

Modérateur :

**Antoine Chapsal**

Economiste Associé  
Analysis Group



**Nils Wahl\***

Avocat Général  
Cour de Justice de l'Union européenne



**Jean Tirole**

Prix Nobel d'économie  
Président  
Toulouse School of Economics



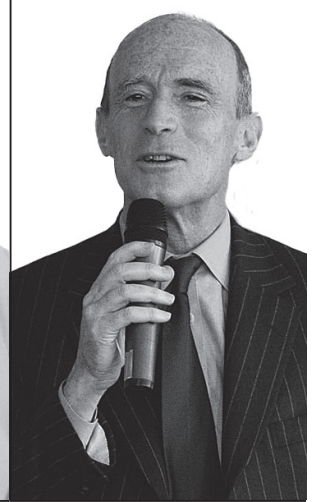
**Isabelle de Silva\***

Présidente  
Autorité de la concurrence



**Antoine Winckler**

Avocat Associé  
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton



# TABLE RONDE SUR LA REGULATION DES PLATEFORMES NUMERIQUES

**27 septembre 2018** - Hôtel Lutetia, Paris

## ANTOINE WINCKLER

L'un des enjeux des plateformes numériques est sociétal. Les GAFA représentent une valeur boursière de 3,000 milliards de dollars, ainsi que 556 milliards de trésorerie et 70 milliards d'investissement annuel en recherche et développement. Les plateformes numériques sont à l'origine de la transformation radicale de nombreux secteurs industriels, de la distribution à la publicité, mais aussi du mode de

vie de nos sociétés. Plusieurs concepts économiques, notamment de micro-économie industrielle, sont remis en cause. Un autre enjeu concerne nos systèmes juridiques : la puissance des plateformes nécessite-t-elle l'intervention d'institutions nationales ou supranationales ?

mateur devrait-elle être complétée par d'autres notions comme l'équité ? Certains régulateurs semblent vouloir faire évoluer l'application du droit de la concurrence dans cette optique.

## JEAN TIROLE

Les trois méthodes de régulation sont l'autorégulation, le droit de la concurrence et la régulation de type service public. Avec la mutation technologique, les défauts de ces méthodes sont devenus plus visibles. La question du rachat, par les acteurs puissants d'un secteur, de concurrents potentiels pose problème, notamment s'agissant de la preuve des effets anticoncurrentiels. Les régulateurs devraient en effet encourager l'innovation par complément plutôt que l'innovation par substitut ou imitation. L'analyse de ces opérations nécessite une étude a priori, sans données réelles, puisque la cible n'est pas encore un concurrent développé. Les partisans d'un démantèlement des géants du web comme Google n'ont pour l'instant pas de programme assez construit en pratique :



**LE DROIT DE LA CONCURRENCE SEMBLE ÊTRE LA RÉPONSE LA PLUS PROBABLE AUX PROBLÉMATIQUES DES PLATEFORMES. MAIS IL DOIT ÊTRE PLUS PARTICIPATIF. NOUS EN AVONS AUJOURD'HUI DES EXEMPLES AVEC LES « BUSINESS REVIEW LETTERS » ET AUSSI LES « SANDBOXES ». «**

**JEAN TIROLE**

L'autre biais est de savoir si notre droit de la concurrence doit être adapté ou s'il est déjà bien outillé. Le critère fondamental d'appréciation des pratiques de ces plateformes en droit de la concurrence donne lieu à un débat important : la notion du bien-être du consom-



la théorie de la facilité essentielle, par exemple, est difficile à mettre en œuvre car on n'a pas déterminé quelle facilité détenue par Google serait pérennément essentielle. Pour ce qui est de la régulation de type service public, la mesure des coûts est difficile dans le secteur du numérique. D'une part il faudrait suivre les entreprises tout au long de leur cycle de vie, ce qui est évidemment impossible. D'autre part, les grandes plateformes sont souvent des opérateurs mondiaux. La plupart des secteurs régulés ont des entreprises nationales et un régulateur national. La mise en place d'un régulateur supranational pour les plateformes semble peu envisageable.

Le droit de la concurrence semble être la réponse la plus probable aux problématiques des plateformes. Mais il doit être plus participatif. Nous en avons aujourd'hui des exemples avec les « business review letters » et aussi les « sandboxes ». L'idée est que des solutions à des problèmes anciens ou émergents soient proposées aux autorités de la concurrence. Ces autorités alors soit refusent ou alors assujettissent leur acceptation de certaines conditions, comme cela avait été fait en 1997 par le Department of Justice au sujet des pools de brevet. Il n'y a évidemment aucune certitude

légitime absolue pour les pratiques ainsi validées, mais cela permet aux entreprises d'avancer et aux autorités d'apprendre et corriger en cas d'erreur d'appréciation (par exemple en rajoutant de nouvelles conditions pour l'utilisation des pratiques en cause).

