

La régulation des plateformes

Quelle régulation pour les relations des plateformes avec leurs partenaires commerciaux ?

Face à un **bouleversement majeur** (économique ou social, voire culturel), notre **système juridique** (car c'est bien de ce côté-ci que le juriste se place) la logique suivie est celle de la confrontation entre le système et le phénomène et **l'évaluation de la « résistance » du système** face à ce bouleversement et **la capacité à développer des lignes de changement.**

Relevons d'une part que le phénomène que l'on appelle « **ubérisation** » est l'un de ces bouleversements puisqu'il tend à transformer notre modèle économique par la voie technologique.

Au cœur de ce phénomène, se trouvent les **plateformes numériques**. Elles **constituent des interfaces d'intermédiation ouvertes, sur lesquelles les fournisseurs et les clients se rencontrent virtuellement.** Les implications sont multiples.

C'est alors aussi toute la puissance de ces plateformes que l'on observe. Les **logiques** qui les gouvernent les rendent particulièrement **puissantes**. Les plateformes œuvrant sur les marchés bifaces ou multifaces bénéficient d'**effets de réseau** importants (*Plus le nb d'utilisateurs est massif concernant l'une des faces, plus la plate-forme est attractive sur l'autre face et plus le nombre des utilisateurs augmente*).

Le **modèle économique** sur lequel elle se fonde – la recherche de la croissance plus que la rentabilité – conduit à ce que ces plateformes finissent par se partager le marché, suivant la règle du « **winner takes all** » (« le gagnant rafle tout », « remporte, gagne tout »).

Leur **pouvoir de marché** devient sans égal : ceci soulève des interrogations quant à la régulation de la concurrence.

Cela nous amène également à remarquer une certaine **dépendance des partenaires commerciaux**, entendus ici comme les utilisateurs professionnels – vis-à-vis de ces plateformes. Déf de l'utilisateur professionnel (Règlement P2B) = PP ou PM qui

recourent à des services d'intermédiation en ligne et qui offre des biens ou des services aux consommateurs, à des fins liées à leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

Les plateformes – et c'est ce que relève la Commission européenne dans son projet de règlement P2B sur lequel je vais revenir – deviennent « les gardiens de l'accès aux marchés et aux consommateurs ».

Des **pratiques abusives** peuvent naître de cette **asymétrie de pouvoir**, portant atteinte à la **confiance** des utilisateurs : clauses déséquilibrées ; déférencement non motivé et brutal des services ou produits ; modification unilatérale des contrats ; modalités de classement des entreprises (biens ou services) peu transparentes et évolutives ; conditions d'accès et d'utilisation des données collectées par les plateformes peu claires ; et les clauses de parité, qui limitent la capacité des entreprises à offrir des conditions plus attrayantes aux consommateurs par d'autres canaux que les services d'intermédiation en ligne. Par EX, dans le secteur hôtelier, ces clauses interdisent aux hôteliers de vendre des chambres à un prix inférieur à celui indiqué sur la plateforme, sur son propre site ou sur ceux d'une plateforme concurrente. Booking et Expédia.

= Le risque pour la libre concurrence est important : cela réduit la concurrence entre les plateformes même (et barrière à l'entrée pour les plateformes entrantes), réduit la liberté des hôteliers dans la fixation de leurs prix. Ceci a suscité en France une réaction des pouvoirs publics = Autorité de la concurrence en avril 2015 puis Loi Macron du 6 août 2015 (nous y reviendrons si le temps nous le permet = interdiction aux effets mitigés au regard du rapport de force économique = Rapport Sénat 20 juin 2018.

Relevons enfin, au titre des constats, que cette forte asymétrie de pouvoir se traduit par un **faible contentieux** : les recours sont coûteux et les entreprises disent craindre des représailles si elles dénoncent les pratiques dont elles s'estiment victimes (Proposition de résolution européenne, Sénat, 11 oct. 2018).

Ici, les **lignes de changement pour le système juridique**, consisteraient, pour le sujet qui nous occupe, à réduire l'asymétrie de pouvoir, à rééquilibrer les relations commerciales entre les plateformes et leurs partenaires, à préserver la libre concurrence, à instaurer une forme de loyauté dans les pratiques commerciales lorsque celles-ci n'apparaissent pas l'être suffisamment. Nous serions face à « de nouvelles féodalités », comme le relève le CE dans son **étude annuelle** à « la puissance publique et aux plateformes numériques » ; nouvelles féodalités que la puissance publique doit réguler.

Finally, the questions that arise are generic: Why? What? Who? Where? And How? If we are to expose the why of regulation and its object, we must then answer the other interrogations: who and where? And especially How?

REGULATION DES PLATEFORMES

Qui et où ?

Au regard du caractère a-territorial d'internet et des plateformes numériques, une régulation au niveau international est préconisée : cette **régulation globale** est conçue comme un objectif à long terme (CE 2017 étude annuelle).

À plus court terme, une **régulation régionale** est préférable car plus réaliste = UE « cadre de référence pertinent » (CE, étude annuelle 2017).

Bien sûr la **régulation nationale** est possible mais l'État doit revoir le périmètre de son intervention pour s'adapter aux spécificités du secteur, ne pas entraver l'innovation.

