

Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du mercredi 22 juin 2016 :

« La concurrence des plateformes du numérique »

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTrésor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés.

Lors du séminaire organisé le 22 juin 2016, **Jérôme Philippe** (économiste, avocat associé chez Freshfields Bruckhaus Deringer) et **Jacques Crémer** (professeur d'économie à la Toulouse School of Economics, membre du Conseil National du Numérique) ont débattu sur le thème « La concurrence des plateformes du numérique ». La séance a été animée par **Etienne Pfister**, chef du service économique de l'Autorité de la concurrence.

INTRODUCTION D'ETIENNE PFISTER

Le thème des plateformes n'est pas nouveau en économie industrielle. Mais la séance va se concentrer sur les plateformes numériques, ce qui change sensiblement le sujet car ces plateformes opèrent sur un marché presque dénué de frontières. Les thèmes que nous aborderons viennent à la fois des caractéristiques de plateforme mais également de l'aspect numérique, ce dernier modifiant le rôle des plateformes, qui doivent souvent assurer un bon appariement entre un grand nombre d'offreurs et d'acheteurs.

Les thèmes abordés seront les suivants :

- Partie 1 : Que sont les plateformes, qu'apportent-elles à l'économie ?
- Partie 2 : Quels sont les déterminants de la concurrence entre plateformes ?
- Partie 3 : Ces déterminants font-ils apparaître des risques concurrentiels ?
- Partie 4 : Comment le droit de la concurrence prend-il en compte ces risques concurrentiels ? Fait-il face à des difficultés spécifiques ?
- Partie 5 : La régulation des plateformes.

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

La nature économique des plateformes numériques est relativement claire. Inversement, il n'existe pas de définition juridique des plateformes : le besoin d'une telle définition ne s'est à ce stade pas fait sentir. Le cadre juridique qui s'impose aux plateformes remonte à la LCEN¹ de 2004, selon laquelle les plateformes entrent dans la catégorie des hébergeurs. C'est important car ce statut est associé à un degré limité de responsabilité : l'hébergeur n'est pas responsable du caractère illicite des contenus qui ont été mis en ligne par les utilisateurs (sauf s'il en a connaissance, auquel cas il doit mettre fin à l'infraction).

La LCEN indique également que l'activité des plateformes numériques entre dans la catégorie du commerce électronique, en un sens relativement large puisque les échanges qui entrent dans ce champ comprennent ceux qui ne sont pas rémunérés. Ce statut a un poids juridique en matière d'application des contrats conclus par l'intermédiaire de la plateforme qui est relativement allégé car le principe de responsabilité bénéficie d'exclusions un peu plus larges qu'habituellement (lorsque la mauvaise exécution du contrat peut être imputable à l'acheteur ou à un tiers étranger).

Au global, le statut juridique des plateformes est, depuis une dizaine d'années, relativement léger, ce qui a été très propice au développement du numérique.

Dans le même temps, l'absence de définition plus spécifique des plateformes n'a pas posé de problème particulier. Malgré cela, tout est en train de changer : après dix ans de stabilité de cette définition juridique, de nombreuses tentatives de définition spécifique des plateformes voient le jour, témoignant d'une certaine nervosité sur le sujet.

Selon la loi Macron² tout d'abord, il s'agit de « *toute personne dont l'activité consiste à mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties (...)* » (Article L111-5-1 du Code de la consommation)

Après un an d'usage, le Projet de loi pour une République numérique (PLRN) modifie cette définition en y ajoutant « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques* » et « *de manière rémunérée ou non* ». Les raisons de ces changements aussi rapides ne sont pas très claires.

Chaque instance qui examine le sujet semble avoir sa propre définition, et toutes ces définitions se recoupent en partie seulement. En premier lieu, certaines recourent à la notion d'écosystème autour d'une plateforme (Conseil National du Numérique / Rapport commun de l'Autorité de la concurrence et de la CMA du 16 déc. 2014). Le Conseil National de la Consommation va plus loin en considérant « un modèle juridique basé sur une relation tripartite ». C'est une définition élargie qui peut avoir un impact important (cf. partie 5).

La Commission européenne ne fournit pas de définition, mais un ensemble de caractéristiques communes, plus majoritairement d'ordre économique. En particulier elle souligne que les plateformes ont la capacité de mettre en place de nouveaux marchés³, ce qui me semble être un élément important. La Commission met également en avant les effets de réseau et l'aspect multiface des plateformes, et enfin le rôle important qu'elles jouent sur les marchés numériques⁴. C'est encore un point important à rappeler : avant de parler des risques liés aux plateformes, il faut parler de l'extraordinaire création de valeur qu'elles permettent (efficacité, réduction des coûts...).

¹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³ "They have the ability to create and shape new markets".

⁴ "They play a key role in digital value creation, notably by capturing significant value (including through data accumulation), facilitating new business ventures, and creating new strategic dependencies". *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges*, 25 mai 2016.

