

La manipulation peut également prendre la forme de stratégies plus discutables encore qu'il s'agisse de pratiques de *price steering* ou de pratiques de manipulation des choix par le biais de production de *stimuli* (fenêtre *pop-up* avec des annonces de réduction etc...). Le problème tient au fait que certains consommateurs, notamment les plus vulnérables (les plus contraints financièrement ou encore les plus risquophiles), peuvent être plus facilement victimes de ces pratiques (Lynskey, 2017). Un dernier volet relatif aux consommateurs pourrait tenir aux préoccupations liées à l'apparente gratuité de certains services rendus par des plateformes bifaces (Edelman et Geradin, 2018). Celle-ci a, de fait, des contreparties. Elles s'expriment en termes d'acquisition de données mais aussi, ce qui est plus préoccupant, en termes de verrouillage des clients (effet de silo) ou de levier anticoncurrentiel (au travers par exemple de ventes liées) permettant d'étendre la position dominante vers d'autres marchés que ces derniers soient émergents ou encore concurrentiels²¹.

2- Comment contrebalancer efficacement un déséquilibre de puissances de marché ?

Il s'agit ici de considérer successivement la portée des remèdes concurrentiels potentiels (A) et les options réglementaires (B) pouvant potentiellement répondre aux problèmes décrits *supra*.

A. L'outil de la répression des pratiques anticoncurrentielles

Il est à nouveau pertinent de s'attacher au document de travail de la Commission accompagnant son évaluation d'impact (Commission européenne, 2018, p.11). Ce dernier revient sur les résultats de l'enquête Ecorys (2017) lesquels mettent notamment en exergue le fait que le pouvoir déséquilibré des plateformes vis-à-vis des marchands n'est pas le fait exclusif des plateformes dotées de pouvoir de marché. En effet, « evidence from the same surveys also indicates that potentially harmful unilateral practices are not limited to very large online platforms [...]. Not only the very largest online platforms can exhibit an imbalance in bargaining power that enables potentially harmful unilateral trading practices to occur ».

Ainsi, saisir le problème au travers des critères du droit de la concurrence risque donc d'être insuffisant sinon vain. Saisi de façon étroite, le droit de la concurrence n'est pas un outil de correction des déséquilibres contractuels significatifs. Il vise à sanctionner les pratiques abusives reposant sur une position dominante caractérisée sur un marché pertinent strictement déterminé. La difficulté de sanctionner les abus de dépendance économique par l'intermédiaire du *grand droit de la concurrence* en France (article L. 420-2 du code de commerce) par rapport

²¹ Pour une illustration des stratégies de levier anticoncurrentiel au travers de ventes liées, voir le raisonnement de la DG Concurrence dans la décision Android (cas 40099, Google Android, 18 juillet 2018).

à ce qui peut être fait par le truchement du *petit droit de la concurrence* (droit des pratiques restrictives) en témoin (Marty et Reis, 2013).

Il n'en demeure pas moins que la disqualification de l'outil concurrentiel pour faire face à ce type de question conduit à faire sienne une conception particulière du droit de la concurrence qui n'était peut-être pas celle des auteurs des lois antitrust (1890 et 1914) ni celle des concepteurs du Traité de Rome (1957). Cette conception fait des règles de concurrence une variable pour maximiser une seule et unique variable : l'efficacité totale, sous la dénomination de bien-être du consommateur (Marty, 2014). Or, si nous nous penchons sur le Traité de Rome, l'objet était plus de garantir, dans une optique plus ordolibérale, une *concurrence complète*, en d'autres termes, de préserver le processus de concurrence contre la formation et l'exercice de pouvoirs économiques et de garantir pour les acteurs une pleine liberté de marché, qu'il s'agisse de la liberté de choix pour les consommateurs ou de la liberté d'accès au marché pour les offreurs (Marty, 2015).

