

Quelle régulation pour les plateformes numériques en Europe ?

Par Winston MAXWELL

Avocat associé Hogan Lovells

et Thierry PÉNARD

Professeur d'économie à l'Université de Rennes 1

Le succès des plateformes numériques et leur rôle aussi bien structurant que disruptif dans certains secteurs ne sont pas sans susciter des préoccupations d'ordre économique, politique et sociétal. En Europe comme en France, il est question de mettre en place une régulation des plateformes numériques. Sans contester les problèmes que peuvent poser des plateformes puissantes comme Google, Amazon ou Facebook, nous montrerons qu'une régulation spécifique soulèverait de nombreuses difficultés tant sur le plan économique que sur le plan juridique. Nous soulignerons les coûts et l'inefficacité d'une intervention ciblée sur les plateformes, compte tenu de l'instabilité des marchés numériques et de leurs fortes potentialités en termes d'innovations technologiques et sociétales. Une approche pragmatique s'appuyant sur les lois existantes apparaît préférable pour remédier aux défaillances des plateformes, notamment sur des marchés émergents. Cette approche prudente est préconisée par l'OCDE et par la Commission européenne dans leur méthodologie « Mieux légiférer ».

Introduction

Les plateformes numériques, comme AirBnB, Blablacar, Facebook ou Google, sont aujourd'hui plébiscitées par les internautes et jouent un rôle de plus en plus central dans tous les secteurs d'activité économique, sans exception (secteurs de la culture, du tourisme, de la finance, du commerce, des services...). Mais leur succès et leurs effets aussi bien structurants que disruptifs suscitent des inquiétudes d'ordre économique, politique et sociétal.

Les principales préoccupations portent sur la puissance économique de ces plateformes et les risques afférents de comportements anticoncurrentiels (clauses contractuelles abusives, exclusivité, discrimination...) envers les autres fournisseurs de services et de contenus ou envers les entreprises clientes de ces plateformes. Une autre crainte a trait à leurs relations avec les internautes et à l'usage par les plateformes des données personnelles de ces derniers (défaut de transparence, collecte excessive de données...).

Sont aussi évoqués des dommages causés plus largement à la société, tels que la diffusion de contenus illégaux, le non-respect des règles fiscales ou une atteinte à la souveraineté numérique (lorsque ces plateformes sont d'origine américaine). Les procédures lancées depuis 2010 par la Commission européenne à l'encontre de Google visant son service Google Shopping, et plus récem-

ment du système d'exploitation mobile Android, illustrent bien ces préoccupations. Mais les détracteurs de Google ne manquent pas de souligner la lenteur et l'inadéquation du droit de la concurrence pour mettre fin aux pratiques incriminées.

C'est dans ce contexte que l'idée de se doter d'une réglementation spécifique des plateformes numériques est évoquée en France et en Europe.

Pour la Commission européenne, « *certaines plateformes en ligne sont désormais devenues des acteurs économiques à part entière dans de nombreux secteurs de l'économie et la manière dont elles utilisent leur puissance sur le marché pose un certain nombre de problèmes qui méritent une analyse dépassant la seule application du droit de la concurrence dans des cas spécifiques* » (Commission européenne, 2015a).

Dans le cadre de sa stratégie de marché unique numérique, la Commission (2016a) a récemment communiqué sur l'approche combinant obligations réglementaires, autorégulation et co-régulation qu'elle souhaite adopter pour réguler les plateformes numériques. Sans attendre l'issue du débat européen, le projet de loi « pour une République numérique » débattu en France propose une régulation spécifique des plateformes numériques imposant à celles-ci de nouvelles obligations. Elles devront désormais fournir à leurs utilisateurs une information loyale, claire et

transparente sur les conditions générales d'utilisation de leurs services, sur les modalités de leurs référencement et classement et sur les relations contractuelles ou les liens capitalistiques existant entre la plateforme concernée et les services qui y sont référencés.

Nous nous proposons ici d'examiner le bien-fondé d'une régulation des plateformes numériques. Sans contester la réalité des problèmes que peuvent poser des plateformes aussi puissantes que Google, Amazon ou Facebook, nous montrerons qu'une régulation spécifique soulèverait de nombreuses difficultés tant sur le plan économique que sur le plan juridique. Nous proposerons des solutions mieux adaptées aux caractéristiques technologiques et économiques des marchés numériques et respectant la méthodologie « Mieux légiférer » que prônent la Commission européenne et l'OCDE.