INTERVENTION DE JACQUES CREMER

Les principales caractéristiques des plateformes sont les suivantes :

- des rendements d'échelle croissants (présence de coûts fixes) ;
- le rôle central de la propriété intellectuelle : sous forme d'algorithme, ou d'apprentissage de la plateforme ;
- la présence d'externalités de réseau : l'utilité de la plateforme croît avec le nombre d'utilisateurs ; un client étant également une marchandise vendue aux autres utilisateurs ;
- l'aspect biface : deux types d'agents sont mis en relation *via* la plateforme, l'utilité d'un agent dépendant du nombre d'agents de l'autre côté du marché ; cette caractéristique n'étant toutefois pas essentielle pour les plateformes (le métier principal de Facebook est de mettre en relation les utilisateurs entre eux, sur une seule et même face) ;
- l'existence de coûts de migration d'une plateforme à une autre (« switching costs ») ;
- une concurrence pour le marché, dans la mesure où la plateforme qui l'emporte emporte une très grande partie du marché ;
- une grande importance des données.

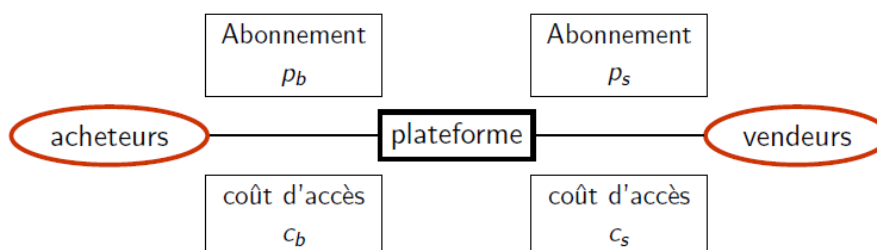
Ces caractéristiques ont trois conséquences principales.

- Il est plus efficace d'avoir une seule plateforme (notamment à cause des effets de réseau).
- Le marché tend d'ailleurs naturellement à la monopolisation. Toutefois, si la concurrence est forte, elle parvient à discipliner les plateformes dominantes.
- L'entrée est difficile : même si une nouvelle plateforme est meilleure que celle qui est en place, les consommateurs doivent résoudre un problème de coordination difficile pour migrer de l'une à l'autre.

Illustrons le fonctionnement typique des plateformes bifaces avec un modèle d'abonnement. Dans le cas standard, le profit de monopole est tel que l'indice de Lerner est égal à l'inverse de l'élasticité de la demande :

$$\underbrace{\frac{p - c}{p}}_{\text{Indice de Lerner}} = \frac{1}{\eta(p)}$$

Dans le cas d'une plateforme avec un mécanisme d'abonnement, le prix pertinent pour les acheteurs est le prix net du bénéfice lié au nombre de vendeurs (externalité de réseau indirecte), car les acheteurs valorisent un nombre important de vendeurs. Inversement, les vendeurs valorisent le nombre d'acheteurs.



$$\text{Demande} = \begin{cases} N_b = D_b(p_b - \beta_b N_s) \\ N_s = D_s(p_s - \beta_s N_b) \end{cases}$$

Les prix p_b et p_s qui maximisent le profit satisfont

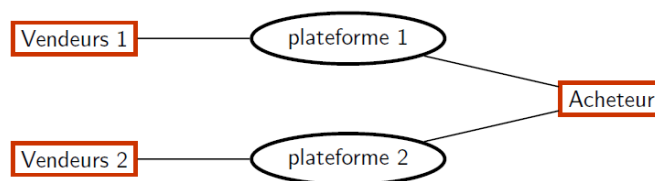
$$\frac{p_b - (c_b - \beta_s N_s)}{p_b} = \frac{1}{\eta_b} \quad \text{et} \quad \frac{p_s - (c_s - \beta_b N_b)}{p_s} = \frac{1}{\eta_s}$$

Le prix p_i sera bas, peut-être même négatif, si :

- $\beta_j N_j$ est grand, c'est-à-dire si la présence de i a beaucoup de valeur pour j ;
- la face i réagit fortement au prix, c'est-à-dire si η_i est important.

Lorsque l'on calcule les prix optimaux du point de vue du bien-être social, des résultats similaires sont obtenus : les coûts sur une face doivent être diminués de la valeur des bénéfices pour l'autre face de la présence des utilisateurs.

Le *multihoming* est une caractéristique importante. Prenons l'exemple d'un marché où deux plateformes sont en concurrence sur un des deux côtés du marché.



Chaque plateforme a un pouvoir de monopole sur l'accès à ses acheteurs. Ces derniers sont ainsi le goulot d'étranglement compétitif et ont donc beaucoup de valeur pour les plateformes.

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

Faut-il de nouveaux instruments ? Les plateformes prennent une ampleur nouvelle mais en réalité leurs mécanismes économiques sont connus depuis longtemps, principalement :

