

---

# La concurrence des plateformes du numérique

*Séminaire Philippe Nasse  
Paris, 22 juin 2016*

Jérôme Philippe, avocat

# Questions

---

**1 – Qu'est-ce qu'une plateforme ? Quelle est la valeur ajoutée des plateformes ?**

**2 – Quels sont les déterminants de la concurrence entre plateformes ?**

**3 – Les marchés des plateformes sont-ils plus propices à des comportements anticoncurrentiels ?**

**4 – Quelles sont les difficultés auxquelles de heurte le droit de la concurrence avec les plateformes ?**

**5 – Plateformes : le risque de sur-régulation**

---

**Qu'est-ce qu'une plateforme ?**

**Quelle est la valeur ajoutée des plateformes ?**

**Section 1**

# Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique

## n° 2004-575

---

### Hébergeur

« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (art. 6)

### Commerce électronique

« Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. » (art. 14)



# Plus récemment

---

## Loi Macron n° 2015-990

« toute personne dont l'activité consiste à mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service » (Article L111-5-1 du Code de la consommation)

## Projet de loi pour une République Numérique (PLRN)

« toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication en ligne reposant sur :

- le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers;
- la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. » (art. 22)

# D'autres définitions

---

## Le Conseil National du Numérique

« Une plate-forme est un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou biens édités ou fournis par des tiers. Au-delà de sa seule interface technique, elle organise et hiérarchise les contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux. A cette caractéristique commune s'ajoute parfois une dimension écosystémique caractérisée par des relations entre services convergents » (Rapport Ambition Numérique, 2015)

## Rapport commun de l'ADLC et de la CMA du 16 déc. 2014

« Les écosystèmes sont fondés sur des complémentarités. Ils sont structurés autour d'une plateforme qui joue un rôle d'intermédiaire entre les multiples faces complémentaires du marché, par exemple les consommateurs, les producteurs de composants, les développeurs, etc. »

## Le Conseil National de la Consommation

« un modèle juridique basé sur une relation tripartite entre un opérateur numérique, la plateforme, un offreur particulier, qui propose ses biens ou services en ligne, et un demandeur, consommateur final de ces biens ou services. » (avis du 28 janvier 2016)

# La Commission européenne

---

Pas de définition, mais des traits communs :

- « they have the ability to create and shape new markets, to challenge traditional ones, and to organise new forms of participation or conducting business based on collecting, processing, and editing large amounts of data;
- they operate in multisided markets but with varying degrees of control over direct interactions between groups of users;
- they benefit from ‘network effects’, where, broadly speaking, the value of the service increases with the number of users;
- they often rely on information and communications technologies to reach their users, instantly and effortlessly;
- 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. »

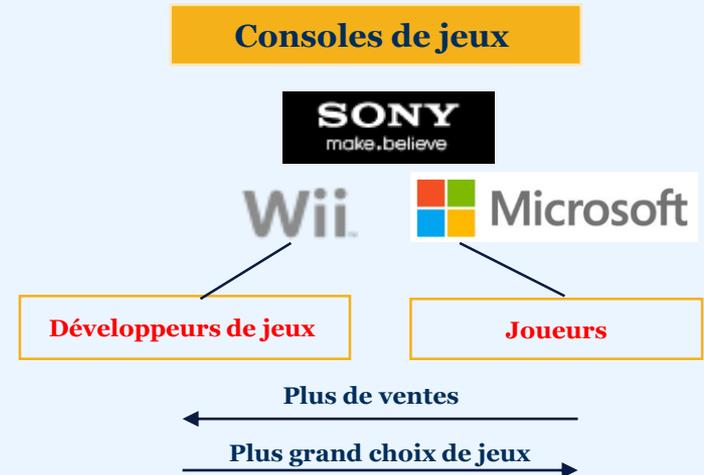
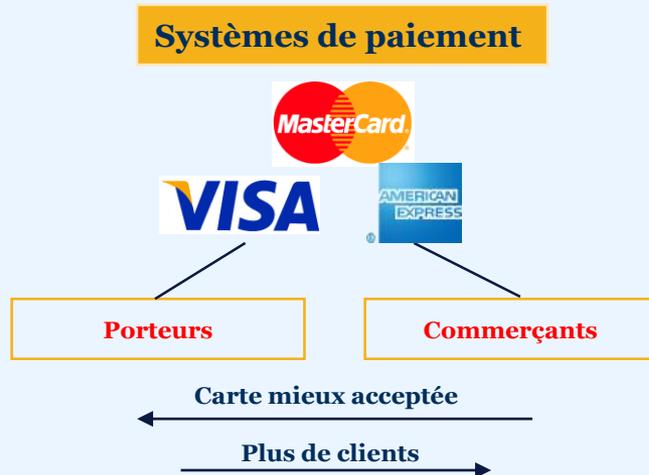
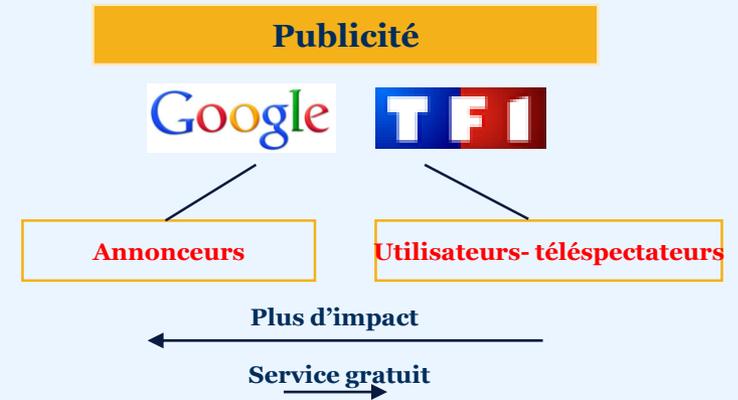
*(Communication on Online Platforms and the Digital Single Market, Opportunities and Challenges, 25 mai 2016)*