Un éclairage économique sur les plateformes

Le premier obstacle à une régulation spécifique des plateformes est le fait qu'il n'existe pas de définition économique de l'objet que l'on souhaite réguler. Pour les économistes, une plateforme numérique peut être tout aussi bien définie par les services qu'elle fournit (information, recherche, communication, transaction), par les modèles d'affaires qu'elle supporte (modèle de place de marché, modèle publicitaire) ou par les écosystèmes qu'elle structure.

Ces différentes approches rendent difficile l'élaboration de lignes directrices claires visant à réguler une catégorie juridique « plateforme » ou « plateforme numérique », la gamme des services et des modèles d'affaires couverte étant potentiellement vaste. La Commission européenne (2016b) liste cinq grandes catégories de plateforme, à savoir des places de marché e-commerce, des écosystèmes d'applications mobiles, des moteurs de recherche, des réseaux sociaux et les plateformes de publicité en ligne. Néanmoins, le dénominateur commun de ces plateformes est leur dimension multi-face. Ces plateformes mettent en relation plusieurs faces (ou groupes) d'utilisateurs qui ne peuvent à eux seuls et mutuellement capturer la valeur de leurs interactions. À la suite de Rochet et Tirole (2003, 2006), la théorie des marchés bifaces s'est attachée à caractériser les stratégies des plateformes et à étudier leur impact économique (BOUDREAU et HAGIU, 2010 ; EVANS et SCHMALENSEE, 2007 ; CHOUDARY, PARKER et VAN ALSTYNE, 2016). Mais ces travaux ne proposent pas de définition opératoire de ce qu'est (ou de ce que n'est pas) une plateforme numérique.

L'absence de critères objectifs et clairs permettant d'identifier et de délimiter une « plateforme » crée donc une ambiguïté quant aux secteurs d'activité et aux entreprises susceptibles de se trouver dans le périmètre d'une réglementation ciblée sur les plateformes. Cette difficulté a été soulignée par la Commission européenne (2016c, p. 45).

Un second obstacle tient aux caractéristiques des marchés sur lesquels sont présentes les plateformes numériques (SHAPIRO et VARIAN, 1998 ; MALIN et PÉNARD,

2010). Ces marchés présentent certaines propriétés économiques qui peuvent tout à la fois entraver la concurrence (en favorisant la concentration des acteurs en place) et stimuler l'entrée de ces acteurs et leur renouvellement.

Tout d'abord, sur ces marchés, les entreprises (notamment les plateformes) ont des coûts fixes élevés et des coûts marginaux relativement bas (en matière de production ou de distribution de services et de contenus numériques) générant des économies d'échelle et induisant une concentration de l'offre. Ces marchés sont aussi animés par d'importants effets de réseau directs et indirects : l'utilité ou le bénéfice d'un service fourni sur une plateforme est directement et/ou indirectement influencé par le nombre (actuel ou potentiel) des utilisateurs du service. Ces effets de réseau sont plus importants sur les plateformes fournissant des services de communication (des réseaux sociaux, comme Facebook et Snapchat) que pour les moteurs de recherche ou les plateformes médias.

La combinaison des économies d'échelle et des effets de réseau génère des rétroactions positives qui peuvent accélérer la diffusion d'une plateforme numérique.

Plus une plateforme a un grand nombre d'utilisateurs et plus elle va en attirer de nouveaux. Le succès (ou la survie) d'une plateforme dépend donc de sa capacité à atteindre une masse critique d'utilisateurs (seuil critique). Cette propriété rend les activités pratiquées sur les plateformes très risquées, mais aussi très attractives (le gagnant pouvant remporter tout un marché). Enfin, les marchés numériques se caractérisent par un rythme soutenu de l'innovation pouvant rapidement redistribuer les pouvoirs de marché et faciliter les entrées sur lesdits marchés. Une entreprise puissante positionnée sur un marché numérique ne peut jamais se sentir réellement protégée : elle doit innover en permanence afin de préserver sa position et d'empêcher des entreprises concurrentes d'innover plus rapidement qu'elle. La concurrence s'exerce « pour le marché » et non « à l'intérieur du marché » (SHELANSKI, 2013). Cette dernière caractéristique peut en soi constituer un mode puissant de régulation des marchés numériques.