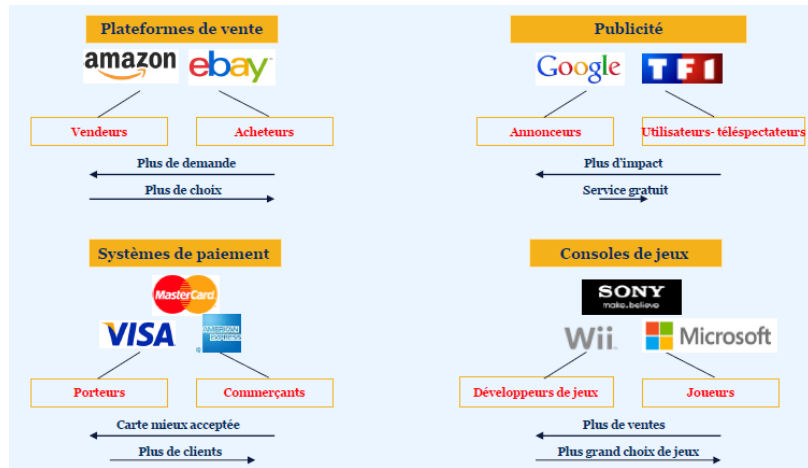
- des effets de réseau directs, au sein de la même face du marché (téléphone, Facebook...)
- des effets de réseau indirects, entre différentes faces (Deezer, Blablacar, Wikipedia...).

Ces effets de réseau engendrent des effets de spirale (« *winner takes all* »), à l'origine de la compétition pour le marché puisque le bon modèle doit en toute logique conquérir à peu près tout le marché. On peut donc constater des parts de marchés très importantes, mais celles-ci sont-elles pour autant à l'origine du même pouvoir de marché que s'il s'agissait d'un marché classique ? Cela réinterroge le juriste sur ce qu'est le pouvoir de marché, car on observe des chutes aussi spectaculaires que les croissances. Au total, on revient toujours à la question des effets entre les populations de différentes faces du marché.

Par ailleurs, le modèle biface conduit parfois à une gratuité sur l'une des faces. L'économie du gratuit est relativement bien connue, mais le droit reste parfois mal à l'aise vis-à-vis du gratuit. Avec la gratuité, la concurrence ne passe plus par les prix mais par la qualité, l'innovation, le service, ce qui pose des difficultés en matière de droit de la concurrence, largement basé sur les prix.

Enfin, les plateformes ont aussi contribué à faire tomber des barrières à l'entrée sur certains marchés.

Figure : quelques exemples de plateformes (pas toutes numériques) :



DISCUSSION D'ETIENNE PFISTER

N'y a-t-il pas effectivement un risque à définir des plateformes de manière trop large ? En effet, ces plateformes peuvent suivre des modèles extrêmement différents. Par exemple, il est clair que pour Google, les externalités de réseau indirectes conduisent les annonceurs à privilégier cet acteur à mesure qu'il attire plus d'utilisateurs. En revanche, le nombre d'annonceurs n'a d'effet positif sur aucune face, voire même peut avoir un effet négatif. Google ne montre pas non plus d'externalités de réseau directes du côté des utilisateurs. Facebook semble différent car s'y ajoute l'externalité de réseau directe : le mécanisme de plateforme y est peut-être plus puissant. Sur une plateforme de réservation hôtelière, les externalités de réseau indirectes sont positives dans les deux sens puisque les consommateurs bénéficient de la présence d'un grand nombre d'hôtels et *vice versa*, mais les effets de réseau directs sont limités.

Un autre aspect majeur à examiner est la facilité à changer de plateforme. Il est clairement plus facile aujourd'hui de changer de moteur de recherche que de réseau social ou de téléphone portable.

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

On peut isoler deux sujets distincts :

- la concurrence entre plateformes numériques ;
- la concurrence entre les plateformes numériques et l'économie traditionnelle.

La première modalité peut être très disruptive (concurrence pour le marché), et aller beaucoup plus vite que le droit. Par exemple, les débats concernant la musique numérique ont été intenses jusqu'au jour où des entreprises comme Deezer ou Spotify sont apparues, qui ont clos le débat. L'évolution est tellement rapide que de nouveaux *business models* apparaissent et prennent une place importante. La concurrence vient le plus souvent d'un acteur dont l'activité est nouvelle, et non identique, à celle des plateformes en place. Cet effet de nouveauté couplé à l'effet « *winner takes all* » crée un modèle de concurrence disruptif. Dans ce cadre, le choix du bon *business model* peut être complexe, cf. par exemple Twitter, ou l'entrée de Facebook sur le mobile, qui ont nécessité un long travail d'ajustement. Le marché peut ainsi changer très rapidement, le principal concurrent des plateformes en place étant celui qui est en train de naître, mais n'est pas encore là. C'est un phénomène à rapprocher du cas du monopole remis en cause régulièrement (brevet, concession), même si dans le cas des plateformes on ne sait pas quand la remise en cause va arriver. Ces marchés peuvent donc connaître une concurrence particulièrement forte pourvu que les barrières à l'entrée soient limitées et que la remise en cause du marché soit suffisamment régulière. Il faut donc favoriser l'arrivée des entrants ainsi que l'innovation. En plus de faire progresser le marché (baisse de coûts, etc.), l'innovation est clé dans le processus de concurrence. Enfin, le *multihoming* est un paramètre essentiel pour limiter les *switching costs* et accroître aussi la concurrence.