# Que retenir pour le juriste ?

---

- A-t-on vraiment besoin d'une définition ?
- Plusieurs populations (faces)
- Effets de réseaux
  - directs : effet d'entraînement (externalité positive) au sein de la même face (téléphone), Google, Facebook
  - Indirects : effets d'entraînements entre différentes faces (minitel), iTunes, AppStore, Spotify, Deezer, Netflix, Amazon, Paypal, Uber, Airbnb, Blablacar, Booking, TripAdvisor, Youtube, Periscope, Wikipedia
- Spirales, dynamiques exponentielles de croissance... et de décroissance
- Effet « *Winner takes all* » : concurrence pour le marché, et non sur le marché
- Fortes positions apparentes
- Concurrence par l'innovation et par la qualité ; très peu par les prix
- Economie (et droit...) du gratuit
- Effondrement de barrières à l'entrée
- Rôle des données

# Quelques exemples de plateformes multifaces



---

## Quels sont les déterminants de la concurrence entre plateformes ?

# Section 2

# La concurrence des plateformes

---

**Deux sujets distincts :**

- la concurrence entre les plateformes
- la concurrence avec la « vieille économie »

# La concurrence des plateformes

---

## Concurrence entre plateformes :

- concurrence pour le marché : *Winner takes all*
- concurrence par l'innovation, la qualité, le service, l'attractivité pour l'utilisateur, et par le *business model* : concurrence disruptive
  - ex: *streaming* remet en cause les positions dans le domaine de la musique et des films ; Periscope ; *business model* de Twitter
- mon concurrent est la plateforme qui est en train de naître et n'est pas encore arrivée
- modèle de type « monopole remis en cause régulièrement » : pas nouveau
  - Brevets
  - Concessions

=> La concurrence peut être très forte dans ces modèles si :

- pas de fortes barrières à l'entrée
- remise en cause suffisamment régulière

=> Favoriser / ne pas faire obstacle à l'arrivée régulière de nouveaux acteurs

# La concurrence des plateformes

---

## Concurrence avec l'« ancienne économie »:

- les plateformes détruisent des barrières à l'entrée traditionnelles en permettant des transactions
  - sans autre intermédiaire que la plateforme
  - entre individus (ou TPE qui n'auraient pas d'accès direct au marché sans la plateforme)
- ceci est rendu possible par la conjonction des *business models* de plateformes et de terminaux internet mobiles et géolocalisés (*smartphones*)
- l'accès au marché n'a jamais été aussi ouvert : concurrence plus intense, « uberisation »
- ce mouvement n'en est qu'au tout début, il va s'amplifier avec les objets connectés
- gain énorme de services, de qualité et d'efficacité : gain économique incontestable
- mais... il y a des perdants (ceux qui étaient le plus protégés par les barrières à l'entrée)
- le degré de compensation des perdants est une question plus politique qu'économique
- attention au risque de mauvais usage du droit de la concurrence (et du droit en général) dans le but de ralentir une évolution inéluctable et économiquement bénéfique



---

**Les marchés des plateformes sont-ils  
plus propices à des comportements  
anticoncurrentiels ?**

# Numérique et comportements anticoncurrentiels

---

- Pas de barrière à l'entrée => pas de pratique anti-concurrentielle  
(pas intéressant de les mettre en œuvre)

=> Numérique peu propice aux pratiques anticoncurrentielles

=> Les cas vont se focaliser sur :

- la concurrence avec l'« ancienne économie »
- la possible création « artificielle » de barrières à l'entrée

- Ententes : pas de cas
- Abus de position dominante : quelques cas ; en général rejets ou engagements
- Prudence des autorités de concurrence :
  - Marchés émergents
  - Risques de mauvaises interprétations (faux positifs, faux négatifs)
  - Risques d'interventions inutiles ou à contre temps