Si nous portons notre regard sur l'Antitrust américain, Lande (1982) considérait déjà que la question n'était pas celle de l'efficacité mais celle de la sanction des transferts indus de bien-être entre agents économiques. Pour Fox (2013), le Sherman Act était « for diversity and access to markets; it was against high concentration and abuses of power ». Dans une optique telle que la définit Lina Khan (2017) en matière de politique de concurrence, la puissance de marché des plateformes d'intermédiation relève indubitablement du périmètre des règles de concurrence. En effet, cinq facteurs doivent être considérés en son sens : i) les barrières à l'entrée, ii) les possibles conflits d'intérêts, iii) l'émergence de phénomènes de *gatekeepers* ou de verrous concurrentiels (*bottlenecks*), iv) le contrôle et l'usage de données et v) la dynamique des pouvoirs de négociation.

Le pouvoir de marché des plateformes peut s'apprécier sous plusieurs angles. Un premier tient à leur capacité à accroître leurs ventes et leurs revenus sans dégager de rentes importantes, en d'autres termes sans réaliser les profits qu'attendraient théoriquement les actionnaires pour bénéficier de dividendes. C'est une spécificité de l'industrie numérique actuelle que de voir les marchés financiers soutenir d'un côté des entreprises dont la finalité est d'être rachetées (même sans avoir réalisé de chiffre d'affaires) et de l'autre des entreprises maximiser leurs ventes au détriment de leur rentabilité même. Dans les deux cas, l'horizon de placement des investisseurs est plus long que la normale. Ils anticipent d'un côté une plus-value de cession et ils investissent dans l'autre dans la conquête d'un pouvoir de marché futur.

Notons également que la conquête de parts de marché se traduit par des prix (généralement) bas pour les consommateurs. L'objectif est de réaliser une croissance suffisante pour atteindre une échelle assurant une situation dominante. Il ne s'agit pas d'acquérir une dominance pour en abuser à court terme mais pour bénéficier d'une position de marché qui ne sera plus contestable. Il s'agit, ni plus ni moins, que d'obtenir le plus grand avantage de la situation de monopole au sens de John Hicks (1935) : *la vie paisible* (et non pas la maximisation du profit). Les firmes ne visent pas la maximisation du profit à court terme mais l'acquisition d'une position dominante dans une activité où les rendements d'échelle sont croissants et où des barrières à l'entrée informationnelles se construisent progressivement²².

Le verrouillage de cette position peut passer comme nous l'avons noté *supra* par des contrats d'exclusivité en faveur des consommateurs en ce qu'il s'agit du versant de la plateforme biface qu'il faut inciter à opter pour une stratégie de mono-hébergement. Lina Khan (2017, p.750) illustre cette stratégie par le développement d'Amazon Prime. En l'espèce, l'effet de fidélisation est intéressant à considérer pour jauger du pouvoir de marché au sens concurrentiel du terme tant par rapport aux marchands qu'aux consommateurs individuels. Nous avons vu que par rapport aux marchands, bénéficiaire d'un segment mono-hébergé permet de se constituer en *bottleneck* et donc d'exercer une pression sur les prix et les conditions commerciales. Cette fidélisation consolide également la position vis-à-vis des consommateurs en rendant leur demande plus *visqueuse*. En d'autres termes, la concurrence n'est plus à *un clic*. Les consommateurs peuvent ne plus modifier leurs comportements même si les conditions du programme de fidélisation évoluent dans un sens qui leur est plus défavorable. Les *routines* acquises sur les marchés numériques semblent être plus pérennes que celles qui peuvent prévaloir sur les marchés physiques²³. Investir dans une base de clientèle large en première période peut être un bon investissement en pouvoir de marché futur (Candeub, 2014).

Si nous sommes indubitablement face à un problème concurrentiel, il n'en demeure pas moins que l'efficacité des outils traditionnels fournis par le droit de la concurrence peut faire l'objet d'une discussion.

²² Les barrières à l'entrée peuvent également être financières comme le montre la décision de la Commission européenne dans l'affaire *Google Shopping* en juin 2017. Celle-ci montre notamment que la dominance du moteur de recherche s'est fondée sur les rendements croissants liés au trafic mais aussi et surtout à la capacité de Google à générer des revenus et à les réinvestir massivement dans son algorithme.

²³ Notons que la réduction de la mobilité de la base de clientèle peut également s'appuyer sur la formation de silos. Changer de plateforme peut induire des coûts (*switching costs*) en termes financiers, de contenus ou indirectement en termes d'adéquation des offres.