Quant à la concurrence entre plateformes numériques et économie traditionnelle, il faut rappeler la formidable réduction de barrières à l'entrée, de coûts, et les gains d'efficacité permis par la conjonction entre la plateforme, internet, le smartphone, la géolocalisation, etc. Le développement des objets connectés devrait amplifier ces gains. Imaginez le marché du transport de personnes dans un monde où les voitures automatiques sont mises à disposition pendant que leur propriétaire travaille au bureau. Bien entendu, les perdants de ces mutations sont ceux qui bénéficiaient des barrières à l'entrée en voie de disparition. La question de leur compensation existe, mais elle est plus politique qu'économique. En l'absence de compensation, le risque est que les actions des « perdants » conduisent à ré-élever les barrières à l'entrée, ce qui ruinerait le bénéfice économique des plateformes.

INTERVENTION DE JACQUES CREMER

La concurrence entre plateformes peut prendre des formes encore plus complexes. Par exemple, Booking dépense beaucoup d'argent sur Google pour attirer des utilisateurs sur sa plateforme. Les chaînes hôtelières en font autant, augmentant ainsi le prix de la publicité sur Google, tandis qu'elles coopèrent par ailleurs en partie avec Booking.

Examinons un modèle de concurrence avec des coûts de migration pour les consommateurs (coût m). Il est plus simple de travailler en supposant que la concurrence s'exerce par les prix, mais les mêmes intuitions restent valables avec une concurrence par la qualité.

Dans une situation de concurrence statique (une étape), la plateforme en place n'a qu'à fixer le prix juste en dessous de m pour empêcher l'entrée. Ses profits sont alors de $N_{clients} \times m$.

Dans une situation de concurrence dynamique (en deux étapes), plus vraisemblable, la concurrence est plus intense : la plateforme entrante est prête à offrir un prix de $-\delta m$ en première période, où δ est un facteur d'escompte (son gain viendrait alors de la seconde période). Il suffit alors à la plateforme en place de baisser son prix de première période à $m - \delta m$ pour conserver le marché. Ce faisant, son profit total sur deux périodes est le même que le profit statique sur une période : la concurrence dynamique « mange » les profits futurs, en raison de l'intense concurrence pour être le premier sur le marché.

Si l'on complexifie le modèle en tenant compte de l'hétérogénéité des consommateurs en matière de *switching cost* (m), on constate que les utilisateurs à *switching cost* faible gênent les nouveaux entrants : ce sont les premiers à venir sur la nouvelle plateforme, mais ils repartent dès que les prix augmentent.

Au total, les aspects dynamiques et la nécessité de se défendre face aux entrants qui peuvent être particulièrement agressifs si les perspectives de profits sont élevées, suggèrent que les bénéfices de monopole peuvent être beaucoup moins importants que ce qu'on pourrait penser intuitivement. La littérature économique est encore insuffisante sur ce thème.

Enfin, les consommateurs ont des difficultés à se coordonner pour passer d'une plateforme à une autre, même meilleure, dès qu'il y a des effets de réseau. Le *multihoming* est donc important pour résoudre ce problème de coordination.

QUESTION DE LA SALLE

Lorsque l'on regarde par exemple la concurrence entre Android et Windows phone, ne s'agit-il pas en fait d'une concurrence d'un niveau plus global entre Microsoft et Google ?

REPONSE DE JACQUES CREMER ET ETIENNE PFISTER

Les plateformes sont effectivement reliées entre elles. Ces aspects d'équilibre général peuvent jouer un rôle complexe que les autorités de concurrence doivent en toute logique prendre en compte, mais les économistes n'ont pas suffisamment analysé la question.

QUESTION DE LA SALLE

Vous indiquez que la concurrence dynamique modifie beaucoup les conditions de concurrence, mais vous n'avez discuté de ses effets que dans le cas de la concurrence avec coûts de migration. Les mêmes conclusions s'appliquent-elles pour les autres grandes caractéristiques des plateformes ?

REPONSE DE JACQUES CREMER

En tenant compte des externalités de réseau, on obtient un résultat plus complexe mais similaire. Pour les rendements d'échelles croissants, il est plus difficile de conclure. À titre personnel, si j'étais PDG de Google, ce qui m'empêcherait de dormir, c'est la perspective que quelqu'un soit en train de trouver une meilleure façon de chercher sur internet. Mais, en termes d'analyse économique, il reste de nombreuses questions.

REPONSE DES TROIS INTERVENANTS

Il apparaît par exemple que les moteurs de recherche sont encore limités en matière de recherche de photos ou vidéos. Rien ne protège Google de l'entrée d'un moteur de recherche sur les vidéos par exemple.

Par ailleurs, le fait que Google dispose de beaucoup de données est-il un avantage comparatif ? C'était l'avis de Microsoft mais Google rétorque qu'une fois que beaucoup de données sont disponibles, en avoir plus à disposition est peu utile. Cet avantage est-il suffisant pour empêcher l'entrée ? Les effets de réseaux sont-ils suffisants pour empêcher l'entrée ? Cette analyse est complexe et difficile à quantifier, elle reste donc souvent qualitative.

INTRODUCTION D'ETIENNE PFISTER

Etant donnée l'immensité d'internet, les plateformes comme Booking peuvent permettre à de petits hôtels de devenir visibles. Mais les classements réalisés par les plateformes comme Booking ou Google sont-ils fiables, neutres, objectifs, ce qui semble important vis-à-vis du rôle qu'ils ont pour les autres marchés ? Ce n'est pas une question nouvelle : la disposition des produits dans un supermarché s'en rapproche.