# L'affaire *Booking.com*

---

## *Booking.com*

- Site de réservation en ligne
- Il a été essentiel pour les hôteliers d'être référencés sur ce site
- Les hôteliers se disent « obligés » d'accepter les clauses de *Booking.com* et, notamment, les clauses de parité leur interdisant de proposer des tarifs inférieurs aux autres sites tiers, sur leur propre site et par leurs canaux de réservation non numériques
- Le vieux modèle économique fondé sur les voyages touristique à forfait dont la commercialisation était assurée par des tour-opérateurs a explosé
- La réaction va partir des syndicats d'hôteliers français et du groupe Accor

## Le contexte

- La France est la première destination touristique du monde. *Booking.com* y occupe une position forte :
  - Leader avec 60 % du marché des réservations en ligne réalisées sur les plateformes
  - En France, 70% des réservations d'hôtels se font en ligne, les 30% restant se faisant en direct

# *Booking.com* devant l'Autorité de la concurrence

## Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par différentes sociétés Booking

**Engagements proposés par Booking et validés par l'ADLC (résumé),  
(ADLC en coopération avec les autorités italienne et suédoise et la Commission européenne)**

Suppression de toute obligation de parité tarifaire et de parité de disponibilité à l'égard des autres plateformes tierces (les hôtels peuvent désormais pratiquer des tarifs plus bas que ceux affichés sur *Booking.com* avec les autres plateformes de réservation en ligne)

Suppression de toute parité tarifaire à l'égard des canaux hors ligne des hôtels ainsi que pour les programmes de fidélité (les hôtels peuvent proposer sur leurs canaux directs hors ligne des tarifs inférieurs à ceux disponibles sur le site de *Booking.com*)

Mais maintien de la possibilité d'imposer une parité tarifaire sur les canaux propres de réservations en ligne des hôtels

# L'affaire *Booking.com* – la loi Macron, 6 août 2015

---

- Article L.311-5-1 du Code du tourisme :

« (...) Nonobstant [la possibilité pour un hôtelier de conclure un contrat d'exploitation avec une plateforme de réservation en ligne pour la location de chambres d'hôtel], l'hôtelier conserve la liberté de consentir à son client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite. »

- Article L.311-5-4 :

« [Ces dispositions] s'applique[nt] quel que soit le lieu d'établissement de la plateforme de réservation en ligne dès lors que la location est réalisée au bénéfice d'un hôtel établi en France. »

# L'affaire *Booking.com* – les développements

---

## En France :

- La « clause de rendez-vous » des engagements arrive à échéance fin 2016.
- Or, la loi Macron est allée plus loin que les engagements de *Booking.com*, en imposant la suppression de la parité restreinte. Désormais, les hôteliers ont légalement la possibilité d'offrir sur leurs propres websites des nuitées à un tarif inférieur à celui proposé par les plateformes ainsi que des avantages en nature de leur choix. L'Autorité de la concurrence avait juste libéré la possibilité pour les hôteliers de discriminer entre les plateformes.
- Ceci explique certainement pourquoi les syndicats hôteliers qui avaient formé un recours contre la décision 15-D-06 rendue en avril 2015, se sont désistés en juillet 2015.
- L'exécution des engagements apparaît *contra legem*. Quelle sera la base d'évaluation des engagements début 2017 ?
- En octobre 2015, Expedia et l'Association européenne des technologies et des services de voyage (ETTSA) ont introduit un recours contre l'article 133 de la loi Macron devant la Commission européenne en violation du droit européen (contrariété à la liberté de prestation de services et à l'objectif de marché commun) et du droit de la concurrence.
- Devant les juridictions commerciales, la DGCCRF a engagé des procédures (en cours) pour pratiques restrictives (interdiction des clauses MFN et déséquilibre significatif) contre Expedia (Trib. com. de Paris, 7 mai 2015, jugement frappé d'appel) et *Booking.com* (septembre 2016).

# L'affaire *Booking.com* – les développements

---

## En Europe :

- En décembre 2015, en Allemagne, le Bundeskartellamt a interdit les clauses MFN de parité d'HRS (OTA concurrente de *Booking.com*) et de *Booking.com*.
- En France, en Italie et en Suède, les autorités de concurrence ont coordonné leur position en adoptant des décisions identiques le même jour à l'égard de *Booking.com* et d'Expedia. Les engagements proposés par les OTAs ont été équivalents.
- En Italie, une initiative législative similaire à la loi Macron, est en cours de discussion, alors que la décision de l'Autorité italienne fait l'objet d'un appel.
- De façon divergente, en Grande Bretagne, en septembre 2015, la CMA a clôt l'enquête menée dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne considérant, à l'issue des engagements proposés par les OTAs, de potentiels gains d'efficience. Toutefois, elle s'est engagée à surveiller de près ce marché dans les 12 mois suivants, au terme desquels elle décidera le cas échéant de prendre des mesures supplémentaires.

# L'affaire *Google - Android*

---

## **Le contexte**

- La position de Google sur les systèmes d'exploitation intelligents
- Android est le système d'exploitation développé par Google, que celui-ci met gratuitement à la disposition des fabricants de smartphones.