Les outils les plus immédiats sont ceux liés à la sanction des abus d'exploitation et celui des abus de dépendance économique²⁴. Cependant, deux limites sont à relever. Premièrement, ces abus ne sont pas pris en compte dans le cadre d'une approche plus économique laquelle se préoccupe exclusivement de l'efficacité et non de questions de répartition. Deuxièmement, se pose la question de l'existence de critères clairs de décision pour ce genre d'abus (Bougette et al., 2017). La voie de la sanction des abus d'exploitation semble donc difficile à prendre compte tenu de l'influence de l'approche plus économique (Cohen, 2016).

Reste donc la voie des abus d'éviction. Une stratégie d'éviction par les prix est susceptible d'être invoquée si on se place dans la perspective d'une distorsion de concurrence sur la place de marché entre les marchands indépendants et les produits directement vendus par la plateforme. Il faut alors mettre en évidence le fait que des discriminations mises en œuvre par la plateforme (par exemple via des mécanismes de *pay-for-ranking*) soient susceptibles de mettre en cause une concurrence à égalité des armes entre les marchands. Des questions se posent cependant. Une plateforme a-t-elle à gagner à réduire la diversité des marchands qui utilisent ses services ? La qualité de la prestation qu'elle rend aux utilisateurs ne risquerait-elle pas d'être réduite ?

La seconde pratique qui peut relever des abus d'éviction est celle du levier concurrentiel. Elle est néanmoins questionnable en ces mêmes termes. Si la plateforme a un pouvoir de marché, pour quelle raison voudrait-elle l'étendre en évinçant les marchands ? Elle a au contraire, du moins sur le principe, tout à gagner à concentrer la rente en vertu de la loi du profit de monopole unique.

De façon plus générale encore, la capacité à mettre en œuvre des tests de prix pour jauger de leur nature (prix d'éviction ou prix d'exploitation) est significativement réduite par la fréquence et l'ampleur des mouvements de prix sur les plateformes, mouvements pour la plupart automatisés. Caractériser une stratégie d'éviction ou une extraction de rente induite avec un foisonnement excessif des prix peut s'avérer difficile, sinon impossible, mais en tout état de cause peu robuste dans le cadre d'un contentieux concurrentiel (Radin, 2017).

La solution serait alors de se détourner de l'outil concurrentiel. Pour Lynskey (2017) se focaliser sur le pouvoir de marché des plateformes conduirait à une impasse dans le cadre d'une mise en œuvre des règles de concurrence reposant sur une approche par les effets. Il s'agirait alors de considérer que l'exercice d'un pouvoir de marché peut poser deux problèmes

²⁴ Dans le cadre du droit des Etats membres et non celui de l'UE.

concurrentiels : l'un en termes de bien-être, l'autre en termes de pouvoir de régulation des marchés. C'est la notion de *regulatory damage* au sens de Nachbar (2013). Dans un tel cas de figure, un pouvoir économique privé se trouve en position de réguler les prix, les investissements et les conditions d'accès au marché dans un segment donné. Cette responsabilité selon Nachbar appartient aux pouvoirs publics. A ce titre, une plateforme dotée d'une position de marché dominante et non contestable pourrait faire l'objet d'une régulation comme une *public utility*. Il s'agit dans ce cadre de tirer les conséquences d'une impossibilité de concurrence et donc de l'existence d'un pouvoir de marché pour en limiter par la réglementation les possibilités d'usage et donc en prévenir les possibilités d'abus (Boyd, 2014).

Le *New Brandeis Movement*²⁵ s'ancre dans cette logique dans laquelle l'intervention publique peut être nécessaire pour contrecarrer les possibilités d'abus de pouvoir de marché des entreprises dominantes (voire orienter leur puissance économique dans un sens conforme à l'intérêt public). La jurisprudence américaine a de longue date admis la possibilité d'une intervention réglementaire dès lors qu'un intérêt public est affecté par un opérateur économique, même si ce dernier ne contrôle pas *stricto sensu* une facilité essentielle²⁶. Dans une perspective *hamiltonienne*, la logique d'une réglementation des activités économiques *affected with a public interest* suppose que la collectivité ne renonce pas aux gains d'efficacité liés au monopole mais limite les capacités de l'entreprise en question à tirer profit de son pouvoir de marché²⁷. Au final, la solution proposée par Lina Khan (2017, p.800) revient à appliquer aux plateformes dominantes la théorie des facilités essentielles mais dans un sens dépassant celui appliqué en matière concurrentielle.