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

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. Donc la question des barrières à l'entrée est centrale, et il faut faire attention à ce que la régulation ne crée pas de nouvelles barrières à l'entrée. Il y a un vrai risque de sur-régulation.

La jurisprudence se concentre d'ailleurs sur la concurrence avec l'économie traditionnelle d'une part, et sur la création artificielle de barrières à l'entrée d'autre part. La plupart des affaires en matière d'abus de position dominante, souvent subtiles et à examiner au cas par cas, sont réglées par des engagements, afin de réduire le risque de sur-intervention.

L'affaire Booking est un cas d'école de la difficulté de coordination entre autorités de la concurrence et législateurs. Pour résumer l'affaire, les hôtels considèrent qu'ils sont obligés d'être présents sur Booking en raison de l'affluence de clients sur la plateforme, et s'y voyaient imposer des « clauses de parité », qui ont été attaquées. Elles étaient de trois natures :

- interdiction pour l'hôtel de proposer un prix inférieur sur une autre plateforme ;
- interdiction pour l'hôtel de proposer un prix inférieur sur son site internet ;
- interdiction pour l'hôtel de proposer un prix inférieur par d'autres moyens de distribution (téléphone, au comptoir).

L'Autorité de la concurrence a accepté des engagements relativement fins en fonction des clauses de parité. Plus précisément :

- suppression de la clause de parité vis-à-vis des autres plateformes, pour ne pas réduire la concurrence entre plateformes (cette clause a été analysée comme limitant la concurrence entre plateformes puisqu'elle interdit à un entrant plus efficace (avec des commissions inférieures) de bénéficier de cette efficacité accrue pour proposer les hôtels à des prix inférieurs) ;
- suppression de la clause de parité vis-à-vis des canaux non numériques, car il ne s'agit pas du même marché, la clause n'est donc pas justifiée.

En revanche, aucun engagement n'a été exigé pour les prix sur le site internet de l'hôtel. En effet, cela mettrait en danger le modèle de Booking et risquait de supprimer les bénéfices du système de plateforme, très important pour un grand nombre d'hôtels.

Il s'agit d'une décision équilibrée, prise en lien avec les autorités italienne et suédoise et la Commission.

Toutefois, le législateur est intervenu après cette décision en interdisant toute clause de parité, sans faire cette distinction entre clauses (loi Macron).

À l'étranger, certains pays ont recouru aux autorités de concurrence, d'autres au législateur. Pour trancher la question, il faut se demander s'il s'agit d'un domaine où l'analyse doit être menée au cas par cas, auquel cas l'autorité de concurrence semble plus adaptée que la loi pour traiter la question. À mon sens, il faudrait donner une chance à ce système avant de légiférer.

INTERVENTION DE JACQUES CREMER

La protection du consommateur est à distinguer de la politique de la concurrence, et est un sujet important. Il serait normal que le consommateur soit prévenu par Booking de façon claire que le classement ne dépend pas uniquement des notes des consommateurs. Pour Booking, il est relativement

simple d'expliciter le principe du classement. Mais pour les moteurs de recherche ? Le classement dépend-il de la politique commerciale de Google ?

Je tiens par ailleurs à souligner le manque important de données concernant cette économie. Il serait souhaitable que les plateformes mettent à disposition des données, au moins à des chercheurs de manière confidentielle.

INTERVENTION D'ETIENNE PFISTER

Il ne faut pas non plus négliger le risque de sous-intervention. Si le législateur a l'impression que les autorités de concurrence n'agissent pas, il est conduit à réguler. Le droit de la concurrence a cet énorme avantage qu'il examine qui a du pouvoir de marché, et régule cet agent. La régulation n'a pas cette souplesse.

INTERVENTION DE JACQUES CREMER

Au surplus, le législateur a tendance à donner des droits quasi fondamentaux, par exemple en matière de portabilité des données. Or, si dans certains cas la portabilité semble légitime, dans d'autres les données sont une co-construction de la plateforme et de l'utilisateur et la portabilité absolue risque de nuire à l'innovation. L'attribution de droits a un effet à terme qui est très mal connu, or il est très difficile de revenir dessus.

Partie 4 : Comment le droit de la concurrence appréhende-t-il les spécificités de la concurrence entre plateformes ?

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

Un certain nombre d'outils classiques d'analyse de marché par les autorités de concurrence doivent être appliqués avec une attention particulière dans le cas des plateformes : omettre les externalités entre différentes faces du marché peut conduire à des conclusions erronées.

Dans le cas de la prédation par exemple, je partage avec vous un beau syllogisme du Tribunal de commerce de Paris⁵ :

Google Maps est gratuit,
or Google Maps a un coût,
donc Google Maps est prédateur.