### Selon la Commission :

- Google détient des parts de marché d'au moins 90 % s'agissant des systèmes d'exploitation mobiles sous licence dans la plupart des États membres.
- Plus de 90 % des applications téléchargées sur des appareils Android dans l'EEE le sont *via* Google Play Store, celui-ci étant préinstallé.
- Des barrières à l'entrée protègent la position de Google : «effets de réseaux», coûts d'adaptation importants en cas de changement par les utilisateurs d'Android de leur système d'exploitation (comme la perte de leurs applications, données et contacts).

=> La Commission envisage de considérer que Google occupe une position dominante sur les marchés des services de recherche générale sur l'Internet, des systèmes d'exploitation mobiles intelligents faisant l'objet d'une licence et des boutiques d'applications en ligne pour le système d'exploitation mobile Android.

# L'affaire *Google - Android*

---

## ***La communication des griefs adressée à Google et Alphabet, sa société mère, par la Commission européenne le 20 avril 2016***

- Selon la Commission, Google aurait abusé de sa position dominante :
  - En subordonnant l'installation de Google Play Store à l'obligation, pour les fabricants, de préinstaller Google Search et Google Chrome sur leurs appareils ;
  - En empêchant les fabricants de vendre des smartphones fonctionnant sous des systèmes d'exploitation concurrents développés à partir du code *open source* Android dès lors qu'ils préinstallent des applications Google (comme Google Play Store ou Google Search) sur certains appareils (anti-fragmentation);
  - En accordant des incitations financières aux fabricants et aux opérateurs de réseaux mobiles à la condition qu'ils préinstallent en exclusivité Google Search sur leurs appareils.



---

# Quelles sont les difficultés auxquelles se heurte le droit de la concurrence avec les plateformes ?

# Si tu es gratuit, prédateur tu seras...

---

**Bottin Cartographes / Google**  
**TC Paris, 31 janvier 2012**

**Google Maps est gratuit**

**Or Google Maps a un coût**

**Donc Google Maps est prédateur**

# Et pourtant...

---

## Le caractère biface déjà connu de l'activité de publicité en ligne

### Autorité de la concurrence, avis 10-A- 29 du 14 décembre 2010, *Publicité en ligne*

- « *L'activité de moteur de recherche et celle de fourniture d'espaces publicitaires constituent les deux versants d'un marché « biface », au sein duquel la réussite de la première conditionne l'attractivité de la seconde.* » (§ 99).
- S'agissant de l'existence de barrières à l'entrée, « *Un moteur de recherche ayant une position très importante sur le côté « internautes » du marché biface peut donc se permettre d'investir prioritairement dans l'accroissement de la qualité du moteur de recherche afin de maintenir son avance, sans consacrer les mêmes efforts pour satisfaire les annonceurs de l'autre côté du marché biface. Il est en effet assuré que ceux-ci resteront tant que le moteur attirera l'essentiel des requêtes.* » (§ 253)
- L'Autorité conclut à la position dominante de Google sur le marché de la publicité en ligne et livre un « *guide de lecture* » des éventuels abus que la position dominante de Google pourrait générer, en distinguant les abus d'éviction et les abus d'exploitation.
- Elle rappelle que cette position n'est pas condamnable en soi : « *elle résulte d'un formidable effort d'innovation, soutenu par un investissement important et continu.* » (§ 403)

# Marchés multifaces et gratuité

---

## Bottin Cartographes / Google

- **Le premier arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 novembre 2013**
  - Saisie par Google, la cour d'appel de Paris sursoit à statuer et renvoie l'affaire devant l'Autorité de la concurrence pour avis sur « *le marché pertinent; le marché affecté, la position de Google sur ce marché, et la constitution de l'abus de prédation à partir du test* ».
- **L'avis 14-A-18 rendu le 16 décembre 2014 par l'Autorité de la concurrence**
  - L'Autorité relève le caractère « *multiface* » des marchés sur lesquels opère Google (§ 50),
  - L'Autorité exclut toute pratique de prédation, le test de coût montrant que la gratuité ne s'analyse pas en sacrifice à long terme, quel que soit le périmètre des marchés géographiques considéré (France, Union européenne, monde), les années retenues ou la clef de répartition choisie pour l'allocation des coûts d'infrastructure, aucun élément ne montrant un plan ayant pour but l'éviction des concurrents de Google par une pratique de prix prédateurs.
  - Dans le même sens, ayant relevé l'existence de concurrents sur ce marché, et notamment de Bottin Cartographes qui n'avait subi aucune perte (au contraire, sa marge brute *on line* avait augmenté sur la période considéré ), l'Autorité ne relève aucune pratique d'éviction de la part de Google, et écarte la qualification d'abus.
- **L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 novembre 2015**
  - La cour d'appel de Paris adoptant le raisonnement de l'Autorité de la concurrence, infirme le jugement dans son entièreté. Les dommages-intérêts ? ...0...