B. Réglementation ex ante : conformité / autorégulation ?

S'abstraire du cadre du droit de la concurrence revient à considérer la plateforme non plus comme un opérateur doté d'un pouvoir de marché et susceptible d'en abuser mais comme un acteur ayant un rôle pivot dans l'écosystème numérique. Ce dernier est dès lors doté de

²⁵ Cette approche a pu également être qualifiée de *populisme antitrust* (voir notamment Orbach (2017)). On peut préférer, suivant Nicolas Petit, la qualification de *néo-structuralisme*.

²⁶ Il ne s'agit pas ici de revenir sur le traitement en droit de la concurrence américain de la notion de facilité essentielle (Marty, 2018b). Soulignons seulement que Khan (2017, p.797) reprend Leslie (2012) selon lequel l'ICC (Inter State Commerce Commission) «was created partly in response to the abusive conduct of railroads, whose control over an essential facility enabled them to pick up winners and losers among farmers ».

²⁷ Relevons que dans les années trente les positions des économistes de l'Ecole de Chicago allaient au contraire dans le sens d'un démantèlement des entreprises dont la position dominante ne pouvait plus être remise en cause par la concurrence. Il s'agissait alors de renoncer aux gains potentiels de la concentration pour éviter dans une optique *jeffersonnienne* que le *Big Business* n'impose de devoir recourir au *Big Government* (Bougette et al., 2015).

capacités de *faiseur de marché* (Mansell, 2015). Il doit, à ce titre, assumer certaines responsabilités. Pour autant, il est difficile, comme nous l'avons noté *supra*, de considérer la plateforme comme une facilité essentielle²⁸. Cette qualification demeure une catégorie de droit de la concurrence et est soumise à la satisfaction d'un certain nombre de critères restrictifs (Marty et Pillot, 2012). De fait Lynskey (2017) s'oriente vers un concept certes relevant du domaine concurrentiel mais qui n'appartient pas au registre de l'approche plus économique actuelle. Il s'agit d'un « vieux » standard jurisprudentiel de la Cour de Justice, inspiré de l'approche ordolibérale : le concept de *responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis du maintien d'une situation de concurrence effective sur le marché*.

L'opérateur sur lequel pose cette responsabilité particulière doit veiller à ce que ses agissements sur le marché (voire son absence d'action) ne soient pas susceptibles d'en altérer la structure ou la dynamique concurrentielle. Des décisions qui seraient admissibles de la part d'un opérateur dans une autre situation de marché lui sont interdites (Marty, 2014). Une telle conception est actuellement mise en cause par les institutions européennes dans le cadre de leur adhésion à une approche par les effets. Elle apparaît comme formaliste et comme favorisant les opérateurs de marché concurrents au détriment non seulement de l'opérateur dominant mais *in fine* du consommateur lui-même. Elle entre en contradiction avec une optique selon laquelle seule l'efficacité prime et pour laquelle le principal risque est de protéger les concurrents et non la concurrence.

Pour autant, elle fait écho à la position de *gatekeeper* de certains opérateurs. Pour reprendre Nachbar (2013) si l'impact du pouvoir de marché en termes de bien-être peut faire l'objet d'une discussion quant à ses effets sur le bien-être, ses conséquences en termes de capacités de régulation privée des marchés concernés créent indubitablement un problème, en termes de *dommage régulateur*. Une position de verrou permet de réguler l'accès au marché pour les opérateurs économiques tiers mais aussi l'accès à l'information pour tous les participants (Barzilai-Nahon, 2008). Dès lors, une intervention peut apparaître nécessaire pour contrecarrer la capacité d'acteurs privés à influencer sur les choix et les comportements de marché d'acteurs tiers (Laidlaw, 2010), non pas dans un souci d'efficacité mais d'équité et de transparence.

