

Université d'Aix – Marseille

Faculté de Droit et de Science politique

Mémoire

Distribution et plateformes en ligne

Présenté par Mademoiselle BEN ZIADI Gihen

Sous la Direction de
Monsieur le Professeur Frédéric BUY

Master II Droit des Affaires

Spécialité Droit économique

Année universitaire 2020/2021

La Faculté de Droit et Science politique d'Aix-Marseille n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Les opinions qui y figurent doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à témoigner ma profonde reconnaissance à Monsieur le professeur Frédéric Buy, pour m'avoir permis de traiter ce sujet qui me tenait à cœur ainsi que pour ses précieux conseils pour la réalisation de ce travail, pour la confiance et le soutien qu'il a bien voulu m'accorder.

Ma gratitude se porte également envers Monsieur le professeur Hugo Barbier, directeur du Master II droit économique, que je tiens en particulier à remercier pour m'avoir permis de suivre ce Master, qui a représenté pour moi une année particulièrement enrichissante.

Je n'oublie pas l'ensemble du personnel des bibliothèques de l'Université Aix-Marseille, qui m'ont renseigné et m'ont aidé dans mes recherches.

Je tiens aussi remercier amicalement mes camarades de Master II.

Enfin, mes remerciements vont à mes proches pour leur soutien et leurs encouragements dans la réalisation de ce mémoire.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

LE RISQUE DE DOMMAGE CONCURRENTIEL SUR LA DISTRIBUTION PAR LES PLATEFORMES EN LIGNE

TITRE I – LES COMPORTEMENTS DES OPERATEURS FACE AU DEVELOPPEMENT DES PLATEFORMES EN LIGNE

Chapitre I. La problématique d'une définition non unitaire et lacunaire des plateformes en ligne

Chapitre II. La nécessaire adaptation des réseaux de distribution en considération de l'émergence des plateformes en ligne.

TITRE II – LES COMPORTEMENTS DES PLATEFORMES EN LIGNE SUSCEPTIBLES DE FAUSSER LA CONCURRENCE ENTRE OPERATEURS

Chapitre I. Les pratiques non tarifaires

Chapitre II. Les pratiques tarifaires

DEUXIEME PARTIE

LA GESTION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL, ENTRE DROIT DE LA CONCURRENCE ET NOUVELLES REGULATIONS

TITRE I – LA NECESSAIRE ADAPTATION DU DROIT DES PLATEFORMES EN LIGNE

Chapitre I. L'efficacité des outils d'aujourd'hui

Chapitre II. Des outils connus mais inutilisés

Titre II – LE BESOIN FACE AUX NOUVEAUTES DE CERTAINS RISQUES D'UNE REGULATION SPECIFIQUE DES PLATEFORMES EN LIGNE ?

Chapitre I. L'amélioration de la régulation *ex ante*

Chapitre II. Une nouvelle régulation spécifique

TABLE DES ABREVIATIONS

ADLC	Autorité de la concurrence
Aff.	Affaires
Art.	Article
ALD	Actualité législative Dalloz
BDK	Bundeskartellamt
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.N.B.	Conseil national des barreaux
C. civ	Code civil
C.Com	Code de commerce
Cont. Concu. Conso.	Contrats concurrence consommation (revue)
CCE ou Comm. Comm. élec.	Communication Commerce électronique (revue)
CDE	Cahier de droit européen
CE	Conseil d'État
CESDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CMF	Code monétaire et financier
Concl.	Conclusions
Cf.	Confère
CJCE	Cour de justice des Communautés européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. euro.	Commission européenne
Déc.	Décision
Dir.	Sous la direction de ou Directive selon le contexte
Ed.	Edition
Et.	Étude
EM	États membres
Ibid.	Ibidem
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl	Juris-Classeur
J.-Cl. Com.	Juris-Classeur Commercial
JCP, E	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP, G	Juris-Classeur périodique, édition Générale
JO	Journal officiel
LEDC	L'essentiel droit des Contrat (revue Lextenso)
LEDICO	L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence (revue Lextenso)
N°	Numéro
P.	Page
Pt. Pts	Point
Règl.	Règlement
R. Bq.	Revue Banque
RDLC	Revue de droit de la concurrence
Rep. Droit euro.	Répertoire de droit européen
RTD	Revue trimestrielle de droit Dalloz
RLC	Revue Lamy de la concurrence
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés Européenne
TUE	Tribunal de l'UE
Trib.	Tribunal
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	volume

« Le progrès, ce n'est que l'accomplissement des utopies ».
Oscare Wilde, 1854 - 1900

INTRODUCTION

I. Contexte économique de la distribution en ligne

1. **Le bouleversement de l'économie par le numérique.** Depuis plus de 25 ans, le numérique métamorphose nos sociétés et transforme radicalement la vie quotidienne des marchés et des consommateurs. Ainsi, l'e-commerce¹ a profondément changé à la fois les habitudes de consommation et la relation entre les acteurs (distributeurs, fournisseurs, marques, etc.) et ses consommateurs. Cet écosystème numérique est de ce fait porteur de progrès, de croissance et de valeurs laissant apparaître de nouvelles technologies disruptives : cloud, blockchain, algorithmes ou encore intelligence artificielle. Selon la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD)², le marché du commerce en ligne en France – et plus globalement en Europe – se porte bien et a franchi la barre des 112 milliards d'euros sur l'ensemble de l'année 2020 (contre 100 milliards en 2019 et 92 milliards en 2018), avec des ventes sur mobiles (smartphone ou tablette) qui progressent constamment³. Cette croissance exponentielle du e-commerce peut s'expliquer par la généralisation de l'accès à internet, la richesse de l'offre de produits et de services, la sécurisation des paiements en ligne, la diminution des frais et des délais de livraison (très souvent gratuits et quasi – instantanés (reçu en 1 jour) comme le propose par exemple Amazon, ce qui concurrence les commerces physiques en tout point) mais aussi les facilités croissantes d'achat au travers de différentes fonctionnalités et services offerts par des plateformes en ligne : moteurs de recherche, places de marché, comparateurs de prix, etc⁴.

2. **Exposé des chiffres.** Ainsi, ces dix dernières années, le e-commerce a connu un essor sans précédent, en considération du nombre de proposition d'entreprises et de transactions effectuées. Avec un chiffre d'affaires en progression de 26,6 milliards et un taux de croissance de 8,1% dont 452 millions de transaction effectuées⁵, le e-commerce regroupe plus de 37 millions de français qui effectuent leurs achats de biens et services quotidien via Internet. Il faut rappeler que, le e-commerce ne représente que 10% du commerce de détail en Europe contre 15% aux États- Unis, ce qui confirme que les magasins traditionnels physiques ont

¹ L. n° 2004 – 575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14., définit le e-commerce comme étant « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

² La FEVAD, créée en 1957, est le premier réseau d'e-commerçants en France, avec 600 entreprises membres, dont l'objet est d'accompagner le développement éthique et durable du commerce électronique et de la vente à distance en France.

³ Étude FEVAD, « Bilan du e-commerce en 2020 », <https://www.fevad.com/bilan-du-e-commerce-en-2020-les-ventes-sur-internet-atteignent-112-milliards-deuros-grace-a-la-digitalisation-acceleree-du-commerce-de-detail/>

⁴ADLC, « *Concurrence et commerce en ligne* », 2021, Direction de l'information légale et administrative, Les Essentiels, La documentation française, p. 5 et 6. – GOLA R., « *Droit du e-commerce et du Marketing digital* », 2019, Gualino, p. 13,14,17.

⁵ Fevad, Bilan du e-commerce 2020, en France : <https://www.fevad.com/bilan-du-e-commerce-au-3eme-trimestre-2020-266-milliards-deuros-de-chiffre-daffaires/>

toujours leur place sur le marché, même si celle-ci a tendance à régresser⁶ et se confronter d'autant plus aux difficultés concurrentielles face à cette émergence et la digitalisation croissance du commerce.

3. **Un questionnement ancien.** Eu égard à ces chiffres, se pose la question de savoir si les ventes en ligne favorisent ou non la concurrence avec le commerce traditionnel de détail. Pour rappel, les Autorités de concurrence, nationale comme internationale, se sont intéressées au sujet du e-commerce très tôt⁷, en rendant compte que le e-commerce était capable de favoriser une plus grande compétitivité entre les entreprises⁸ par des procédés toujours plus innovants et accessibles de distribution, ce qui permettait d'avantager les consommateurs⁹. Dans les années 2000 déjà, l'ancien Conseil de la concurrence suivie de la Commission européenne et l'OCDE, au travers d'enquête sectorielles et de rapports ont étudié les effets du e-commerce sur le commerce traditionnel¹⁰. Toutefois, avec l'avènement des plateformes numériques, l'écosystème du commerce électronique s'est métamorphosé¹¹. L'apparition des marchés bifaces, permettant aux distributeurs par le biais des réseaux traditionnels de distribuer leurs produits, ont clairement flouté les règles déjà complexes de concurrence.

II. Les acteurs de la distribution

4. **Les acteurs de la distribution.** La distribution est définie par les économistes comme étant « une activité de service rendus, d'une part, à des producteurs par des intermédiaires chargés d'aider à la commercialisation d'un produit ou d'un service, et d'autre part, aux consommateurs en leur facilitant l'accès au bien ou au service convoité »¹². C'est donc une activité économique qui recouvre « toutes les opérations d'acheminement des produits du producteur au consommateur »¹³. La théorie juridique est relayée par la théorie économique¹⁴. Un produit est mis à disposition sur un marché. Les acteurs de la distribution sont en principe : le fournisseur, le distributeur et le consommateur. Cependant, l'appellation usuelle de

⁶ Bufflier I., *La vente en ligne est-elle proconcurrentielle ?*, Cah. droit l'etp., n°3, dos. 17, Mai 2019, Lexis Nexis.

⁷ Comm. UE, *Lignes directrices sur les restrictions verticales* : JOUE n°C-130, 19 mai 2010. – ADLC, avis n°12-1-2°, 18 sept. 2012, *relatif au fonctionnement concurrentiel du e-commerce*. – Arhel P., *Internet et commerce électronique (Droit de la concurrence)*, Rép. Droit com. Dalloz, 1.

⁸ Selon l'arrêt CJCE Höfner de 1991 la notion d'entreprise est « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ou de sa nationalité », in, CJCE 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, Rec. I. 1979. 7

⁹ Benzoni L., *La place de marché est-elle proconcurrentielle ?*, in. *Internet et concurrence*, Atelier du 14 mars 2001, Rev. Conc. Consom., 2001, n°121, p.8.

¹⁰ OCDE, *Table ronde sur le e-commerce*, 24 et 25 oct. 2000, Policy Roundtables, Competition Issues in Electronic Commerce : <http://www.oecd.org/dataoecd/34/56/1920373.pdf> – Cons. Concu. *Rapp. Annuel 2000*, P.51.

¹¹ OCDE, *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence*, DAF/COM, 3 mai 2018, p. 5, 2.

¹² Allain M.-L. et Chambolle C., p. 9 et s., in. Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 15.

¹³ J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, « Thémis », 1996, p.21.

¹⁴ Say Jean Baptiste (1767 – 1832) permet ce relais depuis ses travaux, assurant son premier cours « *d'économie industrielle* » au Conservatoire des Arts et Métiers – V. en ce sens A. Alcouffe, *Histoire des faits industriels et histoire de l'économie industrielle, Traité d'économie industrielle*, 2^e.ed., Economica, Economie, 1991 – in. *Droit de la distribution*, Malaurie – Vignal M., 4^e. ed., 2018, Dalloz.

fournisseur et distributeur est générique. En effet, ces appellations ne permettent pas d'identifier précisément l'acteur économique intervenant à chaque étape du processus de distribution et sont parfois, ambigus en pratique. En effet, le fournisseur (celui qui fournit un bien ou un service) pourrait devenir, à l'égard de celui à qui il vend, dans un circuit de distribution donné, le distributeur (celui qui commercialise) d'un autre opérateur qui achète. Alors si la définition de ces opérateurs reste floue en droit, celle du consommateur en revanche est très claire. Il s'agit, « de toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹⁵. En sus du fournisseur, du distributeur et du consommateur, d'autres acteurs peuvent intervenir dans un circuit de distribution : le producteur¹⁶, l'intermédiaire¹⁷ et le détaillant¹⁸.

5. **La phygitalisation.** Ce qui reste certains c'est que la plupart des acteurs du commerce en magasin (canal de distribution dit « hors ligne » ou « brick&mortar ») ont dû répondre à cette demande croissance d'achats en ligne des consommateurs, parfois même pour des questions de survie, la concurrence étant rude¹⁹. Pour y répondre ils ont développé et/ou acquis des sites internet²⁰ ou encore des applications pour commercialiser leurs produits et services en ligne, devenant ainsi des opérateurs actifs en ligne et en points de vente physiques (dénommés vendeurs « phygital » ou « click&mortar »)²¹. En ce sens, la Commission européenne dans son enquête sectorielle en date de 2016 a pu constater qu'en Europe la part des ventes des fabricants effectuées par des distributeurs dont l'objet est de vendre à la fois en magasin physique et en ligne est en constante augmentation, soit de 20% en 2005 pour 35% en 2015. Alors qu'en même temps, la part des ventes des fabricants effectuées par des distributeurs vendant exclusivement en magasin physique est passée de 60% à 35%, soit une diminution drastique²².

¹⁵ C.comm., art. lim.

¹⁶ Il s'agit de toute personne qui « à titre professionnel, applique son activité à extraire, créer, façonner, transformer une richesse destinée à être mise sur le marché » - in *Vocabulaire juridique*, Henri Capitant (dir. Cornu G.), PUF, v. Producteur.

¹⁷ Les intermédiaires sont soit des négociants (Agent commercial, VRP, courtier, commissionnaire), soit des gérants (de succursale, gérant-mandataire).

¹⁸ A titre d'exemple, la franchise.

¹⁹ Il est vrai que les grands distributeurs traditionnels souffrent, actuellement encore, de la concurrence de la vente en ligne, de sorte qu'il est estimé, par l'Autorité de la Concurrence, que dans certains secteurs, « les ventes en ligne exercent une pression concurrentielle telle sur les ventes en magasin que ces deux canaux doivent à présent être considéré comme faisant partie du même marché » - V. ADLC, déc. N°16-DCC-111 du 27 juill.2016 : Concurrences n° 4 -2016, p.35, note Armoet C., Lecou S. et Rossion A. ; ADLC, déc. N°19 – DCC-65 du 17 avr. 2019.

²⁰ Il y a une distinction à faire entre site internet et plateforme en ligne. En effet, si les sites internet ne sont en réalité qu'une extension, voir une transposition dans le monde du virtuel d'un modèle préexistant de commercialisation, les plateformes en ligne sont au contraire plus originales – V. Charlier Bonath B., « *les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence* », AJCA 2016, p.64.

²¹ OCDE, *Contribution de la France à la table ronde sur les implications du commerce électronique sur les politiques de concurrence*, 10 janv. 2020, para. 10. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2018\)1/ANN4/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2018)1/ANN4/FINAL/fr/pdf)

²² Comm. Euro., *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, Commission Staff Working Document, SWD (2016) 312 final, Figure B.23 § 158.

6. **Des plateformes en ligne pure players.** Parallèlement, il y a l'émergence de nouveaux acteurs, les « *pure players* », qui ne sont actifs qu'en ligne et qui développent leur présence de manière significative de sorte que leur croissance est de plus en plus importante même si leur poids dans les ventes reste en moyenne modeste, leurs sites sont parmi les plus visités dans la sphère numérique. A titre d'exemple, Amazon et Cdiscount sont, selon la FEVAD, dans les 5 premiers du classement des sites les plus visités²³. Ainsi, les commerçants vendent sur leurs propres sites en ligne mais tentent de plus en plus à profiter des vitrines offertes par les plateformes en ligne et dont les places de marchés sont en pleine expansion²⁴. Est-ce donc, de nouveaux lieux de distribution ou de simple canaux alternatifs de distribution. La question est débattue. Le droit de la concurrence opte pour la seconde thèse. Cependant, le concept de fonds de commerce électronique voit le jour, ce qui remet en cause cette seconde thèse au profit de la première, rendant l'idée d'un lieu virtuel de la distribution justifiable²⁵.

7. **La mise en relation facilitée grâce aux plateformes.** Ainsi, les Français sont de plus en plus nombreux à effectuer leurs achats en ligne et la richesse de l'offre disponible fait la spécificité d'internet. C'est pourquoi, les autorités de concurrence doivent appréhender le e-commerce, non seulement en intervenant sur les comportements des fabricants ou des distributeurs mais aussi sur ceux des intermédiaires ou plateformes. En effet, Le développement des ventes en ligne par transfert d'une distribution physique à une distribution en ligne a permis l'émergence d'une variété d'intermédiaire (moteurs de recherche, place de marché (ou « *marketplace* »), comparateurs de prix, etc.) qui ont facilités la relation offreurs/acheteurs en ligne et qui mettent en relation aussi bien des particuliers et des professionnels fournissant des biens ou services « dit « P2B ») que des particuliers entre eux (dit « P2P ») ou encore des professionnels entre eux (dit « B2B »). Ces plateformes en ligne représentent aujourd'hui plus de la moitié du chiffre d'affaires du e-commerce mondial et joue un rôle particulièrement important²⁶. Et cela n'est pas sans incidences sur les marchés et les comportements²⁷.

III. Les préoccupations des plateformes en ligne pour la distribution

8. **Des préoccupations particulières.** En effet, ces plateformes qui peuvent être qualifiées d'intermédiaires ont pu bénéficier d'économies d'expérience et d'externalités de réseau qui ont conduit à ce que certains d'entre elles disposent, aujourd'hui, non seulement d'un pouvoir de

²³ FEVAD, *Chiffres clés e-commerce 2020*, <https://www.fevad.com/wp-content/uploads/2020/07/FEVAD-RA-2020-CHIFFRES-CLÉS-V7-min.pdf>

²⁴ ADLC, avis n°12-A-01 du 11 janv. 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris : D. 2012, p. 691, point de vue de Malaurie – Vignal M.

²⁵ Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., *Droit de la distribution*, 2^e ed., 2019, Manuel LGDJ, Lextenso. – V. Behar -Touchais M., obs. RDC 2012, p. 530.

²⁶ Internet Retailer, 2019, Top 100 online Marketplaces – Pour la France, les marketplaces représentent 35% du volume du chiffre d'affaires total du commerce en ligne, selon la FEVAD dans son rapport « Chiffres clés 2020 ».

²⁷ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit, p. 8.

marché important mais aussi, grâce à leurs actifs technologiques et financiers, de la capacité à se développer de manière très significative au sein des marchés où ils sont déjà présents comme vers des marchés voisins. La grande crainte étant que ces opérateurs puissent fausser le bon fonctionnement concurrentiel en empêchant l'arrivée de nouveaux concurrents, en limitant la concurrence entre les opérateurs existants ou encore, de par leur position dominante sur un marché, fausser la concurrence sur d'autres marchés²⁸.

9. **L'étude des comportements concurrentiels.** Internet constitue sans aucun doute un vecteur d'intensification de la concurrence en permettant à de nouveaux opérateurs de venir concurrencer ceux déjà présents sur un marché donné. C'est en ce sens qu'il peut être admis que le commerce en ligne par son existence et son développement permet un effet proconcurrentiel. En effet, il permet d'atténuer les risques concurrentiels que pourraient poser certains comportements d'entreprises, tels que les fusions-acquisitions, les abus de position dominante ou encore les ententes verticales. Le problème étant qu'en pratique, la pression concurrentielle – en fonction de son ampleur ou des facteurs sur lesquels elle s'appuie (prix, nature des produits, service après-vente, par exemple) – issue du e-commerce n'est pas de la même importance dans les différents secteurs.

C'est pourquoi, comme a pu le constater l'Autorité de la concurrence²⁹, il importe donc d'analyser *in concreto* chaque secteur donné pour déterminer si les caractéristiques des produits et des clients sont de nature à atténuer ou renforcer ladite pression concurrentielle.³⁰ D'ailleurs, dans bien des cas, afin d'apprécier le pouvoir de marché des opérateurs, l'Autorité de la concurrence doit d'abord évaluer dans quelle mesure les ventes en ligne concurrencent les ventes en magasins. Comme dit, la pression concurrentielle exercée par le canal de distribution en ligne sur le commerce traditionnel peut être plus ou moins fort selon les secteurs de sorte que sur certains marchés il existe aux yeux des consommateurs une substituabilité conséquente entre les achats en ligne et physiques alors que dans d'autres, les ventes en ligne sont trop peu attractives/ différenciées par rapport à la vente physique pour que ces deux canaux de vente soient véritablement en concurrence³¹. Par ailleurs, lorsque les ventes sur internet sont une composante importante du jeu concurrentiel dans un secteur donné, l'Autorité doit adapter certains de ses outils d'évaluation du pouvoir de marché, tel que le calcul des parts de marché,

²⁸ Cf. par exemple IGF, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE*, rapp., avril 2019, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000488.pdf>

²⁹ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit.

³⁰ ADLC., *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 fév. 2020.

³¹ Le manque d'attractivité de la vente en ligne pour certains secteurs peut être du, par exemple, à l'importance du contact avec le produit pour le consommateur, du besoin immédiat à satisfaire ou encore du rapport entre poids ou volume de l'article et de sa valeur, de sorte que dans une décision, ADLC, n°18-DCC-148, août 2018, relative à la prise de contrôle exclusive de la société Jardiland par la société InVivo Retail, l'Autorité de concurrence a par exemple constaté la faiblesse du taux de pénétration de la vente sur internet dans le secteur du jardinage, soit un taux de 2,5% en 2016, de sorte que ce taux faible pouvait être dû au poids excessif de certains articles de jardinage (pots de fleurs, outils, etc.) par rapport à leur valeur. Ainsi, le recours à la livraison est peu avantageux en l'espèce.

mais aussi tenir compte de certains paramètres spécifiques, tel que les effets de réseau indirects, dans le but d'apprécier les effets d'un comportement concurrentiel, qu'il s'agisse d'une opération de concentration ou de comportements unilatéraux, d'exclusivité, de sélectivité ou encore d'ententes par exemple³².

10. **Risques à l'encontre des professionnels et consommateurs.** Les consommateurs sont devenus des cyberacheteurs³³ préférant de plus en plus acheter en ligne, le cas échéant après avoir repéré les articles dans des boutiques physiques. La pratique est nommée « comportement multicanal ». Cependant, ils ne sont pas à l'abri des dangers. En effet, les nouvelles technologies sont certes avantageuses, offrant une multitude de choix et de prix, elles ont pourtant aussi leur revers. Les données personnelles sont collectées aujourd'hui, de façon massive, contrairement à une certaine époque où les méthodes étaient plus artisanales, par exemple par le biais des cartes de fidélité. La protection de ces données devient ainsi sans nul doute un enjeu essentiel³⁴. Les acteurs du commerce en ligne ne sont pas non plus à l'abri des conséquences négatives. En effet, si l'intensification de la concurrence est porteuse d'opportunité pour les fabricants et les distributeurs, elle peut représenter pour eux une certaine menace. Internet est sans aucun doute un moyen d'accroître les ventes, mais constitue en revanche un facteur de déstabilisation, en permettant l'entrée de nouveaux concurrents redoutables (comme les pure players ou des acteurs spécialisés dans le domaine du e-commerce) ou entraînant une concurrence plus forte et plus intense entre les différents acteurs déjà existants³⁵.

11. **Une menace pour les réseaux de distribution traditionnels.** Alors la question se pose de savoir si la concurrence par le biais de l'émancipation des ventes sur internet et plus précisément via les plateformes en ligne est pro ou anti concurrentielle. La pratique expose plusieurs configurations de cette pression concurrentielle. Certains distributeurs, moins performants, vont voir leurs ventes diminuer, alors que d'autres, plus puissants vont pouvoir faire pression sur leurs fournisseurs pour éviter le développement d'une concurrence trop importante en ligne, ceci par exemple en mettant en place des prix de revente imposés ou à la restriction des ventes sur internet, par le choix d'un format de distribution sélective ou exclusive. Cette méfiance vis – à – vis d'internet est plus poussée dans la pratique, car les fournisseurs eux même sont impactés, de sorte que, dans certains cas, les distributeurs en ligne peuvent ne pas souhaiter ou ne pas pouvoir proposer les mêmes types de services ou d'environnement de vente que dans la distribution physique. Or, ces services sont parfois

³² ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit, 2021.

³³ Alma Delettre S., *La cyberdistribution*, JCL. Contrats – Distribution, fasc. 3880.

³⁴ Exemple in Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., *Droit de la distribution*, op.cit, LGDJ.

³⁵ A titre d'exemple, l'intensification de la concurrence peut résulter de l'existence des plateformes en ligne, tel que les comparateurs de prix ou encore par le biais d'une simple extension des zones de chalandise qui permettent aux consommateurs de connaître plus aisément des vendeurs éloignés et les contacter.

incontournables pour la correcte appréciation de la valeur du produit du fabricant pour le consommateur.

C'est le cas par exemple du secteur du luxe. En dégradant ainsi l'image de marque du fabricant ou simplement en ne lui permettant plus d'informer correctement les acheteurs sur la qualité ou l'usage du produit, ce développement exclusif ou quasi-exclusif en ligne sans entrave ou aménagement aurait pour conséquence de nuire, *in fine*, aux fabricants et potentiellement de les dissuader d'investir pour améliorer la qualité de leurs produits. De manière plus globale, c'est le consommateur directement qui peut être la première victime à terme de cette diminution d'information et de qualité du produit et des services de ventes. C'est d'ailleurs ce qui peut être constaté aujourd'hui à l'aune de l'essor de la distribution sélective³⁶ ou encore par le nombre et le caractère plus ou moins contraignant des clauses encadrant les ventes sur internet des distributeurs. De manière plus préoccupante, des restrictions peuvent être utilisées par les fabricants pour contraindre les ventes en ligne en limitant son développement parce que la plus forte concurrence qu'elles entraînent au stade du détail peut par ricochet se répercuter en amont et intensifier la concurrence entre fabricants, ce qui a pour conséquence d'impacter directement les intérêts des consommateurs. C'est notamment le cas, lorsque dans un secteur donné qui est relativement déjà concentré entre quelques opérateurs, ceux-ci cherchent à limiter la concurrence entre eux, en utilisant par exemple des clauses de parité tarifaire³⁷.

³⁶ V. en ce sens, ADLC, n°12-A-20, 19 sept. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-05/12a20.pdf>

³⁷ Les clauses de parité tarifaire sont des clauses contractuelles qui permettent à une centrale de réservation en ligne (OTA) d'imposer à ses distributeurs de proposer sur leur site, une prestation à un tarif égal ou supérieur à celui diffusé sur celui de la centrale. C'était le cas des OTAs tel que Booking qui imposaient aux hôteliers ce type de clause dans l'affichage des prix de leur site. Mais depuis, la loi n°2015-990 du 6 août 2015, annule toutes les clauses de parité tarifaire, ce qui permet aux hôteliers d'afficher des prix inférieurs au tarif proposé par les OTAs, ce qui favorise les canaux de distribution qu'ils souhaitent.

Annonce de plan et problématique

Il est vrai qu'à l'aune de l'émergence des plateformes en ligne, la plus grande préoccupation d'hier fut la concurrence entre distributeurs *on line* et *off line*. Aujourd'hui, malgré que cette problématique persiste, les grandes préoccupations se tournent d'avantages au travers des pratiques entre opérateurs en ligne. C'est pourquoi l'orientation de ce mémoire tourne essentiellement autour des préoccupations qu'amènent les plateformes en ligne sur la distribution de par leur positionnement sur le marché vis – à – vis des entreprises utilisatrices et de l'impact sur la concurrence effective, mais aussi, en considération de la concurrence avec des opérateurs tout autant redoutables que sont les grandes plateformes en ligne, comme les GAFAM, sans oublier celles qui émergent dans les pays en développement comme la Chine avec les BATX. A ce titre, le mémoire laissera place à toute une réflexion sur l'émergence des plateformes, la position potentiellement acquise par les mérites de l'innovation et de la recherche et les dysmétries informationnelles et structurelles qu'elles imposent aux opérateurs concurrents et aux entreprises utilisatrices. Ce faisant, il sera mis en exergue les problématiques dont font face les autorités de régulation, telles que les abus de position dominante qui trouvent, dans le marché du numérique, un regain d'intérêt inquiétant, mais aussi les lacunes des législations actuelles qui ne sont plus assez redoutables pour y faire face.

C'est pourquoi dans une première partie, il est fait le choix de mettre l'accent sur une des plus grandes difficultés qui engendre les suivantes, à savoir la définition juridique de ce qu'est une plateforme en ligne. En effet, comme il le sera explicité plus en détails, les plateformes numériques laissent place à une grande insécurité juridique découlant d'une définition non équivoque et non unitaire. La France et l'Europe se complètent quelque peu en la matière, toutefois, ces législations ne permettent pas de faire face aux abus des plateformes sur le marché du numérique. Cette définition juridique est difficile à apporter en pratique puisque ces dernières ont une complexité telles qu'elles mettent en relation une diversité : d'activités, d'acteurs et d'utilisateurs (chapitre 1). Pour tenter de survivre à leurs émergences et leurs puissances, des acteurs ont tenté d'aménager leurs accords de distribution sur ces plateformes. En ce sens, la doctrine actuelle est favorable à une limitation de l'utilisation de ces plateformes lorsqu'il s'agit de certains produits. Toutefois, la question se pose de savoir si ces accords ne sont pas, finalement, programmés à une mort future certaine, eu égard à l'évolution de la distribution sur ces plateformes (chapitre 2).

En effet, certaines de ces plateformes ont acquise une position durablement favorable et sont dominantes sur certains marchés (titre 2). Une dominance qui, pour l'heure est inquiétante puisqu'elle empêche l'entrée de nouveaux arrivants sur certains marchés en ligne. Des marchés où elles figurent en position dominante mais aussi sur des marchés connexes. A cet égard, le titre deux de cette première partie, mettra en lumière la pratique de ces abus de position dominante, qui peuvent être de nature tarifaire ou non. Des pratiques redoutables susceptibles

de fausser la concurrence entre les opérateurs. En considération de ces pouvoirs de dominance, il sera démontré entre-temps, qu'il ne s'agit pas seulement d'une concurrence entre partie sensiblement déséquilibrée. En effet, la concurrence est aussi accrue entre les différentes plateformes dominantes sur les mêmes marchés. De sorte qu'aujourd'hui, la concurrence entre distributeurs occidentaux et orientaux pose de nombreuses préoccupations, d'un point de vue tant juridique qu'éthique. Ce sont, dans certain cas de figure, des dangers qui relèvent des droits les plus fondamentaux et qui remettent en cause l'organisation des États.

Pour remédier à ces préoccupations et éviter que les positions de dominance persistent et ne puissent être irrémédiables, les autorités doivent faire preuve d'ingéniosité dans leur régulation (partie 2). S'il est nécessaire d'améliorer le droit de la concurrence, il est important de ne pas le dévoyer pour autant. En effet, l'objectif du droit de la concurrence n'est pas de faire par lui-même émerger des champions numériques européens mais bien de réguler avec justesse et raison le bon fonctionnement du marché. A ce titre, il existe déjà des outils à la disposition des autorités qui peuvent être efficaces s'ils sont améliorés en considération des modèles de fonctionnement atypiques de distribution des plateformes en ligne (Titre 1). D'autres part, il serait illusoire en considération de tous les éléments rapportés, de prétendre que le droit actuel peut faire face à toutes ces préoccupations. Pour sécuriser les transactions, éviter les déséquilibres et les abus, il est nécessaire d'apporter une nouvelle régulation des plateformes en ligne. Pour ce faire, des propositions intéressantes à étudier ont été émises (Titre 2).

PARTIE 1. LE RISQUE DE DOMMAGE CONCURRENTIEL SUR LA DISTRIBUTION PAR LES PLATEFORMES EN LIGNE

12. **Plan.** Dans cette première partie, il est fait le choix de mettre l'accent sur une des plus grandes difficultés qui engendre les suivantes, à savoir la définition juridique de ce qu'est une plateforme en ligne. Les plateformes en ligne laissent place à une grande insécurité juridique découlant d'une définition non équivoque et non unitaire. La France et l'Europe se complètent quelque peu en la matière, toutefois, ces législations ne permettent pas de faire face aux abus des plateformes sur le marché du numérique. Pour tenter de survivre à leurs émergences et leurs puissances, des acteurs ont tenté d'aménager leurs accords de distribution sur ces plateformes. En ce sens, la doctrine actuelle est favorable à une limitation de l'utilisation de ces plateformes lorsqu'il s'agit de certains produits. Toutefois, la question se pose de savoir si ces accords ne sont pas, finalement, programmés à une mort future certaine, eu égard à l'évolution de la distribution sur ces plateformes (Titre 1). D'autant que, certaines de ces plateformes ont acquise une position durablement favorable et sont dominantes sur certains marchés. Une dominance qui, pour l'heure est inquiétante puisqu'elle empêche l'entrée de nouveaux arrivants sur certains marchés où elles figurent en position dominante mais aussi sur des marchés connexes. A cet égard, le titre deux de cette première partie, mettra en lumière la pratique de ces abus de position dominante, qui peuvent être de nature tarifaire ou non. Des pratiques redoutables susceptibles de fausser la concurrence entre les opérateurs. En considération de ces pouvoirs de dominance, il sera démontré entre-temps, qu'il ne s'agit pas seulement d'une concurrence entre partie sensiblement déséquilibrée. En effet, la concurrence est aussi accrue entre les différentes plateformes dominantes sur les mêmes marchés. De sorte qu'aujourd'hui, la concurrence entre distributeurs occidentaux et orientaux pose de nombreuses préoccupations (Titre 2).

TITRE 1. LES COPORTEMENTS DES OPERATEURS FACE AU DEVELOPPEMENT DES PLATEFORMES EN LIGNE

13. **Plan.** Une des plus grandes difficultés qui engendre les suivantes est la définition juridique de ce qu'est une plateforme en ligne. En effet, comme il le sera explicité plus en détails, les plateformes numériques laissent place à une grande insécurité juridique découlant d'une définition non équivoque et non unitaire. La France et l'Europe se complètent quelque peu en la matière, toutefois, cette définition juridique est difficile à apporter en pratique puisque ces dernières ont une complexité telles qu'elles mettent en relation une diversité : d'activités, d'acteurs et d'utilisateurs (chapitre 1). Pour tenter de survivre à leurs émergences et leurs puissances, des acteurs ont tenté d'aménager leurs accords de distribution sur ces plateformes. En ce sens, la doctrine actuelle est favorable à une limitation de l'utilisation de ces plateformes lorsqu'il s'agit de certains produits. Toutefois, la question se pose de savoir si ces accords ne sont pas, finalement, programmés à une mort future certaine, eu égard à l'évolution de la distribution sur ces plateformes (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA PROBLEMATIQUE D'UNE DEFINITION NON UNITAIRE ET LACUNAIRE DES PLATEFORMES EN LIGNE

14. **Définition des plateformes en ligne.** Il y a une distinction à faire entre site internet et plateforme en ligne. En effet, si les sites internet ne sont en réalité qu'une extension, voir une transposition dans le monde du virtuel d'un modèle préexistant de commercialisation, les plateformes en ligne sont au contraire plus originales³⁸. Pour définir d'un point de vue général le terme de plateforme numérique, nonobstant les définitions très matérielles³⁹, il s'agit d'un ensemble varié de services en ligne et d'acteurs offrant des services d'intermédiation, tel que les marketplaces (ex, Amazon qui met en relation des acheteurs avec des vendeurs tiers de biens), des plateformes communautaires (ex, Blablacar qui met en relation des passagers avec des conducteurs) ou encore des magasins d'applications (ex, Apple store ou Google Play qui mettent en relation des utilisateurs de smartphones avec des développeurs d'applications). Ce sont des acteurs variés dans l'écosystème numériques qui disposent de caractéristiques variables (en taille, revenus...) et qui évoluent dans des secteurs d'activités différents (distribution, hébergement, transport, réseaux sociaux...) de sorte qu'avec l'accès facile à internet et son développement, les consommateurs et entreprises en font une utilisation quotidienne⁴⁰.

15. **Les plateformes sont aujourd'hui un concept au cœur des relations commerciales.** Sur celles-ci, le consommateur avec des professionnels (souvent locaux) ou encore même avec des particuliers, favorise une transaction directe. Paradoxalement, cette nouvelle forme d'intermédiation est issue d'une désintermédiation qui est initialement le signe de rupture par rapport à la distribution en masse et verticale⁴¹. En effet, les plateformes numériques sont les nouveaux intermédiaires entre les différentes faces de l'économie numérique qui provoque un changement de paradigme économique, social et juridique entraînant diverses problématiques et questions dont il est encore et toujours difficile de mesurer toutes les implications.

16. **Il y a une multiplication des échanges qui bouleverse l'ordre socio – économique et les normes préexistantes.** De sorte que dans ce contexte, les utilisateurs d'internet se confrontent à une multiplicité de plateformes aux différents applicatifs : e – commerce, moteur

³⁸ Charlier Bonath B., *Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence*, AJCA 2016, p.64.

³⁹ Pour plus de définitions, v. : <https://www.cnrtl.fr/definition/plate-forme>, « une surface plane, horizontale, surélevée servant de support de base » ou au « sommet d'un bâtiment ».

⁴⁰ DG TRESOR, *Plateformes numériques et concurrence*, 26 nov. 2019, Trésor – Eco n° 250, disponible sur le lien : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2019/11/26/tresor-eco-n-250-plateformes-numeriques-et-concurrence>

⁴¹

de recherche, comparateurs de prix, plateformes dites « protéiformes »⁴²... et donc à une multiplicité d'acteurs qui remettent en cause les relations et dichotomies traditionnelles existantes (Fournisseurs/distributeurs, fournisseurs/utilisateurs, professionnels/consommateurs⁴³, salariés/employeurs) et redéfinissent ainsi certaines catégories juridiques. Cela complique leur appréhension et leur compréhension car il y a autant de concepts de plateformes que d'obligations qui leurs incombent. Nonobstant cela, ils sont également vecteurs de véritables oligopoles informationnels de par le pouvoir considérable dont ils disposent sur les individus et les institutions.

17. **Plan.** Ainsi, le législateur n'est pas resté indifférent au sujet des plateformes en ligne. Différentes sources ont tenté de définir les plateformes numériques avant de leur imposer des obligations, notamment, le droit français et le droit européen. Pour autant, il n'en résulte pas un concept et un régime unitaires (Section 1). Notamment car les plateformes en ligne ont une complexité telle qu'elles s'organisent différemment selon leur forme ou leur secteur (Section 2).

Section 1. La double législation sur la définition du droit des plateformes en ligne

I. La définition du droit français

18. **Un intermédiaire.** Le rapprochement entre les plateformes en ligne et la notion plus ancienne d'intermédiaire⁴⁴ s'est très vite faite. La caractéristique essentielle des plateformes et son essence pure dérivent de son rôle d'intermédiaire, notamment parce que cette dernière est active dans l'accès à des contenus, des services ou des biens qui ne sont pas toujours créés par elle. Si ce rôle d'intermédiaire paraît évident pour appréhender ces plateformes, en donner une définition claire et précise sur laquelle toutes les sphères du monde juridique s'accorderaient, reste toutefois difficile. De plus, les notions « d'hébergeur, de serveur, d'opérateurs de plateforme », apparaissent nouvelles et ne s'intègrent dans le vocabulaire juridique que très

⁴² Une plateforme par essence « protéiforme » selon l'Autorité de la concurrence est par exemple une plateforme telle qu'Amazon qui selon elle propose des : « contenus édités par un tiers et distribués par Amazon, produits fabriqués par des tiers et distribués par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par ces tiers », in ADLC, obs. sur le projet de loi pour une république numérique, 10 nov. 2015, p. 8.

⁴³ V. en ce sens : Martial – Braz N., « Ubérisation et contrats », in. *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, dir. Behar – Touchais M., coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, p. 29 et s.

⁴⁴ Notion préexistante en droit bancaire. – V. en ce sens Mignot M., Storck M., et Alli, Lasserre Capdeville J. (coord.), *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 2^e ed., 2019, p. 81-82 : « Les intermédiaires en opération de banque et en services de paiement (IOBSP) sont des personnes qui, « à titre habituel », exercent, « contre rémunération ou toute autre forme d'avantage économique », l'intermédiation en opération de banque et en service de paiement, laquelle consiste « à présenter, proposer ou aider à la conclusion des opérations de banque ou des services de paiement ou à effectuer tous travaux et conseils préparatoires à leur réalisation », (CMF, art. R. 519 – 1 complétant la définition prévue à l'art. L. 519 – 2 du CMF). – Voir infra pour une explication plus détaillée.

progressivement⁴⁵. A cette difficulté s'ajoute les multiples régulations dont sont soumises les plateformes : la loi du pays dans lequel elles sont implantées et parallèlement, leurs propres conditions générales d'utilisation (CGU), qui contractualisent ainsi les règles applicables. Or, chaque plateforme numérique régit ses propres règles à travers ses propres CGU, ses chartes et ses standards. En d'autres termes, la montée en puissance et l'hégémonie de certaines plateformes en ligne entraînent par ricochet une forme de contractualisation du droit qui la rapproche fortement des systèmes d'ubérisation, au point de se faire appeler « droit Uber » ou « droit Airbnb »⁴⁶.