Les économistes insistent sur la complexité et les risques d'une régulation des activités basées sur les plateformes en raison des effets de réseau et d'interdépendances entre les différentes faces du marché. Cette dimension multi-face des plateformes a pour effet qu'une intervention régulatrice sur une seule face du marché peut s'avérer inappropriée, induisant des effets contreproductifs ou incontrôlés sur les autres versants (EVANS et SCHMALENSEE, 2014). Les autorités régulatrices prendraient ce faisant le risque de figer l'innovation et d'empêcher des créations de valeur qui seraient impossibles en dehors de ces plateformes.

Quelle approche adopter pour « mieux légiférer » en matière de plateformes ?

Dans le cadre de la méthodologie « Mieux légiférer » préconisée par l'OCDE (2011, 2012) et la Commission européenne (2015b), un besoin de régulation doit s'apprécier d'abord par rapport à un objectif bien défini (générale-

ment remédier à une défaillance démontrée du marché), et ensuite par rapport à un scénario de référence décrivant comment cette défaillance de marché est susceptible d'évoluer en l'absence de toute intervention réglementaire. Ce scénario de référence ne doit pas être statique, mais doit au contraire prendre en compte l'évolution probable du marché et de l'environnement réglementaire dans les années à venir (RENDA et al., 2013).

Dans le cas d'une proposition de réglementation spécifique aux plateformes, la première étape sera donc de définir avec précision la (ou les) défaillance(s) de marché en cause (abus de pouvoir de marché, externalités négatives, asymétries d'information...). Le scénario de référence décrit de quelle façon les règles et lois en vigueur peuvent être mobilisées pour pallier ces défaillances (droit de la concurrence, règlement européen relatif à la protection des données personnelles, lois sur la protection du consommateur, actions de groupe). S'il existe des initiatives de droit souple (sans force contraignante) – sous la forme de chartes, de codes de conduite ou de recommandations –, leur application prospective doit également être prise en compte.

Une fois le scénario de référence déterminé, il doit être comparé, en termes d'efficacité, avec les diverses options réglementaires proposées. Si le problème est un abus de pouvoir de marché des plateformes vis-à-vis d'entreprises (à l'égard d'hôteliers, par exemple), le niveau de ce problème doit être évalué dans le scénario de référence et dans le scénario de régulation spécifique (si le niveau du problème est égal à 10 dans le scénario sans régulation et n'est égal qu'à 8 dans le scénario avec régulation spécifique, le bénéfice escompté de cette régulation sera égal à $10 - 8 = 2$).

Il faut ensuite estimer les coûts (directs et indirects) de chaque option de régulation par rapport au scénario de référence. Les coûts directs comprennent les coûts de mise en œuvre du nouveau cadre réglementaire (ressources humaines et financières additionnelles mobilisées, création d'une nouvelle autorité administrative), ainsi que les coûts directs pour les entreprises impactées par les nouvelles obligations réglementaires (là encore, en termes de ressources humaines, de dépenses de prestataires (par exemple, de frais de cabinet d'avocats), si une partie du travail est externalisée...). Enfin, les coûts indirects comprennent les effets sur l'innovation, sur des droits fondamentaux, sur la concurrence ou sur le caractère ouvert de l'Internet. Ces coûts indirects seront difficiles à chiffrer, mais ils doivent au moins être évalués qualitativement.

Aux termes de cette analyse, l'option qui dégage le bénéfice net (bénéfices - coûts) le plus élevé doit être privilégiée. Toutefois, ce type d'analyse n'est pas simple à mettre en œuvre sur les marchés numériques, en raison de leur forte volatilité économique et de leur imprévisibilité technologique. La réglementation des marchés numériques est particulièrement propice aux erreurs et aux inefficacités. Shelanski (2013) explique ainsi que les coûts associés à une réglementation inadaptée sont beaucoup plus élevés que les coûts qui auraient été supportés en l'absence

d'intervention (scénario de référence). En d'autres termes, les coûts d'une erreur du type I (erreur liée à l'imposition d'une régulation mal ciblée) seront plus élevés que ceux d'une erreur du type II (erreur liée à l'inaction réglementaire). Dans le doute, mieux vaut donc ne pas réguler des marchés numériques connaissant une évolution rapide.