²⁸ Notons qu'une forme dérivée d'application de la théorie des facilités essentielles peut résider en une qualification portant non pas sur la plateforme elle-même mais sur les données qu'elle est susceptible de détenir (voir Abrahamson, 2014 et Meadows, 2014). Plusieurs questions se posent néanmoins. Les informations détenues par les plateformes ne sont pas des biens rivaux (au sens économique) en ce qu'ils peuvent être communiqués par les internautes à plusieurs opérateurs successivement ou simultanément (Varian, 2017). De la même façon, il existe des *data brokers* qui permettent d'acquérir *ex post* et pour un montant raisonnable ces données.

Une telle réglementation peut donc être motivée par des dommages potentiels dépassant le strict périmètre du bien-être. Les préoccupations en jeu recouvrent des dimensions non-économiques mais également des dimensions que l'on aurait quelque peine à exclure de ce champ à savoir l'égal accès aux informations, aux opportunités de marché mais aussi l'équité en général (*fairness*) et l'absence de discrimination.

Le problème, dès lors qu'une réglementation est envisagée, tient à la mesure de ses impacts et de ses coûts. Elle peut mettre en cause les gains liés au développement de l'économie des plateformes pour les agents et produire des effets bloquant sur les capacités d'action des opérateurs de marché. Ces effets non désirés sont d'autant plus dommageables qu'ils s'exercent *ex ante*. Pour un opérateur de marché, un risque juridique concurrentiel ne joue qu'*ex post*. La sanction est conditionnée à l'application d'une règle de raison faisant place à une défense sur la base de l'efficience. Une réglementation rend d'emblée impossible un comportement donné. Nécessairement coûteuse, elle peut produire des effets inattendus ou contreproductifs qui peuvent procéder de l'imperfection de l'information (surtout pour des marchés où les turbulences technologiques et concurrentielles sont très fortes). De tels effets peuvent également être le fruit de phénomènes de capture de la réglementation. Des groupes d'intérêts peuvent d'autant plus aisément capturer le législateur que ce dernier agit en situation d'information incomplète et imparfaite. Il peut être instrumentalisé par des opérateurs souhaitant protéger leurs rentes sous le parapluie de la réglementation publique.

La voie d'une réglementation *ex ante* n'est pas celle qui a été choisie par la Commission qui au contraire fait le pari d'un modèle de co-régulation. Il s'agit pour elle de garantir un traitement équitable, transparent et prévisible pour les utilisateurs des plateformes, de mettre en place des procédures de règlement des différends tout en préservant « a predictable and innovation-friendly legal environment for online platforms within the EU, without placing undue administrative burden on platforms » (Commission européenne, 2018, p.33).

Il s'agit d'une co-régulation au travers du développement de codes de conduite, d'engagements volontaires de la part des plateformes concernées. Cette voie médiane devrait éviter les limites de la pure autorégulation et la mise en œuvre d'une réglementation *ex ante*. Elle s'articule avec une logique de régulation procédurale et semble tenir compte des limites de l'outil concurrentiel pour

traiter de questions relatives à la structure des marchés plus qu'à la mise en œuvre de stratégies anticoncurrentielles²⁹.

Conclusion

Il est possible de s'interroger sur le caractère suffisant l'approche de co-régulation prônée par la Commission. Celle-ci revient par certains égards à une autorégulation requise des plateformes. Elle n'invalide pas le recours *ex post* aux outils du droit de la concurrence pour sanctionner d'éventuels quand bien même ces derniers sont bien difficiles à mettre en œuvre efficacement...

Certains Etats membres peuvent désirer aller plus loin en termes d'encadrement réglementaire. L'initiative de la Commission visait à préserver ce risque de fragmentation réglementaire du secteur au sein de l'UE (Commission européenne, 2018, p.47). Cette stratégie semble pour le moins contestée en regard de l'initiative récemment prise par la République Fédérale Allemande. Un récent rapport (Schweitzer et al., 2018) propose de mettre en œuvre des remèdes structurels avant que certains acteurs atteignent le seuil critique (*tipping point*) à partir duquel la dominance sera irréversible (i.e. le marché ne sera plus contestable). Il propose également de répondre à la concentration du pouvoir économique de ces acteurs et de leur stratégie de diversification (ou d'intégration verticale) au travers de rachat d'entreprises en mettant en œuvre des règles plus strictes en matière de contrôle de concentrations³⁰). Enfin, ce même rapport propose une mutualisation des données afin de limiter leur avantage informationnel³¹. Cette prescription irait jusqu'à permettre aux concurrents de réaliser un apprentissage de leurs algorithmes sur les données détenues. Nous avons en effet vu que la performance d'algorithmes fondés sur de l'apprentissage machine est d'autant plus élevée que leur « entraînement » se fait sur une quantité suffisante de données (Chevalier, 2017).