19. **La loi Macron du 6 août 2015.** C'est pourquoi, le législateur s'est empressé de répondre à ce besoin imminent d'une réglementation claire, précise et cohérente. Par conséquent, le législateur français a été incité par cette influence du monde numérique à renforcer l'obligation d'information due aux consommateurs en matière de plateforme en ligne, dans le but ultime de protéger les utilisateurs, ce qui a permis d'insérer, à travers la loi du 6 août 2015⁴⁷ complétée par la loi pour une République numérique⁴⁸, dans le code de consommation, une définition des opérateurs de plateforme en ligne afin de leur imposer des obligations : d'informations renforcées et de loyauté.

20. **Le droit français, avant-gardiste en Europe.** Ainsi, avant – gardiste en Europe, le droit français dans son article **L. 111 – 7, I du Code de consommation**, issue de la loi n°2016 – 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, la définit de manière extensive comme « *toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de « communication au public en ligne* »⁴⁹. Cette définition extensive, élargit la notion d'opérateur de plateforme digitale ce qui permet de leurs imposer de nouvelles obligations⁵⁰ mais aussi de viser non seulement les plateformes qui mettent en relation 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* », et celles qui proposent un service de « *classement ou de référencement, au moyen d'algorithmes informatiques* ».

Vue la définition de cet article, on doit y inclure les plateformes de l'économie collaborative, sauf celles non professionnelles opérant à titre purement gratuit, de manière désintéressée. De fait, l'expression émise dans cet article « de manière rémunérée ou non » devrait s'entendre comme visant un principe de rémunération, qui se veut pécuniaire ou non, de sorte que cela

⁴⁵ Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, RTDCom, 2020, p. 217.

⁴⁶ Storrer P., *Les premiers pas d'un « droit Airbnb »*, D. 2016. 265 – in. Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art.cit, RTDCom, p. 217.

⁴⁷ L. n°2015-990 du 6 août 2015 dite Macron, loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

⁴⁸ L. n°2016 – 1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

⁴⁹ Expression qui se substitue à celle de « mise en relation par voie électronique »

⁵⁰ Loiseau G., *La loi du 7 octobre 2016 et l'obligation d'information des opérateurs de plateformes*, Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2016, comm. 91

puisse prendre la forme des données personnelles fournies par l'utilisateur⁵¹ et non pas simplement en contrepartie d'une exposition à des publicités pour accéder au service⁵².

II. La définition du droit européen : Règlement Platform to Business

21. **Définition.** Le droit européen lui, a proposé de la définir comme « *un fournisseur de services permettant aux consommateurs et aux professionnels de conclure des contrats de vente ou de service en ligne sur son interface en ligne* »⁵³. En sus, il présente certaines caractéristiques propres aux plateformes numériques comme celle permettant de créer de nouveaux marchés, bénéficier d'un effet de réseau en vertu duquel la valeur des services augmente en fonction du nombre d'utilisateurs ou encore permettant de fonctionner sur des marchés bi ou multifaces⁵⁴.

22. **Le droit des pratiques restrictives de concurrence est un droit traditionnellement instable.** L'année 2020 a été mouvementée pour le droit des pratiques restrictives de concurrence⁵⁵. En effet, le droit des pratiques restrictives de concurrence est un droit traditionnellement instable et ne se démarque pas par sa constance⁵⁶. Ainsi, plusieurs textes (lois ou ordonnances) se sont succédés modifiant profondément les textes d'origines⁵⁷. Le règlement Platform to business (P2B) du 20 juin 2019, est venu élargir la réglementation afin d'encadrer les relations Plateformes/ professionnels⁵⁸. Elle apporte une nouvelle définition juridique de la plateforme en ligne qui se confronte à celle retenue par le droit français.

⁵¹ En ce sens, voir : Sauphanor – Brouillaud N., Aubert De Vincelles C., Brunaux G., et Usunier L., *Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ Lextenso, 2^e ed., 2018, n°559 et 563.

⁵² Proposition Dir. COM (2018), 185 final, consid 26.

⁵³ Proposition s'intégrant dans le programme « *New deal for consumers* », Dir. concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, 11 avr. 2018, COM (2018), 185 final, art 2,1), d, 19.

⁵⁴ Com. europ. Communication, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe*, COM (2016), 288 final.

⁵⁵ Notamment avec l'adoption des lois d'accélération et de simplification de l'action publique, dite « loi ASAP » et portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'UE en matière économique et financière, loi dite « DDADUE ».

⁵⁶ Chagny M., *Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective*, RLDA 2013/83, suppl., n° 4661, §4 –*Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales*, in *Loyauté, droit de la concurrence et juge de droit commun : nouveaux développements, nouvelles perspectives*, colloque, Tribunal de commerce de Paris, 26 sept. 2017, dir. Chagny M., RLC 2017/66, n°3267 - in Godard L., *Un vent de réformes souffle (déjà !) sur le droit substantiel des pratiques restrictives de concurrence*, RLC 3959, n°101, 2021

⁵⁷ Selon Ponsard Michel « pas moins de dix textes se sont succédés modifiant profondément la svelte silhouette du texte d'origine », in *Bilan du Titre IV du livre IV de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986, in le droit français de la concurrence, trente ans après. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : rétrospectives et perspectives*, dir. Arens Ch., Chagny M., Fourgoux J-L., LGDJ, 2017, p. 117 et S., spé. p. 119. – « L'article L. 442 – 6 du code de commerce en est la parfaite illustration, ne cessant de prendre du volume au gré des réformes », in Godard L., *Un vent de réformes souffle (déjà !) sur le droit substantiel des pratiques restrictives de concurrence*, art. cit, RLC, p. 22, §1.

⁵⁸ Règl. (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, ci-appelé règlement P2B.

23. **Plan.** Il convient donc de réfléchir sur l'impact de cette définition apportée par P2B sur celle du droit français, afin de mieux cerner les difficultés théoriques (A) et pratiques (B) que soulève la définition des plateformes en ligne pour la distribution.

A. Difficultés théoriques

24. **Plan.** Les grandes difficultés en théories reposent sur la multiplicité d'activités, objets du commerce de la plateforme et la multiplicité d'acteurs mis en relation par les plateformes⁵⁹.

1. Une multiplicité d'activités

25. **Une multiplicité d'activités**, de sorte que les plateformes regroupent une multitude de services différents, d'infrastructures, de fournisseurs d'applications et de contenus. Elles proposent, outre leur service d'intermédiation, une diversité de services et de fonctionnalités, tels que, des activités de stockage, paiement sécurisé, référencement ou encore comparateur de prix. Pour les utilisateurs, ces activités qui sont exercées sur des marchés bi ou multiface, peuvent paraître gratuites, or, ce n'est pas forcément le cas. En effet, il ne s'agit que d'une gratuité apparente⁶⁰ car la rémunération se trouve ailleurs. En réalité cette rémunération se trouve sur d'autres marchés : marché du traitement ou de la cession des données, notamment à caractère personnel. De la simple mise à disposition d'informations fournies par autrui à une organisation d'échanges de biens et de services fournies par les tiers, ce sont autant d'activités possibles d'intermédiation proposées par les plateformes en ligne.

26. **Définition générale.** Il s'agit donc d'une définition très vaste qui peut saisir « *les activités exercées sur des marchés bifaces ou multiface ainsi que les opérateurs non marchands et désintéressés de l'économie collaborative dès lors qu'ils agissent à titre professionnel* »⁶¹. Ainsi, le cœur même de la notion de plateforme numérique réside dans la

⁵⁹ Sabrin F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit, RTDCom, p. 219, §1.

⁶⁰ En ce sens, Comm. UE., Recomm. N° 14-02 de la commission des clauses abusives du 7 nov. 2014, *Contrats de fourniture de services de réseaux sociaux*, spéc. N°14 : Clause de gratuité : « *Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel (...)* ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire qu'il ne fournit aucune contrepartie, alors que celle-ci réside dans l'ensemble des traitements de ses données à caractère personnel, des informations et des contenus déposés sur le réseau » ; v. en ce sens aussi : Martial – Braz N., Zolynski C., *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, in Sabrin F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, RTDCom, 2020, p. 219.

⁶¹ Selon Zolynski C., « Ce droit spécial en construction paraît distinguer deux niveaux d'intervention des pouvoirs qu'elles peuvent exercer dans la production et la distribution des produits ou la fourniture du service par leur intermédiaire », in *Ubérisation et plateformes : l'émergence d'un droit des plateformes en ligne*, in les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie, dir Behar – Touchais M., coll. Bibliothèque de l'IRJS-

notion d'intermédiation, et une telle intermédiation implique nécessairement que la « plateforme en ligne est implicitement saisie au travers de sa présentation dominante au plan économique, à savoir une interface qui a pris l'initiative, sur un marché donné, de réguler deux (ou plusieurs) groupes d'acteurs économiques, le groupe des fournisseurs et le groupe des clients (qui peuvent, l'un et l'autre, être très hétérogènes dans leur composition et inclure des professionnels, des consommateurs, des pairs...), et ce, en vue de faciliter ou de rendre possible les transactions entre les membres de ces groupes »⁶².

27. **Perspective contractuelle de l'intermédiation.** Au final, l'intermédiation que fournissent les plateformes en ligne ont une perspective contractuelle. Il semble essentiel d'inclure la notion de transaction qui permet de rendre compte que le résultat escompté de cette intermédiation est la formation d'un contrat. En effet, la simple navigation sur la plateforme démontre une certaine perspective contractuelle.

2. Une multiplicité d'acteurs

28. **Une multiplicité d'acteurs** liés aux plateformes en ligne, de sorte qu'en tant qu'intermédiaire, celles-ci sont responsables d'une mise en relation nouvelle, qui peut être qualifiée de triangulaire, se nouant entre la plateforme, des consommateurs et des professionnels (dit « *B to P to C* ») ou encore entre plateformes et consommateurs sans interventions de professionnels au sens classique de la relation (dit « *C to P to C* »). Cette nouvelle forme de relation remet en cause les relations et dichotomies traditionnelles existantes (Fournisseurs/distributeurs, fournisseurs/utilisateurs, professionnels/consommateurs⁶³, salariés/employeurs) et redéfinissent ainsi certaines catégories juridiques. En effet, chacun peut être, tour à tour, consommateur d'un service obtenu via une plateforme en ligne et fournisseur de ce même service.

La question de l'équilibre entre chacun des intervenants de cette relation triangulaire se pose. En effet, ces nouveaux lieux d'intermédiations sont dominants, par le grand nombre d'informations qu'ils arrivent à récolter mais aussi par le pouvoir certain qu'ils disposent sur les utilisateurs (professionnels, entreprises et consommateurs) ainsi que les institutions (les États et entités publiques)⁶⁴. De sorte qu'un déséquilibre significatif naît forcément entre ces

André Tunc, p. 23, in Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 219.

⁶² Sénéchal J., *Ubérisation et droit de la consommation, L'absorption du modèle de l'ubérisation par le modèle du marché biface*, Dalloz IP/IT 2017. 363., in Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 219.

⁶³ V. en ce sens : Martial – Braz N., « *Ubérisation et contrats* », in. *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*, dir. Behar – Touchais M., coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, p. 29 et s.

⁶⁴ Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 221.

intervenants. Et si ce pouvoir dépasse même les institutions, comment ces dernières peuvent – elles imposer une régulation ?

3. Une multiplicité d'utilisateurs

29. **Diversités d'utilisateurs.** S'ajoute à cette multiplicité d'acteurs, une diversité d'utilisateurs qu'il n'est pas toujours facile d'identifier ou de catégoriser. Notamment, s'agissant de la responsabilité pour les services, biens et contenus édités ou fournis par les tiers utilisateurs des plateformes numériques. Cette multiplicité d'acteurs et utilisateurs ne facilite aucunement le législateur car comme dit elle remet en cause les distinctions classiques – relation fournisseurs, professionnel, consommateur – en ajoutant un tiers à cette relation. La plateforme fonctionnant comme un distributeur peut donc être le fournisseur direct de produits au profit du client, ou encore agir comme simple moyen d'accès à ces contenus. Elle peut accomplir en cotraitance ou en sous-traitance l'obligation principale du fournisseur ou agir comme un courtier pour faciliter la conclusion du contrat de fourniture entre un client et le fournisseur. Il y a plusieurs configurations possibles. Et en ce sens, le droit français permet d'englober ces catégories (mandataire/courtier) mais aussi d'inclure les plateformes qui seraient dépourvus d'un pouvoir spécifique de représentation (par exemple, les plateformes d'e-commerce, produits par la plateforme ou mis à disposition par un tiers).

30. **Problématique des obligations qui en découlent.** Cette diversité d'acteurs est explicite dans la définition apportée par le code de consommation français⁶⁵. Cette définition soulève pour autant, de nombreuses interrogations. Notamment la question des obligations qui leurs incombent. Certaines plateformes sont « protéiformes »⁶⁶ et pose donc problème en ce sens. Quid des plateformes responsables par la distribution de contenus édités par un tiers ou des contenus ou produits fabriqués par un tiers, ou encore des produits distribués par elle et expédiés par un tiers, ou inversement des produits distribués par un tiers mais expédiés par elle - même. D'autant plus que l'identification du rôle de chacun de ces acteurs semble difficile en pratique dès lors que, pour chaque transaction, un même acteur peut changer de rôle voire s'éclipser dans un rôle nouveau. Autant de questionnement qui met à mal les définitions et encadrement actuels, de sorte que la protection accordée à chacun de ces acteurs sont remises en question et doivent impérativement être ré-agencées. Les frontières entre le consommateur et le professionnel ne sont plus si imperméables.

⁶⁵ Art. L. 111 – 7 du Code de la Consommation, relatif à l'opérateur de plateforme en ligne

⁶⁶ Une plateforme par essence « protéiforme » selon l'Autorité de la concurrence est par exemple une plateforme telle qu'Amazon qui selon elle propose des : « contenus édités par un tiers et distribués par Amazon, produits fabriqués par des tiers et distribués par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par ces tiers », in ADLC, obs. sur le projet de loi pour une république numérique, 10 nov. 2015, p. 8.

De ces difficultés théoriques, s'accompagnent de nombreuses difficultés pratiques car la plateforme numérique est une notion qui englobe une multitude d'activités.

B. Difficultés pratiques

1. Une concurrence de définitions

31. **Concurrence de définitions.** Le droit français définit donc les plateformes en ligne avec des termes très généraux. Elle est en concurrence avec la définition apportée dans le règlement P2B de l'UE qui a été récemment publié, ce qui implique donc une articulation difficile entre ces deux définitions. D'abord, le droit français a été un avant-gardiste, un précurseur dans la consécration d'une définition des plateformes. Elle a construit progressivement un statut juridique spécifique de la plateforme en ligne, jusqu'à ce qu'arrive une définition transversale. Il devenait de plus en plus difficile de trouver une définition générale pour embrasser toutes les spécificités des plateformes existantes sur le marché du numérique. Ainsi, la définition proposée par le droit français n'a pas été exempte de toutes critiques. Elle a été jugée trop générale⁶⁷ pour certains, de texture ouverte⁶⁸ pour d'autres. Certains lui reprochaient de ne pas avoir fait référence à la directive du 8 juin 2000⁶⁹ sur le commerce électronique, et de ne pas englober la notion d'hébergeurs⁷⁰ bénéficiant d'un régime spécial de responsabilité plus favorable selon la CJUE⁷¹.

Cette définition est somme toute purement juridique et permet de distinguer deux activités principales : la mise en relation et le classement d'informations. Or cette approche française n'a pas survécu aux avancées européennes. En effet, le règlement P2B envisage une nouvelle définition, qui semble plus restrictive, de sorte qu'elle estime, selon son article 2 que les « 1) «*entreprise utilisatrice*», tout particulier qui agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ou toute personne morale qui, par le biais de services d'intermédiation en ligne, offre des biens ou services aux consommateurs à des fins liées à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale; 2) «*services d'intermédiation en ligne*», les services qui répondent à toutes les conditions suivantes: a) ils constituent des services de la société de l'information au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil; b) ils permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter

⁶⁷ Le texte « retient une définition très générale de l'opérateur de plateforme, car la finalité du texte est d'imposer à cet opérateur des obligations d'informations » - V. en ce sens : Zolynski C., Rochfel J., *La « loyauté » des « plateformes »*. *Quelles plateformes ? quelle loyauté ?*, Dalloz IP/IT 2016. 520

⁶⁸ V. en ce sens Poillot E., *Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté*, D. 2016. 2056, in Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 222, §2.

⁶⁹ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, consid. 17 et 19, art. 2, a).

⁷⁰ Ibid, art. 14

⁷¹ CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, Sté L'Oréal c/ Sté EBay International, D. 2011. 1965, obs. Manar C.

l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues ; c) ils sont fournis aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles entre le fournisseur de ces services et les entreprises utilisatrices qui offrent des biens ou services aux consommateurs »⁷².

32. **Comparaison.** Cette définition apportée par le règlement P2B est donc plus restrictive que celle du code de consommation français qui est plus large et plus centrée sur l'idée d'intermédiation. P2B se tourne davantage sur le rôle des plateformes en tant qu'acteurs du marché, en excluant son application aux consommateurs. En effet, le règlement est plutôt favorable à l'idée de transaction et se veut ainsi plus économique et plus centrée sur le marché et le potentiel rôle des plateformes. Elle s'adresse aux relations « P to B ».

33. **Questions.** Si ces définitions sont en concurrence leur conciliation n'est pas exclue. En effet, les deux législations, interne et européenne, offrent deux niveaux de protections qui posent plusieurs questions : quelle définition choisir entre les deux ? une fusion de ces définitions est-elle possible en pratique, ou faut-il s'adapter au droit hiérarchiquement supérieur⁷³ et exclure ou modifier d'office le code de consommation ?

2. La disparition de la distinction consommateur – professionnel à l'aune du numérique

34. **Les frontières entre le consommateur et le professionnel non étanches.** Une première réponse peut être apportée, le règlement P2B s'adresse uniquement aux relations entre professionnels et plateformes en ligne, tandis que, le code de consommation s'adresse aux relations entre consommateurs et plateformes. En d'autres termes, l'articulation des régimes semble claire. Selon l'acteur en jeu, une législation ou l'autre sera appliqué. Or en pratique ce n'est pas aussi simple puisque comme dit, face aux particularités de l'environnement numérique, la différence structurelle entre un professionnel et un consommateur s'estompe drastiquement, il y a un déséquilibre économique caractérisé entre les professionnels et les plateformes qui ressemble fortement à la relation professionnel – consommateur. C'est à se poser la question de savoir si une telle distinction, entre professionnel et consommateur fait encore sens dans l'écosystème numérique.

3. Une vision divergente de la notion de plateforme en ligne

⁷² Règl. (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, P2B, art 2.

⁷³ L'Art. 1^{er}, §2, du règl. P2B prévoit que : « Le présent règlement s'applique aux services d'intermédiation en ligne et aux moteurs de recherche en ligne fournis, ou proposés à la fourniture, aux entreprises utilisatrices et aux utilisateurs de sites internet d'entreprise dont le lieu d'établissement ou de résidence se situe dans l'Union et qui, au travers de ces services d'intermédiation en ligne ou de ces moteurs de recherche en ligne, proposent des biens ou services à des consommateurs situés dans l'Union, quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des fournisseurs de ces services et quel que soit par ailleurs le droit applicable ».

35. **Vision divergente de la notion de plateforme en ligne.** De plus, le code de consommation et le règlement P2B consacrent deux visions divergentes pour la même notion de plateforme en ligne. Comme dit, l'une est dédiée à la protection des consommateurs et l'autre à la protection des professionnels. Pour remédier à ce problème d'appréhension de la notion de plateformes, la doctrine envisage des solutions : le maintien de la définition du code de consommation avec soit un élargissement de celle prévue par P2B aux consommateurs, soit l'application, dans certains cas, de la définition prévue par P2B, ou encore la création d'une définition commune pour toutes les plateformes, en mettant en avant la protection contre le déséquilibre significatif existant, peu importe l'acteur en relation avec la plateforme numérique. Cette dernière proposition est forte intéressante car elle permettrait peut-être d'adopter un régime unique qui serait applicable à tout opérateur de plateforme dans ses relations avec entreprises utilisatrices ou simple consommateur, ce qui prendrait en compte la multitude d'acteurs et d'objets concernés⁷⁴.

4. Des législations lacunaires et critiquables

36. **Critique de ces deux législations lacunaires.** Cependant, le règlement tout comme les dispositions du droit français sont critiquables. Il peut être mis en lumière certaines dispositions de P2B qui semblent inférieures aux mesures obtenues en France, tandis que d'autres favorisent et renforcent le déséquilibre entre les plateformes en leur qualité d'intermédiaire avec les entreprises utilisatrices⁷⁵. En ce sens, l'article 5 du règlement sur le classement renforce l'obligation de transparence des plateformes en ligne concernant les outils de référencement, or, il n'est pas en accord avec la jurisprudence traditionnelle française qui considère que dès lors qu'il y a eu une rémunération pour un référencement, ce type de rémunération doit être considérée comme étant de la publicité et par conséquent devrait être clair et précis pour ne pas biaiser le choix des consommateurs. Ce que le règlement n'envisage pas, car il estime qu'il n'est pas nécessaire que la plateforme en ligne indique si elle a reçu ou a été influencé par une quelconque rémunération pour ce référencement⁷⁶. Certaines plateformes façonnent et déterminent les conditions d'accès aux informations de manières subtile sans qu'il puisse être possible de savoir s'il s'agit d'une sélection aléatoire des algorithmes, d'une publicité ou bien d'une adaptation personnalisée. Un autre exemple, s'agissant de son article 7, le règlement dispose que les entreprises utilisatrices peuvent se voir bloquer leurs accès aux données lorsque

⁷⁴ Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 223.

⁷⁵ Ibid, p. 223 et 224.

⁷⁶ Règl. P2B art 5, §1 et 2, Classement, « 1. Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne indiquent dans leurs conditions générales les principaux paramètres déterminant le classement, et les raisons justifiant l'importance relative de ces principaux paramètres par rapport aux autres paramètres. 2. Lorsque les principaux paramètres incluent la possibilité d'influer sur le classement contre toute rémunération directe ou indirecte versée par les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise au fournisseur concerné, ce fournisseur présente également une description de ces possibilités et des effets de cette rémunération sur le classement, conformément aux exigences énoncées aux paragraphes 1 et 2. »

cela est indiqué dans les conditions générales de la plateforme en ligne. Cependant cela installe un déséquilibre significatif entre ces dernières et les plateformes⁷⁷.

Ainsi, les droits interne et européen sont quelque peu dépassés par l'émergence de ces plateformes et ne répondent pas exactement aux besoins. Ces nombreuses difficultés théoriques et pratiques engendrées par la notion de plateforme rendent son encadrement et sa régulation difficile, au point que, certains auteurs tentent d'affirmer que la régularisation de ces dernières serait peut-être une « fausse bonne idée »⁷⁸.

5. La notion de plateforme en ligne « structurante » manquante

37. **Les plateformes numériques structurantes.** Le manque de définition unitaire et cohérent est une des raisons de cette difficulté à réguler de manière opérante la distribution sur les plateformes en ligne. Au-delà d'une définition peu satisfaisante apportée par les différentes législations, il manquerait une définition juridique de la plateforme numérique dite « structurante », ce qui limite très largement la possibilité de leur imposer des règles particulières. En effet, dans la pratique il ne s'agit pas seulement d'englober et de réguler de manière identique toutes les plateformes mais bien de distinguer en fonction de leur position et de leur poids dans l'économie numérique. Il va de soi que toutes les plateformes ne se valent pas et qu'elles n'ont pas les mêmes incidences sur leurs utilisateurs et sur les institutions. Ainsi, pour permettre une plus grande justesse et ne pas fausser le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché numérique, en favorisant finalement les plus puissants au détriment des plus faibles, il convient de donner une définition de ces plateformes que la doctrine appelle « structurante ». C'est d'ailleurs une des propositions apportées par la Commission des affaires économiques dans son rapport sur les plateformes numériques du 24 juin 2020⁷⁹ (Voir infra Partie 2).

⁷⁷ Règl. P2B, art. 7, §1, Traitement différencié, « Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne incluent dans leurs conditions générales une description de tout traitement différencié qu'ils accordent, ou pourraient accorder, en relation avec des biens ou services proposés aux consommateurs par le biais de ces services d'intermédiation en ligne par, d'une part, soit le fournisseur lui-même, soit toute entreprise utilisatrice contrôlée par ce fournisseur et, d'autre part, d'autres entreprises utilisatrices. Cette description mentionne les principales considérations économiques, commerciales ou juridiques à l'origine de ce traitement différencié. »

⁷⁸ Maxwell W., Pénard T., *Réguler les plateformes : une fausse bonne idée*, L'Opinion, 23 avr. 2015 – en ce sens aussi : Frison Roche M-A., *Enjeux de régulation d'entreprises cruciales*, in *Économie de plateformes : réguler un modèle dominant ?*, Colloque, oct. 2014 – in Sabrinni F., *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique*, art. cit., RTDCom, p. 224.

⁷⁹ Commission des affaires économiques, Rapport d'information, *Les plateformes numériques*, déposé en application de l'article 145 du règlement par les députés Faure, Muntian V., Fasquelle D., Assemblée nationale, n°3127, 24 juin 2020, Partie 1, II), p.32.

http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127_rapport-information

Section 2. L'organisation de la distribution sur les plateformes en ligne

38. **Plan.** Sous l'angle de l'organisation de la distribution, deux types de plateformes en ligne retiennent l'attention : les comparateurs de prix (I) et les places de marché (II). D'autres plateformes sont intéressantes à étudier, c'est le cas des plateformes qui agissent comme de véritables distributeurs. Ces plateformes posent de nombreux enjeux et tensions, d'autant plus lorsqu'elles se trouvent en position dominante. C'est pourquoi, il semblait judicieux, avant d'entrer dans le vif du sujet des abus (Titre 2), d'apporter une vue d'ensemble de ce que sont ces sous-catégories de plateformes en ligne pour la distribution : leur organisation et leur mode de fonctionnement⁸⁰.

I. Les sites comparateurs de prix

39. **Objectif de la plateforme.** Les plateformes-comparateurs ont pour activité le référencement des offres des sites marchands pour un produit donné, tout en formant un classement à la disposition du consommateur qui pourront les comparer. Le plus souvent, ces plateformes sont payantes. Certains opérateurs procèdent à un référencement naturel, sans l'accord des commerçants concernés⁸¹, permettant ainsi le référencement d'un maximum de site.

40. **Confiance des consommateurs.** L'utilisation régulière de système de notation et d'avis d'utilisateurs sur les plateformes en ligne de vente en détail a renforcé le niveau de confiance des consommateurs⁸². Les comparateurs de prix sont des plateformes tout autant incontournables pour la vente en ligne. Ces plateformes induisent, d'ailleurs, une forte concurrence au niveau des prix pratiqués, entraînant une baisse notable de ceux-ci corrélativement, ceci même après intégration des frais de livraison. Des prix avantageux qui s'explique notamment par le fait que les opérateurs en ligne qui se confrontent à des coûts logistiques et marketing assez important, ne supportent pas les mêmes charges (en personnel, immobilier, etc.) que les distributeurs physiques traditionnels. Pour l'avenir, la concurrence entre les différents opérateurs continuera de se faire, très certainement, au travers des frais de livraison ou des conditions générales de vente⁸³, qui se révèle être d'une importance cruciale s'agissant de la relation de confiance entre vendeurs et acheteurs. Ainsi, le digital s'affranchit des contraintes du monde réel que sont l'espace et le temps. Ce qui induit incontestablement des effets concurrentiels notable au bénéfice du consommateurs⁸⁴. Ceci d'abord parce que le

⁸⁰ À ce titre, lire Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., 2019

⁸¹ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 sept, 2012, pts 152 et s.

⁸² ADLC, avis n°12-A-20, préc.

⁸³ V. en ce sens, Comm. UE, Livre vert, *Un marché intégré de la livraison de colis pour soutenir la croissance du e-commerce dans l'UE*, doc. COM/2012/0698 final, 2012

⁸⁴ En ce sens, Comm. Ue., rapp. *Final de l'enquête sectorielle sur l'e-commerce au conseil et au parlement européen*, com 2017, 229 final, not. n°11 et s., – Ranzano A., *Commerce électronique : la commission européenne*

choix du consommateur a été considérablement élargit, impliquant de nouveaux fournisseurs et distributeurs non présents sur le marché traditionnel (à titre d'exemple, les fournisseurs et distributeurs étrangers). En sus, le consommateur se voit offrir un accès à des gammes de produits plus étendues puisque les opérateurs en ligne ne sont pas soumis à la contrainte liée à leur surface d'exploitation. Ensuite, la transparence au niveau des prix et de la fourniture d'informations a été facilité par l'offre numérique et notamment par ces comparateurs de prix.

41. **La phygitalisation.** Les consommateurs ont de plus en plus tendance à comparer les prix en ligne avant de se rendre dans un magasin physique ou inversement. Ainsi, il y a une expansion de la « phygitalisation » du commerce, alliant commerce en ligne et commerce « *brock and mortar* »⁸⁵. Il est important de rappeler que la transparence des prix est utile, au-delà des consommateurs, pour les professionnels concurrents qui s'adapte en fonction du prix du marché. Si, à l'origine, les autorités de régulations n'avaient pas estimé les réels dangers de tels algorithmes, force est de constater qu'en considération de l'émergence d'un tel outil, de l'accroissement de l'utilisation des données, les comparateurs de prix peuvent être des instruments dangereux pour les consommateurs mais aussi les professionnels concurrents. En ce sens, il semble que les avancées majeures en termes de technologie et d'algorithmique fondées sur l'exploitation des données en masse puissent téléguidé les consommateurs vers des offres préformatées par les données personnelles laissées sur leur passage sans réel consentement ni conscience. Il est donc de l'ordre des autorités de régulations de surveiller, de contrôler et de trouver la bonne parade aux comportements anticoncurrentiels⁸⁶.

42. **Les acteurs de l'économie digitale organisent eux-mêmes cette nouvelle forme de transparence, ce qui est initialement le travail du droit et de la loi.** Les autorités cherchent ainsi, à réguler et encadrer ces pratiques. La protection des consommateurs est le premier enjeu de cet encadrement⁸⁷. C'est pourquoi, intervient un décret précisant les informations communiquées aux consommateurs concernant les modalités de comparaison et ce qui relève de la publicité⁸⁸. S'agissant de l'encadrement professionnel, le droit européen impose une transparence des sites d'intermédiation⁸⁹. L'Autorité de la concurrence, a pensé dans un premier temps que, d'imposer une telle transparence, notamment sur les prix, est plutôt positif pour le marché en général puisqu'elle stimule, en pratique, la concurrence. Cependant, récemment, il y a une évolution dans la doctrine de l'Autorité de concurrence française qui se

publie le rapport final relatif à son enquête sectorielle et annonce qu'elle ciblera les pratiques commerciales les plus répandues, Concurrences n°3 – 2017, 10 mai 2017

⁸⁵ Decocq G., *L'économie digitale saisie par les autorités de la concurrence*, AJCA, 2016, p. 172, n°7.

⁸⁶ Basdevant A., Mignard J.-P., *L'empire des données. Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, éd. Don Quichotte, 2018, spéc. P. 59. – OCDE, *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence*, DAF/COM, 3 mai 2018, Note de référence, n°27 à 32. - Bufflier I., *La vente en ligne est-elle proconcurrentielle ?*, art. cit., p.4.

⁸⁷ Pour les autorités française, l'enjeu est la protection des consommateurs, v. ADLC, avis préc., pt. 168.

⁸⁸ C.consom., art. L. 111 – 7, II, et D. 111 – 10 et s.

⁸⁹ Règl. N°2019/1150, art. 3 et 5.

montre plus mesurée⁹⁰. En ce sens, elle admet un potentiel effet pervers, indirect, se traduisant notamment par un accroissement des risques de collusion. En effet, d'autres opérateurs, hors comparateurs, pourraient profiter de cette transparence pour collecter en temps réel les données sur les prix des concurrents dans l'intention d'élaborer des stratégies de stabilisation des prix.

43. **Intervention du règlement P2B relative aux comparateurs de prix.** Le règlement 2019/1150 adopte une position qui se veut prudente sur ces questions sensibles. Le principe étant de ne pas obliger les plateformes et autres services d'intermédiation à révéler la manière dont fonctionnent leurs algorithmes de classement, dans le but de préserver leurs intérêts commerciaux. Le considérant 27 dudit règlement admet que la divulgation des principaux paramètres de classement semble suffisante pour éclairer les utilisateurs. Cependant, il est vrai que la rédaction du texte pose une certaine ambiguïté sur cette divulgation. En effet, l'article 5.6 énonce que la révélation des algorithmes pourrait être exigée, à condition que « *l'on (puisse) être raisonnablement certain qu'ils auraient pour effet de permettre de tromper les consommateurs ou de leur porter préjudice par la manipulation des résultats de recherche* ».

II. Les places de marché ou Marketplaces

44. **Définition.** Les places de marché ou Marketplaces sont difficilement cernables, notamment parce qu'elles se recoupent avec d'autres activités. L'Autorité de la Concurrence pour définir les places de marché, énonce qu'elles « *jouent un rôle d'intermédiaires entre des vendeurs et des acheteurs, en offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique* »⁹¹. Elle rajoute qu'« *à côté des places de marché n'assurant qu'une fonction d'intermédiaire, telle que EBay par exemple, certaines places de marché sont hébergées par des sites marchands, qui proposent d'une part des produits en tant que vendeur, et d'autres part des produits en tant qu'intermédiaire (Fnac.com, Cdiscount, La Redoute, par exemple)* »⁹².

45. **Les marketplaces.** Ce sont donc une sous-catégorie des plateformes en ligne, au sens de l'article L. 111 – 7 du Code de la consommation, qui joue le rôle d'intermédiaire entre vendeurs et acheteurs, mais aussi cumulant d'autres services, en proposant eux-mêmes leurs produits par le biais de marché dit bifaces⁹³. En principe, elles suivent le régime juridique du courtage⁹⁴. Elles ont un rôle proconcurrentiel selon l'Autorité de la concurrence qui dans un

⁹⁰ ADLC et Bundeskartellamt, *Droit de la concurrence et données*, rapport du 10 mai 2016, p. 16, disponible sur les sites des autorités allemande et française.

⁹¹ ADLC, avis n°12 – 1 – 20 du 18 sept. 2021, pt. 139. Cette définition est reprise régulièrement, v. ADLC, déc. N°19- D à 1 du 15 janv. 2019, pts 17 et s.

⁹² Ibid.

⁹³ V. Zinty S., *Droit des plateformes numériques, introduction générale*, JCl. Contrats-Distribution, n° 3.

⁹⁴ En ce sens, V. Comm.euro., rapp., *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation*, Doc. Fr. 2017, n°1.1, disponible sur le lien : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports->

avis de 2012, énonçait que ces dernières conduisent à « *la réduction de la barrière à l'entrée que constitue l'absence de notoriété, en même temps qu'elles étendaient l'offre de produits bénéficiant aux consommateurs, illustrant en cela un vrai pouvoir de marché de ces opérateurs* »⁹⁵.

46. **Cumul de fonction.** Ainsi, il existe des plateformes qui sont à la fois revendeurs et places de marché, c'est le cas d'Amazon. En effet, Amazon vend des produits sur son site en qualité de détaillant et met en place un Marketplace à la disposition des vendeurs tiers indépendants sur laquelle ils peuvent vendre des produits aux consommateurs de manière directe. Ces vendeurs tiers utilisent ainsi les centres de stockage et de distribution physique de la plateforme Amazon. Il faut alors séparer le Marketplace de la plateforme de redistribution directe aux consommateurs. Le premier étant une plateforme de mise en relation entre vendeur et acheteur, le second, ayant un rôle de distributeur du secteur du e-commerce. Les deux notions entrent dans la définition large et englobante de « service d'intermédiation en ligne » qui fait l'objet du règlement n°2019/1150. L'article 2 dudit règlement définit ainsi ces services en énonçant qu'ils « *permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues* » et « *sont fournis aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles entre fournisseur de ces services et les entreprises utilisatrices qui offrent des biens ou services aux consommateurs* »⁹⁶.

47. **Marketplace et « sharing economy ».** Les plateformes se situent au carrefour de nombreux marchés et de diverses manières de consommer⁹⁷. Les Marketplaces se retrouvent en principe dans la catégorie des plateformes relevant de ce qui est appelé « l'économie de partage » ou « sharing economy ». Au sens des autorités américaines, « *une plateforme de l'économie de partage exploite une place de marché permettant la rencontre de personnes qui possèdent des biens avec les consommateurs et aux fournisseurs qui font des transactions sur le marché, pour lesquels elle peut recevoir une rémunération ou obtenir autrement une compensation. Tous les participants à la plateforme- tant les consommateurs que les fournisseurs – sont donc des consommateurs des services fournis par la plateforme* »⁹⁸.

48. **Enjeux et tensions.** Par le biais des marketplaces, il y a un plus grand nombre d'échanges, puisqu'elles facilitent les transactions entre deux ou plusieurs groupes distincts et

[etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2017-puissance-publique-et-plateformes-numeriques-accompagner-l-uberisation](#)

⁹⁵ ADLC, avis n°12-A-20, préc.cit.

⁹⁶ Règl. n°2019/1150, art 2.

⁹⁷ Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 197.

⁹⁸ Le Federal Trade Commission des Etats-Unis opère cette distinction dans son rapport: PTC, The « Sharing economy, nov. 2016, spéc., p.16 : « *sharing economy platforms thus contrast with more common, single – sided retail platforms* ». – in Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 197.

aident à minimiser les coûts de transaction. Plus des vendeurs s'ajoutent, plus la plateforme attire des clients qui accèdent à une offre plus large et une compétition entre vendeurs élevée. Les vendeurs tiers qui s'ajoutent, sont d'une très grande variété, ce qui permet de compléter l'offre existante et ces derniers agissent comme des compléments, donc en réalité comme des effets de réseau indirects. Dans ce cas de figure, les effets de réseau indirects renforcent indéniablement les effets de réseau croisés⁹⁹.

49. **Marketplaces et rapports de force.** Les frontières des techniques de distribution sont brouillées par ces nouveaux acteurs du marché digital. Cependant, le problème ne s'arrête pas là. Il y a plusieurs rapports de forces : financier, concurrentiel et contractuel. En effet, d'abord, **sur le plan financier**, le rapprochement entre les plateformes en ligne et la notion plus ancienne d'intermédiaire s'est très vite faite. La caractéristique essentielle des plateformes et son essence pure dérivent de son rôle d'intermédiaire, notamment parce que cette dernière est active dans l'accès à des contenus, des services ou des biens qui ne sont pas toujours créés par elle. Et cette notion d'intermédiaire est préexistante en droit bancaire. S'est donc posé la question de savoir si les Marketplaces, en tant qu'intermédiaire qui encaissaient les prix pour le compte de revendeur tiers, réalisaient des services de paiement au sens de la réglementation bancaire et financière¹⁰⁰. Une incertitude planait, de sorte que même l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution le pensait, pourtant la doctrine n'était pas fort convaincue¹⁰¹. La transposition de la seconde directive sur les services de paiement du 25 novembre 2015, dans le sens d'une application de la réglementation a dissipé cette incertitude sur ce statut juridique¹⁰². **Sur le plan concurrentiel** : c'est mitigé. Il ne peut être nié que les marketplaces stimulent la concurrence puisqu'elles facilitent l'entrée sur le marché des sites marchands et multiplient les références offertes à la vente¹⁰³. Cependant, elles créent en même temps d'importantes tensions¹⁰⁴. Enfin, **sur le plan des rapports de forces contractuels** : certaines plateformes sont incontournables. Les fournisseurs dans certaines situations ne peuvent s'en détourner, de sorte qu'ils se retrouvent souvent obligés de s'aligner sur les prix et toutes sortes de volontés lorsque la plateforme est un géant économique. En amont, les conditions générales ne sont généralement pas ou très peu négociables, tandis qu'en aval, le référencement ou la

⁹⁹ Renaissance numérique, HENRI I. (dir), rapp. : *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative*, 2020

¹⁰⁰ V. en ce sens Mignot M., Storck M., et Alli, Lasserre Capdeville J. (coord.), *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 2^e ed., 2019, p. 81-82 : « Les intermédiaires en opération de banque et en services de paiement (IOBSP) sont des personnes qui, « à titre habituel », exercent, « contre rémunération ou toute autre forme d'avantage économique », l'intermédiation en opération de banque et en service de paiement, laquelle consiste « à présenter, proposer ou aider à la conclusion des opérations de banque ou des services de paiement ou à effectuer tous travaux et conseils préparatoires à leur réalisation », (CMF, art. R. 519 – 1 complétant la définition prévue à l'art. L. 519 – 2 du CMF).

¹⁰¹ Roussille M., *Marketplaces et services de paiement : jusqu'où ira l'impérialisme de l'ACPR ?*, Dr. Bancaire et financier 2004, alerte 23 – in Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 197.

¹⁰² Sur cette directive, Maumont A., *Les marketplaces. De l'incertitude du statut juridique au choix contraignant d'un statut*, JCP E 2017, 1295.