# Décision 12-D-14 du 5 juin 2012, *Microsoft*

---

Microsoft est entré sur le marché des systèmes électroniques de stockage (*cloud computing*), de partage et de synchronisation d'informations par la mise en service de la suite logicielle Windows Live

Midprod et Livesynchro, opérant sur le même marché, ont initié une procédure contre Microsoft pour abus de position dominante. Ils dénonçaient plusieurs pratiques et, notamment, la gratuité des services de *cloud computing*.

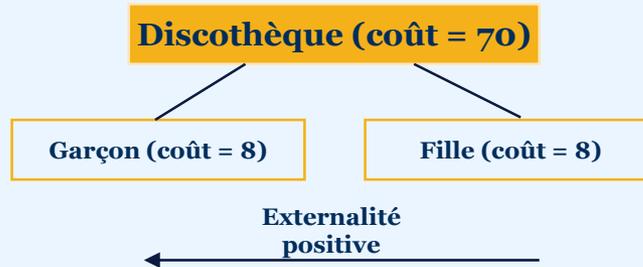
L'Autorité refuse de déduire le caractère abusif des services proposés par Microsoft de leur gratuité :

« (...) les offres proposées par la quasi-totalité des acteurs, y compris celles de Microsoft et livesync.com, sont gratuites, jusqu'à une certaine capacité. En effet, **il s'agit d'un marché biface mettant en relation les annonceurs et les internautes qui est financé par la publicité et les offres premium**. Ces services sont gratuits **dans le but d'attirer les clients, et de ce fait rendent la plateforme plus attractive pour les annonceurs** qui achètent les espaces publicitaires diffusés sur les interfaces des utilisateurs. La gratuité a également pour objet **de générer des demandes pour la version payante** au-delà d'une certaine capacité. » (§ 46)

« **Ce système de financement [...] n'est pas en soi condamnable**. (...) . Ainsi, il ne peut pas être affirmé, au vu des seuls éléments invoqués à l'appui de la saisine, que Microsoft ait abusé de sa position dominante sur le marché des services d'exploitation **en proposant des services gratuits sur un marché connexe grâce aux revenus dégagés sur le marché dominé**. » (§ 47 et 48)

# Faux positifs et faux négatifs

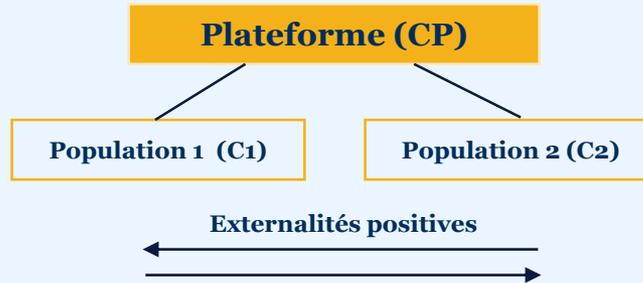
---



- Filles :  $F = 30 - 2 P_f$
- Garçons :  $G = 30 - 2 (P_g - F/2)$  ce qui revient à  $G = 30 - 2 P_g + F$
- Si  **$P_f = P_g = 10$**  :  $F = 10$  et  $G = 20$   
les filles rapportent +20 et les garçons rapportent +40 : profit = - 10  
... et les garçons s'ennuient...
- Si  **$P_f = 6$**  et  **$P_g = 15$**  :  $F = 18$  et  $G = 18$   
les filles rapportent -36 et les garçons rapportent +126 : profit = + 20  
... et la discothèque est plus sympathique avec une parité filles / garçons !
- Est-ce le second tarif qui est prédateur pour les filles ou est-ce le premier tarif qui est prédateur pour l'ensemble ?

# Quels prix pour quels coûts ?

---



Comparer P1 à C1 ou P2 à C2 ne permet aucune conclusion  
Il faut comparer  $N1 \times P1 + N2 \times P2$  avec  $N1 \times C1 + N2 \times C2 + CP$

Il n'y a aucune raison pour que le prix payé par une population reflète son coût  
Les contributions de chaque population s'ajoutent pour couvrir le coût d'ensemble du système : chacune apporte sa contribution

ET

Les prix pour chaque population servent à équilibrer le système pour qu'il se développe au mieux (« *must get both sides on board* »)

# Quels sont les risques ?

---

- **Analyser l'un des marchés isolément**
- **Oublier de prendre en compte les externalités entrantes**
- **Oublier de prendre en compte les externalités sortantes**
- **Oublier de prendre en compte les *efficacités* (coûts de transaction, etc)**
- **Appliquer des tests classiques sans les adapter :**
  - test de définition de marché pertinent (SSNIP)
  - test d'effet unilatéral (concentration)
  - test de sacrifice (prédation) : peut générer de faux positifs ou de faux négatifs, et attention au test d'intention...
  - test de coût (régulation et même ententes)
  - test de pouvoir de marché
  - tests comportementaux (*tying*, fixation multilatérale de commissions, etc)
  - test de l'investisseur avisé (aides d'Etat)
- **Des économies apparentes d'un côté peuvent générer des surcoûts de l'autre**

# Exemple : le test SSNIP

---

- **On cherche à déterminer le marché pertinent sur la face 1**
- **Une augmentation permanente de 10% du prix est-elle profitable ?**
- augmentation de prix de 10 % sur la face 1
- réduit la demande de 5% sur la face 1
- compte tenu du taux de marge sur la face 1, elle est profitable
- donc on a isolé un marché pertinent...