²⁹ Il convient, avant de conclure, de s'attacher à la question des données personnelles et de la réglementation de leur collecte et de leur utilisation. Les capacités de profilage des clients par les plateformes dépendent souvent moins des données personnelles elles-mêmes que de leur capacité à relier un profil (même anonyme) à une catégorie de clients donnée (identification des patterns de comportements). Ainsi la discrimination peut reposer sur des données anonymisées (Lenard et Rubin, 2010). Ce faisant, la réglementation relative aux données personnelles ne pas être suffisante pour régler les problèmes décrits *supra*.

³⁰ Voir sur ce point Pasquale (2015) mettant en avant la faible probabilité qu'un nouvel entrant puisse rebattre les cartes du jeu concurrentiel sans être racheté par un acteur dominant à un stade précoce de son développement.

³¹ Diverses propositions ont été faites dans la littérature quant à des procédures obligatoires de l'information entre les différents acteurs de marché, qu'il s'agisse des marchands ou des plateformes en concurrence (Prüfer and Schottmüller, 2017). Il serait alors nécessaire d'anonymiser les données et de veiller à leurs conditions d'agrégation et de mise à jour pour éviter la formation d'équilibres collusifs.

Il convient enfin de ne pas limiter les pratiques abusives potentielles aux seules places de marché. La Commission a pu analyser en juin 2017 des pratiques abusives dans le domaine des comparateurs de prix en ligne. Des abus ou des pratiques restrictives de concurrence peuvent également être réalisés sur les magasins d'applications dans le domaine des téléphones cellulaires. La question a été partiellement abordée dans le cadre de la décision Android de la Commission européenne en juillet 2018. Elle l'est directement par la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Apple Inc. v Pepper* (Chaiehloudj, 2018). Apple impose une commission de 30% pour pouvoir être distribués sur son magasin d'applications. La Cour Suprême doit se prononcer cet automne sur la possibilité que les détenteurs d'iPhone puissent se retourner contre Apple sur la base de ce que nous pourrions qualifier d'un abus d'exploitation. La jurisprudence *Illinois Brick* (*Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977)) semble s'opposer à un tel recours car le contrat en cause lie les utilisateurs et les développeurs. Apple ne serait pas ici le réel vendeur mais seulement la plateforme qui permet la transaction. A l'inverse pour les plaignants, Apple n'a certes pas monopolisé la production des applications mais leur distribution. Si la plateforme est un *précieux intermédiaire* (Evans et Schmalensee, 2017), peut-on pour autant la considérer comme une entité neutre dépourvue de tout pouvoir de marché ?

Références

- Abrahamson Z., (2014), "Comments: Essential Data", *Yale Law Journal*, 124(3), pp.867-868
- Armstrong M., (2008), "Competition in Two-Sided Markets", *RAND Journal of Economics*, volume 37, n°3, autumn.
- Armstrong M. and Wright J., (2007), "Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks, and Exclusive Contracts", *Economic Theory*, volume 32, issue 2, pp.353-380.
- Bamberger K. and Lobel O., (2017), "Platform Market Power", *Berkeley Technology Law Journal*, volume 32, pp.1051-1092.
- Barzilai-Nahon K., (2008), "Toward a theory of network gatekeeping: a framework for exploring information control", *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 59(9), pp.1493 et s.
- Bergemann D., Brooks B. and Morris S., (2015), "The Limits of Price Discrimination", *American Economic Review*, volume 105, issue 3, pp.921-957.