¹⁰³ ADLC, avis n°12-A-2° du 18 sept. 2012, préc., pts 143 et s.

¹⁰⁴ v. en ce sens, Fasquelle D., *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. Consom. 2019, dossier 11, in Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 197.

résiliation, souvent unilatérale et sans fondement, peuvent s'avérer très préjudiciables pour les entreprises utilisatrices¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., op. cit., LGDJ, p. 197.

CHAPITRE 2. LA NECESSAIRE ADAPTATION DES RESEAUX DE DISTRIBUTION EN CONSIDERATION DE L'EMERGENCE DES PLATEFORMES EN LIGNE

50. **Plan.** Si par nature, les accords de distribution sont contraires au principe de la libre concurrence entre États – membre, elles ont eu le bénéfice d'une adaptation sous conditions strictes (Section 1). Cette adaptation est remise pour autant en cause, en considération de la distribution par internet et plus spécialement, aujourd'hui, par les plateformes en ligne qui ne cessent de redéfinir les règles du jeu (section 2).

Section 1. Les accords de distribution

I. Des accords de distribution contraire au principe de la libre concurrence entre États – membres

51. **Le principe de la libre concurrence entre États – membres.** Les plateformes en ligne - et plus généralement Internet - constituent de nouveaux canaux de distribution dont les enjeux économiques sont de plus en plus importants. Les ventes en ligne de produits mis sur le marché dans le cadre d'un réseau de distribution, sélective ou exclusive, font l'objet d'une vive actualité par les autorités de concurrence, ceci s'expliquant notamment parce que la plupart des contrats-cadres n'avaient initialement pas prévu d'organiser le réseau en vue de la vente sur internet en respectant le droit européen de la concurrence. Les accords de distribution sont par nature contraire à la libre concurrence - pourtant un principe fondamental du droit européen - ils peuvent cependant être admis sous certaines conditions. Les fournisseurs et distributeurs doivent alors adapter leurs relations contractuelles en respectant ce principe. En effet, internet a un caractère transfrontalier, ce qui rend plus difficile l'organisation des discriminations susceptibles de reconstituer les frontières commerciales entre États membres et la détermination de la part de marché dans le cadre d'un contrat de distribution. Le meilleur prix sera la destination finale de l'internaute. D'ailleurs, internet suppose d'organiser les règles du commerce en ligne entre les membres et les tiers au réseau de distribution. En effet, certains distributeurs n'hésitent pas à s'affranchir des contraintes d'un réseau fermé pour revendre en ligne des produits sans l'autorisation du fournisseur¹⁰⁶.

52. **Admis sous certaines conditions.** Comme dit, les accords de distribution sont par nature contraire à la libre concurrence - pourtant un principe fondamental du droit européen - ils peuvent cependant être admis sous certaines conditions. En effet, l'article 101 § 1 du TFUE prévoit que sont nuls de plein droit et « *incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous*

¹⁰⁶ Gola R., *Droit du e-commerce et du Marketing digital*, op.cit., p.98

accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables, selon le § 3 du même article « à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ». Ainsi, les réseaux de distribution qui remplissent ces conditions précitées sont présumés licites, c'est-à-dire qu'ils n'impliquent pas d'effets néfastes sur la concurrence effective¹⁰⁷.

II. Une adaptation des accords de distribution

53. **Réglementation spécifique.** En raison du caractère anticoncurrentiel de ces accords de distribution, la Commission européenne avait prévu une réglementation spécifique concernant l'application de l'article 101 § 3 TFUE : le règlement¹⁰⁸ d'exemption par catégorie, relatif aux accords verticaux et aux pratiques concertées. Ces lignes avaient pour but de lever les obstacles soulevés par la distribution en ligne, mais n'a malheureusement pas résolu toutes les interrogations qui ont été laissées à l'appréciation de la jurisprudence, nationale et européenne. En 2010, ce règlement est arrivé à expiration, ce qui a permis à la Commission européenne d'adopter un nouveau règlement le 20 avril 2010¹⁰⁹. Ce règlement met en exergue les principes fondamentaux de la distribution. Ainsi, les entreprises sont libres d'opter pour le mode de distribution qu'ils leur convient, sous réserve que leurs accords n'incluent pas de restriction en matière de fixation des prix ou d'autres restrictions caractérisées. Ce règlement ajoute la condition du pourcentage de part de marché détenu par le distributeur ou le producteur, de sorte qu'il impose une disposition inférieure ou égale à 30%. Ce fut, aussi, le moyen pour la Commission d'intégrer l'évolution d'internet. En effet, parmi les restrictions de concurrence caractérisées interdites dans les accords fournisseurs/distributeurs, se trouve le fait pour les fournisseurs d'imposer des quantités de produits prédéterminées en ligne, ou encore, des prix de vente plus élevés pour la vente en ligne par rapport à la vente traditionnelle physique. Par ce biais, la Commission cherche à assurer le respect de la concurrence au sein même des réseaux entre distribution physique et en ligne. A ce règlement s'ajoute des lignes directrices¹¹⁰

¹⁰⁷ Gola R., *Droit du e-commerce et du Marketing digital*, op.cit., p.98

¹⁰⁸ Règl. (CE) 2790/1999, 22 déc. 1999

¹⁰⁹ Règl. (UE) 330/2010, 20 avr. 2010, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010

¹¹⁰ Comm. CE, comm. N°2000/C 291/01, « Lignes directrices sur les restrictions verticales » : JOUE n°C 130/2, 19 mai 2010.

qui permettent de clarifier diverses notions, dont les ventes dites « actives » et « passives », ainsi que, une définition des accords de distribution sélective et exclusive¹¹¹.

54. **Typologie des accords de distribution.** Les lignes directrices distinguent ainsi deux types d'accords de distribution dans ses paragraphes 151 et 174 : les accords de distributions exclusives et sélectives. Dans le cadre du premier, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur dans le but de leur revente sur un territoire donné et déterminé. Ce qui limite souvent, dans un même temps, le distributeur dans ses ventes actives vers d'autres territoires, dit exclusifs¹¹². S'agissant du second type, « *à l'instar des accords de distribution exclusive, les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire, mais sur toutes les ventes à des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque* »¹¹³.

55. **Plan.** Bien que la distribution exclusive soit aussi sujette aux problématiques qu'apportent les plateformes en ligne sur la distribution, le choix a été fait de traiter dans cette partie, seulement la distribution sélective, qui est révélatrice des grandes préoccupations quant à l'avenir de l'encadrement de la distribution traditionnelle sous l'impact de l'évolution et de la domination des plateformes en ligne.

¹¹¹ Gola R., *Droit du e-commerce et du Marketing digital*, op.cit., p.98

¹¹² §151 des lignes directrices sur les restrictions verticales, in Comm. CE, comm. N°2000/C 291/01: JOUE n°C 130/2, 19 mai 2010.

¹¹³ Ibid. §174.

Section 2. Évolution de la distribution sélective au regard de l'émergence de la distribution en ligne

56. **Contexte problématique.** La distribution sélective est fondée sur la concurrence par la qualité¹¹⁴ et permet à la fois de sélectionner les distributeurs et d'être certain que tous les revendeurs des produits ou services ont été préalablement agréés. Il s'agit donc d'une restriction, sévère, qui doit être justifiée en matière de droit de la concurrence. A cet égard, la distribution en ligne a soulevé de nombreuses questions : le fabricant ou fournisseur peut – il interdire à ses distributeurs la revente en ligne de ses produits ? S'agissant des distributeurs agréés, quelles sont les modalités de commercialisation en ligne qui leur seront accessibles ? La place des plateformes en ligne, et plus précisément des marketplaces ont aussi posé beaucoup de problème. C'est d'ailleurs, sur cette dernière question que nous nous attarderons en détails dans cette partie, de sorte qu'il ne sera étudié que brièvement les conditions de revente sur internet¹¹⁵.

I. L'encadrement juridique de la distribution sélective

57. **Cadre juridique de la distribution sélective.** La distribution sélective permet une sélection unilatérale des acheteurs et de contrôler la façon dont les acheteurs revendent tout en permettant de restreindre cette capacité à revendre à certains revendeurs. Dans le cadre de ce type de distribution, cette interdiction de revendre peut-être imposée contractuellement et peut même se voir protéger par la loi, y compris vis-à-vis des tiers, au sens de l'article L. 442 – 1 du Code de commerce¹¹⁶. En effet, l'encadrement de la distribution sélective a reposé sur trois arrêts fondateurs de la CJCE : l'Arrêt Metro en 1977, l'arrêt L'Oréal en 1980 et enfin l'arrêt AEG – Telefunken en 1983. Le 25 octobre 1977¹¹⁷, la CJCE, dans son arrêt relatif à des « bien

¹¹⁴ A l'aune de la jurisprudence européenne, la concurrence par la qualité a toujours été reconnue comme étant une forme importante de concurrence de sorte qu'elle ne doit pas être sacrifiée totalement à la concurrence par les prix. V. en ce sens, CJUE, 25 oct. 1977, n°, 26/76, Metro 1, pt. 20, 21 ; CJCE, 22 oct. 1986, n°75184, Metro 2, pts. 11 et 45.

¹¹⁵ Sur ce sujet, lire : Biancone K., « *Distribution sélective : l'Autorité de la concurrence publie une étude présentant son approche sur les problématiques concurrentielles du commerce en ligne* », RDLC, Concu. n°4-2020, 29 mai 2020 - Bosco D., Behar-touchais M., Penard T., « *La distribution en ligne (l'application du droit de la concurrence au secteur numérique)* », RDLC, Concu., n°2-2017, Nanterre, 17 Nov. 2016 - Combe E., Doury N.-J., Zivy F., Rosati F., « *La distribution sur internet à l'épreuve des règles de concurrence* », RDLC, Concu., n°, Paris, 5 Juin 2013 - Malaurie – vignal M., « *Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21, 1310, Mai 2016, Lexis Nexis.

¹¹⁶ L'article L. 442-I, 1° dispose, depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 qui simplifie et clarifie les pratiques restrictives de concurrence, que « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services [...] d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.*

». (Ancien article L. 442 – 6, 6° du même code)

¹¹⁷ CJCE, 25 oct. 1977, n°, 26/76, Metro 1,

de haute qualité et technicité », a établi que les systèmes de distribution sélective constituent « un élément de concurrence » sous réserve que le choix des revendeurs s'opère en considération des critères qualitatifs objectifs, et que ces conditions soient fixées de manière uniforme et appliquées sans discrimination, de sorte qu'il en ressort qu'un système de distribution vérifiant ces critères ne constituent pas une restriction à la concurrence effective et n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 101 § 1 du TFUE relatif aux interdictions des ententes anticoncurrentielles. Le 11 décembre 1980¹¹⁸, la CJCE a évoqué les propriétés des produits en cause pour permettre de justifier un système de distribution sélective et déterminer le caractère proportionné des critères, de sorte que ce critère s'ajointera à ceux de l'arrêt Metro pour constituer, ensemble, ce qui est nommé depuis lors les « conditions Métro »¹¹⁹. Enfin, dans son arrêt en date du 25 octobre 1983¹²⁰, la CJCE, considère qu'est une exigence légitime : le maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, de sorte qu'ici encore, la Cour estime que le système de distribution sélective est de nature à améliorer la concurrence. A partir des années 2000, une nouvelle approche se développe avec l'exemption par catégorie¹²¹, au sens de l'article 101 §1 et 3 du TFUE¹²².

II. Distribution sélective à l'épreuve de la plateformes d'internet

58. **Certitudes sur la distribution en ligne.** Ainsi, le principe qui prévaut est celui de la liberté de distribuer, pour le distributeur, ses produits ou services en ligne. En effet, la question, fort importante, concernant la vente sur internet est désormais résolue, par la jurisprudence et dans les lignes directrices et les différents règlements de restrictions verticales successifs. S'il est interdit d'interdire à un distributeur de vendre par internet¹²³, il est possible d'imposer à ce distributeur des critères qualitatifs pour son site en ligne¹²⁴ et l'accès au réseau de distribution peut être refusé aux distributeurs ne disposant pas de magasin physique¹²⁵, les *pure players*, auxquels il peut d'ailleurs être exigé de surcroît de réaliser des chiffres d'affaires minimaux afin d'éviter l'entrée de « faux nez »¹²⁶ au sein du réseau¹²⁷.

¹¹⁸ CJCE, 11 déc. 1980, n°31/80, L'Oréal

¹¹⁹ Cf. infra – selon la CJUE, une clause contractuelle n'est pas contraire à l'article 101 § 1 TFUE, pour autant qu'elle vise à préserver l'image des produits et qu'elle soit « fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle soit proportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (conditions Metro)

¹²⁰ CJCE, 25 oct. 1983, n°107/82, AEG – Telefunken

¹²¹ Règl. (CE) 2790/1999, 22 déc. 1999 puis Règl. (UE) 330/2010, 20 avr. 2010, préc.cit.

¹²² Cf. supra

¹²³ En ce sens, CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre fabre Dermo – Cosmétique c. Président de l'Autorité de la concurrence, Europe, 2011, 471, obs. Idot, Concurrence 2012/1. Obs. Vogel - Comm. CE, comm. N°2000/C 291/01, « Lignes directrices sur les restrictions verticales » : JOUE n°C 130/2, 19 mai 2010, pts. 52 et 26. – en Effet, l'arrêt de la CJUE, 3^e ch., 13 oct. 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, : confirme le principe de l'interdiction d'interdire la vente en ligne aux membres d'un réseau de distribution sélective.

¹²⁴ Comm. CE, comm. N°2000/C 291/01, Lignes directrices, pt 54.

¹²⁵ Ibid., pt 52, c).

¹²⁶ Terme utilisé par Vogel L., in *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, Études en l'honneur du Professeur HUET J., LGDJ

¹²⁷ Vogel L. et J., *Droit de la distribution sélective*, 2^e éd., 2020, Bruylant, Juristrateg.

59. **Cependant, depuis quelques années, la construction juridique de la Commission européenne, destinée à équilibrer grandes marques et *pure players*, se fissure¹²⁸.** Auparavant, la jurisprudence était plus favorable aux réseaux de distribution sélective, aujourd'hui, elle se montre plus réticente et plus sévère lorsqu'il s'agit d'admettre leur licéité et autoriser la lutte contre les revendeurs hors réseau. D'ailleurs, les restrictions aux ventes sur les plateformes en ligne, et plus précisément sur les marketplaces, figurent principalement dans les contrats de distribution sélective. Internet se plateforme indéniablement, ce qui, à juste titre, inquiète les têtes de réseau et fournisseurs qui recourent à ce type de distribution. En effet, les premières problématiques qui en ressortent, sont entre autres, la remise en question du prestige et de l'image de leurs produits, le positionnement de la marque¹²⁹, le développement de la contrefaçon¹³⁰. Ceux-ci ont la crainte légitime de penser que la distribution par le biais des plateformes en ligne, ne se focalise sur la concurrence par les mérites au détriment des services de prévente et d'après-vente¹³¹, ainsi que des produits les plus innovants¹³², si bien que cela n'accorde un avantage qu'aux « *free riders* » au sein même du réseau, en d'autres termes, les distributeurs qui sont agréés et qui assurent peu ou pas du tout de services en tirant un maximum des profits de la distribution par les magasins physiques¹³³ (préventes, ventes, après-ventes) et augmentant par ricochet la puissance d'achat des dites plateformes¹³⁴. A l'inverse, le positionnement des plateformes sur ces questions est tout autre. En effet, ces dernières estiment que cette restriction des fournisseurs est une volonté de limiter le nombre de revendeurs en ligne et de restreindre la transparence du marché et la concurrence par les prix¹³⁵. Elles revendiquent la lutte contre la revente hors réseau et la contrefaçon, tout en accordant la possibilité d'investir dans la qualité, l'image et les services¹³⁶.

III. Autorisation d'interdiction de la distribution sur les plateformes en ligne

A. Vers une mort programmée de la distribution sélective à l'aune des plateformes en ligne ?

60. **Vers une mort programmée de la distribution sélective ?** Les fondements mêmes de la distribution sélective qualitative ou quantitative qui est pour rappel, la possibilité pour un fournisseur de contrôler le dimensionnement de son réseau, d'interdire la revente hors réseau

¹²⁸ Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit, p.2, §1

¹²⁹ Déjà en 2016 dans le rapport de la Commission montrait cette construction juridique et mettait en exergue ces questions, qui actuellement perdurent - Comm. Euro., *Rapp. Préliminaire sur l'enquête sectorielle concernant le commerce électronique*, 2016, §B. 1. 3. Et §444 à 446.

¹³⁰ Ibid., §447 à 448.

¹³¹ Ibid., § 449

¹³² Ibid., § 450

¹³³ Ibid., § 451

¹³⁴ Ibid., § 452, 453

¹³⁵ Ibid., § 454 et 455

¹³⁶ Ibid., § 456 à 458

et de mettre en œuvre une politique qualitative objective de services de prévente, de vente et d'après – vente, sont clairement remises en cause par les plateformes en ligne.¹³⁷ Il est légitime de se poser la question de savoir si, finalement, la plateformesisation d'internet ainsi que l'évolution récente de la jurisprudence, tant nationale qu'européenne, favorisent une mort programmée de la distribution sélective.

61. **Autorisation d'interdiction de distribuer sur les plateformes en ligne.** D'un point de vue chronologique, les autorités de régulation ont d'abord d'office, validé l'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de passer par une plateforme en ligne. En effet, dans un arrêt en date de 2007, l'Autorité de concurrence française a estimé que « *s'agissant de la problématique des plateformes (...), ce canal de distribution pose encore des problèmes sérieux (dont le non – respect de l'obligation d'identification du vendeur, présence de faux vendeurs professionnels non agréés par les fabricants, existence de circuits de commerce parallèles, voire de contrefaçon qui portent atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image des produits en cause)* »¹³⁸. A partir de 2010, les lignes directrices verticales¹³⁹ entrent en jeu. De nombreux fournisseurs ont interdit le recours aux plateformes en ligne en insérant dans leurs conditions générales de vente ou de distribution ces lignes directrices qui leurs permettent une exigence relative au respect des normes et conditions contractuelles convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par ces distributeurs et donc de leur interdire le recours de ces plateformes pour distribuer leurs produits contractuels. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas à ce site car il porte le nom ou le logo de la plateforme¹⁴⁰. Bien que ce point ne soit pas d'une très grande clarté, il était assez classique de pouvoir voir, dans les contrats de distribution sélective, cette exigence que les clients ne puissent accéder au site du distributeur par le biais d'un site qui porte le nom ou le logo de la marketplace. D'ailleurs, après l'arrêt Pierre – Fabre, cette question est devenue sensible, de sorte que certaines juridictions et autorités de concurrence avaient jeté le doute sur la licéité d'une telle clause et considéraient parfois même que ces lignes directrices de 2010 étaient obsolètes¹⁴¹. En effet, il y avait lieu de considérer que l'interdiction de vendre sur les plateformes pour des distributeurs sélectifs était une restriction caractérisée, à savoir une restriction illicite des ventes passives, sur le fondement de l'article 4, c) du règlement d'exemption n°330/2010.

1. *L'affaire Coty : image de luxe et autorisation de l'interdiction du recours aux plateformes pour les distributeurs*

¹³⁷ v. Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit., §5

¹³⁸ ADLC, 8 mars 2007, n°07 – D – 07, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, p. 26 et 27, §103 à 105

¹³⁹ Comm. euro., *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc.cit., 2010

¹⁴⁰ Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit., §6

¹⁴¹ Gola R., *Droit du e-commerce et du Marketing digital*, op.cit., p.98

62. **Affaire Coty.** Cette incertitude juridique a plané jusqu'à l'intervention de la CJUE dans l'affaire Coty Germany du 6 décembre 2017¹⁴² qui a été saisie d'une question préjudicielle par la Haute Cour régionale de Francfort. En l'espèce, la société Coty qui était le fournisseur de produits de luxe, avait prévu dans ses contrats de distribution sélective, l'interdiction pour ses distributeurs agréés d'avoir recours aux plateformes en ligne de façon visible pour les ventes des produits contractuels. La CJUE a ainsi estimé qu'une telle clause contractuelle n'était pas contraire à l'article 101 § 1 TFUE, pour autant qu'elle vise à préserver l'image des produits et qu'elle soit « *fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle soit proportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (conditions Metro)¹⁴³. Ainsi, la CJUE considère que la restriction en cause n'est pas constitutive d'une restriction des ventes passives des distributeurs agréées aux utilisateurs finaux ni une restriction de la clientèle des distributeurs¹⁴⁴. La CJUE redit avec force que : l'image de luxe des produits est un critère légitime pour mettre en place une distribution sélective, pour autant que les conditions Metro soient rapportées et que l'interdiction de revente sur les marketplaces visibles ne constitue pas une infraction à l'article 101 § 1 TFUE¹⁴⁵.

63. **Raisonnement : Quid des produits non luxueux ?** L'arrêt Coty traite de la distribution sélective de produits de luxe et la Cour n'a été saisie que de questions concernant ce secteur, or elle effectue un raisonnement sur ses deux premières questions relatives à la licéité de la distribution sélective et à celle de l'interdiction de revendre sur des marketplaces visibles, en s'appuyant très largement sur l'arrêt Metro qui ne concernait pourtant pas ce type de produits de luxe. Dès lors, le raisonnement de la Cour semble pouvoir s'étendre à tous les produits entrant dans le champ d'application des conditions Métro. S'agissant des dernières questions portant sur la qualification ou non de la restriction caractérisée de l'interdiction de revente sur les marketplaces visibles, la Cour procède par un raisonnement qui s'appuie exclusivement sur le règlement d'exemption et ne fait nullement référence aux caractéristiques du produit en

¹⁴² CJUE, 1^{re} ch., 6 déc. 2017, *Coty Germany GmbH /Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16

¹⁴³ Cet arrêt Coty Germany a été suivi par plusieurs arrêts dont un arrêt de la Cour d'appel de Paris, *Coty France c/ Showroomprivé.com* du 28 février 2018, ainsi que par deux arrêts du 16 mai 2018 (*Brandalley*, France Télévision) de la Cour de cassation, qui s'inscrivent exactement dans la même ligne.

¹⁴⁴ En ce sens, Kouchnir – Cargill N., *Distribution sélective et marketplace : la solution attendue de la CJUE*, www.grall-legal.fr, 2017 – De Matos A.-M., *Distribution sélective de produits de luxe : l'interdiction de commercialisation via les plateformes en ligne est licite*, *Journal des sociétés*, n°161 mars 2018, p.37 - Combe E., Camous – Leonard E., *La distribution sélective après l'arrêt COTY : éclaircissements et zones d'ombre*, RDLC, Concu. n° 4 – 2018, nov. 2018

¹⁴⁵ Dans cette affaire, les conclusions de l'Avocat Général contiennent d'ailleurs des messages particulièrement forts, dont : « les systèmes de distribution sélective favorisent et protègent le développement de l'image » et « le fournisseur tête de réseau est conduit à autoréguler son comportement dans un sens conforme aux règles de concurrence ». – Lire en ce sens, aussi : Ranzano A., « *Renvoi préjudiciel : l'avocat général WAHL invite la cour de justice de l'union européenne à dire pour droit que la clause par laquelle un fournisseur de produits de luxe interdit à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur des plateformes en ligne ne tombe pas, sous réserve des conditions posées par la jurisprudence, sous le coup de l'interdiction des ententes (coty germany/parfümerie akzente)* », RDLC, Concu. n°4-2017, 26 Juil. 2017

question. De sorte que, là aussi, un tel raisonnement permet de s'étendre à tous les produits entrant dans le champ dudit règlement et non pas qu'au secteur du luxe¹⁴⁶.

D'ailleurs, sur certains points, la Cour fait référence à la préservation de l'image de luxe des produits pour justifier que l'interdiction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire. Pourtant, la Cour fait un certain nombre de constatations qui semblent avoir vocation à s'appliquer à tout autres produits soumis à la distribution sélective, dont : le rattachement des produits exclusivement aux distributeurs agréés, le contrôle que les produits seront vendus dans les conditions qualitatives requises et que s'agissant des plateformes, il n'y a manifestement pas de lien contractuel avec le fournisseur, ce qui rend plus difficilement efficace le contrôle des conditions qualitatives de commercialisation. Ce qui permet potentiellement d'en déduire que cette décision émise par la CJUE a vocation à s'appliquer quelle que soit la nature des produits en cause. En ce sens, la décision dans l'affaire Stihl de l'Autorité de concurrence émet un bref rappel¹⁴⁷.

2. L'affaire Stihl : produits « dangereux » et autorisation d'interdiction au recours des plateformes

64. **Affaire Stihl.** En effet, en date du 24 octobre 2018, l'Autorité de la concurrence française va pour la première fois après l'arrêt Coty Germany se prononcer sur la question. Elle avait en l'espèce, sanctionné la société Stihl pour avoir interdit la vente sur les sites internet de ses distributeurs de certains produits tels que des tronçonneuses, débroussailleuses ou encore des sécateurs à batterie¹⁴⁸. En revanche, elle a validé le principe du recours à la distribution sélective pour ce type de produits et l'interdiction de les vendre sur des plateformes en ligne. Ainsi, l'Autorité ne remet pas en cause le recours à la distribution sélective pour des produits dangereux et considère que la mise en place de service d'assistance et de conseil dans le but d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage est légitimement justifié. En revanche, elle estime que l'exigence portant sur le retrait en magasin du produit par l'acheteur ou une livraison par le revendeur au domicile de celui-ci est une entente illicite, contraire aux articles L. 420 – 1 du Code de commerce et 101 § 1 du TFUE¹⁴⁹. L'interdiction faite aux distributeurs par Stihl de revendre sur internet n'est, selon l'Autorité pas exigée par la réglementation relative à la commercialisation de ce type de produits, ni d'ailleurs appliquée par ses concurrents ou par nombre de grandes surfaces de bricolages, de sorte que cette restriction va

¹⁴⁶ La Commission européenne dans un *Competition Policy Brief* en avril 2018, avait pleinement partagé cette compréhension de l'arrêt Coty - Séminaire Philippe Nasse, *Distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe*, art.cit., p.4

¹⁴⁷ Gola R., *Droit du e-commerce et du Marketing digital*, op.cit., p.98

¹⁴⁸ ADLC, déc. n° 18-D-23 du 24 oct. 2018 relative au secteur de la distribution de matériel de motoculture

¹⁴⁹ Une amende de 7 000 000 € a été infligé à la société Stihl, qui a été par ailleurs enjoint de modifier ses contrats de distribution sélective dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision de l'ADLC

au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les consommateurs de tout risque et que par ailleurs, cela entrave le bon fonctionnement de la concurrence¹⁵⁰.

3. Les affaires Adidas et Asics : produits de marque et interdiction d'interdire le recours des plateformes

65. **Changement de bords avec les affaires Adidas et Asics.** Par la suite, la tendance a changé, la pratique décisionnelle a nettement condamné l'interdiction au recours aux marketplaces¹⁵¹. Deux affaires importantes ont marqué ce revirement : l'affaire Adidas et Asics. En effet, dans l'affaire Adidas de 2013¹⁵², l'office fédérale des cartels allemande a contesté la clause au contrat de distribution de la marque interdisant les ventes sur les plateformes en ligne au motif que la vente sur ces plateformes facilite l'accès des distributeurs à la clientèle de la marque et que de ce fait, ladite clause restreignait la concurrence intra-marque, mais aussi inter-marque, de sorte que, le marché des articles de sport est concentré et que ce type de restriction est susceptible d'impacter les autres marques du même type. Dans l'affaire Asics¹⁵³, l'Office des cartels a confirmé son analyse. En l'espèce, les contrats contenaient aussi une clause d'interdiction de distribution de la marque sur les plateformes en ligne, et pour légitimer cette clause, Asics avait plaidé sa volonté de garder une certaine qualité des services auprès des acheteurs et la protection de l'image du produit. A l'aune de l'arrêt Pierre Fabre¹⁵⁴, l'Office a considéré que ces restrictions ne légitimaient pas une telle violation de l'article 101 § 1 du TFUE et qu'une interdiction totale de distribuer sur les plateformes en ligne était manifestement disproportionnée. Asics a ainsi modifié ses conditions contractuelles et la procédure a été clôturée en conséquence le 27 août 2015¹⁵⁵. En 2012, l'Autorité de la concurrence française - qui était elle - même initialement favorable envers cette interdiction - a, dans un avis relatif au fonctionnement concurrentiel du e-commerce, rappelé que les marketplaces peuvent satisfaire aux critères qualitatifs de la distribution sélective, notamment par la création de boutique virtuelles réservées aux vendeurs agréés¹⁵⁶. D'ailleurs en 2014,

¹⁵⁰ Lire en ce sens : Martin A-S., « Plateformes tierces : l'Autorité de la concurrence sanctionne l'interdiction de revente en ligne par les distributeurs sur leurs propres sites internet mais valide celle portant sur la revente via des plateformes tierces (Distribution de matériel de motoculture) », RDLC, Concu. n°1-2019, 24 déc. 2018 - « Distribution sélective : la cour d'appel de paris fait droit à la demande de sursis à exécution de la décision de l'autorité de la concurrence ayant sanctionné l'interdiction de revente en ligne par les distributeurs sur leurs propres sites internet de produits à caractère dangereux (stihl) » RDLC, Concu. n°2-2019, 23 janv. 2019 - « La Cour d'appel de Paris rappelle qu'une restriction des ventes en ligne peut être appropriée sans pour autant être nécessaire (STIHL) », RDLC, Concu.n°1-2020, 17 oct. 2019 - Chone - Grimaldi A- S, « L'autorité de la concurrence applique les jurisprudences pierre fabre et coty pour apprécier la validité des critères sélectifs choisis par la tête de réseau, s'agissant de la possibilité, pour ses distributeurs, de recourir à la distribution en ligne (distribution de matériel de motoculture) », RDLC, Concu. n° 1-2019, 24 oct. 2018

¹⁵¹ Vogel L., Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet, art.cit, §7

¹⁵² ADLC, (BKA), 19 août 2014, n°B3 - 137/12, Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online - Marktplätze auf.

¹⁵³ ADLC, (BKA), 27 août 2015, Unlawful restriction of online sales of Asics running shoes

¹⁵⁴ CJUE, 3^e ch., 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, aff. C-439/09

¹⁵⁵ En ce sens, Vogel L., Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet, art.cit, §7

¹⁵⁶ ADLC, avis n°12-D-20 du 18 sept. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique

l’Autorité de concurrence, dans une autre affaire relative à une clause d’interdiction de revente sur les places de marché de Samsung¹⁵⁷, a ordonné une poursuite de l’instruction et mise en lumière les effets pro-concurrentiels de ces plateformes qui permettent, selon elle, une réduction des barrières à l’entrée du commerce en ligne et une extension de l’offre proposée. En considération de l’ensemble de ces éléments, Adidas s’est notamment engagé à modifier ses contrats de distribution pour la France dans le but d’autoriser ses distributeurs à revendre les produits de sa marque aussi bien sur les sites internet que sur les marketplaces¹⁵⁸.

4. L’affaire Caudalie : une régulation pro - réseaux

66. **Une régulation pro-réseaux à l’aune de l’affaire Caudalie.** En 2016, la cour d’appel de Paris¹⁵⁹, dans cette lignée, s’est prononcée dans l’affaire Caudalie au sujet des plateformes en ligne et de la distribution sélective de produits de beauté. En l’espèce Caudalie, une célèbre marque française, a vu ses produits de beauté mis en vente sur une marketplace leader dans la vente en ligne de produits pharmaceutiques. Or Caudalie dispose d’un réseau de distribution sélective interdisant à ses distributeurs agréés de revendre ses produits sur une plateforme en ligne. Caudalie assigne en référé la société eNova propriétaire, gestionnaire et éditrice de la plateforme en ligne, afin de voir interdire la revente de ses produits sur celle-ci¹⁶⁰.

La cour d’appel de Paris a estimé dans son arrêt en date du 2 février 2016 qu’il « existait un faisceau d’indices sérieux et concordants tendant à établir avec l’évidence requise que l’interdiction de principe du recours pour les distributeurs des produits Caudalie, pour l’essentiel pharmaciens d’officine, à une plateforme en ligne quelles qu’en soient les caractéristiques, est susceptible de constituer, sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l’exemption communautaire individuelle visée à l’article L. 442 – 6, I, 6° (...) ». Dans son raisonnement, la cour d’appel fait référence aux deux décisions rendues par l’Autorité de la concurrence en date du 23 juillet 2014¹⁶¹ et 24 juin 2015¹⁶² s’agissant du réseau de distribution de Samsung, qui en l’espèce, interdisait la vente via les plateformes en ligne. Il est notamment reproché à Caudalie de ne pas être parvenue à démontrer que cette interdiction de vente sur les plateformes en ligne ne serait pas constitutive d’une restriction de concurrence, et donc, qu’elle n’apportait pas la preuve d’éléments objectifs

¹⁵⁷ ADLC, 23 juill. 2014, n°14-D-07, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, plus particulièrement des TV, Contrats, Conc. Consom. 2014, 241, obs. Malaurie – Vignal.

¹⁵⁸ ADLC, 10 nov. 2015, Contrats, conc. Consomm. 2016, alerte 2.

¹⁵⁹ CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 2 févr. 2016, n° 15/01542, SAS eNova Santé c/ SAS Caudalie

¹⁶⁰ Lire en ce sens : Ronzano A., « Distribution sélective : la Cour de cassation censure la Cour de Paris dans le litige opposant un fabricant de cosmétiques à une plateforme en ligne (Caudalie/1001 Pharmacies) », RDLC, Concu. n°4-2017, 13 Sept. 2017 – Buy F., Roda J-C., Réseau de distribution sélective 1 – Plateformes en ligne 0 - Cour de cassation, Com. 13 Sept. 2017, AJ Contrat, p. 489, 2017, Dalloz et Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !, AJ Contrat, p. 34, 2018, Dalloz.

¹⁶¹ ADLC, 23 juill. 2014, n°14-D-07, préc.cit.

¹⁶² ADLC, déc. n° 15-D-11 du 24 juin 2015 relative au secteur de la distribution des produits bruns, dont les téléviseurs

permettant de justifier ces restrictions qu'elle impose à ses distributeurs agréés. La Cour a ainsi levé l'interdiction de vente prononcée en première instance contre la plateforme eNova.

67. **Fondement inadéquat de Caudalie ?** Ce qui est étonnant dans cette affaire, c'est que Caudalie pour se défendre, s'est concentrée sur la violation de son réseau de distribution sélective en ligne et n'a pas jugé bon d'axer son argumentation sur le terrain du droit de la concurrence. Elle s'est fondait également sur l'interdiction faite aux membres de son réseau d'avoir recours aux plateformes en ligne, et s'appuyait par ailleurs, sur une décision qu'elle avait préalablement obtenue devant le Conseil de la Concurrence qui avait admis cette interdiction en 2007¹⁶³.

En d'autres termes, elle s'est fondée sur le trouble manifestement illicite résultant des dites ventes, en violation de l'interdiction de revente hors réseau faite à ses distributeurs au sens de l'article L. 442 – 6, I, 6° du Code de commerce. Or, cet article érige en délit civil le fait de « *participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* » et possédait jusqu'alors une portée assez réduite, de sorte que par son biais, les distributeurs parallèles qui s'approvisionnaient irrégulièrement auprès des membres du réseau pouvaient être sanctionnés sur son fondement¹⁶⁴. Un nouveau relief se dessine ici, puisque Caudalie évoque cet article pour sanctionner le comportement d'un tiers « facilitateur », c'est-à-dire la plateforme, qui aurait aidé le distributeur à revendre selon des modalités non souhaitées par le fournisseur et non pas sanctionner une tierce complicité d'un *free rider*. La question qui se pose est donc de savoir si, le fondement de Caudalie est adéquat eu égard aux faits d'espèces. En effet, Caudalie ne se plaint pas vraiment d'une revente « hors réseau » mais bien d'une revente par un de ses distributeurs agréés sur une place de marché. A l'aune de cet article L. 442 – 6, I, 6°, c'est en fonction de la licéité concurrentielle du contrat de distribution que les têtes de réseau et fournisseurs, peuvent ou pas, se plaindre d'une désorganisation car cet article inféode le droit de la responsabilité au droit de la concurrence¹⁶⁵.

68. **La Cour de cassation en position pro – réseaux.** Pourtant, la Cour de cassation prend la position de pro-réseaux et adresse un signal positif aux têtes de réseaux sélectifs en leur donnant ainsi la possibilité de se plaindre sur le fondement de cet article ainsi que l'article 873 du Code de procédure civile en exposant le motif du trouble manifestement illicite causé par la vente sur les plateformes en ligne. En effet, la décision de la cour d'appel de Paris a été

¹⁶³ Cons. Conc., 8 mars 2007, n°07-D-07

¹⁶⁴ In, Buy F., Lamoureux M., Roda J.-C., *op. cit.*, §144

¹⁶⁵ Étude de Buy F., Roda J.-C., *Réseau de distribution sélective 1 – Plateformes en ligne 0 - Cour de cassation, Com. 13 Sept. 2017*, AJ Contrat, p. 489, 2017, Dalloz.

vivement critiquée¹⁶⁶, notamment parce qu'elle ne s'était pas prononcée sur le fond du droit. C'est ainsi que, la Cour de cassation, en date du 13 septembre 2017 a cassé cet arrêt controversé au motif qu'« *en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi les décisions auxquelles elle se référerait étaient de nature à écarter l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant de l'atteinte au réseau de distribution sélective de la société Caudalie, dont la licéité avait été admise par la décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 du Conseil de la concurrence, qui n'avait pas fait l'objet de révision, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »¹⁶⁷.

69. **Verdict de la CJUE : l'interdiction de recourir aux plateformes peut se justifier.**

La Cour de justice fini par trancher et livre son verdict. Rendu sur conclusions de l'avocat général Wahl¹⁶⁸, l'arrêt de la Cour va statuer sur trois points : la conformité d'un système de distribution sélective de produits de luxe à l'article 101 § 1 du TFUE¹⁶⁹, la licéité, au regard de l'article 101 § 1 TFUE, de la clause d'interdiction de recourir à une plateforme et enfin, de la possibilité, pour une clause litigieuse, de bénéficier d'une exemption catégorielle¹⁷⁰. Sur le point qui nous intéresse, à savoir celui des clauses d'interdiction de recourir aux plateformes en ligne, la CJUE a dû pour y répondre, faire un examen de la clause. Elle passe du général : le système de distribution, au particulier : la clause, qui est en effet le cœur de l'affaire¹⁷¹. La Cour indique que l'article 101 § 1 TFUE ne s'oppose pas à une clause d'interdiction « *dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »¹⁷². Ainsi, conformément à la jurisprudence Metro, cela revient à se poser la question de savoir si l'interdiction faite aux distributeurs agréés de revendre sur les places de marché est licite voire proportionnée au regard des objectifs d'ordre qualitatif poursuivis (la préservation de l'image de luxe entre autres). L'Avocat général estime que « *l'interdiction de recourir à des dénominations d'entreprises tierces peut se justifier par*

¹⁶⁶ Malaurie – Vignal M., *Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective*, Comm. 92, Contrats, Conc. Conso., n°4, Avril 2016, Lexis Nexis. - Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit., §8

¹⁶⁷ Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067, Caudalie c/ Enova Santé

¹⁶⁸ Concl. Av. gén. Wahl N., 26 juill. 2017, aff. C-230/16, Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH, communiqué de presse n° 89/17

¹⁶⁹ Cette question fait écho à la formulation très générale du point 46 de l'arrêt Pierre fabre de 2011 qui avait pu semer le trouble puisque la CJUE avait pu affirmer que « *l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101 § 1, TFUE* » et dans son article 39, relatif aux accords de distribution en général dire que « *de tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que "restrictions par objet"* », ainsi, « Pour M. Wahl, la préservation de l'image de luxe d'un produit cosmétique justifie la mise en place d'un réseau de distribution sélective. La tête du réseau peut interdire, dans cet objet, à ses distributeurs de vendre les produits par l'intermédiaire de places de marché, sans violer l'article 101 du TFUE. », in *Distribution sélective - Interdiction de revendre sur des places de marché : l'avocat général N. Wahl plaide pour une licéité de la clause* – obs. Bosco D., Contrats Conc. Conso. n° 10, Oct. 2017, comm. 206

¹⁷⁰ Concl. 26 juill. 2017, CCC 2017. Comm. 198, obs. M. Malaurie-Vignal ; LEDICO 2017, n° 9, p. 1, obs. Vogel L. et J., in Buy F., Roda J-C., *Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !*, AJ Contrat, p. 34, 2018, Dalloz

¹⁷¹ Buy F., Roda J-C., *Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !*, art.cit., p. 34

¹⁷² Concl. Av. gén. Wahl N., préc.cit., Pt. 58

l'objectif de préservation et de contrôle des critères de qualité, qui exige notamment la fourniture de certains services à l'occasion de la vente des produits ainsi qu'une présentation spécifique des produits vendus ». Il observe plus loin que les distributeurs agréés qui vendent sur les places de marché n'ont plus « *la maîtrise de la présentation et de l'image de ces produits* ». Cette interdiction litigieuse est en réalité une garantie « *que (l)es produits sont vendus dans un environnement répondant aux exigences qualitatives imposées par la tête du réseau de distribution, mais elle permet également de se prémunir des phénomènes de parasitage en évitant que les investissements et les efforts déployés par le fournisseur et par d'autres distributeurs agréés, en vue d'améliorer la qualité et l'image des produits concernés, profitent à d'autres entreprises* »¹⁷³.