Le succès pourrait aussi occasionnellement venir de négociations collectives entre les acteurs du secteur. Mais il est vrai que le marchandage collectif peut soulever en lui-même des problèmes de concurrence (stratégies de boycott). La fixation des normes technologiques, des conditions d'accès à une facilité essentielle ou des taux d'interchange en sont des exemples. Il faudra en tout cas, d'une part, un encadrement en conformité avec les principes économiques et, d'autre part, un certain droit à l'erreur (qui nécessite en échange une évaluation ex post de la politique des autorités).

### NILS WAHL

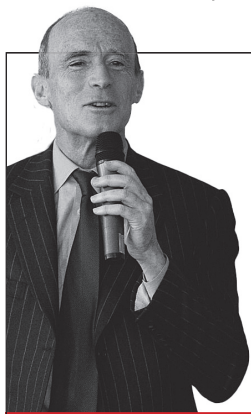
Quel est l'objectif du droit de la concurrence ? Il devrait s'agir de l'augmentation de l'efficacité économique au bénéfice du consommateur final. Le moyen d'y parvenir est l'interdiction des pratiques dommageables pour la concurrence, qu'elles soient coordonnées ou le fruit d'une

seule entreprise. Les règles de concurrence existantes suffisent à atteindre cet objectif. Les pratiques exclusives sont interdites, qu'elles soient mises en œuvre sur des marchés physiques ou numériques. Il n'y a pas de différence. La coordination des prix est interdite, qu'elle résulte de réunions ou d'algorithmes. Cette vision est peut-être trop simpliste. Il est vrai que les régulateurs ont parfois des difficultés à appliquer une *theory of harm* ou à prouver les effets dans certaines situations. Mais ces variations pratiques ne signifient pas qu'il faille modifier le corpus de règles générales. En revanche, si l'objectif du droit de la concurrence devait évoluer, par exemple pour y ajouter l'équité ou les choix suffisants, il faudrait définir une méthode pour déterminer le minimum acceptable d'équité ou si un nombre de choix est suffisant ou non.

De plus, la Cour de justice s'intéresse à l'augmentation de la quantité de données échangées. Cependant, ce problème – puisqu'il s'agit bien d'un problème – ne semble pas de prime abord relever du droit de la concurrence. L'impact des données sur la concurrence n'est pas clair.

### ISABELLE DE SILVA

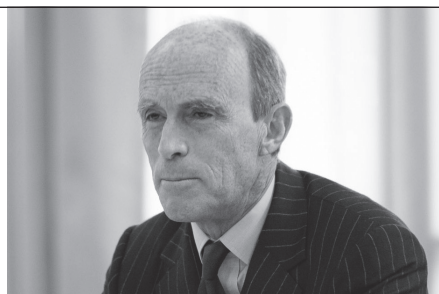
Les discours actuels sur les GAFA sont en général négatifs. La puissance des GAFA serait dangereuse pour la démocratie et l'économie. Comme rappelé par Jean Tirole, certains constats comme la nécessité de démanteler Google et d'autres acteurs sont parfois présentés



”  
**L'UN DES ENJEUX DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES EST SOCIÉTAL. [...] UN AUTRE ENJEU CONCERNE NOS SYSTÈMES JURIDIQUES : LA PUISSANCE DES PLATEFORMES NÉCESSITE-T-ELLE L'INTERVENTION D'INSTITUTIONS NATIONALES OU SUPRANATIONALES ?** “  
**ANTOINE WINCKLER**

”  
**L'AUGMENTATION DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE AU BÉNÉFICE DU CONSOMMATEUR FINAL [EST L'OBJECTIF DU DROIT DE LA CONCURRENCE]. LES RÈGLES DE CONCURRENCE EXISTANTES SUFFISSENT À ATTEINDRE CET OBJECTIF. LES PRATIQUES EXCLUSIVES SONT INTERDITES, QU'ELLES SOIENT MISES EN ŒUVRE SUR DES MARCHÉS PHYSIQUES OU NUMÉRIQUES. IL N'Y A PAS DE DIFFÉRENCE.** “  
**NILS WAHL**





comme une évidence. Il faut tout d'abord rappeler que l'antitrust n'a pas échoué dans le secteur des plateformes numériques. Il a su s'adapter assez rapidement et reste un outil pertinent.