Bougette P., Deschamps M. and Marty F., (2015), ““When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law”, *Enterprise and Society*, volume 16, issue 2, June 2015, pp.313-353

Bougette P., Budzinski O. and Marty F., (2017), “Exploitative abuse and abuse of economic dependence: What can we learn from the industrial organization approach?”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, n°111, December.

Boyd W., (2014), “Public Utility and the Low-Carbon Future”, *UCLA Law Review*, volume 61, pp.1616 et s.

Caccinelli C. and Toledano J., (2018), “Assessing Anti-competitive practices in two-sided markets: The Booking.com cases”, *Journal of Competition Law and Economics*, forthcoming.

Calo R., (2014), “Digital Market Manipulation”, *George Washington Law Review*, volume 82, pp.995 et s.

Calo R. and Rosenblat A., (2017), “The Taking Economy: Uber, Information, and Power”, *Columbia Law Review*, volume 117, pp.1623 et s.

Candeub A., (2014), “Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust”, *I/S*, volume 9, pp.407 et s.

Chaiehloudj W., (2018), « Abus de position dominante et *big-tech* : une affaire Apple Store près l’affaire Android ? », *Concurrences*, n°4-2018.

Chevalier J., (2017), “Antitrust and Artificial Intelligence: Prepared as Comments on Varian ‘Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization’”, *NBER Working Paper*, December.

Cohen J., (2016), “The Regulatory State in the Information Age”, *Theoretical Inquiries in Law*, volume 17, pp.369-414.

Cohen J., (2017), “Law for the Platform Economy”, *UC Davis Law Review*, volume 51, p.133 et s.

Commission européenne, (2017a), *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM(2017) 229 final, 10 May.

Commission européenne, (2017b), *Fairness in Platform to Business Relations*, Inception Impact Assessment, Ares(2017)52222469, 25 October.

Commission européenne, (2018), *Impact assessment accompanying the proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, SWD(2018) 138 final, 26 April.

Competition and Markets Authority, (2015), *The Commercial Use of Consumer Data*, Report CMA38, June.

Dobson P.W. and Inderst R., (2008), “The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together”, *Wisconsin Law Review*, pp.331 et s.

Ecorys, (2017), *Business-to-Business relations in the online platform environment*, FWC ENTR/300/PP/2013/FC-WIFO, Final Report, May.

Edelman B. and Geradin D., (2018), “An Introduction to the Competition Law and Economics of ‘Free’”, *Competition Policy International*, forthcoming

Ellison G. and Fisher-Ellison S., (2018), “Match Quality, Search, and the Internet Market for Used Books”, *NBER Working Paper*, n°24197, January.

Evans D.S and Schmalensee R., (2008), “Markets with Two-Sided Platforms”, in *Issues in Competition Law and Policy*, volume 1, ch.28, pp.690 et s.

Evans D.S. and Schmalensee R., (2016), “Why Winner-Takes-All Thinking Doesn’t Apply in the Platform Economy”, *Harvard Business Review*, May.

Evans D.S. et Schmalensee R., (2017), *De précieux intermédiaires : Comment BlaBlaCar, Facebook, PayPal ou Uber créent de la valeur*, Odile Jacob.

Fletcher A., (2007), “Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment”, *Competition Policy International*, n°3, pp.221 et s.

Fox E., (2013), “Against Goals”, *Fordham Law Review*, volume 814, pp.2158 et s.

Fulgoni G.M., (2018), “Will Digital Commerce and Analytics Be the Death of Traditional Brands?”, *Journal of Advertising Research*, June, pp.146-150.

Gal M.S. and Elkin-Koren N., (2017), “Algorithmic Consumers”, *Harvard Journal of Law and Technology*, volume 30, n°2, Spring.

Hagiu A. and Rothman S., (2016), “Network Effects Aren’t Enough”, *Harvard Business Review*, April.

Hicks J., (1935), “Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly”, *Econometrica*, January, 3(1), p. 1-20.

Horton D., (2010), “*The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments*”, *UCLA Law Review*, volume 57, p.65 et s.

Khan L.M., (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, volume 126, pp.710-805.

Laidlaw E., (2010), “A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 24(3), pp.263 et s.

Lande R., (1982), “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, *Hastings Law Journal*, 34(1), September, pp.65-151.