En d'autres termes, la Cour de justice juge qu'une **telle interdiction des ventes sur les plateformes en ligne n'est pas forcément une restriction caractérisée et ne la rend pas automatiquement contraire aux règles de concurrence, dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une exemption sur le fondement du règlement d'exemption n°330/2010 précité, et ceci, même si elle fait preuve d'une « éventuelle absence de nécessité ou de proportionnalité par rapport aux objectifs de la distribution sélective ou son utilisation en l'absence de distribution sélective »**¹⁷⁴.

Comme l'a indiqué l'Autorité dans sa contribution du 6 juin 2018 à une table ronde de l'OCDE¹⁷⁵, « *c'est donc uniquement dans l'hypothèse où les conditions d'application du règlement d'exemption ne seraient pas réunies, notamment celle relative au seuil de parts de marché, que la clause en cause devrait faire l'objet d'un examen individuel, en prenant en compte sa teneur et ses objectifs ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère. En tout état de cause, cette clause pourrait faire l'objet d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE* »¹⁷⁶.

B. La menace des plateformes en ligne sur l'effet proconcurrentiel de la distribution sélective

1. La protection de la distribution sélective restant menacée

70. **La protection de la distribution sélective menacée.** Ainsi, les conclusions de l'avocat général Wahl M. semblent être, en quelque sorte, à contre-courant de la thèse en faveur de la liberté des revendeurs de distribuer sur les plateformes en ligne. L'analyse de l'avocat général

¹⁷³ Concl. Av. gén. Wahl N., 26 juill. 2017, aff. C-230/16, préc.cit. - obs. Bosco D., *Distribution sélective - Interdiction de revendre sur des places de marché : l'avocat général N. Wahl plaide pour une licéité de la clause* art.cit., comm. 206

¹⁷⁴ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., p. 92 et 93

¹⁷⁵ OCDE, *Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur l'implication du e-commerce dans la politique de la concurrence*, 2018, § 65, 68, 69. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/1920373.pdf>

¹⁷⁶ Lire en ce sens, Buy F., Roda J-C., *Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !*, art.cit, p. 34

semble bien mieux correspondre à l'esprit de la distribution sélective, qui est par nature le pouvoir accordé à la tête de réseau de refuser que ses produits puissent être vendus par un canal de vente qui ne le satisfait pas et/ou qui n'a pas reçu son agrément. La distribution sélective est la voie maîtrisée des produits singuliers, que la vente en ligne n'a pour autant pas (encore) rendu caduc.¹⁷⁷

2. *Une application aux produits hors luxe de la distribution sélective sur les plateformes en ligne*

71. **Application aux produits hors luxe.** Par ailleurs, comme le démontrent les récents arrêts « Caudalie » de la cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation ainsi que la décision « Sthil » précitée de l'Autorité de la concurrence, on peut raisonnablement estimer que, le même raisonnement peut s'appliquer à d'autres catégories de produits, et non pas seulement aux produits de luxe, dès lors que l'interdiction du référencement sur les plateformes en ligne n'équivaut pas à une interdiction de vente sur Internet et qu'elle est nécessaire pour préserver l'une des caractéristiques importantes des produits considérés¹⁷⁸.

3. *Une analyse potentiellement évolutive à l'aune de l'évolution du numérique*

72. **Une analyse en considération de l'état du marché actuel, potentiellement évolutif.** La Cour s'est appuyée sur une analyse de l'état du marché dans son raisonnement, ce qui laissait croire, par le renvoi quasi – permanent aux conditions Metro, à un potentiel équilibre stable pour encore quelques années au moins¹⁷⁹. Cependant, il est indéniable, à l'aune de l'évolution permanente et rapide du marché numérique, qu'il ne peut être exclu d'office une évolution en la matière, de sorte que, l'interdiction de revente sur les plateformes en ligne puisse changer de manière notable, et finir, peut-être, par être considérée comme contraire au bon fonctionnement de la concurrence. Pour l'instant la distribution sélective n'est pas encore morte, mais elle reste sensiblement sujette aux menaces de l'évolution de la distribution sur internet.

4. *L'impact d'une définition lacunaire des plateformes en ligne pour la distribution sélective*

73. **La risque de la maîtrise des réseaux.** Il n'en reste pas moins qu'en pratique, il y a un réel risque de perte par les fournisseurs de la maîtrise de leur réseau en ligne, de sorte que, la

¹⁷⁷ En ce sens, Bosco D., *Distribution sélective - Interdiction de revendre sur des places de marché : l'avocat général N. Wahl plaide pour une licéité de la clause*, art.cit., dernier paragraphe - Malaurie – Vignal M., *Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective*, art.cit. - Buy F., Roda J-C., *Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !*, art.cit, p. 34

¹⁷⁸ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 92.

¹⁷⁹ Séminaire Philippe Nasse, *Distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe*, 24 mai 2018

disparition des fondements d'une distribution qui se veut sélective, d'un point de vue qualitatif ou quantitatif, est dangereux pour les consommateurs et professionnels. En effet, en pratique les plateformes peuvent s'analyser, dans la grande majorité des cas soit comme des distributeurs qui se livrent à une activité d'achat – revente, soit comme des agents des distributeurs leur rendant des services de commercialisation.

74. **Problème de la définition.** Encore une fois la problématique de la détermination de ce qu'est une plateforme en ligne juridiquement pose problème. Dans l'hypothèse où les plateformes en ligne sont considérées comme des agents qui rendent service aux distributeurs, le droit de la concurrence, eu égard à l'importance des investissements qu'elles peuvent réaliser pour entretenir la relation commerciale avec les fournisseurs, ne leur admet pas la qualité de mandataire en général. A titre d'exemple, dans l'affaire Caudalie susmentionnée, l'arrêt fait ressortir que la plateforme en ligne agissait comme un mandataire des distributeurs, *a contrario*, dans une affaire parallèle, la Cour avait estimé que la plateforme en cause n'était pas un mandataire mais un vrai acheteur-revendeur (de médicaments en l'espèce)¹⁸⁰. La réalité de la pratique montre que dans la plupart des cas, les plateformes en ligne n'opèrent pas comme des auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant et prennent en charge un important risque commercial à partir du moment où elles travaillent avec un très grand nombre d'opérateurs.

75. **Qualification de mandataire ou acheteur/vendeur.** S'agissant de la distribution sélective, peu important la qualification concurrentielle retenue, véritable mandataire des distributeurs ou acheteur – revendeur, l'interdiction de vente des distributeurs agréés semble justifiée au regard des règles de concurrence. En effet, si la plateforme agit comme un simple revendeur, alors elle intervient en tant que revendeur « hors réseau » et donc, les règles de la distribution sélective s'appliquent automatiquement et permettent l'autorisation de l'interdiction de revendre aux non-membre du réseau. Alors que, si la plateforme agit comme un mandataire qui serait un agent des distributeurs au sens du droit de la concurrence, le fournisseur, pour éviter la distribution sur les plateformes tierces, pourrait interdire aux membres de son réseau de confier la distribution des produits à des mandataires de ce type. Toutefois, comme dit, les définitions émises des plateformes en ligne reste assez floues, trop générales, pour certaines, en considération des spécificités qu'apportent les « sous – catégories » de plateformes, ou trop spécialisées et théoriques, pour d'autres, pour confronter toutes les problématiques innovantes qu'elles engendrent en pratique¹⁸¹.

76. **La légitimité du choix des fournisseurs dans l'interdiction aux plateformes.** La Commission européenne a pourtant une vision assez claire de ce qu'elle entend s'agissant de la liberté contractuelle. Elle a toujours estimé que « *d'une manière générale, une entreprise ...*

¹⁸⁰ CA Paris, pôle 1, ch. 8, 25 mars 2016, n°14/17730.

¹⁸¹ En ce sens, Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit, §12

devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux »¹⁸² et que le fournisseur peut décider seul du recours ou pas, à des mandataires pour ses distributeurs. Dans ce prolongement, l'Autorité de la concurrence considère que « la liberté d'organisation de son réseau par un fournisseur constitue un principe de base »¹⁸³. En effet, si un fournisseur qui se situe en dessous des 30% de part de marché, décide de recourir à la distribution sélective, il détermine le nombre de ses distributeurs. Il paraît donc légitime de lui accorder d'interdire à ces derniers de multiplier les points de vente au-delà du nombre qu'il avait prédéterminé et ceci par l'intermédiaire de mandataire qui plus est, sinon le principe même d'une distribution qui se veut sélective dans la quantité et la qualité ne fait plus sens. C'est une forme de protection légitime des réseaux de distribution sélectives contre les revendeurs hors réseaux et du droit légitime des fournisseurs de dimensionner, en dessous des 30% de part de marché, leur réseau comme ils le souhaitent¹⁸⁴.

5. La distribution sélective permet un effet proconcurrentiel

77. **La distribution sélective permet un effet proconcurrentiel.** D'autant que, cette distribution sélective permet un effet proconcurrentiel avéré et pousse à la distribution de produits de qualité et un service – notamment d'après-vente – plus soigné, ce qui est favorable pour les consommateurs. La Commission dans son rapport préliminaire¹⁸⁵ avait notamment mis en lumière, la différence de traitement sur les plateformes et les risques important liés à l'absence d'encadrement des ventes des membres des réseaux sélectifs sur ces dernières en termes de qualité des services. En effet, les plateformes laissent peu de marge de manœuvre aux détaillants. De sorte qu'alors que, la distribution sélective repose principalement sur une concurrence par la qualité, le recours aux plateformes en ligne encourage exclusivement la concurrence par les prix. Pour finir, le consommateur souhaite disposer à la fois de nombreux produits au meilleur prix mais aussi de meilleure qualité. Cela se révèle par ailleurs de plus en plus, le consommateur devient un « consom'acteur » très exigeant qui n'hésite pas à impacter le commerce en ligne et la concurrence à son échelle, notamment par le biais des avis en ligne. A l'aune de cette exigence, il ne paraît pas opportun de dénaturer la distribution sélective. Les politiques publiques et les autorités ont tout intérêt à prendre en considération cela et ne pas sacrifier à la concurrence exclusive par les prix, ni à l'ambition de la construction d'un grand marché intérieur européen, cette liberté de choix du consommateur et par ricochet, cette sécurité quant à la qualité des produits et des services qu'ils leurs sont proposées sur internet.

¹⁸² V. Comm. Euro., *orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 CE (devenu 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*.

¹⁸³ Cons. Concu., 10 nov. 2014, n°04-D-55, décisions relatives à des pratiques relevées dans le secteur des images de collection pour enfants

¹⁸⁴ En ce sens, Vogel L., *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet*, art.cit., §12

¹⁸⁵ Comm. Euro., *rapport préliminaire*, op.cit., §444 à 446

TITRE 2. LES COMPORTEMENTS DES PLATEFORMES EN LIGNE SUSCEPTIBLES DE FAUSSER LA CONCURRENCE ENTRE OPERATEURS

78. **Contexte.** Dans cette partie du mémoire nous nous concentrerons sur l'émergence d'une partie des grandes plateformes en ligne occidentales, acteurs de la distribution et de leur position dominante sur le marché du numérique. Toutefois, il est bon de retenir que, d'autres plateformes, notamment asiatiques, tentent de se faire une place sur le même marché (Alibaba, par exemple) et sont en passe de devenir des leaders mondiaux, ce qui peut inquiéter eu égard aux contraintes concrètes en matière d'accès aux marchés à l'aune des distorsions législatives et éthiques que l'on peut connaître entre le monde occidental et asiatique, la place de la vie privée et du respect de la souveraineté numérique ainsi que, les garanties démocratiques des nations européennes.

79. **Plan.** Cette partie s'interrogera sur les risques d'abus de position dominante qui peuvent être observés en la matière des plateformes en ligne. Elle mettra en évidence les risques que peuvent subir les entreprises utilisatrices : d'abus d'éviction et de concurrence entre monopole quasi – dominant (chapitre 1) et d'abus d'exploitation, au travers de prix personnalisés ainsi que par des conditions d'accès déséquilibrées aux plateformes, de risques de dépendance économique (chapitre 2). Il s'agira, in fine, de s'interroger sur la capacité des outils fournis par le droit de la concurrence à répondre à ces risques et d'évaluer dans quelle mesure une nouvelle régulation serait souhaitable, voire, possible (Partie 2).

Introduction

80. **La distribution sur les plateformes.** Les plateformes en ligne, et notamment les marketplaces, nous confrontent à un paradoxe en termes concurrentiels. La distribution en ligne constitue un secteur florissant dont les effets sur le bien-être et sur la concurrence sont a priori des plus favorables : les vendeurs peuvent accéder au marché plus facilement et les consommateurs ont plus de choix et la comparaison des prix est facilitée. Or, des abus sont possibles sur les deux versants de l'activité des plateformes d'intermédiation en ligne : le versant du consommateur, qui peut être victime d'une illusion de la gratuité, de pratiques de discriminations tarifaires, peut faire l'objet de manipulations algorithmiques, se voir proposer des choix tronqués en terme de qualité ou de diversités des produits ; et pour les vendeurs (les utilisateurs de la plateforme du côté offreurs, qu'on nommera ici les « entreprises utilisatrices ») qui à l'aune des conclusions de l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur le e-commerce¹⁸⁶ qui a conduit à une proposition de règlement en avril 2018 mettent en évidence d'autres risques. Il y a, en effet, des préoccupations en termes d'abus d'exploitation et de dépendance économique avérées, de sorte que la situation décrite par la Commission fait écho à la situation qui prévaut dans le commerce de détail où la puissance de marché des centrales d'achat de la grande distribution vis-à-vis des producteurs.¹⁸⁷

81. **Abus de position dominante.** D'abord, un abus d'exploitation envers un fournisseur donne lieu à un prix de transaction moindre (« mark down »), à l'encontre d'un client cet abus peut se traduire par une marge au-delà du prix hypothétique de concurrence parfaite (« mark up »)¹⁸⁸. Ensuite, s'agissant de la situation de dépendance, elle peut conduire à des conditions de transactions déséquilibrées. Cela peut se traduire par différentes situations désavantageuses pour l'une des parties : par l'obligation de recourir à des services ancillaires (c'est-à-dire, des ventes liées) abusivement onéreux ou même inutiles ; par différentes menaces, telles que : le déréférencement, la suspension de comptes, au travers de clauses contractuelles déséquilibrées ; mais aussi par des conditions contractuelles imposées sous forme de clauses non négociables d'un contrat d'adhésion qui seraient susceptibles de donner lieu à des mécanismes de rétro-paiements (marges arrière). La capacité à capter massivement et valoriser l'information stratégique qui fait une très grande partie de la valeur de la transaction (en l'espèce les données clients) est aussi une des conséquences manifeste du déséquilibre engendrant une dépendance économique. D'autant que, la dépendance est renforcée quand la plateforme empêche l'entreprise utilisatrice d'accéder à ces données de par sa place d'intermédiaire, en s'immisçant entre le vendeur et ses clients pour s'appropriier les données

¹⁸⁶ Commission de l'UE, rapport de la commission au Conseil et au Parlement européen : Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, SWD (2017), 154 final, 10 mai 2017, disponible sur le site internet de la Commission

¹⁸⁷ En ce sens, Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, 53RJUM, 2019, p. 77 et 78

¹⁸⁸ Ibid.

de paiement et/ou les données personnelles. Le marchand se trouve indéniablement dans une position de dépendance qui l'empêche d'abandonner la plateforme car il en perdrait le bénéfice des données collectées antérieurement, ceci parce qu'il ne peut y accéder librement ou les transférer sur une plateforme tierce, ni court-circuiter celle-ci pour s'adresser directement au client. De plus, la plateforme toujours plus forte, peut commercialiser des services reliés à ces mêmes données et par conséquent en tirer une rémunération additionnelle de sa relation avec le vendeur sous sa dépendance¹⁸⁹.

82. **Régime des abus de position dominante.** L'article 102 du TFUE¹⁹⁰ ainsi que l'article L 420 – 2 du Code de commerce¹⁹¹ vise, à peu près dans les mêmes termes, l'abus de domination. Le droit français se singularise toutefois sur un point : celui de l'abus de dépendance économique que le droit européen ne mentionne pas. Il s'agit du cas où une entreprise en position dominante économiquement tire de cette domination un avantage excessif au détriment de son partenaire qu'il domine. Selon le Cour de justice européenne¹⁹², la position dominante concerne une entreprise en situation de puissance économique qui peut par ce biais faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur un marché précis, et cela, en lui octroyant la possibilité de comportements indépendants en considération de ses concurrents, ses clients mais aussi des consommateurs. Par exemple, le recours à une hausse des prix engendrerait un détournement flagrant des consommateurs vers des alternatives moins chers, l'action concurrentielle est présente. *A contrario*, si les consommateurs malgré cette hausse de prix continuent de consommer les produits, cela signifie que la concurrence est faible et que cette entreprise ne se voit pas contraindre par une entreprise concurrente. Ainsi, l'intensité de la concurrence rend l'entreprise dominante indépendante de celle-ci. Elle peut de ce fait, ignorer ses rivaux mais aussi les consommateurs. Ainsi, l'existence d'une position dominante ne peut être rapportée par le simple constat d'une forte part de marché d'une entreprise. L'avance ou l'avantage (technologique, marques à forte notoriété) dont dispose une

¹⁸⁹ En ce sens, Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p. 77 et 78

¹⁹⁰ L'art.102 du TFUE, énonce qu'« est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci », L'article ajoute ensuite que : « Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

¹⁹¹ Selon l'art. L. 420-2 alinéa 1 C.com, « est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L 420 – 1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

¹⁹² CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, pt. 4.

entreprise lui permettant, par ce biais, d'augmenter les prix sans craindre une érosion de la clientèle, la qualifie d'office comme étant en position dominante¹⁹³.

83. **Pour qualifier l'existence d'une position dominante, il faut donc trois critères cumulatifs.** En premier lieu, il s'agit de rapporter l'existence d'une situation de position dominante de l'entreprise poursuivie sur un marché déterminé (le marché pertinent¹⁹⁴). En second lieu, se poser la question d'une éventuelle exploitation abusive de cette position dominante. En d'autres termes, rapporter la preuve de l'existence d'un abus. Et enfin, il faut que la concurrence sur ce marché pertinent soit impacté de manière significative¹⁹⁵.

84. **L'abus d'exploitation.** C'est l'article 102 TFUE¹⁹⁶ et L 420 – 2 du Code de commerce qui énonce cet abus d'exploitation. Ces articles parlent de prix d'achat ou de vente/transaction non équitable. Les notions de discrimination, de conditions commerciales injustifiées et de préjudice des consommateurs par le biais de limitation de production ou de développement technique sont aussi évoquées par les textes précités. Ces abus peuvent ainsi, se caractériser par des prix excessifs ou discriminatoires et par des conditions commerciales déséquilibrées.

85. **L'abus d'éviction.** L'article 102 TFUE interdit de la part des entreprises en position dominante de pratiquer une stratégie d'éviction, c'est-à-dire le fait d'entraver ou de supprimer « un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou

¹⁹³ §81, 82,83,84,85 repris de mon précédent devoir sur « l'abus d'exploitation » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

¹⁹⁴ Le marché pertinent est déterminé comme « le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande » Cf., Cons. concu., Rapps. annu., notamment pour l'année 2001 – ADLC, lignes directrices du contrôle des concentrations – Comm. Euro., Communication de la Commission 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence - Comm. Euro., Communication de la Commission n° 2018/C 159/01, Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques

¹⁹⁵ Selon L. 464 – 2 du C.com, l'Autorité de concurrence peut prononcer différentes sanctions au titre de l'abus de position dominante. Il s'agit de sanctions motivées qui sont proportionnées en fonction de l'entreprise, de sa situation, de la gravité des faits reprochés, du dommage causé à l'économie et enfin de l'éventuelle réitération des pratiques prohibées. Des moyens sont à la portée des entreprises dominante pour se défendre contre une accusation d'abus de cette position. Il s'agit de, contester l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle et/ou de démontrer l'existence d'effets pro concurrentiels. – travail repris de mon précédent devoir sur « l'abus d'exploitation » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

¹⁹⁶ Selon art.102 TFUE « imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables » par une entreprise dominante est un abus d'exploitation.

aux marchés »¹⁹⁷. Les autorités de concurrence européenne ont, sur ce fondement, vocation à « *détecter, corriger, sanctionner et/ou dissuader les tentatives des entreprises dominantes d'évincer les concurrents existants ou d'empêcher l'entrée des concurrents potentiels sur un marché* »¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Comm. euro., *Lignes directrices sur l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, § 19.

¹⁹⁸ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., p 111

CHAPITRE 1. LES PRATIQUES NON TARIFAIRES

86. **Plan.** Au-delà des comportements tarifaires, certaines pratiques peuvent aussi viser à limiter la concurrence entre opérateurs, soit en évinçant ou en empêchant le développement d'opérateurs concurrents, par une pratique d'éviction anticoncurrentielle, soit en diminuant leurs incitations à se concurrencer les uns les autres, notamment par la pratique de clause de parité. Des risques de dommages concurrentiels dans la concurrence sont aussi possible par l'émergence des très grandes plateformes en ligne qui de par leur position dominante sur un marché donné, en se faisant concurrence seulement entre elles, seraient tentées d'exclure les nouveaux entrants en acquérant par ce jeu, une position non plus de dominant mais de monopole quasi – dominant (section 1). Dans le cadre d'une étude juridique des plateformes en ligne et de leur impact sur la distribution tant traditionnelle que virtuelle, les pratiques non – tarifaires d'éviction anticoncurrentielles sont les plus significatives en la matière c'est pourquoi il ne sera pas traité du sujet des clauses de parité dans cette partie (section 2).

Section 1. Les risques de dommages concurrentiels dans la concurrence entre géant du numérique : GAFAM vs BATX

I. Les risques liés à l'obsolescence du droit de la concurrence

A. Contexte économique

87. **Deux types de géants.** Ces deux dernières décennies, le marché du digital a connu une forte concentration autour d'opérateurs majeurs. Ce sont notamment, Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft, surnommés les « GAFAM ». La capitalisation boursière de ces cinq entreprises a atteint 4 000 milliards de dollars, soit deux fois plus que celle de la totalité du CAC 40¹⁹⁹. Une somme, nullement négligeable, reflétant la force de leur position sur le marché. En Asie, un phénomène similaire apparait avec l'émergence des « BATX » comprenant Baidu, Alibaba, Tencent et Xiami. Leur croissance exponentielle et rapide leur permettra certainement de devenir très prochainement des concurrents directs²⁰⁰.

88. **Le développement du e-commerce par la Chine.** Depuis 1979, date à laquelle la République populaire de Chine a adopté une « économie socialiste de marché », on peut affirmer que celle-ci connaît une croissance exponentielle dans tous les domaines jusqu'à devenir la seconde puissance économique mondiale en 2010. Il est donc évident que dans cette mesure, ne pas considérer dans ce mémoire la croissance exponentielle des plateformes

¹⁹⁹ Comm. Aff. Eco., Rapp., *Les plateformes numériques*, art.cit., Partie 1, I), p.23.

²⁰⁰ Ibid.

chinoises à leur juste valeur (c'est-à-dire redoutables) et de leur impact sur la distribution ne fait pas sens. C'est pourquoi, il semble impératif de démontrer que, si les plateformes en ligne pour l'heure défient dangereusement la distribution *off line* et *on line*, dans un futur proche, les règles du jeu seront d'autant plus remises en question et difficiles à aborder en considération des enjeux à venir et de l'entrée de ces nouveaux arrivant. Pour contextualiser, l'évidence qui arrive à grand pas – ou qui est déjà là– sur le marché européen du numérique, la Chine est d'ores et déjà considérée comme une très grande puissance commerciale et cela vaut tant pour le commerce physique qu'électronique. Si cette dernière a, pendant longtemps, été considérée comme « l'atelier du monde », les économistes sont désormais formels, elle est en bonne voie de détrôner les États - Unis pour devenir la prochaine première puissance économique mondiale. C'est d'ailleurs l'une de ses plus grandes ambitions.

B. Un développement rapide et concordant

89. **Des plateformes de distribution redoutables.** Dans la distribution, un des acteurs asiatiques majeurs en la matière s'étant développé de manière agressive ces dix dernières années n'est autre que le marketplace « AliExpress », connu pour être spécialisée dans la vente de produits à bas prix. La plateforme chinoise appartenant au groupe AliBaba, comptait déjà, à la fin de l'année 2018, pas moins de 600 millions d'utilisateurs, c'est donc quasiment l'équivalent asiatique de la plateforme de distribution Amazon qu'on connaît en occident mais à un détail près. En effet, cette dernière n'expédie aucun produit aux consommateurs, elle met uniquement les distributeurs en relation avec les consommateurs, contrairement à Amazon qui propose l'expédition de ses produits propre et ceux de ses distributeurs tiers. Par ailleurs, AliExpress a pour but de faciliter les échanges entre les entreprises chinoises et à l'international. En effet, au-delà de sa mise en relation vendeurs/consommateurs, la plateforme chinoise permet même de « court – circuiter » le modèle traditionnel de distribution puisqu'elle permet d'avoir accès à des produits en étant mis directement en relation avec les fabricants chinois, sans être tributaire d'intermédiaires.

90. **Volonté d'expansion internationale.** Le groupe chinois semble avoir une forte volonté d'internationalisation. Il permet l'intégration aux nouveaux distributeurs sur ses plateformes de plus en plus facilement. A titre d'exemple, il a pu être constaté la présence d'enseignes françaises référencées sur Alibaba. Pour intégrer la plateforme, ces enseignes étrangères signent généralement un accord avec un intermédiaire accrédité (« *Tmall partner* ») qui va créer leur page sur le site de vente au détail d'Alibaba en chinois, et leur donner tout un accompagnement sur le marketing local, le service avant – vente, vente et après – vente, mais aussi la logistique. Le groupe chinois investit énormément dans l'accompagnement de ces nouveaux entrants, dans la volonté évidente de permettre son internationalisation et concurrencer le géant américain. Aujourd'hui, il y aurait autant d'acheteurs chinois que d'acheteurs américains sur la plateforme.

91. **Un moyen propre de paiement.** La concurrence est d'autant plus accrue que ces plateformes ne cessent d'innover. A cet égard, AliBaba dispose de son propre moyen de paiement, à savoir AliPay. Cette innovation est très intéressante puisque cela lui permet de profiter des frais de transaction mais aussi de récolter des données massives sur les entreprises utilisatrices et les consommateurs. De plus, depuis peu grâce aux touristes Chinois, ces moyens de paiement propre aux plateformes, Alipay et WeChat Pay, ont l'opportunité de s'implanter dans d'autres pays. Par exemple c'est déjà le cas en France, où il est possible d'avoir recours à ces deux modes de paiement aux Galeries Lafayette depuis 2017. Il peut être donc constater que le groupe chinois tente de devancer le groupe américain et qu'il met en œuvre toutes ses chances pour gagner des parts de marchés et devenir le leader mondial. AliBaba rencontre sans aucun doute un succès absolument phénoménal que ce soit en Chine ou au niveau international. Il est évident qu'en ce sens, ce n'est pas sans conséquences d'un point de vue juridique et économique, car si la menace touche les géants, les petits risquent d'en payer très cher les conséquences.

C. Contexte juridique

92. **Modèle de développement.** Chacune de ces plateformes s'est développée selon un modèle propre mais se caractérisent toutes par une position dominante durablement acquise qui se rejoint dans la similitude du modèle de leur développement. C'est en ce sens que l'on peut s'interroger sur la pertinence et de l'efficacité du droit de la concurrence. Parmi les caractéristiques communes qui favorisent indéniablement la durabilité de la domination des marchés, se trouvent entre-autre, un accès aux datas renforçant l'avantage concurrentiel des plateformes, une stratégie de verrouillage intense avec un rôle de « gatekeeper », les bénéfices avantageux d'économies à une échelle importante et sans cesse grandissante avec des rendements croissants, une économie numérique s'articulant autour des effets de réseaux et de marchés bi ou multifaces, qui plus est, des économies de gamme permettant le développement rapide et facile sur des marchés connexes, et enfin, la mise en place de stratégies agressives d'expansion de leur activité.

93. **L'innovation rapide, le grand problème de la régulation.** Il est vrai que la plupart des pratiques anticoncurrentielles redoutées de la part des plateformes en ligne sont connues et sanctionnées par les autorités de concurrence. Sauf qu'il faut admettre que ces dernières sont parfois démunies notamment face à la sophistication de certaines pratiques et à leur ampleur, mais aussi face à de nouvelles pratiques propres aux plateformes. En effet, les plateformes numériques innover dans tous les sens du terme. A ce titre, si les inquiétudes autour de la puissance de ces quelques opérateurs structurants sont répandues, les moyens de les contrôler divergent et ne sont absolument pas suffisant.

II. Une potentielle autorégulation par la concurrence entre géants du numérique ?

94. **Autorégulation possible.** On pourrait considérer que les grandes plateformes en ligne, parce qu'elles sont présentes sur les mêmes marchés, se font concurrence entre elles et donc, en quelque sorte, s'autorégulent. Or, s'il est vrai que les GAFAM partagent certains marchés avec d'autres opérateurs plus petits, l'observation des parts de marchés suggère plutôt une faible concurrence sur chaque segment, et au contraire démontre d'un renforcement de la dominance sur les secteurs d'origine. Dans une idée similaire, du coup, ces très grands acteurs pourraient entrer en concurrence avec les grandes plateformes asiatiques²⁰¹.

A cet égard, comme c'est le cas sur les marchés de biens physiques régis par les principes de réciprocité prévalant dans les échanges internationaux dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)²⁰², on pourrait donc légitimement penser que la concurrence mondiale entre les plateformes occidentales et chinoises amène progressivement vers un processus concurrentiel normal.

95. **Le risque de l'émergence d'acteurs en monopole quasi – total.** Cependant, il y a une défaillance dans le fonctionnement actuel de l'OMC pour les services numériques, qui ne permet pas pour l'heure, un principe de réciprocité. En effet ce raisonnement suppose que le principe de réciprocité soit à l'œuvre dans le marché du numérique. Pour contrer cette problématique, il pourrait être envisagé l'idée d'une intégration de ces services au cadre des échanges internationaux défini par l'OMC. Toutefois, tout n'est pas résolu pour autant, car le problème que pose un tel processus concurrentiel est le risque de voir émerger un nombre limité de très grands acteurs en monopole quasi total. Ceci rendrait tout contrôle ultérieur encore plus difficile qu'il ne l'est déjà aujourd'hui.²⁰³

²⁰¹ Renaissance numérique, association, Henri I. (dir), *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative*, août 2020

²⁰² Trépant I., *L'organisation mondiale du commerce*, dossier CRISP, n°63, 2005 <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2005-1-page-9.htm>

²⁰³ Renaissance numérique, association, *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative*, art. cit.,

Section 2. Les pratiques non tarifaires : les abus d'éviction

I. Les stratégies d'éviction anticoncurrentielles par effets de réseaux

96. **La plateforme peut pratiquer des stratégies d'éviction par rapport aux entreprises utilisatrices.** Cette situation peut toutefois être discutée d'un point de vue économique puisqu'en réalité un monopoleur amont, dans une chaîne verticale, n'a pas toujours intérêt à réduire le degré de concurrence aval. En ce sens, une partie de la doctrine²⁰⁴ souligne les potentiels risques d'exclusion par l'utilisation de stratégies de levier anticoncurrentiel au détriment des entreprises utilisatrices et en faveur de services qui sont propres à la plateforme. En d'autres termes, il s'agit de stratégies d'intégration verticale qui pourraient être mis en œuvre par les plateformes. Il y a un parallèle possible à faire avec la grande distribution. En effet, il s'agit du développement des marques de distributeurs. En ce sens, il peut ne pas s'agir d'un risque d'éviction effectif mais d'un potentiel entretien d'une menace latente qui permet de négocier des conditions d'accès à la plateforme de manière déséquilibré en faveur de cette dernière²⁰⁵.

97. **Concurrence avec les activités hors ligne.** A l'aune des décisions prises par les autorités de concurrence et les juridictions, de telles stratégies d'éviction anticoncurrentielles ont, à ce jour, été plus rares que celles visant à limiter la concurrence de la distribution hors ligne. La grande problématique étant que ces stratégies sont plus difficiles à mettre en place, car les opérateurs de la distribution en ligne font fréquemment figure de nouveaux entrants et de ce fait, ont donc plutôt pour ambition de se développer que de figer des positions déjà acquises. Par ailleurs, il faut noter que la concurrence avec la distribution hors ligne peut également réduire les incitations d'un distributeur en ligne à évincer ses concurrents. En effet, quand bien même la concurrence en ligne serait réduite, la concurrence hors ligne continuerait de maintenir une pression concurrentielle forte sur la distribution en ligne. Toutefois, il arrive que le niveau de développement des opérateurs en ligne soit assez important pour que ceux-ci trouvent un intérêt à limiter la concurrence entre eux ou à évincer leurs concurrents²⁰⁶.

98. **Concurrence limitée entre opérateur en ligne.** Par ailleurs, la stratégie d'éviction d'opérateurs en ligne peut permettre au final, à des opérateurs qui sont surtout présents hors ligne de réduire la pression concurrentielle de la distribution en ligne sur leurs activités hors ligne tout en se réservant la plus grosse part du canal de vente en ligne. En ce sens, par le passé, plusieurs opérateurs historiques ont pu tenter de faire bénéficier leurs services en ligne de leur position particulière sur un secteur connexe hors ligne²⁰⁷. Ainsi, l'Autorité a pu mettre en

²⁰⁴ La Commission européenne, les parties prenantes et un pan croissant de la littérature académique

²⁰⁵ Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.78

²⁰⁶ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 106

²⁰⁷ Analyse de ADLC, in *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., p 106

lumière qu'au « *fur et à mesure que les activités en ligne s'abstraient de la concurrence des activités hors ligne, les opérateurs numériques sont de plus en plus incités à diminuer la concurrence entre eux et à même de le faire, avec, dans certains cas, des comportements anticoncurrentiels peu analysés dans l'univers hors ligne* »²⁰⁸.

99. **Les effets de réseaux.** Le recours des pratiques d'abus d'éviction, peut se faire en s'appuyant par exemple sur les effets de réseau pour empêcher l'émergence de concurrents grâce à des pratiques d'exclusivités mises en œuvre par un opérateur dominant, qui s'appuie le cas échéant sur des dispositifs contractuels similaires à ceux utilisés hors ligne. Il peut aussi s'agir, de mécanismes de type « ventes liées » ce qui fut le cas dans l'affaire de Google Android²⁰⁹ par exemple²¹⁰. Au regard des pratiques abusives des opérateurs dominant, ce comportement est fréquemment examiné dans l'environnement hors ligne²¹¹. D'ailleurs, d'autres mécanismes ont pu exister hors ligne mais ont surtout été mis en œuvre dans le secteur de la distribution en ligne²¹². À cet égard, plusieurs décisions ou avis de l'Autorité de concurrence rappellent qu'en s'appuyant sur leur position et leurs avantages hors ligne, des monopoles historiques ou d'anciens monopoles historiques, peuvent se développer rapidement en ligne, au détriment des autres opérateurs en ligne, ce qui peut relever d'un abus de position dominante et plus précisément d'un abus d'éviction. A ce titre, par exemple, dans son avis relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne²¹³, l'Autorité a identifié plusieurs moyens par lesquels un monopole historique²¹⁴ peut abuser de sa position sur le marché hors ligne pour conquérir le marché en ligne. Notamment en utilisant sa notoriété et/ou sa réputation liées à son activité historique pour se développer sur le marché en ligne ou par le biais des subventions croisées entre les activités exercées en monopole et les activités ouvertes à la concurrence. C'est le cas par exemple si les points de vente physiques font la promotion de l'activité en ligne de l'opérateur dominant ou si les activités en ligne et hors ligne sont visées indistinctement par des campagnes de publicité.²¹⁵

²⁰⁸ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 106

²⁰⁹ Comm. euro., Cas AT.40099, *Google Android*.

²¹⁰ V. en ce sens, Marty F., « *Paiements d'exclusivité : la Commission européenne publie une décision relative aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant sur le marché des systèmes d'exploitation mobiles ouverts sur licences (Google Android)* », RDLC. Concu., N°1-2020, Chroniques, pratiques unilatérales, Relatif à la décision Comm. eur., 18 juill. 2018, Google Android, aff. AT.40099,

²¹¹ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 118

²¹² A titre d'exemple, déc. n°15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com ; V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne ; Comm. euro., Cas AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon).

²¹³ ADLC, avis n°11-A-02 du 20 janv. 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, § 178.

²¹⁴ Comme la Française des Jeux pour les loteries et des jeux de pronostics sportifs en points de vente physiques ou le PMU s'agissant des paris hippiques en points de vente physique

²¹⁵ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 112 et 113

II. Les stratégies d'éviction par la manipulation algorithmique

100. **Risques de manipulation algorithmique.** La discrimination au détriment des concurrents peut aussi passer par des stratégies de manipulations algorithmiques au détriment des concurrents sur un marché annexe. Le danger étant de pénaliser certaines entreprises en faveur d'autres par les classements. Ce fut le cas dans l'affaire Booking, où l'Autorité de la concurrence a obtenu de ladite plateforme qu'elle se prémunisse, au bénéfice des hôteliers, de tout risque de déclassement dans l'algorithme du moteur de recherche²¹⁶.

Illustration par l'affaire Google Shopping

101. **Illustration par l'affaire Google Shopping.** Mais c'est surtout l'affaire de Google Shopping qui a mis en lumière ce risque de manipulation algorithmique de classement. En l'espèce, la Commission européenne reprochait à Google, via son comparateur de prix, Google Search Shopping, d'avoir assorti les algorithmes de comparaison de plusieurs critères, au profit de sa firme pour classer ainsi moins bien les entreprises concurrentes de certaines de ses filiales. Les services de comparaison de prix concurrents étaient rétrogradés. Selon la Commission, il s'agissait d'une potentielle manipulation algorithmique en sa faveur et a condamné Google, pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche d'une amende de 2,17 milliards d'euros²¹⁷. Cette décision de la Commission illustre donc les risques d'altération stratégique par un opérateur dominant pour avantager un service aval intégré par rapport à des offres concurrentes. Il s'agit du « *search engine manipulation effect* », où les résultats manipulés, peuvent canaliser voire déterminer les choix des consommateurs, de sorte que les opérateurs du marché aval sont d'office exclus²¹⁸. Comme le montre la Commission dans sa décision Google Shopping, les trois premiers résultats qui s'affichent contentent les consommateurs, se faisant, un infime pourcentage d'entre eux, soit 5 % selon elle, va au-delà de la première page de résultats, ce qui impacte sur l'accès au marché d'un concurrent de manière d'autant plus significative. Face à de telles préoccupations, la Commission européenne a d'ailleurs ouvert le 17 juillet 2019 une procédure formelle d'examen des pratiques d'Amazon en la matière²¹⁹.

102. **Une concurrence à égalité des armes ?** Il y a donc une asymétrie avérée entre les plateformes et les opérateurs concurrents. De possibles évictions de distributeurs indépendants basées sur des discriminations entre leurs clients et les clients des autres entreprises est par ailleurs, fort possible. En effet, la plateforme peut tout à fait s'engager dans des prix de

²¹⁶ ADLC, déc. N°15-D-06 du 21 avr. 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking, spéc. pts. 262 et s.

²¹⁷ Comm. UE, déc. 27 juin 2017, aff. T. 39740, Google Search/ Shopping, spec. pts. 359 et s.

²¹⁸ Marty F., *Plateformes numériques, algorithmes et discrimination*, OFCE, 2019, 4, 164, p. 47 à 86 <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2019-4-page-47.htm>

²¹⁹ Comm. euro., Amazon, n°IP/19/4291, aff. AT.40462

prédation ciblés ou bien encore encourager à rentrer dans une relation d'exclusivité, ses clients qui initialement, achètent également au vendeur visé. Il faut noter que le risque est fort, car en ce sens, la prédation peut être d'autant moins coûteuse qu'elle sera ciblée et d'autant plus efficace qu'elle visera certains segments de clients de l'opérateur visé. C'est pourquoi, il est admis que la plateforme est en position d'acquérir une indépendance stratégique vis-à-vis de ses clients et de ses concurrents potentiels, et de ce fait, créer des distorsions de concurrence. C'est une situation fort préoccupante tant pour les consommateurs en termes de liberté de choix, que pour les entreprises en termes de préservation des conditions d'une concurrence qui se voudrait à égalité des armes, d'accès au marché des concurrents.²²⁰

III. Le glissement de l'abus d'exploitation vers l'abus d'éviction : une volonté de protection contre les dérives des plateformes numériques dominantes

103. **Contexte.** Dans une volonté de protection contre les dérives des plateformes dominantes, les autorités de régulation ont tendance à glisser des abus d'exploitation vers les abus d'éviction, ce qui laisse entrevoir une doctrine nouvelle²²¹.