La puissance et la taille des GAFAs sont aujourd'hui beaucoup mises en avant comme un élément négatif. Il faut clarifier les enjeux et comprendre pourquoi la taille est un problème du point de vue concurrentiel. Si le débat public est aussi foisonnant, c'est peut-être dû aux inquiétudes liées à la place que les plateformes ont prises dans la société. Mais il ne s'agit pas des premières entreprises très puissantes, on a déjà connu ces problématiques dans des secteurs comme l'alimentaire ou l'énergie.

Par ailleurs, il faut rappeler que les effets de réseaux liés aux plateformes ont un impact positif pour les consommateurs. Les autorités de concurrence sont très attentives aux effets de taille et de réseaux et à leur analyse. La question de la contestabilité du marché est également importante, tout comme le lien entre dominance et pouvoir de marché, et la capacité des nouveaux entrants à pénétrer un marché et d'innover.

Un devoir d'adaptation très fort pèse sur les autorités de concurrence. Il y a eu une forte prise de conscience vis-à-vis de la nécessité de traiter le sujet des plateformes. La décision *Google Shopping* de la Commission européenne a été un tournant. La qualification de la position dominante sur le moteur de recherche était intéressante. La Commission avait le défi de démontrer la théorie des dommages et les effets d'éviction. Cette décision est importante en raison de son sujet mais aussi de sa méthodologie. Au-delà de la sanction prononcée, l'enjeu de la décision repose sur l'obligation de mise en conformité, qui va pousser Google à revoir son modèle de fonctionnement. Il faut prendre cela en compte au-delà des reproches souvent formulés sur la longueur des procédures et le caractère trop tardif de l'intervention. Les décisions comme *Google Shopping* ou *Google Android* permettent de lancer un signal à tout le secteur concerné. Les autres plateformes doivent appliquer les règles dégagées.

Parmi les évolutions de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, on constate la prise en compte de la concurrence des acteurs numériques sur des acteurs traditionnels. Par exemple, dans la décision *Canal +* de 2017, l'Autorité a pris en compte des acteurs numériques comme Netflix. La complémentarité entre vente physique et vente en ligne a également été prise en compte dans la décision *Fnac/Darty* de 2016. Enfin, l'Autorité a analysé des problématiques propres aux plateformes dans la décision *Seloger/Logicielmmo*, notamment le multi-homing, les effets de réseaux et la valeur des données. La réflexion sur la théorie et la vie économique doit être

poursuivie en parallèle. L'Autorité a collaboré avec la CMA britannique sur le thème des écosystèmes en 2015 et avec le Bundeskartellamt allemand sur le big data en 2016. Elle a également publié un avis sur la publicité en ligne en 2017 et prépare une étude conjointe avec le Bundeskartellamt sur les algorithmes. L'une des questions posées concerne la création de présomptions de responsabilité en lien avec les algorithmes.

Le droit positif doit être modifié sur certains points. Un amendement a été déposé à la loi Pacte pour acter certaines évolutions liées à la Directive ECN+. Le Code de commerce français doit aussi évoluer, par exemple sur la proportionnalité des investigations aux nécessités des affaires ou la saisie d'office en matière de mesures conservatoires, utile dans l'économie numérique. D'autres chantiers sont plus prospectifs. L'Autorité souhaite avoir plus de moyens pour détecter les pratiques. La rémunération des lanceurs d'alerte et le contrôle ex post des concentrations sont parmi les options.

Sur la question des objectifs du droit de la concurrence, il semble que des objectifs élargis soient déjà pris en compte par l'Autorité. Par exemple, la protection de la vie privée et l'intérêt du consommateur ont été pris en compte, notamment dans l'avis sur la publicité.

## ANTOINE WINCKLER

Il faut trouver un équilibre entre la rapidité d'intervention, qui est d'autant plus importante pour les marchés du numérique dont l'évolution est très rapide, et la limitation des erreurs. Les mesures conservatoires peuvent permettre un compromis satisfaisant. Dans l'affaire *Google Shopping*, la décision est intervenue trop





”

**IL FAUT TROUVER UN ÉQUILIBRE ENTRE LA RAPIDITÉ D'INTERVENTION [...] ET LA LIMITATION DES ERREURS. LES MESURES CONSERVATOIRES PEUVENT PERMETTRE UN COMPROMIS SATISFAISANT. “**

**ANTOINE WINCKLER**



tardivement, après l'éviction des concurrents. Mais à l'inverse, une décision qui serait rendue rapidement mais qui aurait des effets contre-productifs poserait un problème de droit.