Lenard T.M. and Rubin P.H., (2010), “In Defense of Data: Information and the Cost of Privacy”, *Policy & Internet*

Leslie C., (2012), Antitrust Law as a Public Interest Law, *UC Irvine Law Review*, volume 2, pp.885 et s.

Lobel O., (2016), “The Law of the Platform”, *Minnesota Law Review*, volume 101, pp.87 et s.

Lynskey O., (2017), “Regulating ‘Platform Power’”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 1/2017.

Mansell R., (2015), “Platforms of Power”, *Intermedia*, 43(1), pp.20 et s.

Marty F., (2014), « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence : une mise en perspective sur la base de l’histoire de l’Antitrust américain », *Revue Internationale de Droit Economique*, 4-2014, pp.471-497.

Marty F., (2015), “Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy”, *Historical Social Research*, volume 40 (2015), issue 1, pp.94-111

Marty F., (2017a), « Algorithmes de prix et discrimination parfaite : Une théorie concurrentielle en voie de trouver sa pratique ? », *Sciences Po OFCE Working Paper*, n°31, 2017/12, 43p.

Marty F., (2017b), « La révolution n’a-t-elle pas eu lieu ? De la place de l’analyse économique dans le contentieux concurrentiel européen », in Giacobbo-Peyronnel V. et Verdure C., eds, *Contentieux du droit de la concurrence de l’Union européenne – Questions d’actualité et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, pp. 27-79.

Marty F., (2018a), « L'économie des plateformes : dissipation ou concentration de la rente ? » in Parachkévova I. et Teller M., s.d., *Quelle régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Collection Thème et Commentaires, Paris, janvier, pp.125–144.

Marty F., (2018b), “Essential Facilities”, *Encyclopaedia of Law and Economics*, Springer.

Marty F. and Pillot J., (2012), “Intellectual Property Rights, Interoperability and Compulsory Licensing: Merits and Limits of the European approach”, *Journal of Innovation Economics*, volume 9, n°1-2012, pp.35-61.

Marty F. et Reis P., (2013), « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue Internationale de Droit Economique*, volume XXVIII, n°4-2013, pp.579-588.

Meadows M., (2014), “The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: Illustrating Why the Antitrust Duty to Deal is Still Necessary in the New Economy”, *Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal*, 25(3), pp.795-830.

Mehra S.K., (2016), “Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms”, *Minnesota Law Review*, volume 100, pp.1323 et s.

Nachbar T. B., (2013), “The Antitrust Constitution”, *Iowa Law Review*, volume 99, pp.57 et s.

Office of Fair Trading, (2013), *The Economics of Personalised Pricing*

Orbach B., (2017), “Antitrust Populism”, *New York University Journal of Law and Business*, volume 14, issue 1, fall, pp.1-25.

Pariser E., (2011), *The Filter Bubble: What the Internet is Hidding From You?*, Viking, London.

Pasquale F., (2015), *The Black Box Society – The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press.

Portuese A., (2017), “Fine is Only One Click Away”, *European Competition and Regulatory Review*, volume 3, Symposium on the Google Shopping Decision.

Prüfer J. and Schottmüller C., (2017), “Competing with Big Data”, *TILEC Discussion Paper*; vol. 2017-006, Tilburg University.

Radin M.J., (2017), “The Deformation of Contract in the Information Society”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 37, pp.505 et s.

Rochet J.C. and Tirole J., (2003), “Platform Competition in Two-Sided Markets”, *Journal of European Economic Association*, volume 1, pp.990 et s.

Schweitzer H., Haucap J., Kerber W. und Welker R., (2018), *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Endbericht, DICE Consult, 29 August, 173p.

Smorto G., (2018), “Protecting the Weaker Parties in the Platform Economy”, in Davidson N., Finck M. and Infranca J., eds, *Cambridge Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy*, Cambridge University Press.

Stucke M.E. and Ezrachi A., (2017), “How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy”, *Berkeley Technology Law Journal*, volume 32, pp.1239-1299.

Tucker D. and Wellford H.B., (2014), “Big Mistakes regarding Big Data”, *Antitrust Source*, December.

Varian H., (2017), “Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization”, *NBER Working Paper*, November.