104. **Abus d'exploitation vs abus d'éviction.** L'abus d'exploitation, permet ainsi à l'entreprise en position de dominance, d'utiliser cette position pour en tirer profit directement avec contrepartie excessive, voire une contrepartie injustifiée²²². Sans pour autant exclure un concurrent, il permettrait une augmentation des prix « excessifs », à la différence de l'abus d'éviction qui permet, pour une entreprise en position dominante d'empêcher un concurrent sur un marché donné, soit de le marginaliser et de l'empêcher par tout moyen d'y accéder, soit de l'exclure complètement dans le but ultime d'hausser les prix. Les entreprises peuvent abuser de leur position dominante par l'utilisation d'une stratégie tarifaire d'exploitation. Celle-ci consiste à tirer parti de sa puissance de marché pour imposer des conditions contractuelles « anormales » de sorte qu'elles soient jugées excessivement défavorables à leurs partenaires. C'est seulement grâce à la présence d'une position dominante que l'entreprise peut utiliser cette stratégie tarifaire. Il y a, indéniablement un retour en force des abus d'exploitations. On peut remarquer un glissement des abus d'éviction vers les abus d'exploitation et que la prise en compte de la situation des consommateurs devient de plus en plus importante, déplaçant ainsi le sujet de la prise en compte des entreprises concurrentes²²³.

105. **Problématique d'étanchéité en pratique : le glissement de l'abus d'exploitation vers l'abus d'éviction.** On peut constater que dans les définitions données pour ces deux abus,

²²⁰ V. Marty F., *Plateformes numériques, algorithmes et discrimination*, op.cit., p. 47 à 86

²²¹ Cette partie est un travail repris de mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

²²² Bosco D., *Abus de position dominante*, Rép droit euro., Dalloz, janv. 2019, pt 72, p.24.

²²³ Ibid.

la frontière qui les délimitent est extrêmement fine. On pourrait en effet, considérer qu'un des objectifs de l'abus d'éviction serait la pratique d'une hausse de prix qui serait excessive, ou à tout le moins supra concurrentielle. Eu égard à ce raisonnement et à cette définition donnée, ne pourrait-on pas légitimement penser que l'abus d'exploitation n'est qu'une conséquence de l'abus d'éviction ? Qu'en ce sens, il n'y aura pas à différencier l'un de l'autre puisqu'elles suivraient une suite logique en pratique. Si de manière conceptuelle, on arrive très bien à dissocier ces deux catégories, en pratique elle est d'autant plus difficile²²⁴.

106. **L'exemple du ciseau tarifaire**²²⁵. Cette problématique d'étanchéité peut s'imager par la pratique du ciseau tarifaire qui est une forme d'abus d'éviction. Le ciseau tarifaire²²⁶ (ou compression de marge) est une méthode consistant pour une entreprise en position dominante, verticalement intégrée, à fixer un prix sur un marché donné qui prive ses concurrents de leur marge sur un marché aval, de sorte que les concurrents soient handicapés. En d'autres termes, le but du ciseau tarifaire est de pratiquer un prix suffisamment élevé pour qu'il puisse priver le tiers d'une concurrence effective. Cette définition tend à ressembler à celle de l'abus d'exploitation qui pour rappel, consiste en la pratique d'une position dominante par une entreprise qui en tire un bénéfice sans contrepartie justifiée, voire en demandant une contrepartie disproportionnée, par exemple, en utilisant une hausse de prix, dans le but d'empêcher une concurrence effective.

107. **Sanctions : USA vs Europe.** En Europe, l'article 102 TFUE traite des transactions dites non équitables. Aux États – Unis, cela est différent. **Les USA sont contre la sanction.** Le regard que porte les États – Unis sur les prix excessifs est à l'opposé puisque les entreprises en position dominante qui pratiquent des prix excessifs n'engagent aucunement leur responsabilité. Selon les autorités américaines, la sanction de la pratique des prix excessifs est un risque. Elle pourrait décourager la stratégie concurrentielle des entreprises. **L'Europe est pour la sanction.** Si ce contentieux connaît peu de cas en pratique c'est aussi parce que les autorités de concurrence européenne n'y sont pas forcément favorables car il s'agirait de mettre en place une police des prix. L'innovation, les chances de récupération des coûts investis en

²²⁴ En lisant les textes de l'article L 420 – 2 du Code de commerce et de l'article 102 du TFUE, on peut voir que l'abus d'exploitation est fortement imprégné. A l'origine, lors de la rédaction du Traité CE, cet abus était dans l'esprit des rédacteurs, bien plus que les abus d'éviction. Finalement, la volonté initiale des rédacteurs du Traité et de l'ordonnance de 1986 de sanctionner une exploitation abusive et directe effectuée par une entreprise dominante qui pourrait affecter les consommateurs semble glisser au profit des abus d'éviction. En effet, en pratique l'abus d'exploitation est rarement relevé et il y a, au contraire, un fort contentieux s'agissant des abus d'éviction. Pour autant, il y a une ligne jurisprudentielle, tant au niveau européen que français, sur les abus d'exploitation mais cela reste marginal. C'est dans les années 1970, que ce glissement commença avec l'arrêt Continental Can qui a encre l'histoire de l'abus d'exploitation en confirmant la volonté de la protection de la structure de la concurrence effective à l'aune de l'article 102 TFUE qui, selon cet arrêt, s'applique aux abus d'exploitation mais surtout aussi aux abus d'éviction. Cela a marqué une évolution certaine puisque, le glissement de l'abus d'exploitation vers les abus d'éviction était enfin assumé par la Commission européenne.

²²⁵ Combe E., De Bure F., Chapsal A., *Abus d'exploitation : quels sont les nouveaux risques pour les entreprises ?* ; Conférence, Concurrences, 6 mars 2018

²²⁶ Aella et Pardolesi, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law [2009]*, SSRN

R&D, la réalisation des profits sont les arguments avancés contre l'intervention des autorités en matière de prix excessifs. Si cette sanction est retenue en Europe, il faut tout de même adopter une approche équilibrée, de sorte que la loi soit respectée et qu'il n'y ait pas un contrôle exagéré de la part des autorités²²⁷.

108. **Autorégulation des abus d'exploitation en pratique.** Un argument en faveur des sanctions des pratiques de prix excessifs est la théorie de l'autorégulation du marché en présence d'une économie de marché. De ce fait, en l'absence de barrière à l'entrée, des prix excessivement élevés devraient en pratique attirer de nouveaux entrants sur ledit marché. En effet, les nouveaux concurrents sont attirés par la hausse de prix ou la baisse de qualité dès lors qu'il n'y a pas d'abus d'éviction, puisque ce sont des facteurs susceptibles de contourner et faire fuir les consommateurs. Ainsi, le problème lié à l'abus d'exploitation est dévié et résolu naturellement. C'est pourquoi, en pratique, la Commission européenne n'intervient que rarement²²⁸ sur ces cas et se focus à l'aune de l'article 102 TFUE sur l'abus d'éviction. Donc, si le contentieux de l'abus d'exploitation est rare, c'est notamment parce que ceux-ci sont autorégulés s'il n'y a pas d'abus d'éviction en parallèle²²⁹.

109. **Conclusion.** Si l'abus d'exploitation ne suscite pas un contentieux nourri, il y a récemment un regain d'intérêt en considération des plateformes en ligne. Ceci peut s'expliquer en partie par l'inflexion des politiques des Autorités de concurrence nationales. Des outils intéressants sont à la portée des autorités de concurrence pour faire face aux abus des opérateurs numérique. Mais comme nous pourrons le voir (Affaire Google c/ Gibmédia par exemple), parfois, dans un souci de protection du marché et du consommateurs, les autorités de régulations se permettent d'outrepasser les conditions initialement prévues pour la qualification de cet abus, de sorte qu'ils se sont retrouvées à considérer qu'il y avait abus d'exploitation sans en déterminer concrètement l'impact sur la concurrence effective.

²²⁷ Propos de Tonazzi J., *Qu'est-ce qu'un prix excessif ? Les jurisprudences européennes, françaises et italiennes*, Séminaire "Économie et droit de la concurrence" organisé par la RDLC, Concu., 5 juil. 2018.

²²⁸ En ce sens, la Vice-présidente de la Comm. euro., Vestager M., a en 2016 fait un discours confirmant la position précédemment évoquée d'une priorisation de la Commission quant aux traitements des abus d'éviction et de la protection du mécanisme de formation du prix. Elle reconnaît tout de même que, l'intervention de la Commission reste nécessaire et attendue dans certaines situations sur les prix afin de protéger les consommateurs. Dans ce contexte, la Commission devrait intervenir, selon elle, quand elle estimerait que c'est « nécessaire », ce qui peut laisser sous – entendre à un changement d'orientation de la part de celle-ci. – in Vestager M, 21 nov. 2016 : *there can be times where competition rules need to do their bit to deal with excessive prices*

²²⁹ Combe, De Bure, Chapsal, *Abus d'exploitation : quels sont les nouveaux risques pour les entreprises ?* ; Séminaire Droit et économie organisée par RDLC, Concu., 6 mars 2018.

CHAPITRE 2. LES PRATIQUES TARIFAIRES

110. **Plan.** Si d'apparence, la distribution par le développement de ces plateformes permet de favoriser l'atteinte des deux objectifs parfois difficilement conciliables en pratique : la préservation de la rivalité effective entre firme et la maximisation du bien – être du consommateur, les pratiques tarifaires sont possibles sur les deux versants de l'activité des plateformes en ligne. Elles passent par des abus d'exploitation (section 1) et des abus de dépendance économique (section 2).

Section 1. Les risques de dommages concurrentiels sur la distribution par des abus d'exploitation

111. **Prix excessifs, discriminations et conditions déséquilibrées.** Ces pratiques peuvent se caractériser par des prix excessifs ou discriminatoires et par des conditions commerciales déséquilibrées. Le consommateur peut faire l'objet de pratiques de discriminations tarifaires, de manipulation algorithmique ou être victime d'une illusion de la gratuité. L'entreprise utilisatrice, elle, se confronte à d'autres types de risques en considération de ces abus d'exploitation. Les plateformes en ligne, dans le cadre de leurs relations P2B avec ces entreprises, instrumentalisent leur puissance de marché pour extraire une part du surplus créé par ses partenaires commerciaux. Il ne s'agit alors pas de prix excessifs, car la plateforme fournit un service d'intermédiation, mais d'imposition de services ancillaires (ventes liées) dont les prix sont différenciés.

112. **Plan.** Dans cette partie nous concentrerons la majeure partie de notre propos sur le versant « marchands » de l'activité des plateformes, c'est-à-dire le versant P2B, tandis que l'angle du consommateur ne sera étudié que transversalement et brièvement.

113. **Potentiels risques à l'instar de la grande distribution.** La Commission européenne dans son enquête sectorielle sur le e-commerce²³⁰ énonce que la situation vécue par les entreprises utilisatrices sur ces plateformes²³¹ fait vraisemblablement écho à la situation qui prévaut en matière de commerce en détail où la puissance de marché des centrales d'achat de la grande distribution vis-à-vis des producteurs soulève plusieurs préoccupations en termes d'abus d'exploitation et de manifestation de dépendance économique, de sorte qu'elle avait

²³⁰ Commission de l'UE, rapport de la commission au Conseil et au Parlement européen : Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, SWD (2017), 154 final, 10 mai 2017, disponible sur le site internet de la Commission

²³¹ Au sens de la Commission, « une plateforme en ligne propose un service d'appariement moyennant une commission et peut fournir ainsi des services annexes (paiements, garanties, etc.) pour favoriser et sécuriser les échanges », in Bamberger K., Lobel O., *Platform Market Power*, 32-3 Berkeley Technology Law Journal 1051, 2017. – in Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, 53RJTM, 2019.

proposé un règlement en avril 2018 mettant en évidence ces potentiels risques. Pour mettre en lumière ces risques, la Commission avait adopté une analyse en termes de pouvoir de marché. Selon elle, la plateforme est un opérateur doté d'une position dominante et en position d'abuser de celle-ci, ce n'est donc pas tant sa position de verrou d'accès du marché qu'elle vise dans son analyse. La captation et l'analyse de flux considérable d'informations (datas) qui est un avantage stratégique non négligeable ainsi que les effets de réseaux sont plusieurs facteurs permettant la concentration croissante du secteur des plateformes en ligne. De sorte que, cette concentration suscite et renforce le déséquilibre significatif entre les vendeurs indépendants et ces plateformes et notamment dans les capacités de négociations. Ce déséquilibre est tel que ces vendeurs se retrouvent très souvent en situation de dépendance, ou du moins en très grande vulnérabilité face aux plateformes lors des négociations contractuelles²³².

114. **Sept grandes préoccupations.** La Commission avait donc relevé sept préoccupations de concurrence concernant ces entreprises utilisatrices²³³. Les plateformes peuvent utiliser des pratiques douteuses tels que : le déréférencement, la suspension ou la suppression des comptes, le changement unilatéral des conditions contractuelles sans préavis, l'opacité sur les systèmes de référencement, classement et de présentations des offres sur la plateforme, la restriction à l'accès des données des consommateurs et de leur portabilité, le favoritisme des produits de la plateforme au détriment de ceux des utilisateurs engendrant le risque de discrimination entre les utilisateurs, les clauses de parité, et enfin l'absence de règlement des différends²³⁴.

I. La problématique des conditions contractuelles unilatérale imposées par les plateformes

115. **Un semblant de contrat d'adhésion.** Les conditions contractuelles des plateformes faites aux entreprises marchandes ne sont pas négociables et donc personnalisables, de sorte qu'elles suivent une logique de contrats d'adhésion. Cette absence de négociabilité peut s'expliquer par une volonté stratégique mais aussi par des éléments matériels eu égard au nombre d'intervention sur les places de marché d'acteurs économique.

Illustration par l'affaire Google Ads

²³² Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.81

²³³ Comm. euro., *Business-to-Business relations in the online platform environment*, Rapport final, 22 mai 2017, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/04c75b09-4b2b-11e7-aea8-01aa75ed71a1> - in Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.82

²³⁴ Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.82 et s.

116. **Affaire Google Ads**²³⁵. Dans une affaire récente, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur le fonctionnement de la plateforme d'intermédiation Google vis-à-vis des entreprises utilisatrices et des conditions qu'elle impose. En l'espèce, des règles de fonctionnement posées par Google quant au fonctionnement de son service d'annonces publicitaires dit Google Ads est remis en cause. En effet, ces dernières permettent les relations entre le géant du numérique et les tiers annonceurs de publicité. L'Autorité de concurrence intervient aux motifs que lesdites règles ne sont pas objectives, claires, transparentes et non – discriminatoires eu égard à l'impact sur l'activité des utilisateurs, des opérateurs tiers et du marché des publicités en ligne. Qu'une insécurité et une incertitude naissent de ce fonctionnement du service. Qu'en l'occurrence Google occupe une position dominante sur le marché de la publicité en ligne et « qu'il outrepassé ce qui devrait être un usage proportionné à l'objectif légitime de protection du consommateur ». L'autorité sanctionne Google et l'enjoint de clarifier ses règles et ses procédures via Google Ads en mettant en place des « mesures de prévention, de détection et de traitement des violations auxdites règles »²³⁶.

117. **Intervention de l'Autorité de concurrence légitimée ?** Si cette intervention semble légitime d'un point de vue structurel, puisqu'il est incontestable que Google a une position dominante, il n'en reste pas moins qu'on peut se poser la question de savoir si, d'un point de vue juridique, l'Autorité de concurrence est compétente en la matière. En effet, il s'agit d'un litige né entre Google, plateforme numérique et des entreprises tiers utilisatrices donc relatif à un contentieux de nature plutôt commercial. L'Autorité par cette décision, pose les fondements d'une doctrine nouvelle²³⁷. Une doctrine interventionniste par l'intermédiaire de l'abus d'exploitation. En ce sens, celle d'une volonté politique de structurer et réguler le marché du numérique, celui des plateformes dominantes avec ses propres moyens. C'est un outil qui lui permet d'intervenir avec aisance face à des pratiques qui lui déplaisent. Dans cette décision, l'Autorité entend très clairement comme elle le dit « faire bouger les lignes », donc cette position est d'autant plus assumée et actée²³⁸.

118. **Position contestable de l'Autorité de concurrence.** Dans cette affaire, l'Autorité considère qu'il n'est pas nécessaire de vérifier l'existence d'un effet antitrust dès lors qu'elle apprécie l'existence d'un abus par imposition de conditions de transactions non équitables²³⁹. Or cette position est contestable et est d'ailleurs contestée par la doctrine²⁴⁰. En effet, au sens de l'article L 420 – 2 du Code de commerce, il y a l'obligation de déterminer un effet

²³⁵ ADLC, déc. n° 19-D-26 du 19 déc. 2019 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches*, Google Ads.

²³⁶ En ce sens, Bosco D., *abus de position dominante, l'ère de la « post – modernisation » ouverte par l'Autorité de concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2020, comm. 46.

²³⁷ En ce sens, Bosco D., *abus de position dominante, l'ère de la « post – modernisation » ouverte par l'Autorité de concurrence*, art.cit.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ ADLC, déc. n° 19-D-26 du 19 déc. 2019 *préc.cit.*, pt. 60.

²⁴⁰ Bosco D., *abus de position dominante, l'ère de la « post – modernisation » ouverte par l'Autorité de concurrence*, art.cit.

anticoncurrentiel pour démontrer un abus de domination. D’ailleurs, c’est aussi le cas dans l’affaire Google et les éditeurs de presses²⁴¹ du 9 avril 2020, où là encore, l’Autorité détermine un abus éventuel dans « *l’imposition, sans justifications objectives, de conditions de transaction inéquitables, de conditions discriminatoires, et un contournement de la loi* »²⁴². Elle considère « *qu’une entreprise en position dominante pouvait commettre un abus lorsque, sans violer formellement une loi, elle en détourne les finalités sans justification objective* »²⁴³. Elle se fonde pour justifier son intervention et son choix, sur le droit de l’UE et son célèbre arrêt Alsatel²⁴⁴. Comme pour l’affaire du 19 décembre 2019, l’Autorité de concurrence se penche ici sur la théorie de la non – nécessité de vérifier l’existence d’un effet antitrust dès lors qu’elle apprécie l’existence d’un abus par imposition de conditions de transactions non équitables. Or l’arrêt Alsatel n’a jamais dit que la détermination d’un tel abus n’impose pas de rapporter la preuve d’un tel effet sur la concurrence effective. **Il semblerait que l’Autorité se donne le droit d’invoquer la qualification d’abus, en l’occurrence ici, d’un abus d’exploitation, à la simple découverte d’une injustice contractuelle commise par un opérateur dominant.** Cette position semble dangereuse et pose de gros problèmes pour l’avenir car cela ouvrirait sans nul doute la voie à un contentieux important en la matière et aux résultats incertains, laissant place à une insécurité juridique pour les transactions à venir²⁴⁵.

II. La problématique du déréférencement, suspension ou suppression de comptes

119. **De par leur position, certaines plateformes se permettent de déréférencer, suspendre voire supprimer des comptes d’entreprises utilisatrices sans délais, ni préavis.** A titre d’exemple, dans la pratique, l’Autorité de la concurrence s’est déjà prononcée sur ce sujet dans une célèbre affaire mettant en cause des pratiques de Google. Cette affaire est intéressante puisqu’elle met en lumière l’obsolescence du droit de la concurrence en la matière et prouve que les plateformes en ligne, sous toutes leurs formes, peuvent abuser de leur position et qu’il y a de faibles possibilités de recours pour les entreprises utilisatrices.

Illustration par l’affaire Google c/ Gibmedia

²⁴¹ ADLC, déc. n° 20-MC-01, 9 avr. 2020 *relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l’Alliance de la presse d’information générale e.a. et l’Agence France-Presse – V. Bosco D., Nouvelle décision contre Google suspecté d’abuser des éditeurs de presse*, Cont., concu., conso., n°6, juin 2020

²⁴² V. Bosco D., *Nouvelle décision contre Google suspecté d’abuser des éditeurs de presse*, revue art.cit., p. 2, pt 3.

²⁴³ L’Autorité cite en référence l’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire AstraZeneca, CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-457/10.

²⁴⁴ CJCE, 5 oct. 1988, aff. 247/86, Alsatel c/ SA Novasam.

²⁴⁵ Une partie de cette affaire est repris de mon précédent travail sur « *l’abus d’exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l’atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

120. **Affaire Google c/ Gibmedia**²⁴⁶. L'Autorité a soupçonné Google, leader sur le marché des moteurs de recherche au travers de son service Adwords, de pratiquer un abus d'exploitation dans l'application du processus de suspension des comptes liés à ses services publicitaires. En l'espèce, une société éditrice de sites internet d'informations payantes (Gibmedia) s'est vu suspendre sans préavis son compte qui lui permettait de diffuser des annonces par Google. La société Gibmedia, saisie l'Autorité de concurrence en demandant des mesures conservatoires. Google justifie cette suspension au motif que Gibmedia aurait manqué aux règles Adwords du type « promotions indignes de confiance » qu'elle a souscrit en ouvrant un compte chez Google. Ladite société rétorque que les règles manquaient de transparence, étaient introuvables et ambiguës, que par ailleurs, cette procédure de suspension des comptes n'était pas objective et justifiée. Google met en exergue la nature du différend, en l'espèce un différend commercial de type contractuel et remet en cause la pertinence de l'intervention de l'Autorité de concurrence. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le droit de la concurrence est pertinent dans le règlement d'un différend entre deux contractants à l'aune d'une plateforme numérique en position dominante sur le marché des moteurs de recherches. L'Autorité dans sa décision énonce que : la « *liberté dont dispose Google pour définir sa politique de contenu Adwords n'exonère pas cette entreprise de l'obligation de mettre en œuvre cette politique dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.*²⁴⁷ Or, dans l'hypothèse où Google ne respecterait pas ces obligations, les pratiques dénoncées par Gibmedia pourraient relever, si elles étaient avérées, **de la catégorie des abus d'exploitation.**²⁴⁸ Ce type de comportement [...] procède de l'utilisation exagérée ou non objective d'un pouvoir de marché, de nature à porter atteinte au bon fonctionnement des marchés, au-delà du seul intérêt de l'entreprise en cause.²⁴⁹ Si la suite de l'instruction venait confirmer que les règles Adwords ont été effectivement mises en œuvre de façon non objective, non transparente et éventuellement discriminatoire, **la capacité de Google d'exclure sans motif d'Adwords, qui est indispensable à l'existence d'un site marchand sur la toile, tout site dont il estimerait, sans en présenter aucune justification, que son existence nuit à ses intérêts ou à ceux des consommateurs, serait susceptible de produire des effets potentiellement anticoncurrentiels.** »²⁵⁰ ce qui est étonnant c'est que, l'Autorité refuse toutefois de prononcer les mesures conservatoires demandées par la société Gibmedia²⁵¹.

121. **Contentieux contractuel et droit de la concurrence.** L'Autorité de la concurrence se mêle en l'espèce, d'un contentieux contractuel entre Google et une société contractante. Suite

²⁴⁶ ADLC, 9 sept. 2015, déc. n°15-D-13 (Google/Gibmedia), - V. Bosco D., *Abus d'exploitation, le retour de l'abus d'exploitation*, Cont. Conc. Conso. N°11, Nov. 2015, comm. 259

²⁴⁷ Préc.cit., déc. n°15-D-13, pt 103.

²⁴⁸ Préc.cit., pt 104.

²⁴⁹ Préc.cit., déc. n°15-D-13, pt 105.

²⁵⁰ Préc.cit., pt 178.

²⁵¹ Une partie de cette affaire a été travaillé dans mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

à une suspension de comptes liées, la société contractante décide de saisir l'Autorité de concurrence alors qu'on se trouve initialement sur le terrain du droit commercial. D'ailleurs, Google relève ce point et argumente en ce sens. La pertinence de l'intervention des autorités de concurrence est donc remise en cause. En effet, il faut un effet antitrust pour déterminer un abus de position dominante²⁵². En l'espèce, un différend entre contractants, bien qu'il soit lié à un opérateur en position dominante ne permet pas à lui seul de démontrer un effet anticoncurrentiel perturbant l'économie du numérique. Ici, l'intervention de l'Autorité de concurrence peut donc s'expliquer par l'initiative qu'entreprend les autorités de régulation quant à la restructuration du marché numérique qui est en pleine expansion et l'intérêt particulier à l'encontre des géantes plateformes numériques et de leur impact sur le marché tant traditionnel que virtuel.

122. **Insécurité juridique qui en découle.** Les autorités de concurrence se saisissent, de toute forme de litige, dérivant parfois du droit de la concurrence, dans le but ultime de restructurer et réguler le marché du numérique en pleine expansion – quelque peu incontrôlable eu égard à l'évolution et l'innovation rapide – en maniant l'outil de l'abus d'exploitation. Cette initiative, qui semble parfois judicieuse et louable, est sans nul doute inquiétante pour les futures transactions et la sécurité juridique puisque c'est un outil qui est manié par les autorités de manière sans cesse nouvelle et innovante, et, qui semble, parfois, ne pas avoir de lignes directrices bien définies étant donné que les outils d'analyses ne sont pas assez adéquats et transposables au marché du numérique.

III. Méthodes de classement et manque de transparence

123. **Manipulation algorithmique.** La problématique ici repose sur le fonctionnement même de la plateforme et non plus sur les clauses contractuelles. Il y a une grande possibilité de manipulation algorithmique des résultats de recherches des utilisateurs de la plateforme. C'est exactement ce qui a posé problème dans l'affaire Google Shopping²⁵³. Cette opacité quant aux algorithmes de comparateurs de prix ou plus généralement de classement, est dommageable, tant pour le consommateur qui voit son choix biaisé, que pour le distributeur qui se voit lésé dans ses ventes²⁵⁴.

Illustration par l'affaire Amazon retails

²⁵² CJUE, 2e ch., 6 oct. 2015, aff. C-23/14, Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet.

²⁵³ Comm. UE, déc. 27 juin 2017, affa. T. 39740, Google Search/ Shopping, spec. pts. 359 et s..

²⁵⁴ Selon la Commission « les cinq premiers résultats font l'objet de 88 % des clics. La probabilité qu'un lien situé au-delà de la dixième position reçoive une visite est inférieure à 1,1 % », in Comm. euro., *Business-to-Business relations in the online platform environment*, op.cit., note 6, p.13, in Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.83

124. **Affaire Amazon.** A ce titre, l'affaire de la Marketplaces Amazon est un bon exemple. En effet, certaines plateformes, comme Amazon qui est une place de marché, agissent comme des galeries marchandes virtuelles, fonctionnent aussi avec un système de référencement et de comparaison, par le biais d'un classement des produits en fonction du plus intéressant, ou du moins cher par exemple. La tendance d'Amazon a classé ses propres offres au sommet du classement pose question. En ce sens, l'Autorité de concurrence allemande, le Bundeskartellamt, est intervenue eu égard aux procédés d'Amazon. En l'espèce, les vendeurs tiers de la marketplace d'Amazon étaient notés, ce qui permettait un classement en fonction de cela (« *seller ratings* »). Cependant, Amazon, notamment via sa plateforme de revente *Amazon Retail*, ne permettait pas une telle notation, ce qui a été vu comme potentiellement désavantageux²⁵⁵.

125. **Sites des grandes distributions.** Sous une autre forme, dans la grande distribution, pour faire le poids aujourd'hui, la plupart des grandes enseignes de distribution proposent aux consommateurs leurs propres comparateurs de prix en ligne (par exemple QuiEstLeMoinsCher.com, site appartenant à Leclerc). Cependant, le doute persiste quant à la transparence de ces dernières. En effet, il n'est pas assuré que ces plateformes puissent bien saisir de quelle manière les classements sont organisés. Il y a un réel risque d'une diffusion d'une information trompeuse au consommateur, mais aussi une évidence que le comparateur de ces grandes distributions favorise presque toujours leurs propres produits ou services, au détriment des concurrents²⁵⁶.

126. **Opacité, manipulation et conflits d'intérêts.** Par ailleurs, le doute sur la véracité et la sincérité des résultats de l'algorithmes sont d'autant plus forts que la plateforme en ligne ne se rémunère pas seulement au travers du trafic mais parallèlement aussi à partir de revenus publicitaires ou de services auxiliaires de placement de produits. En sus de cette opacité et manipulation, il y a donc un réel conflit d'intérêt²⁵⁷. Le règlement P2B vient apporter quelques solutions à ce sujet mais reste dans la pratique obsolète et limité²⁵⁸.

127. **Rôle des algorithmes dans la concurrence.** Enfin, plusieurs rapports ont récemment mis en avant le rôle des algorithmes de tarification dans la concurrence en ligne²⁵⁹. La plupart

²⁵⁵ V. en ce sens Bundeskartellamt, '*Amazon amends its terms of business worldwide for sellers on its marketplaces – Bundeskartellamt closes abuse proceedings*', 17 juill. 2019, Case summary, disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence allemande.

²⁵⁶ Buy F., Lamoureux M., Roda J-C., *Droit de la distribution*, op.cit.

²⁵⁷ Guido Smorto, *Protecting the Weaker Parties in the Platform Economy*, dans Nestor Davidson, Michèle Finck et John Infranca (dir.), *Cambridge Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 431, in Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.83

²⁵⁸ V. supra

²⁵⁹ Cf. ADLC, (BDK), *Algorithmes et concurrence*, nov. 2019 - CMA, *Pricing algorithms: Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*, oct. 2018 ; ADLC, (Autoridade da Concorrência), *Digital ecosystems, big data and algorithms*, juill. 2019 - OCDE, *Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age*, juin 2017.

des comportements illicites mettant en œuvre des algorithmes de prix détectés à ce jour ont été appréhendés de manière classique : au travers de clauses contractuelles que les algorithmes devaient respecter ou dont ils étaient chargés de surveiller la mise en œuvre²⁶⁰, par des réunions entre les cadres de l'entreprise, ou encore par l'utilisation commune, au sein d'un réseau dans certaines conditions, de logiciels de prix²⁶¹. Comme le démontre certaines recherches en économie expérimentale, ces algorithmes pourraient ainsi, entraîner des ententes tacites, dans certaines situations de marché²⁶², ce qui leur permettrait d'aboutir à la fixation de prix supra-concurrentiels, sans nécessiter de contact entre ces concurrents. C'est pourquoi, il faut des compétences techniques spécifiques pour d'identifier ce type d'effets des algorithmes de tarification pour permettre l'identification de mode de fonctionnement de l'algorithme par exemple²⁶³.

IV. La problématique des restrictions à l'accès et la portabilité des données consommateurs

128. **Captation de la chaîne de valeur : données et avantage concurrentiel.** Les plateformes en ligne créent de la valeur et connaissent leur avantage concurrentiel grâce à la capitalisation et au traitement des données. Les plateformes ont permis une captation de la chaîne de valeur qui leur permet de sophistication leurs algorithmes et leur donne ainsi déjà une avance considérable et difficilement rivalisable en matière d'intelligence artificielle. Les volumes considérables des données accumulées par les grandes plateformes (GAFAM, mais aussi BATX), les ont amenés à adapter leur modèle économique, de sorte que les données accumulées prennent d'autant plus de valeur qu'elles sont croisées avec d'autres jeux de données. Ces plateformes ont très bien compris l'intérêt pour elle de ne pas les partager et le renforcement de leur pouvoir de marché qui résulte de leur possession exclusive. Il ne s'agit pas seulement de capter massivement mais bien d'en développer toutes les potentialités et de les valoriser. Cette capacité leur a très souvent échappée, c'est pourquoi, elles ont conforté et élargi leur pouvoir de marché par la création autour d'elles de tout un écosystème, notamment par le rassemblement de développeurs, c'est plus communément le phénomène d'API (Application Programming Interface) entraînant le verrouillage quasi – définitif du marché, selon une logique du « winner takes all »²⁶⁴.

²⁶⁰ A titre d'exemple : Comm. euro., Cas AT.40099, Google Android - Comm. euro., Cas AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

²⁶¹ Selon l'arrêt de la CJUE, du 21 janv. 2016, *Eturas* n°C-74/14 : « l'utilisation, par un réseau d'agences de voyage en ligne, d'un logiciel commun plafonnant le taux de remise octroyé aux clients peut constituer une pratique concertée, dès lors que, connaissant ce plafonnement automatique résultant du logiciel, les agences ne s'en sont pas distancées », in ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p. 120

²⁶² ADLC, (BDK), *Algorithmes et concurrence*, nov. 2019, section III. B.3.b)

²⁶³ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p. 120

²⁶⁴ En ce sens, v. Brunessen B., *Chronique droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques*, RTD Eur. 2021, p. 61, Dalloz

129. **Intervention du DSA et DMA.** La Commission européenne a conscience que l'accès à de grands volumes de données est le ressort fondamental de l'internet des objets. Il y a un enjeu fondamental, de ce fait, d'éviter que les grandes plateformes ne faussent la concurrence en mobilisant de grandes quantités de données dont elles disposent. C'est d'ailleurs en ce sens qu'en 2020, il y a eu la proposition de règlements (DMA) relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur du numérique et (DSA) relatif à un marché intérieur des services numériques, modifiant par ailleurs la directive 2000/31/C3²⁶⁵.

130. **Actif stratégique.** Cette problématique est d'autant plus dérangeante que cet actif stratégique n'est pas accessible aux différents utilisateurs de la plateforme, notamment les distributeurs. Des clauses restrictives en la matière leur sont imposées. Ceci accroît, par conséquent, la dépendance du marchand vis – à – vis de cette dernière puisque d'abord, cela réduit ses capacités d'adaptation de son offre, et ensuite, réduit de façon draconienne ses possibilités de multi – hébergement ou de mise en place de canaux de distribution directe²⁶⁶.

131. **Données et barrière à l'entrée.** Par ailleurs, au-delà de cet abus, il est possible de considérer l'accumulation de données comme une potentielle barrière à l'entrée sur un marché et donc estimer que de donner l'accès à celles-ci et d'imposer l'interopérabilité entre les plateformes en ligne favorisent la concurrence. Cependant, la définition juridique de l'interopérabilité²⁶⁷ est discutée et il conviendrait pour se faire de s'entendre sur une définition unitaire. Il n'en reste pas moins que, l'interopérabilité n'est pas, *per se*, suffisante pour éviter les comportements d'antitrust. En effet, les seuls volumes de données ne sont pas suffisants pour conférer un avantage concurrentiel aux plateformes, ce sont davantage les compétences et moyens mis en œuvre par ces dernières qui le permettent²⁶⁸.

132. **Possible réflexion sur une solution à apporter.** D'ailleurs, en ce sens, une solution pourrait être envisagé pour contrer cette problématique. Les asymétries informationnelles existantes dans le fonctionnement des plateformes numériques pourraient être levées par l'imposition à ces dernières à l'accès, non pas de leurs données de manière générale et en toute transparence, mais par l'accès à leurs données et/ou à certains algorithmes jugés centraux. Ce qui permettrait de mettre en œuvre une régulation en temps réel et non plus *ex post*, comme c'est le cas actuellement avec les législations applicables, ce qui pose d'ailleurs la grosse problématique de l'efficacité des décisions rendues tardivement. Cela permettrait aussi de résoudre les limites de la régulation *ex ante*, eu égard à l'imprévisibilité du digital et l'évolution

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.83

²⁶⁷ Qui est défini dans le domaine informatique par : « la capacité que possède un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre », Wikipédia <https://fr.wikipedia.org/wiki/Interopérabilité>

²⁶⁸ Renaissance numérique, HENRI I. (dir), rapp. : *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative*, août 2020

des usages dans le numérique. Cependant, encore une fois, cela nécessite des moyens renforcés et des compétences spécifiques des régulateurs, ce qui n'est pas forcément le cas aujourd'hui. Il faudrait donc une volonté forte du législateur pour garantir cette transparence et apporter des résultats effectifs.

V. La problématique des potentiels risques de discrimination entre les entreprises utilisatrices

133. **Dissymétrie informationnelle.** Les plateformes peuvent non seulement être une marketplace, qui met en contact offreurs et demandeurs, mais aussi un canal de distribution de produits direct. Ce fut le cas dans l'affaire *Amazon retails* précitée²⁶⁹, mettant en lumière le grand risque que la plateforme favorise ses produits au détriment de ceux de ses entreprises utilisatrices. D'autant que ce type de plateforme, exploite de manière stratégique des informations pourtant obtenues par les transactions réalisées par ces distributeurs tiers pour ajuster ses offres. Il y a une dissymétrie informationnelle qui fait indéniablement obstacle à une concurrence effective qui se voudrait à égalité des armes. Ce risque de distorsion de concurrence est d'autant plus élevé que l'algorithme de recherche répond à des critères flous et indéterminés. Ce faisant, pour éviter de potentiels biais, les distributeurs tiers aux plateformes sont incités à recourir à des services additionnels. L'abus d'exploitation pourrait être rapportée si la plateforme impose une obligation implicite de payer ce genre de service qui n'auraient pas été souscrits en l'absence de tels biais²⁷⁰.

VI. La problématique du refus des plateformes de la mise en place de mécanisme efficace de règlement des différends

134. **Le refus des règlements des différends autorisés.** Contre toute attente, les plateformes ont le droit de refuser la mise en place et la mise œuvre de toute forme de mécanismes effectifs de règlement des différends. C'est une manifestation de la puissance de négociation déséquilibrée entre la plateforme et ses entreprises utilisatrices. La plateforme peut ainsi agir unilatéralement, immédiatement et sans représailles puisque sans procédure de recours accessibles pour les distributeurs. Cela représente une menace dans les transactions et une porte ouverte aux abus.

²⁶⁹ V. en ce sens Bundeskartellamt, '*Amazon amends its terms of business worldwide for sellers on its marketplaces – Bundeskartellamt closes abuse proceedings*', 17 juill. 2019, Case summary.

²⁷⁰ Cf. au niveau européen, le cas S&P's pour les codes ISIN, in Comm. euro., déc. COMP/39.592 – Standard & Poor's du 15 nov. 2011, en ligne : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39592/39592_2153_5.pdf - in, Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.85

Section 2. Les risques de dommages concurrentiels sur la distribution par des abus de dépendance économique

I. Les possibles abus de dépendance économique des plateformes en ligne

135. **La lumière sur les abus de dépendance économique infligés par les plateformes dans la distribution.** Ce type d'abus est inconnu du droit de l'Union européenne et pourtant sanctionnée par plusieurs droits nationaux de la concurrence. Mais est – ce vraiment l'outil approprié pour répondre aux défis que pose l'économie du numérique ? Cette récente condamnation met – elle en lumière l'utilité et la nécessité de cette qualification de droit national de la concurrence dans la lutte contre la toute-puissance de certaines plateformes en ligne ? Le doute persiste.

136. **La détermination d'un abus de dépendance économique.** En effet, l'abus de dépendance économique est une variété de pratique unilatérale qui peut être sanctionnée au titre de pratique anticoncurrentielle. Sous l'influence du droit allemande, la France l'interdit²⁷¹ au sens de l'article L. 420 – 2, al. 2 du code de commerce²⁷². Le droit de l'UE ne connaît pas cette notion. L'Autorité de concurrence met en garde et signale que la qualification de cet abus de dépendance économique pourrait être utile aux problématiques de dépendance des entreprises affiliées aux places de marché²⁷³.

Pour que l'abus de dépendance économique soit sanctionné au titre d'une pratique anticoncurrentielle il faut rapporter la preuve que cet abus a provoqué une restriction de concurrence. Cette restriction peut concerner deux types de marché : soit le marché sur lequel l'entreprise dépendante est présente, soit celui sur lequel l'auteur de la pratique est présent. En fonction du cas, le scénario anti- concurrentiel se présente sous des aspects sensiblement différents : Dans le premier cas, c'est parce que l'opérateur dépendant subit une situation défavorable par rapport à ses propres concurrents, qu'il faudra sanctionner la pratique. La restriction de concurrence qui est ici en cause ressemble aux cas de discriminations accessoires (dite de "second rang")²⁷⁴. S'il n'est jamais nécessaire, en droit des pratiques antitrust d'établir

²⁷¹ Son interdiction a été introduite dans le droit de la concurrence par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

²⁷² « Est prohibée l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. L'abus peut consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ou en accords de gamme », définition, Abus de dépendance économique, fiches d'orientation, Dalloz, juillet 2020.

²⁷³ ADLC, Concurrence et commerce en ligne, étude, mai 2020 (disponible sur le site de l'Autorité), pt 150. - §136, repris de mon précédent devoir sur « l'abus d'exploitation » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

²⁷⁴ V. CJCE, 15 mars 2007, *British Airways*, aff. C-95/04 - CJUE, 19 avril 2018, *MEO/ Serviços de Comunicações e Multimédia*, aff. C-525/16, in Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 88, pt 20.

l'intention anticoncurrentiel, la caractérisation d'une faute concurrentielle est pourtant difficile à rapporter dans ce cas de figure. Ce qui rend le débat d'autant plus délicat puisqu'on peut se demander quelle est l'intention de l'auteur de la pratique à restreindre la concurrence sur un marché sur lequel il n'est même pas présent. En plus, le seul préjudice subi par la potentielle victime ne constitue pas une restriction de concurrence sur le marché. Pour se faire, il faut caractériser et mesurer l'impact négatif sur le marché en cause. Dans le second cas, c'est l'opérateur qui est en situation avantageuse qui est en cause. Il s'agit de sanctionner une pratique par la comparaison à la situation dans laquelle il devrait se trouver s'il n'avait pas mis en œuvre la pratique en cause. Une restriction de concurrence doit traduire cet avantage. C'est une situation qui en pratique n'est pas simple à démontrer, surtout si l'opérateur en cause ne détient pas une importante part de marché. C'est ce qui, d'ailleurs, peut expliquer les nombreux rejets de plainte et non-lieux prononcés à cet égard²⁷⁵.