L'imprévisibilité des marchés émergents a été reconnue par la Commission européenne dès 2007 dans le cadre de sa recommandation sur la régulation des marchés des communications électroniques : « *En général, les marchés nouveaux et émergents sont instables, présentant l'incertitude de l'offre et de la demande et des fluctuations dans les parts de marché. Ils sont caractérisés par un degré élevé d'innovation qui peut conduire à des changements brusques et inattendus (par opposition à une évolution naturelle au fil du temps)* » (Commission européenne, 2007).

En appliquant la méthodologie européenne, les États membres devraient (en principe) s'abstenir de réguler précipitamment leurs marchés sur lesquels se développent des plateformes numériques. Mais cette vision très pragmatique de la régulation ne correspond pas toujours aux réalités politiques. Dans le cas des plateformes, l'action politique répond à des pressions émanant de citoyens et de groupes d'intérêts. Ces préoccupations peuvent être alimentées par des craintes plus ou moins rationnelles (SUNSTEIN, 2005). Afin de répondre à ces préoccupations, une régulation peut s'imposer en raison de son pouvoir symbolique. On parle alors de la fonction « expressive » (SUNSTEIN, 1996) et « normative » (SCHULTZ, 2008) de la loi. Dans ce cas, l'efficacité de la mesure devient un critère secondaire. Sunstein (2005) démontre que nombre de réglementations américaines en matière de protection de l'environnement répondent à des craintes ponctuelles liées à des événements spectaculaires, mais que l'efficacité de ces réglementations est incertaine, car leurs coûts dépassent largement les bénéfices qu'elles apportent à la société.

Institutionnellement, un régulateur (qu'il s'agisse du législateur ou d'une autorité de régulation) préférera l'action (à savoir la régulation) à l'inaction (à savoir la non-régulation), car les bénéfices politiques liés à l'action se manifesteront immédiatement, alors que les coûts d'une régulation mal adaptée ne se manifesteront qu'à moyen ou à long terme, le plus souvent postérieurement aux échéances politiques du régulateur. S'agissant des plateformes numériques, l'attitude normale, de la part du régulateur, serait donc d'intervenir, car ce dernier n'aura pas à supporter les coûts liés à un excès de régulation. Les bénéfices nets pour la collectivité seraient en revanche maximisés par une démarche, plus prudente, de non-régulation. Les méthodologies « Mieux légiférer » préconisées par l'OCDE et la Commission européenne visent à s'assurer que l'efficacité d'une mesure de régulation – à savoir ses bénéfices nets comparés à ceux du scénario de référence – n'est pas complètement occultée par des débats purement symboliques ou par des enjeux institutionnels.

Conclusion

Dans le monde physique, les plateformes existent depuis longtemps, à l'exemple des salons et des foires professionnelles. Mais les plateformes numériques s'en distinguent par leur capacité à mettre en relation des individus sur une grande échelle, à démultiplier les effets de réseau et la création de valeur par le biais d'innovations technologiques, économiques et sociales (d'usage). Les velléités récentes de régulation des plateformes numériques en Europe tendent à sous-estimer ces potentialités d'innovation et les problèmes liés à la définition même de ce qu'est une plateforme.

Nous avons souligné la complexité et les coûts directs et indirects d'une régulation spécifique à ce stade du développement des marchés numériques.

Premièrement, l'objet de la réglementation, à savoir la plateforme numérique, est potentiellement large, il couvre une multitude de services et d'intermédiaires qui ont très peu de choses en commun, mis à part leur caractère multi-face.

Deuxièmement, ni les autorités ni les économistes ne sont en mesure d'apporter de preuves de défaillances durables des marchés qui seraient imputables aux seules plateformes numériques. La Commission européenne est sensible à ces arguments et commence à préconiser une approche de régulation visant des problèmes spécifiques (*problems-based approach*) plutôt qu'une approche visant les plateformes en tant que telles. En France, l'Autorité de la concurrence, la CNIL, la DGCCRF et les tribunaux réussissent (pour l'instant) à appliquer les dispositions du droit existant pour remédier aux problèmes rencontrés sur certaines plateformes, comme Google ou Booking. L'Autorité de la concurrence ne milite d'ailleurs pas pour une régulation spécifique des plateformes, considérant qu'elle est tout à fait compétente pour traiter les risques concurrentiels.



Isabelle Falque-Pierrotin, présidente de la CNIL, Paris, avril 2016.