C'est le raisonnement du tribunal en 2012 dans l'affaire opposant Bottin cartographe (payant) à Google (gratuit). Ce raisonnement manque l'essentiel, et ignore les conclusions de l'avis de l'Autorité de la concurrence de 2010 sur la publicité en ligne. Ce dernier indiquait déjà que les prix pouvaient être inférieurs aux coûts dans le cadre du modèle de plateforme, une face pouvant subventionner l'autre afin d'y attirer plus d'utilisateurs, sans qu'aucun abus ne soit à relever. La Cour d'appel de Paris, saisie du cas, a demandé l'avis de l'Autorité de la concurrence, et cette dernière a considéré qu'il n'y avait pas de pratique d'éviction en recourant à un test de sacrifice. Une affaire similaire a opposé Microsoft (gratuit) et Livesynchro (payant) en matière de services de *cloud computing*, et a conduit aux mêmes conclusions (absence d'abus de position dominante).

Pour illustrer cette question de prédation, prenons l'exemple très simple d'une discothèque, dont les coûts fixes sont de 70 et les coûts unitaires par personne de 8. Il y a une externalité positive des filles sur les garçons : la fonction de demande des filles dépend du prix P_f ; celle des garçons dépend du prix P_g et du nombre de filles présentes.

Si $P_f = P_g = 10$, supérieur au coût marginal de 8, le modèle montre que 10 filles et 20 garçons vont dans la discothèque. La discothèque perd - 10, au total, à cause du coût fixe.

Avec une tarification biface, la discothèque fixe $P_f = 6$ et $P_g = 15$. Cela semble à première vue correspondre à un comportement prédateur car P_f est inférieur au coût marginal. Mais ainsi la discothèque compte autant de filles (18) que de garçons (18) et son profit est de + 20. Ce comportement permet en fait de couvrir les coûts, alors que dans le précédent, les coûts ne sont pas couverts même si les prix excèdent le coût marginal. Au total, l'exemple montre qu'il faut comparer recettes et coûts pour l'ensemble des faces, et que les comparer sur une seule face n'a pas de sens. Cet exemple très simple se retrouve dans d'autres situations : test du marché pertinent (SSNIP), test de pouvoir de marché, test d'investisseur avisé en matière d'aides d'État : tous ces tests peuvent être faussés s'ils sont réalisés sans précaution en présence de marchés bifaces.

Pour le test SSNIP, par exemple, il est impératif de prendre en compte l'effet d'une hausse de prix sur la face 1 (+ 10 %) à la fois sur la demande de la face 1 (effet direct) mais également sur celle de la face 2 (externalités), où les marges peuvent être très différentes et affecter fortement le résultat du test. En oubliant la seconde face, on risque de définir un marché trop petit.

La gratuité, quant à elle, a de nombreux effets positifs : un surplus direct pour les consommateurs, un surcroît de concurrence sur la qualité et l'innovation, et plus de *multihoming*, ce qui est très important comme vu précédemment (réduction des *switching costs*).

Quant au critère des parts de marché, il s'avère que les outils traditionnels qui lient part de marché et pouvoir de marché peuvent se révéler inadaptés, la part de marché des plateformes ne reflétant pas leur pouvoir de marché (Exemple : effondrement rapide des parts de marché de Myspace ou Altavista).

⁵ Bottin Cartographes / Google, 31 janvier 2012.

Certaines autorités de concurrence ont aussi indiqué récemment que, selon elles, les plateformes du numérique posent la question du bon seuil de déclenchement du contrôle des concentrations. La fusion Facebook/Whatsapp a failli n'être pas contrôlée du fait d'une disproportion inhabituelle entre d'une part un chiffre d'affaires réduit, et d'autre part une valorisation très élevée. Les seuils de chiffre d'affaires posent donc une nouvelle question aux autorités. Le recours à un seuil de valeur de transaction pourrait être envisagé.

Concernant spécifiquement le rôle des données en matière de politique de la concurrence, (*cf.* notamment l'étude de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt⁶), trois thèmes dominants apparaissent : la discrimination entre consommateurs, la transparence du marché, les barrières à l'entrée. En outre, il faut être prudent pour éviter l'*efficiency offence* qui consiste à condamner l'acteur le plus efficace non pas du fait de pratiques anti-concurrentielles mais uniquement en conséquence de sa plus grande efficacité : si la capacité à mieux traiter les données peut donner un avantage, il n'est pas anticoncurrentiel, il traduit simplement une plus grande efficacité. Il est difficile de distinguer le rôle de la capacité de traitement des données de celui du volume de données disponibles.

A cet effet, il faut quand même rappeler que la donnée est un bien non rival, au sens où sa propriété par l'un n'exclut pas sa propriété par un autre. Il est ainsi faux de dire que les consommateurs « payent en données », car un paiement suppose de se priver de quelque chose (le prix) en échange de ce que l'on achète. Or les utilisateurs ne se séparent de rien, ils partagent leurs données : ils n'ont pas moins de données après qu'avant, et donc ils n'ont pas payé un prix.

L'existence de volumes importants de données n'est pas nouvelle, mais ce qui est nouveau est la capacité et la volonté des opérateurs de les traiter. La valeur des données est un sujet complexe. Prenons l'exemple d'une personne qui voyage à l'étranger. Quand Facebook obtient cette donnée, la personne est en général déjà à l'étranger, tandis que la même donnée sur Tripadvisor, au moment de la recherche du séjour, a une valeur économique bien plus importante. À une semaine d'écart, des données similaires ont perdu toute valeur.