À cet égard, la question de la sensibilité semble demander plus de réflexion. Pour l'heure, elle n'est pas requise en matière d'abus de dépendance économique selon la jurisprudence²⁷⁶. Or, certains auteurs trouvent cela contestable, de sorte que, « *la sensibilité permettrait de s'assurer du véritable effet ressenti sur le marché et évite que des atteintes mineures qui ne concernent en réalité qu'un seul opérateur économique ne puissent justifier l'intervention du droit des pratiques anticoncurrentielles* »²⁷⁷.

137. Dans les affaires récentes où l'abus de dépendance économique a été qualifié, on peut remarquer que les pratiques sanctionnées relevaient cumulativement des deux cas explicités. Pour que cette conjonction soit possible outre la relation contractuelle entre l'auteur de la pratique et son partenaire placé en situation de dépendance économique, il y ait entre eux également une relation horizontale de concurrence. Les pratiques abusives faussent alors la concurrence existante entre eux, ce qui permet de justifier par conséquent qu'il soit fait application du droit des pratiques antitrust.

II. Abus de dépendance et Marketplaces

A. Illustration par l'affaire d'Amazon

²⁷⁵ Cons. conc., déc. n°89-D-05 du 24 jan. 1989 relative à des pratiques mises en œuvre par le journal Nice-Matin ; Cass. com., 8 mars 2016, n°14-25.718 – ADLC, déc. n°17-D-15 du 9 août 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par Reed Expositions France dans le secteur de l'organisation des foires et salons.

²⁷⁶ ADLC, déc. n°20-D-04 du 16 mars 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, pt 982.

²⁷⁷ Propos de Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 89, pt 20.

138. **L'exemple d'Amazon.** Dans la distribution en ligne, le cas est assez fréquent. Amazon²⁷⁸ dans ses pratiques avec les distributeurs tiers à sa plateforme en est un très bel exemple. La plateforme peut référencer le fournisseur qui distribue ses produits via ce canal et revendre, elle-même, en son nom, les mêmes produits en même temps. En ce sens, l'Autorité de concurrence, rappelle dans son rapport annuel que « [l]orsqu'un fabricant maintient ses distributeurs dans une situation de dépendance à son égard, il doit veiller à ne pas en abuser, c'est-à-dire à ne pas limiter leur liberté commerciale au-delà des limites tolérables et à ne pas les désavantager par rapport à son propre réseau de distribution interne »²⁷⁹. C'est pourquoi, il y a fort à parier que si la qualification d'abus de dépendance économique est un jour utilisée contre une marketplace comme Amazon, les premières pratiques condamnées seront celles par lesquelles, d'une manière ou d'une autre, la plateforme met en œuvre des pratiques qui l'avantage, lui permettant de privilégier ses propres produits au détriment de ceux offerts par les entreprises utilisatrice qu'elle référence et qui entrent en concurrence avec les siens.

Par ailleurs, il est important de noter que la puissance de marché des plateformes est d'autant plus significative qu'elles apparaissent aux yeux des vendeurs comme des verrous essentiels pour l'accès au marché, dit « *gatekeepers* ». Cette problématique qu'apporte le modèle de fonctionnement des places de marché, qui avantagerait ses propres produits (en cas d'intégration verticale) ou des produits pour lesquels des concurrents ont payé des commissions additionnelles, au détriment de ses entreprises utilisatrices met en lumière l'absence de transparence sur le fonctionnement de l'algorithme, ce qui accroît donc encore le risque²⁸⁰. En ce sens, les conclusions du travail de Lina Khan²⁸¹ sur le cas d'Amazon semblent converger avec ce scénario. De sorte que, dans le segment de marché correspondant à la vente de livres par exemple, Amazon récupérerait ses baisses de prix qu'elle impose en faveur des consommateurs en augmentant les commissions payées par les éditeurs²⁸². Ces éditeurs feraient alors face à un « *increasing cost of doing business with Amazon* »²⁸³. Pour Lina Khan, la réduction des marges des éditeurs a un effet qui ne se traduit pas seulement par un transfert de bien-être entre la plateforme et les éditeurs mais aussi par une limitation de la capacité des éditeurs à investir sur de nouveaux « produits » et « auteurs ». Par conséquent, au-delà d'une atteinte à la concurrence effective, le consommateur subit indirectement un dommage en termes de liberté et de diversité de choix futurs. La jurisprudence européenne traditionnelle prenait en comptes ces deux dimensions mais, celles-ci, ne peuvent être intégrées dans le cadre d'une approche par les effets.

²⁷⁸ ADLC, (BDK), 17 juill. 2019, Case summary: *Amazon amends its terme of business worldwide for sellers on its marketplaces – Bundeskartellamt closes abuse proceedings*, préc. cit.

²⁷⁹ in Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 89, pt 20.

²⁸⁰ Marty F., *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, op.cit., p.90

²⁸¹ Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 2017, 126, Yale Law Journal, p.710.

²⁸² Ibid., 765

²⁸³ Ibid., 765

B. Illustration par l'affaire Apple

139. **Illustration par l'affaire d'Apple.** Par ailleurs, l'affaire Apple²⁸⁴ est emblématique en ce sens, puisque ce dernier a été condamné par l'Autorité de concurrence française pour des pratiques qualifiées d'abus de dépendance économique. En effet, dans cette affaire se retrouvait la double qualité de cocontractant et de concurrent attribuée à l'auteur de l'abus : Apple est placé en situation de concurrence avec ses distributeurs puisqu'il dispose d'un canal de distribution en direct (Apple Store, site de vente Apple)²⁸⁵, c'est ce qui semble avoir incité ce dernier à créer des difficultés d'approvisionnement et à pratiquer des prix imposés à destination de ses distributeurs.

D'ailleurs, dans cette affaire la mobilisation de cette qualification semblait certes, fort adéquate, cependant, la réalité en est tout autre, puisque cette interdiction ne peut, en pratique, répondre aux défis générés par le secteur de l'économie numérique²⁸⁶. Ceci, *a minima*, pour deux bonnes raisons : cette qualification est très proche de celle donnée à l'abus de position dominante, de sorte que, dans bien des cas, cette dernière n'apporte rien de nouveau, d'autre part, cette qualification, dans la pratique antitrust, ne permet pas de répondre à des problématiques nettement circonscrites. En effet, il semble judicieux de rappeler que chacune de ces deux infractions nécessitent l'établissement d'une situation de domination et la détermination d'un abus. La différence étant que, la situation de domination, dans le cadre des abus de dépendance économique est dite « relative », en ce qu'elle existe entre deux partenaires commerciaux, alors que, s'agissant des abus de position dominante, il s'agirait d'une situation de domination « absolue », en ce qu'elle s'exerce sur un marché²⁸⁷. Concernant la détermination de l'abus, il faut avouer qu'il y a une très forte ressemblance des deux qualifications. On pourrait même avouer l'identité puisque les abus de dépendance économique touchent aux mêmes pratiques prohibées par les abus d'exploitation. Il s'agit, en effet, de sanctionner, pour les deux qualifications, une stipulation de conditions contractuelles inéquitables, prenant la forme de clauses abusives ou de prix excessifs par exemple. Et dans les deux cas de figures, l'abus ne peut être sanctionné que si la concurrence effective est restreinte.

²⁸⁴ ADLC, déc. n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, Concurrences n° 2-2020, obs. A. Wachsmann.

²⁸⁵ Cette circonstance a été rappelée par l'ADLC dans sa décision de sanction de manière itérative.

²⁸⁶ Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 86, pt 7.

²⁸⁷ Ibid., p. 86, pt 10.

III. Le regain d'intérêt similaire et concordant aux abus d'exploitation

140. **Le regain d'intérêt des abus de dépendance économique**²⁸⁸. Il convient ainsi de prendre en considération les situations de dépendance économique des entreprises affiliées aux places de marché. L'imposition, par ces plateformes, de conditions commerciales inéquitables ou déséquilibrées pour l'heure, est souvent traitée sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence et, notamment, du déséquilibre significatif²⁸⁹, mais elles pourraient bien l'être aussi, sous la qualification d'abus de dépendance économique prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce²⁹⁰. Par ailleurs, les autorités de concurrence se concentrent, comme dit, à la lutte contre les déséquilibres significatifs issus de la concentration du pouvoir de marché entre les mains de quelques acteurs clés du secteur numérique. Il n'y a donc aucun hasard au regain d'intérêt porté sur les abus de dépendance qui coïncide parfaitement avec la multiplication des condamnations au titre de l'abus d'exploitation. Ces deux qualifications d'abus sont proches, et parfois se confondent en pratique. Elles permettent, dans le cadre de l'économie numérique, de lutter contre les pratiques portant atteinte à une concurrence effective et au bien-être des consommateurs. Toutefois, pour les véritables problématiques de concurrence, la qualification d'abus de position dominante semble plus adaptée. S'agissant des problèmes d'équilibre dans la relation commerciale d'autres outils doivent être préférés, comme ceux envisagés par la Commission européenne dans une future régulation *ex ante*²⁹¹.

²⁸⁸ ADLC, Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 février 2020 ; Rapport parlementaire n° 3127, enregistré le 24 juin 2020, sur les plateformes numériques, présenté par les députés Fasquelle et Faure-Muntian, p. 86 ; CHONE – GRIMALDI A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque*, art.cit p. 88, pt 18.

²⁸⁹ Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, *Amazon*, n°2017050625.

²⁹⁰ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, 2021, op.cit., p 119

²⁹¹ Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 84. - §140 repris de mon précédent devoir sur « l'abus d'exploitation » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

PARTIE 2. LA GESTION DU DOMMAGE CONCURRENTIEL, ENTRE DROIT DE LA CONCURRENCE ET NOUVELLES REGULATIONS

Introduction

141. **Le droit de la concurrence a un rôle majeur dans la régulation de la distribution en ligne.** Il peut s'imposer pour dissuader les entreprises du numérique de manipuler leur pouvoir de marché à des fins anticoncurrentielles, mais aussi les sanctionner si un abus est démontré. Ainsi, les autorités de régulation de la concurrence sont dotées d'outils leur permettant d'intervenir sur le marché du numérique et contrôler les pratiques mises en œuvre par ces opérateurs. Des outils suffisamment robustes pour prévenir et sanctionner. Cependant, les marchés du numériques sont atypiques et singuliers, de sorte qu'ils brouillent les grilles de lecture habituelles des autorités de concurrence²⁹².

142. **Internet constitue sans aucun doute un vecteur d'intensification de la concurrence.** En effet, internet permet à de nouveaux opérateurs de venir concurrencer ceux déjà présents sur un marché donné. C'est en ce sens qu'il peut être admis que le commerce en ligne par son existence et son développement permet un effet pro concurrentiel. En effet, il permet d'atténuer les risques concurrentiels que pourraient poser certains comportements d'entreprises, tels que les fusions-acquisitions, les abus de position dominante ou encore les ententes verticales. Le problème étant qu'en pratique, la pression concurrentielle – en fonction de son ampleur ou des facteurs sur lesquels elle s'appuie (prix, nature des produits, service après-vente, par exemple) – issue du e-commerce n'est pas de la même importance dans les différents secteurs. C'est pourquoi, comme a pu le constater l'Autorité de la concurrence²⁹³, il importe d'analyser *in concreto* chaque secteur donné pour déterminer si les caractéristiques des produits et des clients sont de nature à atténuer ou renforcer ladite pression concurrentielle.

143. **La problématique de l'innovation constante et rapide.** Cependant, cette analyse des marchés est rendue difficile, tant par une dynamique d'innovations constantes, qu'une dynamique des marchés. En effet, l'économie numérique a vu apparaître de nouvelles technologies disruptives : cloud, blockchain, algorithmes ou encore intelligence artificielle. De grands changements qui ont mis à mal les autorités compétentes et qui ont posés de grandes problématiques, au point de se poser la question de savoir si le droit de la concurrence tel qu'il

²⁹² En ce sens, lire : Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, cont. Concu. conso, n°3, Mars 2020, étu. 4, p. 2 et s.

²⁹³ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., 2021

est fait actuellement est lacunaire et mérite un changement à la hauteur des bouleversements qu'annonce l'économie numérique²⁹⁴.

144. **Plan.** Le bouleversement du droit de la concurrence est-il nécessairement justifié par ces changements ? la réponse apportée par l'Autorité de la concurrence est nuancée. Elle propose une analyse qui se veut à la fois prudente, en ce sens, le droit de la concurrence tel qu'il est, est suffisamment « plastique » pour accueillir de nouvelles pratiques (Titre 1), et forte de positions, de sorte que certaines notions se doivent être adaptées plus précisément à l'économie et l'évolution des plateformes (Titre 2)²⁹⁵.

²⁹⁴ Cartapanis M., *l'Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, Concurrence n°2 – 2020, 19 fév. 2020 – ADLC., *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 fév. 2020.

²⁹⁵ ADLC, *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., 2021

TITRE 1. LA NECESSAIRE ADAPTATION DU DROIT DES PLATEFORMES EN LIGNE

145. **Plan.** Les autorités de concurrence sont dotées d'outils leur permettant d'intervenir sur le marché du numérique et contrôler les pratiques mises en œuvre par ces opérateurs. Des enquêtes sectorielles, en passant par des mesures conservatoires, sont autant d'outils suffisamment robustes pour prévenir et sanctionner (chapitre 1). Ce qui semble malheureux, c'est qu'elles détiennent aussi des outils qui pourraient s'avérer efficaces et adaptables aux plateformes en ligne mais ne les utilisent pas assez dans la pratique (chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'EFFICACITE DES OUTILS D'AUJOURD'HUI

146. **Plan.** Les enquêtes sectorielles (section 1) et les mesures conservatoires (section 2), sont parmi d'autres²⁹⁶, des exemples d'outils suffisamment robustes pour prévenir et sanctionner les abus des acteurs de la distribution sur les plateformes en ligne.

Section 1. Les enquêtes sectorielles

I. Des outils mettant en lumière les variétés de stratégies des plateformes en ligne

147. Comme on a pu le constater tout au long de ce mémoire, les plateformes en ligne adoptent des stratégies variables et de différentes natures. Tantôt, il s'agira d'évincer des concurrents en manipulant un algorithme par exemple, tantôt, il s'agira d'exploiter une position dominante pour affaiblir les concurrents. Par ailleurs, même dans ce mémoire nous ne sommes pas attardés au sujet du droit des concentrations pour favoriser le droit des pratiques anticoncurrentielles, la possibilité d'écarter l'arrivée d'un concurrent potentiel en actionnant le levier des acquisitions est tout aussi faisable pour les plateformes, en acquérant de jeunes sociétés opérant sur des marchés similaires ou annexes aux leurs. En effet, en ce sens, les grandes plateformes en ligne, telles que les GAFAM, rachètent à prix d'or des petites *start-ups* innovantes réalisant un faible, voire aucun chiffre d'affaires car ils sont conscients de l'obsolescence et des faiblesses du contrôle européen des concentrations qui ne s'intéressent malheureusement encore aujourd'hui qu'aux opérations où les entreprises génèrent un chiffre d'affaires substantiel. Ainsi, cela permet d'échapper à l'obligation de notification et à l'analyse concurrentielle de leurs acquisitions. En ce sens, les affaires Google c/ Youtube en 2006 ou encore Zappos c/ Amazon en 2009 met en lumière ce phénomène²⁹⁷. Face à cette variété de stratégies plus ingénieuses les unes que les autres, la régulation doit être adaptée et plus pertinente. Pour ce faire, il existe des outils assez efficaces en pratique, d'autres connus mais rarement utilisés. L'enquête sectorielle en ce sens est un outil efficace puisqu'il permet de mettre en lumière les stratégies adoptées par les opérateurs et d'agir plus ou moins rapidement en fonction.

²⁹⁶ Dans l'étude de Chaiehloudj W., d'autres outils sont mis en lumière, in *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, cont. Concu. conso, n°3, Mars 2020, étu. 4

²⁹⁷ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit, p. 2 et s.

II. Un outil permettant de réduire l'asymétrie informationnelle

148. **L'enquête sectorielle et les avis.** Des enquêtes sont réalisées pour chercher à décrypter le fonctionnement d'un marché en profondeur et à regarder s'il n'est pas infecté par des pratiques qui verrouillent le jeu de la concurrence. C'est l'un des outils les plus efficaces²⁹⁸. La commission européenne et l'Autorité de la concurrence n'hésitent pas à les utiliser en pratiques même s'il est vrai qu'on peut noter la présence de certaines critiques à leurs égards. Cet outil permet de réduire l'asymétrie d'information existante entre les entreprises, et les autorités de régulation, qui très souvent n'ont pas connaissance des pratiques que les opérateurs élaborent. Depuis qu'elles sont utilisées, ces enquêtes ont permis de déceler des stratégies anticoncurrentielles que la Commission n'aurait pu identifier en l'absence de cet outil²⁹⁹.

149. **Illustration par des affaires de distribution de produits électroniques**³⁰⁰. S'agissant du domaine de la distribution en ligne, à l'échelle de l'Union, la Commission européenne a pu ouvrir une enquête contre quatre fabricants d'électronique grand public grâce à l'enquête sectorielle menée dans le secteur du e-commerce en 2017³⁰¹ qui a permis de déboucher l'année d'après³⁰² sur quatre décisions de condamnation aux motifs que les opérateurs avaient appliqué des prix de vente imposés fixes ou minimaux de sorte qu'elles ont restreint la capacité de leurs détaillants en ligne à fixer leurs propres prix de détail. En l'espèce, afin de réagir efficacement sur le réseau de distribution en cas de baisses de prix, ces entreprises utilisaient des algorithmes de surveillance et d'ajustement. L'enquête sectorielle a donc permis de mettre en lumière l'ultime place qu'occupent les données dans le commerce en ligne³⁰³. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a récemment utilisé cette arme pour expliquer que par le volume, la variété et

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ « Cela fait référence à l'enquête sectorielle menée dans le secteur pharmaceutique en 2007 relatif à l'identification des pratiques anticoncurrentielles telles que les accords de report d'entrée conclus entre les fabricants de princeps et de génériques », in Chaiehloudj W., *Les accords de report d'entrée : Contribution à l'étude de la relation du droit de la concurrence et du droit des brevets*, préf. D. Bosco : *Concurrences*, 2019, 568 p. – in, Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 20

³⁰⁰ Comm. UE, 24 juill. 2018, aff. AT.40181, Philips. - Comm. UE, 24 juill. 2018, aff. AT. 40465, Asus. – Comm. UE, 24 juill. 2018, aff. AT.40182, Pioneer - Comm. UE, 24 juill. 2018, aff. AT.40469, Denon & Marantz.

³⁰¹ Comm. UE, Rapp. final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique : COM(2017) 229 final, Bruxelles, 10 mai 2017.

³⁰² Soit très rapidement, entre l'ouverture de l'enquête et la décision rendue (18 mois) ce qui est non négligeable et la preuve d'une efficacité certaine de cet outils

³⁰³ Comm. euro. énonce que « d'une part, les données peuvent être une ressource précieuse et l'analyse de grands volumes de données peut apporter des bénéfices substantiels sous la forme de produits et de services de meilleure qualité et permettre aux entreprises de gagner en efficacité. D'autre part, les résultats de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique confirment l'importance accrue des données et font état de possibles problèmes de concurrence liés à la collecte et à l'utilisation des données. Par exemple, l'échange de données sensibles sur le plan de la concurrence, tels que des données sur les prix et les volumes de vente, entre des places de marché et des vendeurs tiers ou entre des fabricants disposant de leurs propres points de vente et des détaillants peut poser des problèmes de concurrence lorsque ces mêmes acteurs sont en concurrence directe pour la vente de certains produits ou services » - Comm. UE, *Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, préc.*, § 55 et 56), in Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 20

la qualité des données collectées par les grandes plateformes en ligne, des avantages très importants en découlent et fait place à une dissymétrie concurrentielle inquiétante.

Section 2. Les mesures conservatoires

I. Un outil permettant la conciliation du temps de la procédure avec le temps économique

150. **Outil en adéquation avec les spécificités des marchés.** Sur les marchés du numérique, les cycles d'innovation sont courts si bien que pour que les pratiques déviantes ne conduisent pas à des situations irrémédiables, les autorités de régulation doivent agir avec rapidité. Pour ce faire, les mesures conservatoires apparaissent comme un outil assez pertinent puisqu'elles permettent de concilier le temps de la procédure avec le temps économique. En France, c'est l'article L. 464-1 du Code de commerce qui les prévoit. Ces mesures sont très utilisées par l'Autorité de la concurrence³⁰⁴, c'est d'ailleurs elle qui en adopte le plus dans l'UE. Elles ont permis de réagir avec rapidité à des situations de concurrence problématiques, cependant, pour en prononcer, il faut que des conditions plus ou moins strictes soient remplies. En effet, il faut impérativement, pour prononcer la mesure conservatoire, qu'une saisine au fond soit formée devant l'Autorité et que la pratique dénoncée porte « *une atteinte grave et immédiate à la concurrence à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante et un lien de causalité doit exister entre les faits dénoncés et l'atteinte* »³⁰⁵. En ce sens, il n'est pas nécessaire de prouver que la pratique dénoncée a des effets anticoncurrentiels concrets car la Cour de cassation a jugé que la pratique doit simplement être « susceptible d'être anticoncurrentiel ». C'est pourquoi, on peut estimer que ces mesures sont parfaitement en adéquation pour répondre aux problèmes de concurrence générés par l'économie numérique et plus spécifiquement aux plateformes en ligne.

Illustration par l'affaire Google Adwords

151. **Illustration par l'affaire Google Adwords.** L'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de faire usage de cet outil à l'encontre de Google à plusieurs reprises. Par exemple, dans une décision du 31 janvier 2019³⁰⁶, elle a en l'espèce, accepté de prononcer des mesures conservatoires suite à la plainte qu'une entreprise avait formé à l'encontre de ce dernier au motif que la plateforme, par son moteur recherche, avait suspendu les comptes de publicité

³⁰⁴ Giraud A., Blanc G., *Les mesures conservatoires à la française : Un modèle réellement enviable ?*, Concu. n° 3-2018, p. 1, in Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 4

³⁰⁵ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 4 et s.

³⁰⁶ ADLC, déc. n° 19-MC-01, 31 janv. 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus.

dénommés AdWords et avait par ailleurs refusé la plupart des annonces de cette entreprise souhaitait diffuser pour promouvoir ses services. L'Autorité a fait droit à cette demande de mesure conservatoire considérant que « *la pratique de Google était susceptible de caractériser une rupture brutale des relations commerciales dans des conditions qui ne sont ni objectives, ni transparentes* »³⁰⁷. Qu'en l'occurrence Google occupe une position dominante sur le marché de la publicité en ligne et « qu'il outrepassé ce qui devrait être un usage proportionné à l'objectif légitime de protection du consommateur ». C'est pourquoi, l'Autorité a prononcé des mesures d'urgence, sanctionne Google et l'enjoint de clarifier ses règles et ses procédures via Google Ads en mettant en place des « mesures de prévention, de détection et de traitement des violations auxdites règles »³⁰⁸.

152. **Efficacité, rapidité et choix.** Il peut de ce fait, être admis que, l'efficacité de cet outil est au rendez-vous puisqu'il permet de redresser en urgence des pratiques susceptibles d'affecter la concurrence de façon irrémédiable pour les opérateurs concurrents.

Outre la rapidité de cet outil, ces mesures offrent un autre avantage, celui du choix des mesures que l'Autorité peut prendre. En effet, selon l'article L. 464-1 du Code de commerce, l'Autorité « *peut prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui paraissent nécessaires* ». À cet égard, l'Autorité n'est pas tenue par la demande de mesures formulées par les entreprises plaignantes. Elle peut aller au-delà et prononcer des mesures de différentes natures sous réserve cependant que ces mesures conservatoires soient proportionnées à l'objectif qu'elles servent selon l'alinéa 3 du même article³⁰⁹.

II. Les procédures d'engagement et procédure d'urgence

153. **Procédure d'engagement.** Par ailleurs, il existe pour les plateformes des procédures d'engagements évitant les sanctions, qui sont d'ailleurs beaucoup utilisées en pratique. Ce sont des procédures alternatives aux procédures contentieuses traditionnelles qui permettent aux parties de proposer, au tout début du contentieux, des engagements comportementaux ou structurels lui permettant d'éviter les sanctions et donc le constat de l'infraction. L'affaire *Google Search* en est une très belle illustration³¹⁰. Ces pratiques alternatives sont majoritaires dans le cas des abus de position dominante.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ En ce sens, Bosco D., *abus de position dominante, l'ère de la « post – modernisation » ouverte par l'Autorité de concurrence*, Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2020, comm. 46. - § 151, 152 repris de mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

³⁰⁹ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 4 et s.

³¹⁰ Comm. eur. 27 juin 2017, *Google Search*, AT.39740, C(2017) 444 final. – Comm. eur. 18 juill. 2018, *Android*, IP/18/4581, n° 40099

154. **Procédure d'urgence et procédure d'engagement.** De manière fréquente, la procédure d'urgence est associée à la procédure d'engagements. L'association des deux procédures est d'ailleurs fortement encouragée par l'Autorité de la concurrence. En ce sens, l'ancien Président de l'Autorité avait souligné que « *lorsque la nature et les effets des comportements en cause le permettent, l'Autorité est favorable à une solution négociée à la suite d'une décision positive de mesures conservatoires. Ainsi, sur quinze décisions d'octroi de mesures conservatoire adoptées depuis 2004, seules deux ont, pour l'instant, donné lieu à une sanction au fond* »³¹¹

155. **Illustration par l'affaire Navx.** Toujours s'agissant des plateformes en ligne, cette situation a pu se présenter dans l'affaire Navx³¹². En l'espèce, suite au prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de Google, ce dernier a proposé des engagements qui ont été acceptés par l'Autorité, ce qui a permis de mettre un terme à la procédure dans la mesure où ils ont été jugés satisfaisants pour mettre un terme aux problématiques de concurrence de la pratique dénoncée. L'affaire s'est donc soldée par une décision d'engagements rendue à peine 5 mois après l'application des mesures conservatoires, ce qui démontre une certaine efficacité et célérité de cet outil.

III. Un outil efficace, rapide mais restant lacunaire en pratique

156. **Lacunes de cet outil.** Bien qu'efficace et rapide dans une certaine mesure, cette procédure d'urgence souffre néanmoins d'une faiblesse importante, puisqu'en l'absence d'une plainte du ministre de l'Économie, des personnes mentionnées à l'article L. 462-2 du Code de commerce ou d'entreprises, l'Autorité de la concurrence ne peut agir de sa propre initiative. Pour autant, cette obsolescence du droit français ne devrait pas perdurer car la transposition de la directive ECN+ prévoit en effet, la mise en place d'un mécanisme permettant à l'Autorité de prononcer *ex officio* des mesures conservatoires, en d'autres termes, sans qu'il ne soit nécessaire qu'une plainte ne soit déposée.³¹³

³¹¹ Lasserre B., *Concilier le temps de la régulation et le temps économique : Bilan et nouveaux défis de la pratique française des mesures conservatoires*, RDLC, Concu. n° 2-2012, p. 29.

³¹² ADLC, déc. n° 10-MC-01, 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx.

³¹³ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 4 et s.

CHAPITRE 2. DES OUTILS CONNUS MAIS INUTILISES

157. **Plan.** Les géants du numériques sont polyvalents. Ils ont développé une multitude de service complémentaires, diversifiés leurs activités, renforçant leur position et rendant le l'utilisateur captif et dépendant à l'égard de leur plateforme³¹⁴. Elles sont donc vues comme des dominants qui monopolisent et verrouillent l'accès au marché digital. Les propositions et analyses doctrinales³¹⁵ afin de contrer cette puissance économique foisonnent. Parmi elles, deux sont particulièrement intéressantes : la présomption d'abus de position dominante par la théorie de l'effet de levier et des présomptions d'illicéité (section 1) et la théorie des facilités essentielles des données (section 2).

Section 1. La théorie de l'effet de levier et des présomptions d'illicéité

158. **Définition.** Il s'agit d'une hypothèse doctrinale selon laquelle dès lors qu'une entreprise utilise sa position dominante sur un marché pertinent, il faut présumer à un abus de cette position³¹⁶. En effet, jusqu'alors, la seule détermination d'une position dominante ne justifie pas la qualification d'un abus, d'après une jurisprudence constante en la matière. Cette **présomption d'illicéité serait simple**, ainsi l'entreprise aurait le moyen de renverser la preuve et de démontrer que sa pratique demeure celle d'une concurrence par les mérites, effective³¹⁷. Le rapport crémer³¹⁸ recommande le recours des présomptions en cas de refus de la part d'une entreprise cruciale « *particular relevance* » d'accorder une interopérabilité³¹⁹ ou d'avantager, dans le cadre de la distribution, ses propres produits par rapport à ceux des tiers³²⁰, ou encore, en cas de refus de fournir des données non reproductibles. Il appartiendrait donc aux entreprises digitales dominantes de démontrer l'effet proconcurrentiel de ses comportements et non pas aux autorités de régulation de la concurrence³²¹. Il s'agirait donc d'un élargissement de la notion d'abus de position dominante par l'inclusion de prohibition du droit de la consommation

³¹⁴ L'exemple d'Alibaba en ce sens est intéressant. En effet, cette entreprise de e-commerce a multiplié les services annexes (vidéos, livraisons de repas...) et développe une activité dans le domaine de l'intelligence artificielle et du cloud.

³¹⁵ Pour une synthèse des propositions faites, V. *États généraux du numérique sous l'égide du CNum*, mai 2020.

³¹⁶ Malaurie – vignal M., *Concurrence et numérique : un foisonnement d'idées pour dominer les géants*, Communication Commerce électronique, n°10, Oct. 2020, étude 17, p. 3, pts. 9.

³¹⁷ Chone - Grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque*, Revue Concurrences, n°4-2020, Nov. 2020

³¹⁸ Crémer J., De Montjoye Y.-A. and Schweitzer H., *Competition policy for the digital era : European Commission*, Bruxelles, 2019.

³¹⁹ Microsoft a été condamné pour refus d'interopérabilité entre son système d'exploitation et celui des concurrents – V. Comm. UE, déc. 24 mars 2004, Microsoft, aff. COMP/C-3/37.792.

³²⁰ Rapp. Crémer, préc., note 16. – Ex, affaire CJUE, 17 juin 2017, *Google Search Shopping*, COMP/39.740, IP/17/1784.

³²¹ Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque*, art.cit., p. 3, pts 9, 10.

ou de la protection de la vie privée, en considération des avantages acquis illégalement par rapport aux concurrents³²².

159. **Discussion doctrinale.** Cette présomption est discutée en doctrine³²³. La question qui se pose est de savoir à partir de quand on considère qu'un opérateur est assez puissant (« *particular relevance* ») pour que de telles présomptions puissent jouer en sa défaveur ? S'agit-il de prendre en considération le marché dit pertinent ou l'écosystème numérique ? Par ailleurs, qu'est ce qui autorise par nature à présumer la nocivité d'une pratique, alors que celle – ci est potentiellement innovante et que de plus, aucune étude économique ne permet de démontrer fondamentalement ladite nocivité³²⁴.

160. **Utilité de la présomption d'illicéité d'abus de position dominante** En réalité, cette présomption simple permettrait de faciliter le travail des autorités de régulation de la concurrence à l'aune des atteintes les plus évidentes à la concurrence effective. Eu égard au droit actuel, à l'aune de la théorie économique, la nocivité anticoncurrentielle d'une pratique est présumée dès lors qu'une atteinte à la concurrence effective a déjà été démontré. Dans ce cas, la question se pose de savoir s'il est pertinent de qualifier une présomption alors que des sanctions ont déjà été appliqués sans elle³²⁵. Le réel but de cette manœuvre est en fait de permettre aux autorités compétentes d'agir rapidement par la saisie d'office afin de pouvoir prononcer des mesures conservatoires.

Section 2. La théorie des facilités essentielles

161. **Utilité de la théorie.** Cette théorie a été utilisée *ab initio* afin de permettre aux nouveaux entrants d'entrer sur des marchés où d'anciens monopoles avaient leur place bien gardée³²⁶. Cette dernière a été étendue aux entreprises du numérique.

162. **Initiée aux USA.** C'est en effet une doctrine connue et qui tire son origine des États-Unis. Elle permettrait de débloquer des situations où un opérateur dominant de réseaux refuserait de les ouvrir à des entreprises tierces concurrentes qui en aurait besoin pour

³²² CNum, États généraux du numérique, mai 2020, p. 119. - §158 repris de mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

³²³ Cousin M., *Concurrence dans l'économie digitale : à qui doit profiter le doute sur la nocivité d'un comportement ou d'une concentration ?*, RLC, 1er mai 2019.

³²⁴ Malaurie – vignal M., *Concurrence et numérique : un foisonnement d'idées pour dominer les géants*, art.cit., p. 3, pts. 9.

³²⁵ Cousin M., *Concurrence dans l'économie digitale*, préc.

³²⁶ ADLC, déc. n° 14-D-11, 2 oct. 2014 relative à « *des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train : l'accès à la plateforme Résarail, système informatisé de réservation de la SNCF, était une condition essentielle pour permettre à des concurrents de vendre des billets de train en France* ». – V. Chone – Grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les Français contre – attaque*, art.cit, p. 4, pt. 12.

commercialiser leurs produits ou leurs services. Aux États – Unis, cette théorie a fortement été critiquée et a d'ailleurs très peu été utilisée par la Cour suprême parce qu'elle porte une potentielle atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété des entreprises. En effet, cette théorie permet à des concurrents de leur rendre obligatoire l'accès à une infrastructure qui est en pratique impossible à reproduire techniquement ou financièrement pour les nouveaux entrants. En ce sens, elle imposerait donc finalement la conclusion d'un contrat à un opérateur qui n'en voulait pas³²⁷.

163. **Arrivée en Europe.** Cette doctrine est arrivée en Europe depuis l'affaire Commercial Solvents³²⁸. La doctrine s'interroge de plus en plus sur l'opportunité d'appliquer cette théorie aux opérateurs numérique. Cependant, il y a des difficultés sur deux niveaux : il faut une position dominante de la part de l'entreprise en cause et il faut que les conditions posées par la Cour de justice soient remplies, en ce sens, il convient d'appliquer ici la jurisprudence dédiée aux intangibles en considération des données dans la mesure où l'économie numérique est construite autour de cet actif qui est immatériel et non rival³²⁹.

164. **Conditions d'applications de la théorie.** Eu égard aux arrêts Magill³³⁰ et IMS Health³³¹, pour appliquer la théorie des facilités essentielles, quatre conditions – très exigeantes – doivent être remplies : le refus doit porter sur un bien indispensable ; il doit être de nature à éliminer toute concurrence ; il doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau ; et enfin ce refus ne doit pas pouvoir être objectivement justifié.

165. **Plan.** Sur les marchés du numérique, l'application de la théorie des facilités essentielles pourrait être recherchée dans deux situations : à l'accès aux données (I) et aux plateformes en ligne (II).

I. La facilité à l'accès aux données

166. **Plateformes et données.** Il s'agit d'obliger les plateformes à donner accès aux données qu'elles possèdent aux concurrents. En effet, les données peuvent nourrir des pratiques abusives. L'accès à ces données est primordial pour faciliter la concurrence des startup

³²⁷ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 7,8.

³²⁸ CJCE, 6 mars 1974, aff. jtes n°6/73 et n°7/73, Commercial Solvents

³²⁹ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 7,8.

³³⁰ CJCE, 6 avr. 1995, aff. jtes C-241/91 P et C-242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE 1995, p. I-743.

³³¹ CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, MS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG., Rec. CJCE 2004, p. I-5039 - Poillot-Peruzzetto S., Contrats, conc. consom. 2004, comm. 128 – in Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 7 et 8

innovantes face aux géants du numérique³³². Cette théorie s'appliquerait sur des structures non interchangeables et s'il n'existe pas d'alternatives viable pour les concurrents. Ainsi, il doit y avoir un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau ou la limitation au développement technique de produit ou de service sur un marché connexe.

167. Bases de données et solutions alternatives. L'Autorité de concurrence fait une distinction entre l'existence de solution alternatives aux bases de données ou non. Ainsi, elle énonce que s'il existe des solutions alternatives, la base de données n'est pas une facilité essentielle³³³, toutefois, le refus de discrimination peut être jugé comme étant abusif³³⁴ et le juge peut ordonner l'accès à une partie des données du fichier client³³⁵. Dans le rapport du 10 mai 2016³³⁶, il est suggéré que soit permis dans certaines circonstances, de penser que la détention de *big data*³³⁷ soit qualifiée de facilité essentielle³³⁸, mais lorsqu'il s'agit de données personnelles alors il faudrait se conformer au RGPD³³⁹. Les prix excessifs³⁴⁰ ou différenciés selon les clients en fonction des données collectées³⁴¹ pourront continuer d'être sanctionnées au titre des abus de position dominante même si la qualification de facilité essentielles n'est pas retenue pour l'algorithme en question.

168. Difficulté tenant à l'application de la théorie aux données. Sans la captation et la valorisation d'une masse de données importante, il est impossible pour une entreprise de proposer un service efficace. Or, ces entreprises innovent et donc la difficulté tient au fait que les données acquises par les plateformes en ligne dominantes l'ont été par les mérites. Néanmoins, si les géants du numérique empêchent l'accès aux données qui sont indispensables pour se développer en ligne, alors elles pourraient préempter le marché du numérique et s'émanciper de toute source de concurrence sur ce dernier. Si tel était le cas, en ce sens, la condition la plus difficile à remplir semble être celle de l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. La question se pose de savoir si demander l'accès à des données pour imiter un produit

³³²ADLC, Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 2016. – V. aussi, TPICE, 28 avr. 2005, aff. T-201/04, Microsoft : « a été ordonnée la communication des informations sur les interfaces nécessaires pour que les produits concurrents puissent opérer avec le système d'exploitation windows ». – Chone - Grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque*, art.cit., p. 4, pt. 12.

³³³ ADLC, déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014

³³⁴ pt 220 déc. – Solution confirmée en appel et devant la Cour de cassation : Cass. com., 21 juin 2017, n° 15-25.941

³³⁵ ADLC, déc. n° 14-MC-02, 9 sept.2014, Direct Énergie.

³³⁶ ADLC, Bundeskartellamt, *Droit de la concurrence et données*, 10 mai 2016.

³³⁷ Les big datas sont d'énormes volume de données traitées, à une vitesse aussi rapide et intense que leur collecte et traitement, grâce à la puissance des processus des algorithmes et de la diversité de leurs sources et de leur contenu - V. Chone – grimaldi A-S., *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque*, art.cit, p. 4, pt. 13, note 32.

³³⁸ ADLC, Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 févr. 2020.

³³⁹ Le RGPD reconnaît un droit à la portabilité des données.

³⁴⁰ Exemple du monopole Lufthansa qui détenait un monopole sur des trajets et qui a été condamnée par l'autorité de concurrence allemande pour la hausse de 35-30 % le prix des billets via un algorithme de prix fonction des changements de la demande : BKD, Press release 29 mai 2018.

³⁴¹ V. ADLC et BDK, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016.

déjà existant pourrait remplir ladite condition. Actuellement il est difficile d'y répondre. Pourtant, il faut relever que par l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Microsoft³⁴², cette condition de l'apparition d'un produit nouveau a été considérablement assouplie. Le Tribunal a énoncé qu'il suffit que le refus conduise à limiter « le développement technique » des produits ou des services³⁴³.

II. La facilité à l'accès aux plateformes en ligne

169. **Illustration par le modèle de distribution d'Amazon.** S'agissant de la facilité rendue possible par l'application de cette doctrine à l'accès à une plateforme, le modèle de configuration d'Amazon en est une très bonne illustration. En effet, comme précisé plus haut, cette plateforme a un double rôle, celui d'être l'un des plus gros distributeurs en ligne du monde et la possession d'une marketplace incontournable pour les vendeurs tiers. Amazon est en concurrence directe avec ces derniers puisqu'en parallèle de leur permettre de distribuer leur produit, celle-ci propose à la vente des produits similaires aux leurs sur sa place de marché.

170. **Difficulté tenant à l'application de la théorie aux modèles des plateformes** Ainsi, il s'agit donc de s'interroger sur le caractère essentiel ou non de la marketplace pour appliquer la théorie des facilités essentielles à un cas de refus d'accès. A cet égard, le Bundeskartellamt avait ouvert en 2018 une enquête contre Amazon en examinant le caractère essentiel de la plateforme en considération du niveau de dépendance des distributeurs tiers vis-à-vis de la marketplace³⁴⁴. En ce sens, il reste cependant difficile de savoir si en pratique la théorie peut s'appliquer. D'ailleurs, en doctrine, cette théorie reste forte critiquée. Certains s'y opposent fermement, jugeant qu'un refus d'accès pourrait activer une concurrence dynamique en poussant les entreprises à créer un modèle alternatif, ce qui reste discutable puisqu'au regard des nécessité infrastructurelles et financières ce n'est pas aussi simple. Nonobstant les effets de réseaux et les coûts que nécessitent la création d'une plateforme en ligne, supérieur ou toute aussi efficace que la marketplace d'Amazon, la création d'un modèle alternatif apparaît totalement illusoire. En somme, pour l'heure, la théorie des facilités essentielles s'avère être un outil sujet à discussion, mais existant et potentiellement mobilisable. Ce faisant pour lui permette une plus grande efficacité et application en pratique, il faudrait intégrer les spécificités de l'économie digitale³⁴⁵.