### ISABELLE DE SILVA

La boîte à outils doit être utilisée dans toute sa diversité. Suffisamment en amont, il est possible de recourir à des outils de *soft law* comme l'a fait l'Autorité avec son avis sur la publicité en ligne. Certains dossiers se prêtent bien à la procédure d'engagements.

### NILS WAHL

La différence d'approche des autorités de concurrence envers le numérique ne semble pas toujours justifiée. Il est vrai que certaines notions doivent être repensées et d'autres sont tout à fait nouvelles. Comment définir un marché si le prix est zéro ? L'approche allemande consiste à dire qu'un opérateur peut être dominant même si le consommateur ne paye pas, ce qui est fascinant. En revanche, d'autres problématiques présentées comme spécifiques aux plateformes sont en réalité plus générales : le problème du rachat de concurrents potentiels peut aussi se poser dans d'autres secteurs.

### ISABELLE DE SILVA

La CMA a eu l'idée intéressante de contrôler ex post les concentrations autorisées. Le plus souvent, cette procédure a mené à des

approbations. Lors du rachat de Waze par Google, le fort développement de cette application n'avait pas été anticipé. Il est donc intéressant d'étudier les facteurs de la décision d'autorisation a posteriori et d'en tirer des enseignements. Mais l'aspect prévision reste toujours inévitable.

Sur la question du prix zéro, il est possible de définir le marché de plateforme par exemple lorsqu'un des côtés de la plateforme est gratuit mais l'autre est payant. C'était le cas dans l'affaire *Seloger/LogicielImmo* : les internautes pouvaient utiliser la plateforme gratuitement, mais il y avait un lien direct avec le prix payé par les agences immobilières pour héberger leurs annonces.

Le cadre théorique développé pour les plateformes ces dernières années commence à être appliqué de plus en plus régulièrement par les autorités de concurrence. Le développement de la pratique décisionnelle sera bénéfique, notamment pour mieux comprendre les différentes nuances dans l'application du droit.

### QUESTIONS

**Dans son article *Amazon's Antitrust Paradox*, Lina Khan argue qu'en se concentrant sur les effets immédiats sur les prix, les autorités de concurrence oublient d'étudier les prix à long terme, ce qui conduit in fine à une augmentation des prix. Cette proposition rappelle l'idée d'un « droit à l'erreur » des autorités de concurrence. Mais est-elle vraie ?**

### JEAN TIROLE

L'analyse concurrentielle nécessite absolument de regarder les effets à long terme. Elle doit être dynamique et non statique. La contestabilité, c'est-à-dire la concurrence pour le marché et non la concurrence dans le marché, est liée au monopole naturel créé par les effets de réseau. C'est pourquoi les barrières à

l'entrée sont au centre de l'analyse. Pour discipliner les entreprises en place et les forcer à innover et tarifier des prix bas, il faut que de nouveaux entrants puissent entrer – et entrent effectivement – sur le marché. Comme Nils Wahl l'a expliqué, les règles actuelles permettent de punir les pratiques qui augmentent artificiellement les barrières à l'entrée comme les ventes liées et les rabais liés aux programmes de fidélisation. Mais certaines pratiques, si elles ne sont pas nouvelles, se manifestent beaucoup plus sur les marchés numériques, comme les clauses de nation la plus favorisée (« MFN »). Bien qu'elles aient leur utilité, ces clauses peuvent avoir des effets dévastateurs en permettant aux entreprises de taxer leurs concurrents. Les règles doivent être adaptées à ces problèmes spécifiques.

**Le droit de la concurrence a-t-il vocation à réglementer toutes les problématiques liées aux plateformes, y compris celles de protection de la vie privée ? En a-t-il la compétence ?**

### ISABELLE DE SILVA

Le droit de la concurrence n'a pas vocation à s'assurer que les plateformes respectent les conditions d'utilisation de leurs données ou ne diffusent pas de *fake news*. Certaines problématiques des plateformes ne sont pas dans l'orbite du droit de la concurrence. En revanche, une approche large de l'économie est utile. La pratique décisionnelle de la Commission a récemment commencé à prendre en compte l'innovation dans l'analyse concurrentielle. Il faut des régulations parallèles, avec des objectifs différents mais un effort commun. L'Autorité travaille en réseau avec d'autres régulateurs nationaux et étrangers. Par exemple, le REC permet aux autorités de concurrence européennes de collaborer dans le cadre de la subsidiarité avec la Commission et entre agences nationales. ■