DISCUSSION D'ETIENNE PFISTER

Je ne pense pas que la difficulté du droit de la concurrence vienne du nombre de faces des plateformes, même si cela nécessite d'examiner plus d'acteurs. Une difficulté plus importante vient du fait que ces plateformes introduisent souvent des produits nouveaux. Se pose alors systématiquement l'épineuse question de leur degré de substituabilité aux autres produits.

Par ailleurs, ce que le consommateur donne, ce n'est pas la donnée mais le droit de l'utiliser. Le coût correspondant est payé le jour où apparaît une utilisation préjudiciable des données, par exemple une fuite de données. Or, les consommateurs évaluent très mal les risques extrêmes (catastrophes).

La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence sur les données a plus porté, à ce stade, sur les données des monopoles historiques, très peu répliquables par les nouveaux entrants et obtenues non par leurs mérites mais par leur situation historique de monopole.

Enfin, concernant la gratuité, je ne suis pas certain qu'elle soit si favorable à la concurrence. Pour un nouvel entrant, une variable de différenciation, le prix, a bien disparu.

DISCUSSION DE JACQUES CREMER

L'intérêt des données même dépend souvent des autres données. Prenons l'exemple de la voiture connectée, qui pourrait permettre de communiquer des informations importantes à l'assureur. Si les fabricants de pneus se mettent à fabriquer des pneus connectés, la valorisation des données auprès de l'assureur sera très différente.

Enfin, je pense que nous avons un problème de fond en matière d'analyse économique concurrentielle de ces marchés. En effet, en simplifiant, le droit de la concurrence classique repose sur une image de

⁶ Droit de la concurrence et données, Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, 10 mai 2016.

référence d'une économie compétitive (le théorème du bien-être) vis-à-vis de laquelle le raisonnement est ensuite raffiné (Y a-t-il un cartel ? Doit-on prendre en compte des rendements croissants ?, etc.). Dans cette nouvelle économie, un certain nombre de résultats sont complètement différents (gratuité, échanges d'information, API...). Je ne suis pas certain que l'on possède un modèle sous-jacent de ce vers quoi l'économie doit tendre en principe (l'état efficace). Les plateformes étant naturellement monopolistiques, que signifie exactement une situation concurrentielle ? La recherche économique doit progresser sur ces questions. Les autorités de concurrence font face à des défis intellectuels fondamentalement plus difficiles sur ces marchés.

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

Il existe un risque de sur-régulation : une avalanche de réglementations du secteur est en cours. Tout n'est pas nécessairement inutile mais l'accumulation est porteuse de risque.

Les plateformes ont bénéficié jusqu'à maintenant d'une régulation légère qui a joué un rôle important dans leur développement. Nous avons évoqué (cf. partie 1) le statut de responsabilité réduite des hébergeurs, mais le constat demeure en matière de réglementation. Ainsi, selon la LCEN de 2004 (articles 14 et 17) :

- la réglementation est celle de l'État membre où la plateforme est établie ;
- cette réglementation des États membres ne peut pas avoir pour effet de priver un consommateur d'une protection à laquelle il aurait droit dans son pays.

Et selon la Directive Commerce Electronique (2000/31/CE) :

- les plateformes ne peuvent pas être soumises à un régime d'autorisation préalable ;
- les États membres n'ont pas le droit d'imposer aux prestataires une obligation générale de contrôler les contenus qu'ils transmettent ou de rechercher systématiquement des contenus illicites. Il s'agit encore d'une limitation de responsabilité.

Cette réglementation légère est reconnue comme un pilier de l'attractivité pour le développement du numérique, selon la Commission. Il existe aujourd'hui un risque que cette légèreté soit remise en cause. Mais l'est-elle à bon escient ?

Les éléments qui poussent à cette mise en cause sont globalement :

- la réaction des secteurs corporatistes ;
- une volonté de contrôler ce pan relativement libre de l'économie, souvent par le truchement de la protection du consommateur.

En effet, dans une relation entre deux consommateurs, fréquente sur les plateformes, le droit de la consommation ne s'applique pas. Le client risque donc d'être moins bien protégé. La tentation la plus simple est alors de responsabiliser la plateforme en l'incluant dans la relation contractuelle : si la plateforme devient partie au contrat, le consommateur se met à bénéficier du droit de la consommation (voir la définition des plateformes par le Conseil National de la Consommation, qui évoque d'ores et déjà d'une relation tripartite, laquelle ne correspond pas à la réalité juridique actuelle). Mais est-ce le bon moyen de protéger le consommateur ? Car cela alourdit énormément la charge des plateformes et freine à la fois leur entrée et leur développement. Et donc cela réduit la concurrence. Ne serait-il pas préférable de tout simplement renforcer les droits de l'acheteur vis-à-vis du vendeur ?

Illustrons cet effet d'accumulation de réglementation par quelques exemples. Selon loi Macron, la plateforme « 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 » (Article L111-5-1 du Code de la consommation). C'est important, mais une loi était-elle nécessaire ? Les grandes plateformes le font déjà en précisant les liens sponsorisés par exemple. La réglementation, en s'appliquant uniformément à toutes les plateformes, va peser sur les petites plateformes et donc augmenter les barrières à l'entrée.