³⁴² TPICE, 28 avr. 2005, aff. T-201/04, Microsoft c/ Comm., Rec. CJCE 2005, p. II-1491.

³⁴³ Marty F., *The Unspeakable One : De l'activation de la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique*, GREDEG Working Paper n° 2018-27, p. 7 – Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 7,8.

³⁴⁴ BDK, *Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon*, 29 nov. 2018.

³⁴⁵ Chaiehloudj W., *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?*, art.cit., p. 7,8.

TITRE 2. LE BESOIN FACE AUX NOUVEAUTES DE CERTAINS RISQUES D'UNE REGULATION SPECIFIQUE DES PLATEFORMES EN LIGNE ?

171. **Plan.** Face à ces insuffisances intrinsèques du droit de la concurrence, la mise en place d'une régulation *ex ante*³⁴⁶ semble nécessaire et judicieuse. Ainsi, celui-ci permettrait de réguler, en complément du droit commun de la concurrence, le marché du numérique en visant certains secteurs d'activités qui nécessitent une intervention publique plus poussée eu égard à leurs caractéristiques propres à l'origine de la défaillance de marchés, rendant de ce fait, obsolète et incomplète, l'intervention *ex post* (chapitre 1). La question se pose quand même de savoir si une telle régulation suffit à contrer les préoccupations qu'apportent les plateformes en ligne. C'est pourquoi certains auteurs, ont pensé à des remèdes efficaces issus d'un nouveau droit. L'objectif d'un nouveau droit de la régulation permettrait d'offrir aux régulateurs des outils efficaces pour superviser les plateformes et prévenir les infractions au droit de la concurrence. Il permettrait d'établir un régime d'obligation approprié, s'appliquant à des acteurs bien définis et dans un but légitime défini par le législateur. Ces outils de remèdes efficaces auront pour objectif, entre – autre : de promouvoir une culture de la transparence, d'instaurer des obligations, de prévoir des modalités d'accès à certains types de datas et de consacrer un principe de non – discrimination³⁴⁷ (chapitre 2).

³⁴⁶ J. Furman, et a., Unlocking Digital Competition, report of the Digital Competition Expert Panel, “*An independent report on the state of competition in digital markets, with proposals to boost competition and innovation for the benefit of consumers and businesses*”, 2019

³⁴⁷ En ce sens, V. Faure-Muntian et Fasquelle D., Plateformes numériques, Ass. nat., n° 3127, 2020 - Perrot A., Bourreau M., *Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard*, Note., Conseil d'analyse économique, 2020/6, n°60, p. 1 à 12. - Renaissance numérique, association, Henri I. (dir) : *Réguler les plateformes numériques : pourquoi ? Comment ?*, mai 2020 - *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative*, août 2020 - *Digital Markets Act : cinq questions à Oliver Fréfet, avocat spécialiste du droit de la concurrence*, ITW, 20 janv. 2021 - ADLC., *Concurrence et commerce en ligne*, op.cit., 2021

CHAPITRE 1. L'AMÉLIORATION DE LA RÉGULATION *EX ANTE*

172. **Plan.** L'initiation d'une régulation *ex ante* française a été proposé, par l'Europe et la France, sous deux formes qui se complètent et se rejoignent dans les idées. S'agissant d'une partie des propositions, très intéressante pour notre sujet, apportées par la France, il s'agirait de mettre en place une définition juridique des plateformes en ligne dite « structurante » et d'élargir la notion d'abus de position dominante (section 1). L'Europe elle propose un nouveau cadre de responsabilité applicable aux plateformes en ligne (DSA/DMA) et une transparence et loyauté accrue dans leur conception et leur fonctionnement (section 2).

Section 1. L'initiation de propositions d'une régulation *ex ante* française

I. L'élargissement de la notion d'abus de position dominante

173. **L'inclusion des acteurs « quasi – dominants ».** L'Autorité de la concurrence estime que certaines définitions devraient être améliorées malgré que le droit de la concurrence en lui-même est selon elle un droit « plastique » dont les concepts restent aptes à faire face aux mutations technologiques sans la nécessaire intervention du législateur. C'est pourquoi, elle a proposé des pistes de réflexions pour compléter le droit de la concurrence, tant au niveau national qu'europpéen, par le biais d'un mécanisme permettant d'intervenir sur les comportements nuisibles à la concurrence mis en œuvre par les opérateurs dits « structurants ». Il s'agirait d'élargir la notion même d'abus de position dominante afin d'y inclure certains acteurs dit « quasi-dominants » qui ont de tout évidence le contrôle de l'accès au marché sur lequel ils interviennent à titre principal mais aussi le contrôle de l'accès des marchés voisins où ils ont une position de *gatekeepers*.

174. **L'assouplissement de la notion d'infrastructure essentielle.** L'Autorité relève en ce sens que ces opérateurs qu'elle qualifie de « *plateformes économiques structurantes* », ont acquis une importance telle que certains de leurs comportements sont susceptibles d'affecter le bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels elles sont présentes mais également sur les marchés voisins, et ceci en générant des risques concurrentiels sans qu'il soit toujours possible de caractériser, au vu du standard actuel, un abus de position dominante. Il s'agirait donc de savoir identifier ces opérateurs ayant une position dite « structurante » La notion « *d'infrastructure essentielle* » est ainsi en jeu. En effet, il s'agirait d'assouplir le standard applicable à cette notion ou développer un tout autre standard, dans le but d'être en mesure de qualifier certains actifs qui se veulent « incontournables », et dont disposent ces opérateurs, tels que les bases données, les communautés d'utilisateurs ou encore les

écosystèmes. Autant d'actifs qui ont un rôle majeur dans la concurrence entre entreprises d'e-commerce, qu'une telle approximation juridique n'est pas sans conséquence au bon fonctionnement concurrentiel³⁴⁸.

II. L'intégration de la définition des plateformes en ligne « structurantes »

175. **La problématique de la définition des plateformes numériques structurantes.** Le manque de définition unitaire et cohérent est une des raisons de cette difficulté à réguler de manière opérante la distribution sur les plateformes en ligne. Au-delà d'une définition peu satisfaisante apportée par les différentes législations, il manquerait une définition juridique de la plateforme numérique dite « structurante », ce qui limite très largement la possibilité de leur imposer des règles particulières. En effet, dans la pratique il ne s'agit pas seulement d'englober et de réguler de manière identique toutes les plateformes mais bien de distinguer en fonction de leur position et de leur poids dans l'économie numérique. Il va de soi que toutes les plateformes ne se valent pas et qu'elles n'ont pas les mêmes incidences sur leurs utilisateurs et sur les institutions. Ainsi, pour permettre une plus grande justesse et ne pas fausser le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché numérique, en favorisant finalement les plus puissants au détriment des plus faibles, il convient de donner une définition de ces plateformes que la doctrine appelle « structurante ».

176. **Proposition doctrinale intéressante.** C'est d'ailleurs une des propositions apportées par la Commission des affaires économique dans son rapport sur les plateformes numériques du 24 juin 2020³⁴⁹. La Commission dans son rapport explique en effet, que le développement de certaines plateformes faisant partie des géants du numérique, ont certes des modèles d'affaires différents, mais, il n'en reste pas moins que des caractéristiques communes indéniables favorisent la domination des marchés : les effets de réseau, les économies d'échelle, le rôle central joué par les données ou encore le développement d'activités conglomérales. Ce sont autant de facteurs permettant à ces quelques acteurs devenus incontournables de s'asseoir durablement sur des positions dites dominantes sur les marchés.

177. **Identifier des critères dépassant le seul champ économique.** Il est possible d'envisager à ce titre une option politique plus large dans son approche et qui englobe l'ensemble des externalités négatives qu'on a pu identifier dans ce mémoire. C'est pourquoi une telle approche nécessite de bâtir une définition robuste et unitaire de la notion de « plateforme en ligne structurante ». En effet, les seuls critères de taille, nombre d'utilisateurs, capacité financière et/ou de données ne suffisent pas à eux seuls à définir le caractère structurant d'une telle organisation des échanges (c'est-à-dire, plusieurs faces, infrastructure

³⁴⁸ Cartapanis M., *L'Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, Concurrence n°2 – 2020, 19 fév. 2020 – ADLC., *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, 19 fév. 2020.

³⁴⁹ Faure-Muntian et Fasquelle D., *Plateformes numériques*, art.cit., Partie 1, II), p.32.

technologique, écosystème) permettant de la distinguer d'autres grands acteurs de l'économie. C'est pourquoi il est impératif que cette nouvelle définition puisse inclure l'ensemble des dimensions des plateformes en ligne et préciser les externalités négatives hors du champ économique qui permet de les différencier des autres acteurs économiques et ainsi, leur appliquer une approche régulatrice spécifique et adaptée. La construction juridique s'avère fragile sans proposition précise concernant la définition de ces externalités négatives. Par ailleurs, en tout état de cause, il est évident qu'il est nécessaire d'identifier des critères qui dépassent le seul champ économique, car ce qui est en jeu dans la régulation dépasse ce strict domaine. Il faut inclure l'ensemble des éléments qui permet de les identifier et les distinguer des autres, car il pourrait facilement s'avérer que ces autres acteurs économiques classiques soient concernés par une telle définition. Les pratiques de marques propres des distributeurs en est une très belle illustration. En effet, ces pratiques sont largement présentes dans la distribution classique et n'est donc pas l'exclusivité des entreprises du numérique, sans parler du déréférencement également largement pratiqué par les distributeurs³⁵⁰.

178. **L'obsolescence des législations.** La Commission insiste sur ce besoin de combler ce vide juridique et de définir ces plateformes en position dominante qu'elle qualifie de « structurantes », afin de donner au législateur des moyens d'actions ciblés et renouvelés³⁵¹. En effet, selon elle, les définitions existantes apportées par le code de consommation pour le droit français, et le règlement P2B pour l'UE, ne permettent pas de saisir entièrement la spécificité des plateformes structurantes. La définition légale française aurait une vocation horizontale pour l'essentielle et ne permet pas de différencier les plateformes selon leur importance sur le marché, tandis que, la définition européenne a une portée également horizontale et se restreint beaucoup trop, car elle ne vise que certaines plateformes, à savoir celles régissant les relations « B to B ». D'autres définitions existent³⁵² mais de façon trop éparse car elles visent à imposer des mesures spécifiques aux plateformes les plus importantes et sont par conséquent loin d'être suffisantes pour caractériser une plateforme structurante, de plus elle manque d'harmonisation, ce qui les rendent peu efficace en pratique.

³⁵⁰ En ce sens, Renaissance numérique, *Réguler les plateformes numériques : pourquoi ? Comment ?*, 2020

³⁵¹ Ibid., p. 27 et 28.

³⁵² Le Conseil national du numérique par exemple, apporte une définition prenant en compte deux dimensions : les effets de réseaux et une logique d'écosystème. Ainsi selon lui, une plateforme numérique : « est un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou bien 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. À cette caractéristique commune s'ajoute parfois une dimension écosystémique caractérisée par des interrelations entre services convergents. », in Conseil. Nat. Num., Rapport, Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique, 2015.

Section 2. L'initiation de propositions d'une régulation *ex ante* européenne

179. **Plan.** La Commission européenne, le 15 décembre 2020, a publié deux projets de loi Digital Services Act (DSA)³⁵³ et Digital Markets Act (DMA)³⁵⁴ qui ont pour objet de réguler les plateformes en ligne dont les marketplaces et les moteurs de recherche. Ces propositions placent les plateformes dans l'œil du cyclone. Il s'agit en effet, de soumettre les plateformes en ligne à un régime de mise en conformité (I) et de consacrer l'approche par la *compliance* du marché numérique (II). Cependant, les moyens mis en œuvre ne sont pas à la hauteur de l'ambition portée par les textes de ces propositions³⁵⁵.

I. L'imposition d'un nouveau cadre de responsabilités aux plateformes en ligne : DSA et DMA

A. Objectif du DSA/DMA

180. **DSA et DMA.** Ces projets de réformes ont pour but de responsabiliser ces grandes plateformes en ligne, notamment sur leurs comportements de marchés, pour prévenir les pratiques de verrouillage de marchés et les entraves au développement d'offres alternatives et à l'innovation, en instaurent de nouvelles règles. En effet, cela permettrait de les empêcher de contrôler le marché et d'imposer des conditions commerciales ou techniques déséquilibrées. Ces propositions apportées par la Commission, ont le mérite de se saisir la réalité complexe des plateformes en ligne désormais systémiques prenant en considération notamment l'échec des modèles de régulation sectoriels actuels qui n'appréhendent qu'une partie des enjeux et le régime de sanctions *ex post* en ce qu'il ne protège pas suffisamment les utilisateurs. A cet égard, c'est par une démarche qui s'inscrit dans le prolongement du RGPD³⁵⁶ que la Commission souhaite étendre le régime de mise en conformité à tous les services proposés par les plateformes et contenus postés sur ces dernières, sans oublier les données³⁵⁷.

³⁵³ Proposition de Règlement relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE, COM (2020) 825 final

³⁵⁴ Proposition de Règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, COM (2020) 842 final

³⁵⁵ En ce sens, lire : Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, Obs. Comm. europ. 15 déc.2020, COM (2020) 825 final et COM(2020) 842 final, Dalloz IP/IT 2021, p. 217– V aussi en ce sens, Brunessen B., *Chronique droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques*, RTD Eur. 2021, p. 61, Dalloz – Bosco D., *La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe*, Cont., concu., conso., 2021, comm. 1 - Faure-Muntian et Fasquelle D., *Plateformes numériques*, Ass. nat., n° 3127, 2020 et Furman J., *Unlocking Digital Competition, report of the Digital Competition Panel*, 2019 - Perrot A., Bourreau M., *Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard*, Note., Conseil d'analyse économique, 2020/6, n°60, p. 1 à 12.

³⁵⁶ Règl. [UE] 2016/679, 27 avr. 2016

³⁵⁷ Règl. [UE] 2018/1807, 14 nov. 2018

D'ailleurs, comme dit précédemment, c'est ce que préconisaient divers rapports et études récents favorables³⁵⁸ à la promotion d'une régulation *ex ante* en ce domaine³⁵⁹.

181. **Objectif de ces propositions.** Le but est de définir *a priori* sous la supervision d'une nouvelle structure de surveillance qui veillera à adapter les outils à chaque écosystème, les risques systémiques liés notamment à l'existence de contenus illicites, de services commerciaux, de failles de sécurité, etc. À partir de ces risques définis, pour éviter leur réalisation, la Commission fixera *ex ante* un ensemble d'obligations et de mesures de prévention et de protection applicables aux services d'intermédiation de ces plateformes. Le but est de « créer un espace numérique plus sûr dans lequel les droits fondamentaux de tous les utilisateurs de services numériques sont protégés et établir des conditions de concurrence équitables pour favoriser l'innovation, la croissance et la compétitivité, tant dans le marché unique européen qu'à l'échelle mondiale »³⁶⁰, ce qui permet une approche essentiellement globale et asymétrique. Dans le cadre de ce nouveau dispositif, la Commission propose donc une régulation nouvelle consacrant une approche par la *compliance* pour rééquilibrer les droits et responsabilités des plateformes, des autorités publiques et des utilisateurs³⁶¹.

B. Une proposition critiquable

182. **Critique possible du dispositif.** L'esprit du dispositif ne se dégage malheureusement pas d'une lecture linéaire des textes car y figurent seulement les fragments d'une approche transversale qu'il faudra construire au fur et à mesure. Le DSA prend les traits d'une *lex generalis* et fixe pour saisir l'ensemble des activités des acteurs par des lignes horizontales sans pour autant entrer dans leur qualification juridique, et lutter contre le *forum shopping* ou se substituer aux législations européennes sectorielles, or, le doute persiste encore sur sa capacité à s'articuler avec l'ensemble des législations sectorielles comme celles dédiées aux contenus audiovisuels ou protégés par le droit d'auteur par exemple, ce qu'affirme pourtant le texte mais qui pourra être incontestablement source de difficulté lors de sa mise en œuvre à venir.

S'agissant du DMA, il vise à agir *a priori* sur le comportement des *gatekeepers* qui comme nous avons pu le démontrer précédemment, est un réel problème pour le bon fonctionnement de la concurrence car les marchés numériques sont verrouillés par ces quelques acteurs. C'est pourquoi le DMA vise à agir tant sur les plateformes par les sources de leur pouvoir de marché, essentiellement tiré des données, que pour lutter contre les effets de réseau en rendant plus

³⁵⁸ Voir supra, Faure-Muntian et Fasquelle D., Plateformes numériques, Ass. nat., n° 3127, 2020 et Furman J., *Unlocking Digital Competition, report of the Digital Competition Panel*, 2019

³⁵⁹ Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, Obs. Comm. europ. 15 déc.2020, *COM (2020) 825 final et COM(2020) 842 final*, Dalloz IP/IT 2021, p. 217

³⁶⁰ Comm. europ., communiqué, 15 déc. 2020

³⁶¹ Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, Obs. Comm. europ. 15 déc.2020, *COM (2020) 825 final et COM(2020) 842 final*, art.cit, p. 217 – V aussi en ce sens, Brunessen B., *Chronique droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques*, RTD Eur. 2021, p. 61, Dalloz – Bosco D., *La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe*, Cont., concu., conso., 2021, comm. 1

contestables les marchés numériques. Ici encore, présenté comme novateur, ce dispositif qui ajoute un droit spécial au droit de la concurrence, enrichit la logique du règlement *Platform to Business*³⁶² en dépassant les seules relations bilatérales entre les plateformes et les entreprises utilisatrices pour permettre de saisir l'ensemble des écosystèmes et en garantir la loyauté et la contestabilité. Ces dispositions demeurent néanmoins en l'état insuffisantes pour parvenir à un tel objectif³⁶³. En effet, la volonté de la Commission de photographier dans sa globalité et dans l'instant une situation problématique, met en lumière probablement les prémices d'une approche transversale sans pour autant aller jusqu'au bout de la démarche assignée aux DSA/DMA³⁶⁴.

183. **Conséquence de ce positionnement de la Commission.** A cet égard, l'Allemagne a entrepris de modifier sa loi sur la concurrence pour y intégrer certaines dispositions envisagées dans le DMA, dans son droit national. L'Autorité de concurrence allemande dispose dorénavant de ce fait de pouvoirs étendus pour la poursuite de certaines pratiques mises en œuvre par des plateformes en ligne dite structurantes telles que Facebook, à l'aune du droit des données personnelles et du droit de la concurrence³⁶⁵. L'initiative des Allemands interroge par ailleurs la France quant à l'opportunité d'avancer parallèlement le processus européen – qui se veut probablement long et fastidieux – en vue de l'adoption du paquet numérique. En effet, la question pourrait se poser pour donner plus de marge de manœuvre à l'Autorité de la concurrence. En tout état de cause, cet outil à impact concurrentiel, et non de concurrence, nécessite d'être renforcé sur plusieurs aspects pour être totalement efficace et dissuasif en pratique³⁶⁶.

II. Transparence et loyauté

A. Transparence et loyauté par la *compliance*

184. **Garantir la liberté de choix.** Au titre de ces propositions, l'objectif est de conduire à la liberté de choix des utilisateurs par la garantie de la transparence qui dérive dans sa formulation de la loyauté et de l'équité, tout comme il reprend l'idée de neutralité et de diversité. En ce sens, le DSA/DMA peuvent être salués dans la mesure où ils imposent le respect de la transparence et de la loyauté tant au stade des relations contractuelles que lorsqu'ils entendent saisir les mécanismes de recommandation et de modération, ou encore la publicité ciblée pour les plus grandes plateformes.³⁶⁷

³⁶² Règl. [UE] 2019/1150, 20 juin 2019

³⁶³ Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, art.cit, p. 217

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ La première enquête de l'ADLC allemande concerne d'ailleurs le croisement de données entre Facebook et Oculus, où en l'espèce, le réseau social imposant à ses utilisateurs de casques de réalité virtuelle de les lier à un compte Facebook pour l'utiliser.

³⁶⁶ V. Brunessen B., *Chronique droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques*, RTD Eur. 2021, p. 61

³⁶⁷ Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, art.cit, p. 217

185. **Critique du dispositif possible.** À cet égard, le dispositif proposé est critiquable. En effet, les mesures ponctuelles proposées par le texte sont pertinentes mais ne saisissent pas toute la dynamique du système puisqu'au final, elles demeurent figées en contemplation des pratiques actuelles des plateformes et restent donc lacunaires. A titre d'exemple, eu égard à la distribution sur les plateformes en ligne, c'est la question de l'interopérabilité des services pour limiter les effets de verrouillage (art. 6) qui interpelle. En ce sens, le DMA reste à mi-chemin puisqu'elle ne consacre pas un principe général d'interopérabilité des plateformes que nombreux recommandaient pourtant fortement³⁶⁸ afin d'ouvrir les écosystèmes numériques. Il propose de bloquer les *gatekeepers*, tout en oubliant de se saisir des relations d'interdépendance dans les écosystèmes et les modèles économiques sous-jacents, cela suppose en effet, de traiter en concomitance et non pas de façon isolée l'ensemble des manœuvres ce qui renvoie tout particulièrement à la question des algorithmes³⁶⁹.

B. La transparence par l'empowerment eu égard aux algorithmes

186. **Définition.** Plus généralement, le droit à la contestabilité qui découle du devoir de transparence et de loyauté, suppose de penser de façon transversale l'accès aux données nécessaires au développement de l'intelligence artificielle et de consacrer pleinement l'*empowerment* (ou mise en pouvoir d'agir) de l'ensemble des acteurs du numérique, dont l'utilisateur et les scientifiques, afin de rétablir un début d'équilibre³⁷⁰.

187. **L'appréciation difficile des algorithmes comblée par la délégation de leur contrôle.** Comme il a pu être constaté au fil de cette rédaction, les processus de production des plateformes s'appuient fortement sur les algorithmes, l'intelligence artificielle et les données d'utilisateurs, c'est pourquoi leur régulation est un défi technique. Il est donc impératif de renforcer l'expertise technique des autorités de régulation dans ces domaines. Pour ce faire, il s'agirait de les équiper pour leur permettre d'assurer un contrôle *ex ante* de la loyauté des algorithmes. Comprendre des algorithmes où la part de *machine learning* inexplicable est importante semble vain, c'est pourquoi, certains à l'instar de ce que font eux – mêmes les plateformes pour l'amélioration de leurs produits et services, encouragent le recours à l'expérimentation pour le régulateur³⁷¹. Ainsi, les autorités pourraient mener ce type d'expériences pour combler ces difficultés. Une autre possibilité peut être proposée en complément de celle-ci. Il s'agirait en effet de déléguer le contrôle et l'expérimentation à la « foule » par la mise en pouvoir d'agir (ou empowerment) ce qui imposerait aux plateformes dominantes un certain niveau d'ouverture, au travers d'interfaces standardisées (Application

³⁶⁸ v. not. V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, rapport préc., p. 77 s

³⁶⁹ Zolynski C., Favro K., *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré*, art.cit, p. 217

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ V. Feasey R. et Krämer K., *Implementing Effective Remedies for Anti-Competitive Intermediation Bias on Vertically Integrated Platforms*, Rapport pour Center on Regulation in Europe (cerre), oct. 2019.

Programming Interface, API) qui permettrait *in fine*, à des acteurs tiers, tels que des chercheurs académiques ou des organisations non gouvernementales par exemple, de tester, et donc de contrôler, lesdits algorithmes. Cela permettrait de mettre en lumière les pratiques des plateformes en ligne dans l'objectif de discipliner leurs comportements concurrentiels³⁷².

³⁷² Perrot A., Bourreau M., *Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard*, Note., Conseil d'analyse économique, 2020/6, n°60, p. 11, recomm. N°5

CHAPITRE 2. UNE NOUVELLE REGULATION SPECIFIQUE

188. **Plan.** En supplément de l'amélioration du droit existant, certains proposent une nouvelle régulation spécifique aux plateformes en ligne. Cette régulation serait dotée d'outils spéciaux consacrés aux modèles atypiques des plateformes en ligne structurantes. Pour autant, cette proposition ne fait l'unanimité et peut être discuté dans son fondement économique même (section 1). Cette régulation spéciale, apporterait notamment un encadrement des entreprises « cruciales » à l'instar des GAFAM et propose pour ce faire des régulateurs *ad hoc* (section 2).

Section 1. La proposition d'une régulation spécifique des plateformes en ligne

I. Pour une régulation spécifique

189. **Des arguments pour.** Le droit de la concurrence offre des solutions trop tardives au regard de la rapidité avec laquelle les positions de marché évoluent dans le secteur numérique. A cet égard, pour assurer une réactivité nécessaire des principes directeurs suffisamment généraux pourraient être adoptés au niveau européen et précisés au niveau national, notamment par le biais de procédures de règlements rapides des litiges entre acteurs à l'instar de ceux déjà prévus dans le secteur des communications électroniques, qui par ailleurs démontre une certaine efficacité pour construire rapidement et de manière pragmatique des règles du jeu qui se veulent équitables³⁷³. Une régulation spécifique assez puissante pour intervenir « à temps » est donc très certainement nécessaire. Or, certains auteurs si opposent formellement, pensant qu'une régulation porterait atteinte, *in fine*, à l'innovation et l'effet proconcurrentiel qu'apportent ces plateformes en ligne sur le marché du numérique.

II. Contre une régulation spécifique

190. **La régulation est une « fausse bonne idée » pour la conquête du numérique.** La principale difficulté réside dans l'identification des acteurs à réguler et des obligations auxquelles ils doivent être soumis. A cet égard, Thierry Pénard et Winston Maxwell ont mis en lumière cette difficulté et selon eux : « *une plateforme est (...) un modèle d'affaires utilisé aussi bien dans le monde physique que dans le monde numérique. La « chose » à réguler est mal définie et potentiellement vaste. Deuxièmement, les marchés numériques évoluent très rapidement et il est très probable que les acteurs dominants d'aujourd'hui ne seront pas ceux*

³⁷³ Feral – schuhl C., *Plateforme en ligne*, Chapitre 626, 2021, in « *Cyberdroit* », 8^e édition, Praxis Dalloz, Sec. 7

de demain, encore moins ceux d'après- demain. Personne ne peut prédire comment seront structurés les marchés dans les prochaines années, quels en seront les points d'entrée et comment évolueront les préférences des utilisateurs. Prenons comme exemple la « plateforme » d'iTunes. Dans les années 2000, les pouvoirs publics étaient très inquiets de la position d'Apple et de sa capacité à organiser le marché de la musique. En quelques années, les cartes ont été redistribuées par le simple jeu de l'innovation, avec l'essor des services de streaming (Deezer et Spotify). Les effets « winner- takes-all » qui peuvent assurer le succès d'une plateforme en très peu de temps, peuvent aussi en accélérer le déclin au profit de nouveaux acteurs »³⁷⁴. En ce sens, ils exprimaient l'idée que la régulation serait une « fausse bonne idée », de sorte que, si la France avait pour ambition, selon eux, de conquérir l'économie digitale avec notamment l'initiative de la French Tech, il serait paradoxal qu'elle se replie avec un arsenal de régulation hyper défensif à l'encontre des plateformes en ligne, alors même que la nécessité d'un tel dispositif n'est pas démontrée d'un point de vue juridique et économique. Ce serait à cet égard, freiner tant la concurrence effective que l'innovation et la création de modèles alternatifs.

191. **La régulation étatique empêche l'innovation.** Cette protection en considération d'une libre concurrence s'est longuement posée et ceci depuis des décennies. Milton Friedman, célèbre économiste américain dans ses ouvrages a longuement étudié le sujet et a prouvé que l'intervention de l'État est bien souvent contre-productive voire même perverse puisque selon lui, le marché est le mécanisme de protection du consommateur le plus efficace. Selon lui, seul un marché libre est capable de stimuler la concurrence même si cette liberté lorsqu'elle tend vers un absolu est susceptible de produire des effets négatifs non négligeables. En effet, il disait que « *le libéral voit dans les hommes des êtres imparfaits* »³⁷⁵, c'est pourquoi il faudrait éviter de confier le pouvoir à des hommes plus imparfaits que d'autres et laisser place à une économie qui se veut libre loin de celle que nous connaissons aujourd'hui en Europe comme aux États-Unis, qui se veut entièrement régulée. Milton Friedman avait une particulière défiance envers les pouvoirs publics et les mécanismes de régulation confiant le pouvoir aux mains de quelques hommes.

Pour imaginer cela, il a pris pour exemple deux secteurs ayant eu des traitements de régulation différents : le secteur ferroviaire contre celui de l'automobile. Le premier a toujours fait l'objet d'une très lourde régulation tandis que le second a laissé place très tôt à un marché libre et une concurrence accrue même si plusieurs oligopoles ont pu se créer autour de ce secteur. Actuellement, on retrouve donc des produits excessivement plus aboutis et avancés sur le secteur automobile que celui des trains. On peut donc en conclure que le libre marché, en pratique, est plus favorable à l'innovation et l'évolution et que par ailleurs, elle favorise une

³⁷⁴ Maxwell W., Penard T., *Réguler les plateformes : une fausse bonne idée*, L'Opinion, 23 avr. 2015, <https://www.lopinion.fr/edition/economie/reguler-plateformes-fausse-bonne-idee-23627> - Feral – schuhl C., *Plateforme en ligne*, Chapitre 626, 2021, in « *Cyberdroit* », 8^e édition, Praxis Dalloz, Sec. 7

³⁷⁵ Milton Friedman, *Capitalisme et Liberté*, Leduc éditions, 2010, p. 54 (édition originale datée de 1962)

multitude de choix à l'égard des consommateurs notamment en considération du prix qui varie en fonction du produit et de la qualité.

192. La concurrence déloyale est potentiellement intéressante pour le consommateur.

Sur un plan macro-économique, Milton Friedman explique cette importance de relativiser la régulation des marchés par les pouvoirs publics et laisse entendre aux consommateurs qu'une concurrence pouvant être qualifiée de déloyale est en réalité intéressante pour ces derniers car elle a pour conséquence de protéger le consommateur puisque s'en suit inéluctablement une baisse de prix et une hausse de la qualité des produits. D'ailleurs, selon lui, plus une entreprise est protégée par un gouvernement, moins celle-ci arrive à s'en sortir. La régulation n'apporte que très peu d'innovation et donc d'évolution. Adam Smith, dans son célèbre ouvrage « La richesse des nations » nous avouait que la part d'égoïsme de chacun pouvait produire des bénéfices au profit de la société et de l'intérêt commun³⁷⁶. L'intérêt personnel se transforme en intérêt commun bénéfique à tous. L'efficacité économique est importante lorsque le droit de la concurrence ne laisse pas place à une régulation contrôlée entravant le développement des activités.

193. L'innovation c'est l'invention. Le processus vertueux de l'innovation est rendu possible par le droit de la concurrence³⁷⁷. Elle stimule l'invention. Elle est par nature un mouvement qui implique l'idée d'un changement et d'une nouveauté. La mondialisation renforce cette question d'innovation dans la société remettant sans cesse en cause la place de l'Homme qui se doit de « faire toujours mieux »³⁷⁸. L'innovation pousse à de meilleures conditions de vie, à une amélioration et non pas seulement au changement. Ainsi, le progrès et l'innovation sont intimement liés³⁷⁹. Il y a un impératif d'innovation dans tous les domaines considérés. Comme disait Oscare Wilde³⁸⁰ « *le progrès, ce n'est que l'accomplissement des utopies* »³⁸¹.

³⁷⁶ Adam Smith, dans *La richesse des nations*, disait à ce titre : « *ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais de la façon dont ils s'attachent à leur propre intérêt. Nous nous adressons non à leur humanité, mais à leur égoïsme, et nous ne leur parlons jamais de nos nécessités personnelles mais de leurs avantages. Seul un mendiant compte principalement sur la bienveillance de ses semblables* » p. 82

³⁷⁷ Cartapanis M., Bosco D. (dir.), *Innovation et droit de la concurrence*, Collection des thèses, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, Lextenso éditions, p.6.

³⁷⁸ Mestre J., Merland L., Préf., Mestre J., Merland L., (dir.), *Droit et innovation*, PUAM, 2013, p.7.

³⁷⁹ Gille L., *Les dilemmes de l'économie numérique, la transformation des économies sous l'influence de l'innovation*, FYP, Innovation, 2009, p.8.

³⁸⁰ Propos repris par le Comité économique et social européen : *Avis du Comité économique et social européen sur la Communication de la Commission*, Doc. de consultation sur les aides d'État à l'innovation, COM (2005) 436 final, JO C 65/86, 17 mars 2003, pt. 2,3,6,4.

³⁸¹ §191, 192, 193 repris de mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.)

Section 2. Pour une régulation spécifique des « entreprises cruciales »

I. L'encadrement des entreprises cruciales

194. **La notion d'entreprises cruciales.** Certains auteurs³⁸² proposent une approche originale consistant à dépasser la notion de plateforme pour viser une régulation des « entreprises cruciales » sur un marché donné à laquelle correspondraient des entreprises comme les GAFAM. Les « entreprises cruciales » seraient : « *dans un sens négatif, une entreprise est cruciale si sa disparition cause un choc sur le système économique et social, sa disparition mettant en péril celui-ci. Dans un sens positif, une entreprise est cruciale si le bon fonctionnement du système économique et social dépend de la présence, du bon gouvernement et du bon comportement de cette entreprise. Cette conception négative de l'entreprise cruciale, basée sur l'idée de risque systémique, a fondé l'Union bancaire européenne. La définition positive de l'entreprise cruciale fait quant à elle ressortir que dans une situation de dominance, née d'un marché biface, lorsqu'il s'agit d'accéder à la vie sociale [...] ou d'accéder à l'information, l'entreprise doit être forcée à prendre en compte le groupe social et autrui.* »³⁸³

195. **Non pas punir, mais réguler.** Sans que l'État ait à devenir actionnaire, la puissance publique serait de ce fait légitime à se mêler de la gouvernance de ces entreprises cruciales et à surveiller les contrats, voire à certifier ceux-ci, comme c'est déjà le cas en finance par exemple. Ainsi, on peut considérer que réguler ces plateformes qui sont structurantes pour l'économie par le biais d'une régulation spécifique ne participe pas d'une démarche qui viserait à « punir » une position acquise par les mérites, comme il ne s'agit pas de soupçonner d'une manière systématique les plateformes en ligne de s'adonner à des pratiques abusives ou contraires à l'intérêt général économique.

II. Des régulateurs ad hoc

196. **Une régulation ad hoc.** En égard à leur positionnement sur le marché et leur caractère incontournable, une forme de régulation *ad hoc* des plateformes tendrait plutôt à les rendre dépositaires d'une partie du bien commun que constitue le marché du numérique. Dans ces conditions, ce ne serait pas anormal que puissent s'imposer à ces opérateurs particuliers, des obligations autant particulières et ceci, que ce soit en termes de transparence ou de non-discrimination. Il pourrait ainsi, être exigé de leur part qu'ils documentent publiquement et de manière plus complète les algorithmes qu'ils utilisent par exemple³⁸⁴. Cette régulation pourrait

³⁸² Proposition notamment apportée par Frison-Roche M.-A., in *Réguler les "entreprises cruciales"*, Dalloz, 2014. 1556

³⁸³ In Frison-Roche M.-A., *Réguler les "entreprises cruciales"*, *op.cit.*, in Feral – schuhl C., *Plateforme en ligne*, *op.cit.*, Sec. 7

³⁸⁴ Feral – schuhl C., *Plateforme en ligne*, *op.cit.*, Sec. 7

s'apparenter à une supervision de type prudentielle existant sur les marchés financiers. En effet, les plateformes en ligne potentiellement concernées par ces flux financiers ont majoritairement des flux publicitaires en temps réel qui sont observables à partir d'API, un régulateur pourrait donc leur être imposé. Pourquoi pas, une agence européenne de supervision à l'instar du modèle de la supervision des marchés financiers par l'ESMA³⁸⁵ au niveau européen ou l'AMF en France. Cette agence serait chargée de leur faire appliquer des règles européennes mais aussi de surveiller que les décisions concernant leur fonctionnement et leur conception ne dérogent pas à ces règles. Si toutefois, un tel scénario serait envisagé, il faut considérer les potentielles réactions d'ordre géopolitique³⁸⁶. Il importe donc de ne pas les négliger et anticiper avec des réponses concrètes en la matière, en assurant notamment une cohésion des dirigeants européens sur ce sujet en amont de la mise en application d'une telle régulation. Par ailleurs, une supervision transcontinentale pourrait être envisagée pour éviter une telle éventualité. Cela permettrait une supervision sur certains types d'externalités négatives. Cela pourrait être confié à des instances mondiales comme l'ONU ou le Forum sur la Gouvernance de l'Internet qui est une instance multi parties dans le but de se voir confier un rôle renforcé ou inspirer la création d'une agence avec un pouvoir effectif. Cependant, il semble évident qu'une telle approche reste difficilement applicable en pratique puisque les nations divergent de plus en plus dans leurs approches du numérique et bataillent par ailleurs pour imposer leurs propres standards, ce qui apparaît plus que jamais complexe à aborder³⁸⁷.

197. **Un régulateur national pilote.** La nomination d'une autorité pilote serait un outil essentiel à la supervision des autorités de concurrence comme il en existe déjà dans d'autres secteurs (pharmaceutique, santé...). Elle permettrait en effet, de construire une relation approfondie avec les acteurs et les parties prenantes du secteur et de développer une expertise, grâce à leur spécialisation, sur des sujets complexes. Dans sa création, cet organe de gestion, serait rattaché à l'un des régulateurs déjà existants, ce qui permettrait d'éviter les risques d'accumulation et d'empilement administratif et *a contrario*, de favoriser une bonne gestion administrative et une cohérence et une concordance de l'action publique. Cette autorité pilote de régulation serait dotée de pouvoirs étendus (réglementaire, sanction et règlement des différends) pour permettre l'application des remèdes efficaces. Elle serait un plus dans l'écosystème des autorités intervenant dans le domaine du numérique et permettrait donc cette régulation *ex ante*, que le droit de la concurrence ne peut pratiquer en l'état actuel³⁸⁸.

198. **Perspectives incertaines à l'aune de l'évolution rapide du domaine.** Enfin, il ne faut pas perdre de vue qu'en la matière, la mise en place d'un cadre de régulation échoue à suivre ce rythme d'innovations des plateformes en ligne et d'usages des utilisateurs beaucoup trop

³⁸⁵ European Securities and Markets Authority

³⁸⁶ Comme ce fut le cas récemment entre la France et les États-Unis autour de la taxe sur les services numériques

³⁸⁷ Renaissance numérique, *Réguler les plateformes numériques : pourquoi ? Comment ?*, art. cit.

³⁸⁸ C'est l'une des propositions de Faure-Muntian et Fasquelle D., in *Plateformes numériques*, art.cit.

rapide. C'est dans cette perspective et dans le but d'éviter ce perpétuel décalage avec ces dernières qu'il faut non seulement penser l'objet de la régulation, mais plus encore ses modalités et ses moyens.

CONCLUSION GENERALE

199. **Une concurrence entre distributeurs off line et on ligne toujours accrue.** Malgré que les problématiques de concurrence entre distributeurs *on line* et *off line* persistent et résistent, les grandes préoccupations se tournent aujourd'hui d'avantages au travers des pratiques entre opérateurs en ligne en considération des abus, déséquilibres significatifs et dysmétries informationnelles et structurelles que subissent les entreprises utilisatrices des plateformes en ligne dans la distribution de leurs produits et services.

200. **Une concurrence entre grandes plateformes : GAFAM vs BATX.** La question de la concurrence entre opérateurs tout autant redoutables sur un même marché, comme les GAFAM contre les BATX, laisse place à de fortes inquiétudes. Il y a en effet, un risque important de voir émerger dans un futur proche, un ou deux très grands acteurs en monopole quasi-total sur le marché du numérique, si aucune régulation efficace n'intervient à temps. Ceci rendrait tout contrôle ultérieur encore plus difficile qu'il ne l'est déjà aujourd'hui, voire quasi - impossible.

201. **Une définition non équivoque de la plateforme en ligne, source d'insécurité.** Une des plus grandes difficultés qui engendre les suivantes, à savoir le manque d'une définition juridique unitaire de ce qu'est une plateforme en ligne, laisse place à une grande insécurité juridique. A cet égard, même si la France et l'Europe se complètent quelque peu en la matière, ces législations ne permettent pas de faire face aux abus des plateformes sur le marché du numérique et il est donc grand temps d'y remédier. Cette définition juridique est difficile à apporter en pratique puisque ces dernières ont une complexité telles qu'elles mettent en relation une diversité : d'activités, d'acteurs et d'utilisateurs. D'autant que, selon le poids et la position de la plateforme en cause, les mesures à prendre ne seront pas les mêmes. Ainsi, plusieurs propositions ont émergé, telles que la création d'une nouvelle définition des plateformes numériques « structurantes » ou encore celle des entreprises dites « cruciales ».