## **MAIS**

- cette augmentation induit aussi une baisse de la demande de 3 % sur la face 2, où le taux de marge se trouve être beaucoup plus élevé
- en prenant en compte cet effet sur la face 2, l'augmentation n'est plus profitable
- et donc il faut élargir le marché pour trouver le marché pertinent !
- *AdIC 10-A-29 Publicité en ligne* : « le caractère biface de ce marché rend en théorie difficile l'application de certains tests usuels, comme le test SSNIP (...), en raison des équilibres complexes de tarification entre les deux côtés du marché. ». (§ 108).  
(voir aussi *Merger Assessment Guidelines, OFT 2010*)

# Et les effets positifs de la gratuité ?

---

Sur le bien-être du consommateur :

- moins de prix => plus de surplus
- gratuité => concurrence par la qualité et l'innovation
- => meilleure qualité
- => plus de surplus

Sur la concurrence :

- gratuité => multi-homing favorisé
- => entrée plus simple
- gratuité => multi-homing favorisé
- => obtention des données favorisée
- => entrée plus simple
- gratuité => essai d'un nouveau concurrent ne coûte rien
- => entrée plus simple

# Le pouvoir de marché

---

Traditionnellement, lié à la part de marché et/ou à la marge

- Ici :
- marges négatives sur certaines faces, faibles sur d'autres
  - difficultés à trouver des business modèles profitables (Twitter...)
  - parts de marché élevées mais parfois peu pérennes (Myspace, Altavista, ...)
  - des géants aux pieds d'argile ?

Comment adapter l'approche traditionnelle ?

- très grande prudence est requise
- « remèdes » Microsoft WMP peu utiles
- débat sur les DRMs est devenu obsolète, avec l'arrivée du *streaming*, avant d'avoir été résolu...

# Débat sur les seuils de contrôle des concentrations

---

Lancé par l'ADLC, le BKA et la Commission

S'inquiètent de ne pas pouvoir contrôler certaines concentrations dans le monde des plateformes, par « manque de chiffres d'affaires »

Réfléchissent à d'autres types de seuils...

Question : qu'est-ce qui doit faire penser que la règle générale selon laquelle il n'y aura pas d'atteinte à la concurrence en dessous d'un certain chiffre d'affaires serait vraie dans tous les domaines sauf pour les plateformes ?

Attention à trop de « sector specific »...

# Les données

---

Le sujet du moment :

- Competition Law and Data, ADLC et BKA, 10 mai 2016
  - Enquête sectorielle lancée par l'ADLC
  - Enquête lancée par le BKA
- Beaucoup de questions sur l'avantage retiré des données :
    - servent de barrière à l'entrée ?
    - accroissent la transparence ?
    - permettent la discrimination ?
  - ATTENTION à l'*efficiency offence* :
    - plus de données me permettent de rendre un meilleur service que les autres à l'utilisateur
    - donc c'est mal ...

# Les données

---

- La donnée est un bien non-rival :
  - je passe mes données à un site ; mais
    - je les ai encore,
    - je peux encore les passer à d'autres sites
  - ce n'est pas un prix, il n'y a pas d'abandon : on ne paye pas « en données », même quand on transfère des données qui auront potentiellement une valeur
- Beaucoup d'entreprises ont beaucoup de données (banques, grande distribution, cartes privées, ...)
- La valeur de la donnée dépend crucialement du contexte (ex. Facebook vs Tripadvisor...)
- La valeur de la donnée décroît rapidement ; 90% des données d'aujourd'hui n'existaient pas il y a deux ans ; croissance 7 fois plus rapide que le marché de l'informatique
- Ne pas confondre les données et la capacité à les traiter...
- Attention à la sur-régulation !



---

# Plateformes : le risque de sur-régulation

# Obligations découlant de la LCEN

---

## Responsabilité réduite de l'hébergeur

« Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services

ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si,

dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (art. 6)

# Obligations découlant de la LCEN

---

## Commerce électronique

« Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. » (art. 15)

# Obligations découlant de la LCEN

---

## Commerce électronique

« Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social. » (art. 14)

« L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet [...] de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter » (art. 17)

# Directive Commerce Electronique 2000/31/CE

---

## Prestataire de services de la société de l'information (PSSI)

« Les Etats membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent » (art. 4)

« Les Etats membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12 [transport], 13 [stockage] et 14 [hébergement], une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites » (art. 15)

# Un tournant ?

---

Cette réglementation légère depuis 10 ans a été un facteur important de développement du numérique en France et de l'attractivité de la France (« *pilier du développement de l'Internet en Europe* »)

Elle est aujourd'hui remise en cause :

- réaction des secteurs « fragilisés » par les plateformes
- volonté d'afficher un contrôle sur ce pan de l'économie
- sous un paravent : la protection du consommateur