« En France, l'Autorité de la concurrence, la CNIL, la DGCCRF et les tribunaux réussissent (pour l'instant) à appliquer les dispositions du droit existant pour remédier aux problèmes rencontrés sur certaines plateformes, comme Google ou Booking. »

Plus encore, il n'a été réalisé aucune évaluation des effets négatifs potentiels qu'une réglementation ciblée des plateformes pourrait avoir sur la concurrence et l'innovation. À ce jour, les justifications de cette carence semblent partir du principe qu'une plateforme détenant une part de marché importante sur au moins une des faces du marché doit nécessairement être réglementée.

Cette position de principe est contestable, et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, des parts de marché importantes ne sont pas nécessairement le gage d'un pouvoir de marché sur les marchés numériques. C'est particulièrement vrai pour les modèles d'affaires axés sur l'audience de plateformes avec de faibles coûts de changement pour le consommateur.

Deuxièmement, l'existence d'un pouvoir de marché ou d'une position dominante n'est pas en soi un problème. C'est seulement leur exploitation abusive qui pose problème, or cet abus est déjà traité par le droit de la concurrence.

Troisièmement, les services (comme les services d'assurance ou de paiement) offerts par l'intermédiaire des plateformes ont souvent déjà été réglementés en tant que services.

Enfin, dans les marchés numériques, les défaillances sont souvent transitoires et toute intervention prématurée peut s'avérer coûteuse et source d'erreurs. C'est pourquoi l'OCDE et la Commission européenne exigent des études coût/bénéfice détaillées avant d'envisager l'adoption de toute nouvelle mesure de réglementation, afin de s'assurer que la réglementation réponde à un véritable besoin qui ne peut être traité ni par le marché ni par le droit existant. Le projet de loi pour une République numérique, en dépit des consultations menées, ne semble pas retenir cette approche.

Bibliographie

BOUDREAU (K.) & HAGIU (A.), "Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators", in GAWER (Annabelle) (ed.), *Platforms, Markets and Innovation*, Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2010.

CHOUDARY (S.P.), PARKER (G.) & VAN ALSTYNE (M.), *Platform Revolution*, New York, Norton, 2016.

Commission européenne, Staff Working Document accompanying the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector, SEC(2007) 1483/2, 13 novembre 2007.

Commission européenne, Communication « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », Bruxelles, 6 mai 2015, COM(2015) 192, 2015a : http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf.

Commission européenne, Staff Working Document, "Better Regulation Guidelines" and "Better Regulation Toolbox", SWD (2015) final, May 19 2015b.

Commission européenne, “Fact Sheet: Digital Single Market – Commission updates EU audiovisual rules and presents targeted approach to online platforms”, 25 mai 2016a.

Commission européenne, Communication “Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe”, COM(2016) 288/2, 2016b.

Commission européenne, Staff Working Document, “Online Platforms”, SWD (2016) 172, 2016c.

EVANS (D.) & SCHMALENSEE (R.), “The Industrial Organization of Two-Sided Platforms”, *Competition Policy International*, vol. 3, n°1, 2007.

EVANS (D.S.) & SCHMALENSEE (R.), *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in BLAIR (Roger) & SOKOL (Daniel) (eds.), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press, 2014: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373

MALIN (E.) & PÉNARD (T.), *Économie du numérique et de l'Internet*, Vuibert, 2010.

OECD, Recommendation of the OECD Council on Principles for Internet Policy Making, December 2011.

OECD, Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, March 22, 2012.

RENDA (A.), SCHREFLER (L.), LUCHETTA (G.) & ZAVATTA (R.), *Assessing the Costs and Benefits of Regulation*, Study for the European Commission, December 2013.

ROCHET (J.-C.) & TIROLE (J.), “Platform Competition in Two-Sided Markets”, *Journal of the European Economic Association* 1, 2003, pp. 990-1029.

ROCHET (J.-C.) & TIROLE (J.), “Two-Sided Markets: A Progress Report”, *Rand Journal of Economics* 37, 2006, pp. 645-667.

SCHULTZ (T.), “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *European Journal of International Law* 19, 2008, pp. 799-839.

SHAPIRO (C.) & VARIAN (H.), *Information rules: A strategic Guide to the Network Economics*, Boston, Harvard Business School Press, 1998.

SHELANSKI (H.A.), *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, University of Pennsylvania Law Review 161, 2013, pp. 1663-1705.

SUNSTEIN (C.R.), “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review* 144, 1996, pp. 2021-2053.

SUNSTEIN (C.R.), *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.