202. **La survie des accords de distribution face aux plateformes.** Pour tenter de survivre à l'émergence et la puissance de ces plateformes, des acteurs ont tenté d'aménager leurs accords de distribution sur ces dernières. En ce sens, la doctrine actuelle est favorable à une limitation de l'utilisation de ces plateformes lorsqu'il s'agit de certains produits. Toutefois, la question se pose de savoir si ces accords ne sont pas, finalement, programmés à une mort future certaine, eu égard à l'évolution de la distribution et de l'économie numérique.

203. **Les abus de domination.** Certaines de ces plateformes ont acquise une position durablement favorable et sont dominantes sur certains marchés. Une dominance qui, pour l'heure est inquiétante puisqu'elle empêche l'entrée de nouveaux arrivants. Des marchés où elles figurent en position dominante mais aussi sur des marchés aval. Ce sont des pratiques redoutables, susceptibles de fausser la concurrence entre les opérateurs et imposer des

déséquilibres et des dissymétries, qui si elles ne sont pas traitées à temps, pourront dans un avenir proche devenir irrémédiables.

204. **Le numérique ne connaît pas de frontière.** A ce titre, les autorités de concurrence sont inquiètes face à l'ampleur que prend, sur le marché économique, les plateformes en ligne. On parle même d'ultra – dominance pour certains opérateurs. Elles se retrouvent impuissantes pour réguler leur croissance exponentielle. Une croissance qui peut s'expliquer par la facilité qu'apporte le numérique de par sa nouveauté – en ce sens, un phénomène récent et innovant – et les trop faibles barrières – en termes de sanctions juridiques et pécuniaires – permettant de juguler les abus qui peuvent découler de cette liberté quasi – illimitée. En effet, le numérique est un phénomène très récent, universel et qui ne connaît aucune frontière. Le contrôle et sa régulation est extrêmement difficile, parfois... semble impossible. C'est dans ce contexte incertain que les autorités de concurrence souhaitent un renforcement du contrôle des entreprises en position de dominance qu'elles qualifient de cruciales – en raison de la capacité stratégique qu'elles peuvent prendre en pratique – ou structurantes. Ces entreprises dominent la quasi – totalité du marché économique, mais pire encore, se voient en capacité d'influencer la vie politique des États et la vie privées des citoyens. On parle ici d'enjeux majeurs où la régulation de la concurrence permet par ricochet la régulation dans d'autres domaines impactés par le digital. C'est un atout non négligeable en considération de cette croissance démesurée. Les géants du numérique sont ainsi dans le viseur des autorités de concurrence.

205. **Une nécessaire régulation plus spécifique aux plateformes en ligne.** Ainsi, l'ensemble des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence doivent en considération de ces hypothèses mettre en balance les effets positifs et négatifs de ces différentes restrictions qui ont pour objet de limiter la concurrence. A cet égard, ces dernières années, de nombreux contentieux ont donc pu montrer comment les autorités de concurrence on put s'appuyer sur le cadre d'analyse préexistant, issu de la jurisprudence et des lignes directrices européennes pour analyser ces différentes pratiques. Elles mettent notamment en lumière les défis futurs auxquelles elles devront faire face sur les marchés numériques. Entre autres, ces nombreux contentieux dressent le même constat, celui de dire que le droit de la concurrence est à même de détecter, d'analyser, de sanctionner et de contraindre les comportements de ces intermédiaires qui pourraient nuire au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché du numérique. Comme l'indique l'Autorité de la concurrence, les outils actuels de ce droit, grâce à leur « plasticité », constituent un moyen efficace d'intervention et de régulation sur les marchés numériques. Pour autant, selon elle, ces outils peuvent être améliorés et enrichis afin d'accroître l'efficacité des interventions des autorités de concurrence sur ces marchés numériques. En ce sens, l'Autorité émet plusieurs pistes : l'élargissement de la notion de position dominante aux acteurs « quasi-dominants » qu'elle qualifie de « plateforme économiques structurantes », l'assouplissement du standard applicable à la notion « d'infrastructure essentielle », le comblement du vide juridique s'agissant des opérations de concentrations du secteur de l'économie numérique. A cet égard, ainsi, en plus du développement des capacités d'analyse digitale en matière d'algorithmes et

de « Big data », le recours aux mesures conservatoires, déjà favorisé par l'adoption de la directive ECN+, l'amélioration du contrôle des plateformes dans leur rachats d'entreprises/opération de concentration numérique et l'introduction d'obligations ou d'interdictions propres aux plateformes structurantes (Digital Markets act, Digital Services Act, platform to business, etc.) sont d'autant de voies possibles de renforcement des actions des autorités de concurrence³⁸⁹.

206. **Un grand pouvoir implique une grande responsabilité.** Enfin, nous finirons par dire que, si pour certains, sanctionner une entreprise au motif qu'elle a remporté la compétition économique apparaît quelque peu injuste, voir contre-productif en ce sens qu'il conduirait *de facto* à limiter et freiner l'innovation et l'entrepreneuriat, il y a tout de même, intérêt à surveiller les entreprises en position dominante dans le but évident d'empêcher tout abus et de freiner la concurrence. Toutefois, si cette position a été acquise par les mérites et que l'entreprise a atteint ce monopole car elle a innové, investit et pris des risques il convient de mesurer l'entrave à l'utilisation de cette domination et des bénéfices acquis puisque l'enjeu de la compétition économique est important et que par nature, celle-ci ne connaît pas de principe d'égalité. En effet, le droit de la concurrence a un objectif social, celui du bien commun et de la protection des consommateurs³⁹⁰.

³⁸⁹ ADLC., *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, art.cit. - Cartapanis M., *l'Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, Concurrence n°2 – 2020, 19 fév. 2020 – ADLC, « *Concurrence et commerce en ligne* », art.cit. -

³⁹⁰ §204, 206 Ce raisonnement est repris de mon précédent devoir sur « *l'abus d'exploitation* » Réalisé dans le cadre du séminaire de Droit de la concurrence et de l'atelier de contentieux devant les autorités de régulation économique, Bosco D. (dir.), 2020/2021

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

BUY F., LAMOUREUX M., RODA J-C., « *Droit de la distribution* », 2^e édition, 2019, Manuel LGDJ, Lextenso.

CHAGNY M. (dir.), « *Lamy droit économique* », Wolters Kluwer, 2019 (cité du seul nom de l'ouvrage).

DECOCQ A. et G., « *Droit de la concurrence* », 8^e édition., 2018, LGDJ.

DISSAUX N., LOIR R., « *Droit de la distribution* », 2017, LGDJ.

FABRE R., CHARLES P., MASSIN E., « *Guide de la distribution* », 2014, LexisNexis.

FERRIER D., « *Droit de la distribution* », 4^e éd., Litec, 2006, n° 694

GAVALDA, PARLEANI, LECOURT, « *Droit des affaires de l'Union européenne* », 2014, LexisNexis.

MALAURIE – VIGNAL M.,

- « *Droit de la distribution* », 4^e édition, 2018, Université Sirey, Dalloz.
- « *Droit de la concurrence interne et européen* », 8^e édition, 2019, Sirey, Sirey Université.

Ouvrages spéciaux

AUTORITE DE LA CONCURRENCE, « *Concurrence et commerce en ligne* », 2021, Direction de l'information légale et administrative, Les Essentiels, La documentation française.

CLAVIER J-P., MENDOZA – CAMINADE A., « *Droit du commerce électronique* », 2019, Bruylant, Paradigme – Matsers.

FERAL – SCHUHL C., « *Cyberdroit* », 8^e édition, 2020, Praxis Dalloz, https://www-dalloz-bibliotheque-fr.lama.univ-amu.fr/bibliotheque/Cyberdroit_2020/2021-86592.htm

- o « *Distribution en ligne* », Chapitre 224, 2021, Praxis Cyberdroit, Dalloz.
- o « *Plateforme en ligne* », Chapitre 626, 2021, Praxis Cyberdroit, Dalloz.

GOLA R., « *Droit du e-commerce et du Marketing digital* », 2019, Gualino.

LE TOURNEAU P., « *Contrats du numérique, informatique et électroniques* », 11^e édition, 2021, Dalloz référence. <https://dallobndpro-pvgspla5-dalloz-bibliotheque-fr.lama.univ-amu.fr/fr/pvPageH5B.asp?puc=005430&nu=53&pa=1#0>

VOGEL L. et J.,

- « *Droit de la distribution* », LawLex, cop. 2016, JuriStrateg.
- « *Droit de la distribution sélective* », 2^e édition, 2020, Bruylant, Juristrateg.
- « *Droit de la distribution exclusive* », 2^e édition, 2020, Bruylant, Juristrateg.
- « *Réseaux contre plateformes : la distribution sélective à l'épreuve de l'internet* », Études en l'honneur du Professeur HUET J., LGDJ, disponible sur le lien : <https://www.vogel-vogel.com/wp-content/uploads/2018/05/Réseaux-contre-plates-formes.pdf>

Rapports

AUTORITE DE LA CONCURRENCE.,

- « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », 19 fév. 2020, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf
- « *Concurrence et commerce en ligne* », 2021, Direction de l'information légale et administrative, Les Essentiels, La documentation française.

CONSEIL NATIONAL DU NUMERIQUE,

- Rapport du Conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes, 2014
- Rapport, *Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique*, 2015

COMMISSION DE L'UE,

- Rapport de la commission au Conseil et au Parlement européen : Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, SWD (2017), 154 final, 10 mai 2017
- Rapport Préliminaire sur l'enquête sectorielle concernant le commerce électronique, 2016
- Lignes directrices sur les restrictions verticales : JOUE n°C-130, 19 mai 2010.

COMMISSION DES AFFAIRES ECONOMIQUES, Rapport d'information, *Les plateformes numériques*, déposé en application de l'article 145 du règlement par les députés FAURE MUNTIAN Valérie, FASQUELLE Danielle, Assemblée nationale, n°3127, 24 juin 2020, disponible sur le site de l'assemblée nationale :

http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127_rapport-information

CREMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., « *Competition policy for the digital era* », European Commission, Bruxelles, 2019,

<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

DG TRESOR, « *Plateformes numériques et concurrence* », 26 nov 2019, Trésor – Eco n° 250, disponible sur le lien :

<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2019/11/26/tresor-eco-n-250-plateformes-numeriques-et-concurrence>

<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/7690058a-00e4-44a7-8aed-9a2ee5a04d51/files/c888861f-5516-4e4e-b3ce-a96af66b3c34>

FURMAN J., Unlocking Digital Competition, report of the Digital Competition Expert Panel, “*An independent report on the state of competition in digital markets, with proposals to boost competition and innovation for the benefit of consumers and businesses*”, Mars 2019,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

Inspection Générale des Finances, La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE, avril 2019, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000488.pdf>

OCDE,

- *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence*, DAF/COM, 3 mai 2018, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/56/1920373.pdf>
- *Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur l'implication du e-commerce dans la politique de la concurrence*, avril 2019
<https://www.oecd.org/fr/economie/etudes/France-2019-OCDE-etude-economique-synthese.pdf>

RENAISSANCE NUMERIQUE, association, HENRI I. (dir) :

- « *Plateformes et dynamiques concurrentielles* », 2015 :
https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/136/original/Note_d_encryptage_Plateforme_RN_%281%29.pdf?1508510854
- « *Réguler les plateformes numériques : pourquoi ? Comment ?* », mai 2020 :
https://www.renaissancenumerique.org/ckeditor_assets/attachments/498/note_regulation_des_plateformes.pdf
- « *Plateformes numérique : pour une régulation en temps réel et collaborative* », août 2020 :
https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/253/original/RN-2020-07-PlateformesNumériques-PourUneRegulationEnTempsReelEtCollaborative.pdf?1596459400
- « *Digital Markets Act : cinq questions à Oliver Fréfét, avocat spécialiste du droit de la concurrence* », ITW, 20 janv. 2021 :
<https://www.renaissancenumerique.org/publications/digital-markets-act-cinq-questions-a-olivier-freget-avocat-specialiste-du-droit-de-la-concurrence>

Doctrine

ALMA – DELETTRE S.,

- « *Les places de marché s'imposent comme acteurs possibles de la distribution sélective* », Dalloz IP/IT, p. 261, 2016, Dalloz.
- « *La cyberdistribution* », JCL, Contrats – Distribution, fasc. 3880.

ARHEL P., « *Internet et commerce électronique (Droit de la concurrence)* », Répertoire Droit commercial, Dalloz, 1.

BOSCO D.,

- « *La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe* », Contrats, concurrence, consommation, 2021, comm. 1
- « *Distribution sélective - Interdiction de revendre sur des places de marché : l'avocat général N. Wahl plaide pour une licéité de la clause* », Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2017, comm. 206
- « *Abus de position dominante* », Répertoire de droit européen, Dalloz, Janvier 2019
- « *Abus de position dominante, Sanction des abus d'exploitation : La Cour d'appel de Paris douche l'enthousiasme de l'Autorité de la concurrence* », Contrats Concurrence Consommation n°1, Janvier 2020, comm. 12, Lexis – Nexis Juris – Classeur.
- « *Le retour de l'abus d'exploitation* », Contrats Concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, comm. 259, Lexis – Nexis Juris – Classeur.
- « *Publication de la décision de la Commission dans l'affaire Google Android* », Contrats Concurrence Consommation, Novembre 2019, Comm. 182.
- « *Abus de position dominante, l'ère de la « post – modernisation » ouverte par l'Autorité de concurrence* », Contrats Concurrence Consommation n°3, Mars 2020, comm. 46, Lexis – Nexis Juris – Classeur.
- « *Nouvelle décision contre Google suspecté d'abuser des éditeurs de presse* », revue Contrats, concurrence, consommation, n°6, juin 2020, lexisNexis.

BUY F., RODA J-C.,

- « *Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de Justice a tranché !* », AJ Contrat, p. 34, 2018, Dalloz.
- « *Réseau de distribution sélective I – Plateformes en ligne 0 - Cour de cassation, Com. 13 Sept. 2017* », AJ Contrat, p. 489, 2017, Dalloz.

BRUNESSEN B., « *Chronique droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques* », RTD Eur. 2021, p. 61, Dalloz

CHAIHLOUDJ W., « *Pratiques anticoncurrentielles, quels outils efficaces pour les autorités de concurrence dans l'économie numérique ?* », Contrats concurrence consommation, n°3, Mars 2020, étude 4.

CHONE-GRIMALDI A-S., « *Les abus de position dominante dans le secteur numérique (réflexions à partir de la décision Google – Android)* », Recueil Dalloz, n°4-2020, Nov. 2020, p.343.

FASQUELLE D., « *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique* », Régulation numérique, Contrats Concurrence Consommation n°7, Juillet 2019, dossier 11, Lexis – Nexis Juris – Classeur.

GRIMALDI C., « *La revente en ligne sur des Marketplaces : quelle(s) issue(s) ?* », Revue des contrats, n° 113J3, p. 476, 2016, Lextenso.

HARNAY S., MARTY F., TOLEDANO J., « *Concurrence et risque algorithmique : quelles régulations des algorithmes ?* », GovReg Notes, Chaire Gouvernance & Régulation, 2019

IDOT L.,

- « *Confirmation des solutions sur les interdictions déguisées des ventes en ligne* », Revue des contrats, n°116s8, p. 69, 2020, Lextenso.
- « *Distribution sélective et Internet* », *Comm. 471, Europe n°12, déc. 2011*,
- « *Abus d'exploitation et prix discriminatoire* », *Europe n°6, Juin 2018, comm. 232, Lexis – Nexis Juris – Classeur.*

LECOURT A.,

- « *Droit de la concurrence et numérique – Aspects généraux des défis posés par l'économie digitale en droit de la concurrence* », Répertoire IP/IT et Communication, mai 2019, Dalloz.
- « *Franchise et internet : des rapports contractuels délicats* », *D. 2004. chron. 623*

LEMAY P., « *La remise en cause du modèle de la distribution autorisée par la libéralisation de la vente sur l'internet* », *RLDA 2013, n° 88, p. 76*

LOISEAU G., « *La loi du 7 octobre 2016 et l'obligation d'information des opérateurs de plateformes* », *Communication Commerce électronique n° 11, novembre 2016, comm. 91*

MANARA C., « *Qui veut la peau de la revente en ligne ? La distribution sélective de cosmétiques sur interne* », p. 2862, 2008, Dalloz.

MALAURIE – VIGNAL M.,

- « *Revente sur des sites internet non agréés et sur des « Marketplaces »* », *Comm. 241, Contrats Concurrence Consommation, n°11, Nov. 2014, Lexis Nexis.*
- « *Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective* », *Comm. 92, Contrats Concurrence Consommation, n°4, Avril 2016, Lexis Nexis.*
- « *La Cour de Justice se prononce en faveur des réseaux de distribution sélective contre les plateformes électroniques* », *Comm. 26, Contrats Concurrence Consommation, n°2, Février 2018, Lexis Nexis.*
- « *Concurrence et numérique : un foisonnement d'idées pour dominer les géants* », *Communication Commerce électronique, n°10, Oct. 2020, étude 17, Lexis – Nexis, Juris – Classeur.*

MARTIN A-C., « *Distribution sélective et vente en ligne : confirmation et précision de la possibilité d'interdire le recours à des plateformes tierces* », *L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence, n°09, n°111p4, p. 3, 2018, Lextenso.*

MARTY F.,

- « *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique* », *53RJTUM, 2019 <https://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/OFCEWP201831.pdf>*
- « *Plateformes numériques, algorithmes et discrimination* », *OFCE, 2019, 4, 164, p. 47 à 86 <https://www.cairn.info/revue-de-l-ofce-2019-4-page-47.htm>*
- « *The Unspeakable One : De l'activation de la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique* », *GREDEG Working Paper n° 2018-27*

MASMI – DAZI F., DELAHAIE A., « *Rapport sur la publicité en ligne : des propositions pour un rééquilibrage des forces sur un marché dysfonctionnel et asymétrique* », *Légipresse, 2021, p. 108, Dalloz*

MONNERIE A-N., « *L'abus de domination sur le marché numérique : pour une lecture juridique du déséquilibre économique à l'aune des oligopoles* », *RDLC 2019, n° 3, p. 67.*

PASTOR J.-M., « *Pour une meilleure régulation des plateformes numériques* », Dalloz actualité, Juin 2020, Dalloz.

PERROT A., BOURREAU M., « *Plateformes numériques : réguler avant qu'il ne soit trop tard* », Note., Conseil d'analyse économique, 2020/6, n°60, p. 1 à 12.

POILLOT E., « *Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté* », D. 2016. 2056

PRIETO C.,

- « *Numérique et abus de position dominante* », CDE, Mai 2019, Dossier 18.
- « *Nouveaux abus de position dominante de Google : après celui lié à Google Shopping ceux relatifs à Android* », RTD eur. 2018. 513
- « *Les mérites étouffés des concurrents de Google ou l'abus par algorithme* », RTD eur. 2017, p. 429, Dalloz.

SABRINI F., « *La notion de plateforme au cœur des nouvelles relations entre professionnels : Regard croisés entre deux réglementations : P2B vs loi pour une République numérique* », RTDCom, janv. – mars 2020, p. 217.

SENECHAL J.,

- « *Ubérisation et droit de la consommation, L'absorption du modèle de l'ubérisation par le modèle du marché biface* », Dalloz IP/IT 2017. 363.
- « *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles* », Colloque Université Paris 1, 24 nov. 2016 : éd. IRJS, 2018.

ZOLYNSKI C.,

- « *EBay n'est pas un hébergeur : confirmation de la Cour de cassation* », L'essentiel Droit des contrats, n° EDCO – 112102-11206, p.7, Juin 2012, Lextenso.
- « *Ubérisation et plateforme : l'émergence d'un droit des plateformes en ligne* », in « *les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie* », dir Behar – Touchais M., coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc,

ZOLYNSKI C., ROCHFEL J., « *La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? quelle loyauté ?* », Dalloz IP/IT 2016. 520

ZOLYNSKI C., FAVRO K., « *DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gré* », Obs. sous Commission européenne 15 décembre 2020, COM (2020) 825 final et COM(2020) 842 final, Dalloz IP/IT 2021, p. 217

DE MATOS A.-M., « *Distribution sélective de produits de luxe : l'interdiction de commercialisation via les plateformes en ligne est licite.* », Journal des sociétés, n°161 mars 2018, p.37

Revues

BENZONI L., « *La place de marché est-elle pro concurrentielle ?* », Internet et concurrence, Atelier du 14 mars 2001, Rev. Conc. Consom., 2001, n°121, p.8.

BIANCONE K., « *Distribution sélective : l'Autorité de la concurrence publie une étude présentant son approche sur les problématiques concurrentielles du commerce en ligne* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2020, 29 mai 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/alertes/alerte-dnh@@@@@ distribution-discrimination-par-les-prix-fixation-des-prix-distribution>

BOUNIE D., EANG B., WAELBROECK P., « *Les plateformes de ventes sur internet, une opportunité pour les industries culturelles ?* », Revue économique, 2011/I, Vol. 62, Pages 101 à 112, disponible sur le lien : <https://www.cairn.info/revue-economique-2011-1-page-101.htm>

BOSCO D., BEHAR-TOUCHAIS M., PENARD T., « *La distribution en ligne (l'application du droit de la concurrence au secteur numérique)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°2-2017, Nanterre, 17 Nov. 2016, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-2-2017/conferences/ii-la-distribution-en-ligne-l-application-du-droit-de-la-concurrence-au-secteur>

BUFFLIER I., « *La vente en ligne est-elle pro concurrentielle ?* », Cahiers de droit de l'entreprise, n°3, dossier 17, Mai 2019, Lexis Nexis.

BURTON R., LEHOCZKY – DECKERS L., « *The German competition authority approves a sport retail company's joint distribution platform (intersport)* », Revue concurrence, Concurrences n°96295 ,25 juin 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/june-2020/the-german-competition-authority-approves-a-sport-retail-company-s-joint>

CARTAPANIS M., MARTY F., WACHSMANN A., « *Chroniques, Pratiques unilatérales* », Revue concurrences, N°1-2020, disponible sur le site : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2020/chroniques/abus-d-eviction-systemes-d-exploitation-mobiles-ventes-liees-paiements-d>

CHONE – GRIMALDI AS.,

- « *L'autorité de la concurrence applique les jurisprudences pierre fabre et coty pour apprécier la validité des critères sélectifs choisis par la tête de réseau, s'agissant de la possibilité, pour ses distributeurs, de recourir à la distribution en ligne (distribution de matériel de motoculture)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n° 1-2019, 24 oct. 2018, disponible sur le lien :

<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2019/chroniques/chroniques-ententes-france-entente-verticale-distribution-en-ligne-plateforme>

- « *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : les français contre – attaque* », Revue Concurrences, n° 4-2020, Nov 2020, disponible sur le site : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/articles/97016>

COMBE E., CAMOUS – LEONARD E., « *La distribution sélective après l'arrêt COTY : éclaircissements et zones d'ombre* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n° 4 – 2018, nov. 2018, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2018/droit-et-economie/la-distribution-selective-apres-l-arret-coty-eclaircissements-et-zones-d-ombre>

COMBE E., DOURY N-J., ZIVY F., ROSATI F., « *La distribution sur internet à l'épreuve des règles de concurrence* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°, Paris, 5 Juin 2013, disponible sur le lien :

<https://www.concurrences.com/fr/conferences/la-distribution-sur-internet-a-l-epreuve-des-regles-de-concurrence>

DEBROUX M., « *Ventes par internet : le conseil de la concurrence précise sommairement son analyse en matière de distribution par internet, au travers de deux décisions acceptant des engagements (Festina France)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2006, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2006/chroniques/Le-Conseil-de-la-concurrence-12537>

DUMUR E., « *Distribution sélective et recours à des plateformes tierces* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°15-16, 1189, Avr. 2018, Lexis Nexis.

FOURGOUX J-L., « *Sanction : le Tribunal de commerce de Paris fait partiellement droit aux demandes du Ministre de l'économie et condamne deux sociétés du même groupe exploitant une plateforme numérique internationale à 4 millions d'euros pour des clauses déséquilibrées des contrats les liant à des vendeurs tiers (Amazon)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4 – 2019, 2 Sept. 2019, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2019/chroniques/sur-la-competence-et-le-droit-applicable>

GODARD L., « *Un vent de réformes souffle (déjà !) sur le droit substantiel des pratiques restrictives de concurrence* », RLC n°101, 3959, janv. 2021.

IDOT L., REY P., COMBE E., « *Les nouvelles pratiques commerciales et la vente en ligne* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2013, Déc. 2013, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2013/Doctrines-1492/Les-reformes-du-droit-de-la-57662>

IDOT L., GURIN A., SAINT – ESTEBEN R., CHAGNY M., MALAURIE – VIGNAL M., VERGE T., RIFFAULT – SILK J., BREL C., GUERIN N., GUERRAND W., VOGEL J., MADER, R-C., *Colloque AFEC « Distribution et Internet »*, Revue des droits de la concurrence, Concurrences n° 1-2010, Paris, 5. Oct. 2009, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2010/conferences/colloque-distribution-et-internet-quels-defis-pour-le-droit-de-la-concurrence>

LEGEAIS D., « *Synthèse – Contrats de distribution* », JurisClasseur Commercial, Janv 2020, Lexis Nexis.

LE GOFFIC C., « *Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente* », Fasc. 225, JurisClasseur Concurrence Consommation, Juillet 2016, Lexis Nexis.

MALAURIE – VIGNAL M., « *Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°21, 1310, Mai 2016, Lexis Nexis.

MALLET – POUJOL N. (dir.), Équipe de recherche créations immatérielles et droit ERCIM) 2, « *Droit de l'internet* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°5, 1043, Janv. 2019, Lexis Nexis.

MAINGUY D., RESPAUD J-L., DESTOURS S., « *Droit de la distribution* », La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°11, 1131, Mars 2018, Lexis Nexis.

MARTIN A-S.

- « *Plateformes tierces : l'Autorité de la concurrence sanctionne l'interdiction de revente en ligne par les distributeurs sur leurs propres sites internet mais valide celle portant sur la revente via des plateformes tierces (Distribution de matériel de motoculture)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°1-2019, 24 déc. 2018, disponible sur le

lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2019/chroniques/a-c-m-%EF%81%AE>

- « *La Cour d'appel de Paris rappelle qu'une restriction des ventes en ligne peut être appropriée sans pour autant être nécessaire (STIHL)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°1-2020, 17 oct. 2019, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2020/chroniques/92947>
- « *Distribution sélective : la cour d'appel de paris fait droit à la demande de sursis à exécution de la décision de l'autorité de la concurrence ayant sanctionné l'interdiction de revente en ligne par les distributeurs sur leurs propres sites internet de produits à caractère dangereux (stihl)* » Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°2-2019, 23 janv. 2019, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-2-2019/chroniques/a-c-m-%EF%81%AE-90149>

MARTY F., « *Paiements d'exclusivité : la Commission européenne publie une décision relative aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant sur le marché des systèmes d'exploitation mobiles ouverts sur licences (Google Android)* », Revue concurrences, N°1-2020, Chroniques, pratiques unilatérales, ; Relatif à la décision Comm. eur., 18 juill. 2018, Google Android, aff. AT.40099, <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2020/chroniques/abus-d-eviction-systemes-d-exploitation-mobiles-ventes-liees-paiements-d>

MAXWELL W., PENARD T., « *Réguler les plateformes : une fausse bonne idée* », L'Opinion, 23 avr. 2015, <https://www.lopinion.fr/edition/economie/reguler-plateformes-fausse-bonne-idee-23627>

FERRIER N., « *Distribution sélective : la Cour d'Appel de Paris considère, après un examen concret, que l'exploitation d'un point de vente physique est un critère licite d'agrément à un réseau de distribution sélective (Concurrence / Samsung electronics France)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°3-2019, 5 Juin 2019, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-3-2019/chroniques/distribution-selective-la-cour-d-appel-de-paris-considere-apres-un-examen>

RONZANO A.,

- « *Entreprise Commune : l'Autorité de la concurrence autorise sous conditions la création d'une plateforme destinée à distribuer des services de télévision et de médias à la demande (SALTO)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2019, 12 Août 2019, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2019/alertes/entreprise-commune-l-autorite-de-la-concurrence-autorise-sous-conditions-la>
- « *Charge de la preuve : la Cour de cassation rend un arrêt concernant l'application d'un contrat de distribution exclusive (TESMEC/ ENROFOR)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2020, 18 Nov. 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/alertes/alertes-distribution-france-distribution-exclusive-contrat-de-distribution>
- « *Prix Imposés : L'Autorité de la concurrence sanctionne un producteur de thé pour avoir imposé, à ses distributeurs, les prix de vente de ses thés vendus en ligne, mais, appliquant la Jurisprudence COTY, écarte le grief sanctionnant l'interdiction de la revente des produits contractuels sur des plateformes internet tierces (DAMMANN FRERES)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2020, 3 Déc. 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/alertes/alertes-distribution-france-alimentation-prix-imposes-prix-de-vente-plateformes>
- « *Ventes passives : La Cour d'appel de Paris sanctionne la tête d'un réseau pour avoir exigé d'un distributeur exclusif qu'il prohibe une commercialisation via un site internet et, ce faisant, interdit les ventes passives (Pierre Cardin)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2020, 15 Sept. 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/alertes/ventes-passives-la-cour-d-appel-de-paris-sanctionne-la-tete-d-un-reseau-pour>

- « *Accord verticaux : la Commission européenne publie un document de travail qui résume les conclusions de l'évaluation du règlement d'exemption vertical, ainsi que de ses lignes directrices* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2020, 8 sept 2020, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2020/alertes/accords-verticaux-la-commission-europeenne-publie-un-document-de-travail-qui>
- « *Distribution sélective : la Cour de cassation censure la Cour de Paris dans le litige opposant un fabricant de cosmétiques à une plateforme en ligne (Caudalie/1001 Pharmacies)* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°4-2017, 13 Sept. 2017, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2017/alertes/distribution-selective-la-cour-de-cassation-censure-la-cour-de-paris-dans-le>
- « *Renvoi préjudiciel : l'avocat général WAHL invite la cour de justice de l'union européenne à dire pour droit que la clause par laquelle un fournisseur de produits de luxe interdit à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur des plateformes en ligne ne tombe pas, sous réserve des conditions posées par la jurisprudence, sous le coup de l'interdiction des ententes (coty germany/parfümerie akzente)* », Concurrences n°4-2017, 26 Jul. 2017, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-4-2017/alertes/renvoi-prejudiciel-l-avocat-general-wahl-invite-la-cour-de-justice-de-l-union>

VEILLE, « *Plateforme en ligne – Un accord en trilogie sur le règlement « platform to business » a été trouvé* », Contrats Concurrence Consommation, n°4, alerte 16, Avr. 2019, Lexis Nexis.

VOGEL J., PERROT A., LUBEK J., « *Les effets économiques de la distribution par internet* », Revue des droits de la concurrence, Concurrences n°1-2011, Fév. 2011, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2011/droit-et-economie/les-effets-economiques-de-la-distribution-par-internet>

ZINTY S., « *Droit commun des plateformes numériques, le déroulement de la relation entre la plateforme et les usagers* », Fasc. 872, 1^{er} Nov. 2019, Juris Classeur Commercial, Lexis Nexis.

Colloques

CHANTEPIE G., DISSAUX N. (dir.), « *Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution* », RLDA 2016, suppl., n°117.

CHRISTOPHE HERY ET CLAIRE BURLIN, ALTAÏR AVOCATS, « *E-commerce et distribution omnicanal, comment se sécuriser ?* », 9 mars 2021, AFJE, <https://www.afje.org/agenda/2150>

COLLOQUE UNIVERSITE PARIS 1, « *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles* » Paris 1, 24 nov. 2016, éd. IRJS, 2018.

COMBE E., DE BURE F., CHAPSAL A., « *Abus d'exploitation : quels sont les nouveaux risques pour les entreprises ?* » ; Conférence Droit et économie organisée par la revue Concurrences, 6 mars 2018, en ligne sur le site : <https://www.concurrences.com/fr/conferences/abus-d-exploitation-quels-sont-les-nouveaux-risques-pour-les-entreprises>

IDOT L., GURIN A., SAINT – ESTEBEN R., CHAGNY M., MALAURIE – VIGNAL M., VERGE T., RIFFAULT – SILK J., BREL C., GUERIN N., GUERRAND W., VOGEL J., MADER, R-C., *Colloque AFEC « Distribution et Internet »*, Revue des droits de la concurrence, Concurrences n° 1-2010, Paris, 5. Oct. 2009, disponible sur le lien : <https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2010/conferences/colloque-distribution-et-internet-quels-defis-pour-le-droit-de-la-concurrence>

OCDE, « *Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur les implications du commerce électronique sur les politiques de concurrence* », 10 janvier 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2018\)1/ANN4/FINAL/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2018)1/ANN4/FINAL/fr/pdf)

LEMAIRE C., FLOCHEL L., « *Un nouvel avenir pour les abus d'exploitation ?* » ; Atelier de la DGCCRF, 29 juin 2018, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/nouvel-avenir-pour-abus-d-exploitation>

SEMINAIRE PHILIPPE NASSE, « *Distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe* », 24 mai 2018, disponible sur le lien : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/05/31/seminaire-nasse-la-distribution-selective-evolutions-recentes-et-application-au-secteur-du-luxe> et « *La concurrence des plateformes du numérique* », 22 juin 2016, disponible sur le lien : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2016/06/22/la-concurrence-des-plateformes-du-numerique>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
I. Contexte économique de la distribution en ligne.....	1
II. Les acteurs de la distribution	2
III. Les préoccupations des plateformes en ligne pour la distribution.....	4
Annonce de plan et problématique	8
Partie 1. Le risque de dommage concurrentiel sur la distribution par les plateformes en ligne	10
Titre 1. les comportements des operateurs face au developpement des plateformes en ligne	11
<i>Chapitre 1. La problématique d'une définition non unitaire et lacunaire des plateformes en ligne</i>	<i>12</i>
Section 1. La double législation sur la définition du droit des plateformes en ligne	13
I. La définition du droit français	13
II. La définition du droit européen : Règlement Platform to Business.....	15
A. Difficultés théoriques.....	16
1. Une multiplicité d'activités	16
2. Une multiplicité d'acteurs	17
3. Une multiplicité d'utilisateurs	18
B. Difficultés pratiques.....	19
1. Une concurrence de définitions.....	19
2. La disparition de la distinction consommateur – professionnel à l'aune du numérique ..	20
3. Une vision divergente de la notion de plateforme en ligne.....	20
4. Des législations lacunaires et critiquables.....	21
5. La notion de plateforme en ligne « structurante » manquante	22
Section 2. L'organisation de la distribution sur les plateformes en ligne	23
I. Les sites comparateurs de prix.....	23
II. Les places de marché ou Marketplaces.....	25
<i>Chapitre 2. La nécessaire adaptation des réseaux de distribution en considération de l'émergence des plateformes en ligne.....</i>	<i>29</i>
Section 1. Les accords de distribution	29
I. Des accords de distribution contraire au principe de la libre concurrence entre États – membres	29
II. Une adaptation des accords de distribution	30
Section 2. Évolution de la distribution sélective au regard de l'émergence de la distribution en ligne	32
I. L'encadrement juridique de la distribution sélective.....	32
II. Distribution sélective à l'épreuve de la plateformes d'internet.....	33
III. Autorisation d'interdiction de la distribution sur les plateformes en ligne.....	34
A. Vers une mort programmée de la distribution sélective à l'aune des plateformes en ligne ?	34
1. L'affaire Coty : image de luxe et autorisation de l'interdiction du recours aux	
plateformes pour les distributeurs.....	35
2. L'affaire Sthil : produits « dangereux » et autorisation d'interdiction au recours des	
plateformes.....	37
3. Les affaires Adidas et Asics : produits de marque et interdiction d'interdire le recours	
des plateformes	38

4.	L'affaire Caudalie : une régulation pro - réseaux	39
B.	La menace des plateformes en ligne sur l'effet proconcurrentiel de la distribution sélective	42
1.	La protection de la distribution sélective restant menacée.....	42
2.	Une application aux produits hors luxe de la distribution sélective sur les plateformes en ligne	43
3.	Une analyse potentiellement évolutive à l'aune de l'évolution du numérique	43
4.	L'impact d'une définition lacunaire des plateformes en ligne pour la distribution sélective	43
5.	La distribution sélective permet un effet proconcurrentiel	45

Titre 2. Les comportements des plateformes en ligne susceptibles de fausser la concurrence entre opérateurs..... 46

Introduction.....	47
<i>Chapitre 1. Les pratiques non tarifaires.....</i>	<i>51</i>
Section 1. Les risques de dommages concurrentiels dans la concurrence entre géant du numérique : GAFAM vs BATX.....	51
I. Les risques liés à l'obsolescence du droit de la concurrence.....	51
A. Contexte économique.....	51
B. Un développement rapide et concordant.....	52
C. Contexte juridique.....	53
II. Une potentielle autorégulation par la concurrence entre géants du numérique ?	54
Section 2. Les pratiques non tarifaires : les abus d'éviction.....	55
I. Les stratégies d'éviction anticoncurrentielles par effets de réseaux	55
II. Les stratégies d'éviction par la manipulation algorithmique.....	57
Illustration par l'affaire Google Shopping.....	57
III. Le glissement de l'abus d'exploitation vers l'abus d'éviction : une volonté de protection contre les dérives des plateformes numériques dominantes.....	58
<i>Chapitre 2. Les pratiques tarifaires.....</i>	<i>61</i>
Section 1. Les risques de dommages concurrentiels sur la distribution par des abus d'exploitation	61
I. La problématique des conditions contractuelles unilatérale imposées par les plateformes.....	62
Illustration par l'affaire Google Ads.....	62
II. La problématique du déréférencement, suspension ou suppression de comptes	64
Illustration par l'affaire Google c/ Gibmedia	64
III. Méthodes de classement et manque de transparence.....	66
Illustration par l'affaire Amazon retails.....	66
IV. La problématique des restrictions à l'accès et la portabilité des données consommateurs	68
V. La problématique des potentiels risques de discrimination entre les entreprises utilisatrices... 70	
VI. La problématique du refus des plateformes de la mise en place de mécanisme efficace de règlement des différends.....	70
Section 2. Les risques de dommages concurrentiels sur la distribution par des abus de dépendance économique	71
I. Les possibles abus de dépendance économique des plateformes en ligne	71
II. Abus de dépendance et Marketplaces.....	72
A. Illustration par l'affaire d'Amazon	72
B. Illustration par l'affaire Apple	74
III. Le regain d'intérêt similaire et concordant aux abus d'exploitation	75

Partie 2. La gestion du dommage concurrentiel, entre droit de la concurrence et nouvelles régulations....	76
Introduction	76
Titre 1. La nécessaire adaptation du droit des plateformes en ligne	78
<i>Chapitre 1. L’efficacité des outils d’aujourd’hui</i>	<i>79</i>
Section 1. Les enquêtes sectorielles	79
I. Des outils mettant en lumière les variétés de stratégies des plateformes en ligne	79
II. Un outil permettant de réduire l’asymétrie informationnelle	80
Section 2. Les mesures conservatoires.....	81
I. Un outil permettant la conciliation du temps de la procédure avec le temps économique.....	81
Illustration par l’affaire Google Adwords	81
II. Les procédures d’engagement et procédure d’urgence.....	82
III. Un outil efficace, rapide mais restant lacunaire en pratique.....	83
<i>Chapitre 2. Des outils connus mais inutilisés.....</i>	<i>84</i>
Section 1. La théorie de l’effet de levier et des présomptions d’illicéité.....	84
Section 2. La théorie des facilités essentielles	85
I. La facilité à l’accès aux données	86
II. La facilité à l’accès aux plateformes en ligne.....	88
Titre 2. Le besoin face aux nouveautés de certains risques d’une régulation spécifique des plateformes en ligne ?	90
<i>Chapitre 1. L’amélioration de la régulation ex ante.....</i>	<i>91</i>
Section 1. L’initiation de propositions d’une régulation <i>ex ante</i> française.....	91
I. L’élargissement de la notion d’abus de position dominante.....	91
II. L’intégration de la définition des plateformes en ligne « structurantes ».....	92
Section 2. L’initiation de propositions d’une régulation <i>ex ante</i> européenne.....	94
I. L’imposition d’un nouveau cadre de responsabilités aux plateformes en ligne : DSA et DMA	94
A. Objectif du DSA/DMA	94
B. Une proposition critiquable.....	95
II. Transparence et loyauté	96
A. Transparence et loyauté par la <i>compliance</i>	96
B. La transparence par l’ <i>empowerment</i> eu égard aux algorithmes.....	97
<i>Chapitre 2. Une nouvelle régulation spécifique.....</i>	<i>99</i>
Section 1. La proposition d’une régulation spécifique des plateformes en ligne.....	99
I. Pour une régulation spécifique	99
II. Contre une régulation spécifique	99
Section 2. Pour une régulation spécifique des « entreprises cruciales ».....	102
I. L’encadrement des entreprises cruciales	102
II. Des régulateurs <i>ad hoc</i>	102
Conclusion générale.....	105
Bibliographie.....	106
Tables des matières.....	120