# Le consommateur paravent

---

- le droit de la consommation protège le consommateur
  - mais il ne s'applique pas aux transactions entre individus
  - or les plateformes rendent possibles les transactions directes entre individus (Amazon, Ebay, Facebook, LinkedIn, Twitter, Uber, Airbnb, Blablacar...)
- ⇒ tentation « naturelle » de renforcer la responsabilité de la plateforme (obligations de vérification, d'information, ...) afin de l'impliquer de plus en plus dans la transaction, pour à terme en faire une partie à la transaction... ce qui rendra le droit de la consommation applicable
- ⇒ Cf. rédaction choisie par le CNC :  
« un modèle juridique basé sur une relation tripartite »
- évolution dangereuse : perte d'un facteur de compétitivité...
  - chercher d'autres moyens de protéger le consommateur ?

# Loi Macron n°2015-990

---

- 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)
- « Tout manquement aux articles L111-5 et L11-5-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000€ pour une personne physique et 375 000€ pour une personne morale » (Article L111-6)
- Question ? Qui ne le fait pas ?
- Google, Facebook, Amazon, LinkedIn, Twitter, Booking... toutes les grandes plateformes le font déjà...
- Résultat : augmentation des barrières à l'entrée pour les petites plateformes qui commencent... Or la concurrence sur le marché vient de l'innovation et de l'entrée...  
=> réduction de concurrence
- Fallait-il une loi ?

# PLRN : information sur le classement

---

« Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu **de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente** sur les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder. L'opérateur fait apparaître clairement, grâce à une signalisation explicite, l'existence :

- « a) D'une relation contractuelle, dès lors que le contrat sous-jacent contient des stipulations relatives au classement des contenus, des biens ou des services proposés par la personne morale référencée
- « b) D'un lien capitalistique, dès lors qu'il influence le classement des contenus, des biens ou des services proposés par la personne morale référencée
- « c) D'une rémunération directe par les personnes morales référencées et, le cas échéant, l'impact de celle-ci sur le classement des contenus, biens ou services proposés. »

Tout ceci à communiquer au consommateur **de manière intelligible** dans les CGU de la plateforme.

# PLRN : exportation des données

---

Les plateformes doivent permettre au consommateur la récupération gratuite des données stockées en ligne concernant (article 21):

- Tous les fichiers mis en ligne par le consommateur ;
- Toutes les données résultant de l'utilisation du compte utilisateur du consommateur et consultables en ligne par celui-ci, dans un standard ouvert et aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine ;
- Les autres données associées au compte d'utilisateur du consommateur dont la récupération est pertinente pour le changement de fournisseur dans un secteur économique ou industriel ;
- Cette fonctionnalité permet au consommateur de récupérer, par une requête unique, l'ensemble des fichiers ou données concernés.

# PLRN : surveillance des contenus illicites

---

Les plateformes en ligne dont l'activité dépasse un seuil de connexions défini par décret, élaborent et diffusent aux consommateurs des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté.

- La CNIL évaluera les opérateurs de plateformes et diffusera périodiquement les résultats de ces évaluations et de ces comparaisons
- La CNIL rendra publique la liste des plateformes qui ne respectent pas leurs obligations
- Si des contenus illicites sont susceptibles d'être diffusés à grande échelle à destination des consommateurs résidant en France, les plateformes vecteurs de ces contenus devront:
  - Désigner une personne physique comme représentant légal en France
  - Élaborer des bonnes pratiques visant à lutter contre la mise en ligne de contenus illicites, notamment par la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance automatisés de tels contenus (obligation de surveillance contraire à l'art. 15 DCE)
  - Définir des indicateurs permettant d'apprécier le respect des lois et des règlements relatifs aux contenus mis à la disposition du public
  - Rendre périodiquement publics ces indicateurs
  - Le gouvernement mettra en place les conditions de la mise en place de comparateurs d'avis de consommateurs

# PLRN : applicabilité extraterritoriale

---

Applicabilité extraterritoriale du texte (articles 22 et 23) à toutes les plateformes au monde dès lors qu'un lien existe avec la France :

- Sont soumises à la loi les plateformes établies sur le territoire français ou sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne
- Mais aussi les plateformes non établies en France ou dans l'Union européenne qui dirigent par tout moyen leur activité vers le territoire français ou causent un dommage à un consommateur sur le territoire français.

# PLRN : plateformes dans les secteurs réglementés

---

- Les plateformes ayant pour objet des prestations de services proposés par des professions réglementées devront recevoir un avis conforme de « *l'institution chargée de l'application des règles déontologiques de ladite profession* » (autorisation préalable potentiellement contraire à l'art. 4 DCE)
- A défaut, la plateforme ne pourra pas faire référence au titre de la profession réglementée dans sa communication auprès des consommateurs
- Un « Label qualité » sera délivré par l'institution régissant la profession réglementée concernée.