Le Projet de loi pour une République numérique (PLRN) va toutefois encore plus loin. Tout d'abord, il complexifie les exigences de la loi Macron (obligation de faire apparaître l'existence d'une relation contractuelle, capitalistique, ou d'une rémunération dès lors qu'elles influencent le classement ou le référencement des contenus). Ensuite, il prend toute une série de mesures en matière de portabilité des données. Est-il nécessaire de mettre cela dans une loi ? Par exemple, en cas de *multihoming*, a-t-on besoin de ces mesures ? De plus, remettre à l'utilisateur les données que la plateforme a générées pour lui (envisagé au stade du Projet de loi) pose question, car elles appartiennent à la plateforme.

Le PLRN impose de plus une surveillance des contenus illicites qui est contraire à la directive commerce électronique⁷, ainsi qu'une forme d'applicabilité extra territoriale⁸. Enfin, les plateformes dans les secteurs réglementés devraient être déclarées conformes par la profession concernée⁹. Cela ressemble à une autorisation préalable, là aussi interdite par la Directive commerce électronique, et par ailleurs cela peut engendrer des conflits d'intérêts majeurs (les avocats devront-ils par exemple valider la plateforme qui leur fera concurrence). Enfin, le PLRN contient des mesures anti-AirBnb¹⁰ qui me rappellent les obligations drastiques imposées aux VTC.

À noter que le CNC proposait des mesures encore plus lourdes, qui n'ont pas été reprises dans le Projet de loi. Enfin, nous avons déjà évoqué la réglementation de la loi Macron sur les clauses de parité, en contradiction avec la décision de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Booking. N'est-on pas en train d'élever des barrières à l'entrée significatives ? En contrepartie de cette complexité, le gain de cette réglementation est hypothétique.

Je pense qu'il est utile de rappeler le test de bonne réglementation selon l'OCDE qui conduit, avant toute introduction d'une nouvelle réglementation, à :

1. identifier un problème que le marché ne règle pas tout seul (« *market failure* ») ;
2. si tel est le cas, s'assurer que la réglementation existante ne permet pas non plus de le régler ;
3. n'envisager de nouvelle réglementation qu'après ces étapes.

Je vous invite à passer au crible de ce test les réglementations dont nous venons de discuter.

INTERVENTION DE JACQUES CREMER

Il y a un problème en France de réception des plateformes. On se concentre sur le besoin de régulation avant même de poser la question des intérêts du modèle. La régulation ne doit venir qu'après avoir identifié des objectifs.

DISCUSSION D'ETIENNE PFISTER

Je trouve la critique un peu sévère. La plateforme tire un bénéfice de la transaction, tandis que la partie à l'origine d'un dommage causé est seule responsable, alors que ses ressources sont parfois très limitées. Par exemple, dans le cas du transport du pétrole, les grands pétroliers font appel à de petits transporteurs, responsables en cas de sinistre, et échappent ainsi à leurs responsabilités. Est-il vraiment économiquement préférable d'exonérer totalement la plateforme de toute responsabilité ?

DISCUSSION DE JEROME PHILIPPE

S'il s'agit de mettre en œuvre un mécanisme d'assurance contre l'incapacité d'une des parties à assumer ses responsabilités, rien n'indique que cela soit à la plateforme de prendre en charge cette assurance. Bien entendu, si la plateforme a failli dans son rôle de plateforme, c'est un autre sujet.

DISCUSSION D'ETIENNE PFISTER

Pourtant, la plateforme est bien placée pour diversifier le risque...

DISCUSSION DE JEROME PHILIPPE

Il existe des plateformes qui fournissent des assurances pour un certain nombre de risques, mais sur une base commerciale.

⁷ NB : le texte de loi définitivement adopté n'impose plus de surveillance des contenus illicites. L'article 23 prescrit ainsi seulement que les plateformes « élaborent et diffusent aux consommateurs des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté ».

⁸ NB : l'article 22 bis, qui traitait de la question, a toutefois été supprimé dans le texte définitivement adopté.

⁹ NB : l'article 23 bis, qui traitait de la question, a toutefois été supprimé dans le texte définitivement adopté.

¹⁰ NB : Ces dispositions ont été assouplies dans la version finale du texte.

DISCUSSION D'ETIENNE PFISTER

Une difficulté est le coût informationnel, qui reste important : qui lit les conditions générales ? Comment peut-on informer correctement le consommateur ? Les systèmes de réputation sont importants, mais sont-ils suffisants ? Ne s'agit-il pas là de la défaillance de marché qui justifie la régulation ? Cette dernière essaye d'introduire des caractéristiques minimales, avec effectivement un coût plus important pour les plus petits opérateurs. Mais je ne suis pas certain que la conclusion soit aussi nette que ce que Jérôme Philippe indique.

DISCUSSION DE JEROME PHILIPPE

Je ne dis pas qu'il ne faut pas réguler, mais je rappelle qu'il faut bien identifier les défaillances de marché avant de réguler, au risque d'élever les barrières à l'entrée sans gain significatif par ailleurs.

QUESTION DE LA SALLE

La régulation asymétrique entre plateformes et opérateurs de télécommunications ne plaide-t-elle pas pour une dérégulation des seconds ?

REPOSE DES INTERVENANTS

Il s'agit globalement d'industries différentes.