# PLRN : anti Airbnb

---

- La plateforme devient responsable de la vérification de la qualité de propriétaire du loueur ou de l'accord du propriétaire
- Sous peine d'amende (100.000 euros) pour la plateforme et 80.000 euros/1 an de prison pour le bailleur
- Cf. mesures anti-Airbnb prises par des municipalités dans le monde
- Cf. récemment, obligations d'attente imposées aux VTC (annulées par le Conseil d'Etat)
- Cf. annonce récente de la Mairie de Paris de demander une intervention législative contre « *Prime Now* » d'Amazon
- Cf. Loi Macron sur les obligations de parité, en contradiction avec la Décision de l'ADLC (affaire *Booking*)

# PLRN : données personnelles

---

« Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant »

Ce principe va beaucoup plus loin que l'actuelle loi Informatique et Libertés.  
Quid du *Big data* ? De la presse ?

Mise en œuvre peut se révéler très difficile, avec des problèmes de responsabilité importants

En outre, aggravation des sanctions : 4% du CA mondial

# Préconisations du CNC (avis du 28 janvier 2016)

---

La plateforme devrait indiquer :

- le statut de l'offreur (particulier ou professionnel)
- les règles de classement des offres (algorithme ?)
- la nature de l'offre (vente, prêt, louage, service...)
- le prix total
- le droit applicable
- attirer l'attention du demandeur sur la nécessité d'assurances pour utiliser l'objet acheté
- attirer l'attention de l'offreur sur ses obligations fiscales éventuelles
- attirer l'attention de l'offreur sur la requalification possible de son statut

Ces obligations créeraient des sujets de responsabilité qui peuvent être très lourds à gérer pour les plateformes

# Principes d'une bonne réglementation

---

Tendance lourde à l'accroissement de la réglementation ...

Mais :

- OCDE (2012), *Recommandation of the Council on Regulatory Policy and Governance*
- Commission européenne, *Better Regulation - Commission Staff Working Document*, COM(2015) 2015 final
- Ex: développement du téléphone aux USA

## Test simple

**Avant toute introduction d'une nouvelle réglementation :**

**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.**

# Tendance aggravée par l'extraterritorialité

---

- Affirmée dans le PLRN
- Pose déjà des difficultés : cf. Google c/ CNIL sur le droit à l'oubli sur le serveur google.com
- L'extraterritorialité peut générer des normes multiples qui se superposent et qui sont parfois contradictoires (pas d'homogénéité des normes, à la différence du droit de la concurrence)
- Face à des normes contradictoires, la désobéissance devient inévitable...
- Agir de manière extraterritoriale suppose d'accepter qu'un régulateur étranger intervienne en France (principe de réciprocité)...
- Une approche par la *soft law* pourrait être plus efficace

# Google c/ CNIL

---

A la suite de Affaire C-131/12 du 13 mai 2014 – *Google Spain, Google Inc, / Agencia Espanola de Proteccion de Datos*, la CNIL a été saisie par plusieurs internautes des refus de Google de les déréférencer sur *Google Search*.

- Décision n°2015-047 du 21 mai 2015 : mise en demeure adressée par la Présidente de la CNIL à Google de déréférencer les données concernées sur l'ensemble du moteur de recherche, donc sur toutes les extensions (« .fr », « .com », « .es », etc.) ; mise en œuvre par Google sur google.fr
- Délibération CNIL 2016-054 du 10 mars 2016, prononçant une sanction pécuniaire à l'égard de Google Inc:
  - « Le service de moteur de recherche de Google étant un traitement unique, les extensions géographiques ne constituent pas des traitements distincts »;
  - « Nulle atteinte à la liberté d'expression puisqu'il n'y aura pas de suppression de contenus, mais seulement suppression de liens ».
  - Sanction pécuniaire de 100.000 €.
- Appel de Google

# Risques ?

---

## Risque d'étouffer le secteur le plus dynamique de l'économie...

### Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010, *Publicité en ligne*

«L'Autorité souhaite également attirer l'attention des pouvoirs publics sur les risques qu'entraînerait une intervention réglementaire trop précoce ou trop rigide.

Il faut, à cet égard, saluer la réussite industrielle et économique de Google et, d'une façon plus générale, souligner les gains pour l'économie que peut faire naître l'innovation dans le secteur des moteurs de recherche et de la publicité en ligne » (§ 354)

# Contact

---



**Jérôme Philippe**

**Avocat à la Cour**

Paris +33 1 44 56 27 96

Brussels +32 2 504 76 60

Email [jerome.philippe@freshfields.com](mailto:jerome.philippe@freshfields.com)

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the law of England and Wales authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority) (the UK LLP) and the offices and associated entities of the UK LLP practising under the Freshfields Bruckhaus Deringer name in a number of jurisdictions, and Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, together referred to in the material as 'Freshfields'. For regulatory information please refer to [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).

The UK LLP has offices or associated entities in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Italy, Japan, the Netherlands, Russia, Singapore, Spain, the United Arab Emirates and Vietnam. Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP has offices in New York City and Washington DC.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2016



**Freshfields Bruckhaus Deringer**