Précisément, si l'on se place du point de vue étatique, le terme de régulation n'est pas anodin. Si ce terme apparaît souvent préféré à celui de réglementation, c'est parce qu'il traduit des **modalités d'intervention particulières** du législateur public. L'**État se fait réflexif**, destiné à agir davantage sur les équilibres sociaux. Il s'en tient à fixer le cadre procédural d'une discussion conduite par les groupements intéressés eux-mêmes.

Sommes-nous ici dans ce cas ? L'avenir nous le dira mais il semble que nous sommes à **mi-chemin** : entre contrainte voulue, voire une forme de rappel à la loi, et la détermination de grands principes avec une marge de manœuvre laissée aux acteurs concernés pour leur mise en œuvre (règlement P2B). **Grands principes** ici : garantie des droits fondamentaux des personnes, travailleurs ; sécurité des transactions et bien sûr transparence ici dans la relation commerciale (Rapport CE).

Comment ?

1/ Relevons tout d'abord, que la tendance est plutôt à **l'adaptation des règles existantes, du droit commun** qu'à la création d'un corps de règles spéciales, d'un droit nouveau. Les **tenants d'une réglementation ex post** craignent le risque d'une multiplication des règles et d'un manque de lisibilité. Il faudrait davantage **redynamiser le droit existant** pour y intégrer les figures du numérique.

2/ Mécanismes juridiques, supports juridiques existants conçus comme autant de remèdes à des pratiques considérées comme déloyales, abusives.

>> Union européenne

Au cœur de la régulation des rapports entre les plateformes numériques et leurs partenaires commerciaux se trouve la **proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne**, dit Règlement Plateform-to-business (P2B), en date du 26 avril 2018.

L'état de la proposition auquel je me réfère est celui du **15 février dernier** : stade où le Parlement européen et le Conseil sont parvenus à un **accord en trilogie** sur le règlement.

L'idée de la proposition de règlement est d'améliorer le fonctionnement du marché unique numérique. Elle est une initiative « *visant à garantir, dans l'économie en ligne, un environnement équitable, prévisible, durable et suscitant la confiance* » (Président de la Commission européenne J-C. Juncker discours 13 septembre 2017 sur l'état de l'Union).

La proposition de règlement s'articule autour de **deux principaux pôles** : des obligations de transparence au bénéfice des partenaires commerciaux des plateformes ; des mécanismes de règlement des différends¹.

Au regard du précieux temps imparti, je ne vais exposer que les **principales obligations de transparence envers les partenaires commerciaux**.

Car il s'agit, en l'état actuel, que de **transparence**. Le Parlement européen voulait instaurer plus d'équité et de non-discrimination mais dans le dernier accord, les obligations restent de transparence.

Les obligations actuelles portent sur 4 grandes thématiques :

➤ Modalités et conditions qui lient les utilisateurs aux plateformes

Suivant la proposition initiale, celles-ci doivent être **claires et non ambiguës**. Elles doivent être également **accessibles** à tout moment de la relation commerciale. Les conditions générales doivent indiquer à **l'avance les motifs permettant la fin d'un référencement ou la suspension**.

Aussi, **avant tout changement de condition**, le partenaire commercial doit être averti et bénéficier d'un délai de **préavis** (15 jours – nouvel accord : possibilité d'étendre le délai).

¹ Mécanisme de réclamation interne : 15 jours pour répondre aux plaignants ; dispositif extra-judiciaire de médiation ; actions judiciaires collectives aux fins d'injonction de mise en conformité.

[La présente proposition est complétée par une décision de la Commission portant création du groupe d'experts pour **l'Observatoire sur l'économie des plateformes en ligne**, chargé pour l'essentiel de suivre les perspectives et les défis pour l'Union dans l'économie des plateformes en ligne, notamment en ce qui concerne les questions liées à l'application du règlement que la Commission propose].

- Encadrement de la suspension d'accès à la plateforme et du déférencement

La plateforme doit **justifier** cette décision : une déclaration vise les faits ou circonstances spécifiques ainsi que les motifs objectivement applicables.

Nouvel accord : **bénéfice préavis de 30 jours**.

- Transparence dans le classement des entreprises par les plateformes

Point important : la proposition vise les « **principaux** » **paramètres** déterminant (discussion sur ce terme mais apparemment pas modifié dans le dernier accord) le classement des offres et l'importance relative de ces paramètres. Aussi, lorsque le classement d'un résultat de recherche peut être amélioré contre une **rémunération**, les utilisateurs doivent être avertis dans les conditions générales.

- Transparence en matière de politique générale des plateformes :

- Sur l'accès et l'utilisation des données générées par l'utilisation des services
- La manière dont les plateformes traitent leurs propres biens ou services par rapport à ceux des concurrents et les raisons qui explique une différence de traitement. Avantager ses propres biens et services ne sera pas interdit, mais il faudra être transparent là-dessus.
- Les clauses de parité

Règlement P2B : Le règlement valide le principe de clause de parité interdisant aux entreprises de proposer les mêmes produits ou services par un autre canal à un prix inférieur à celui proposé par la plateforme. Toutefois, en l'état des négociations, les plateformes devront exposer les motifs « économiques, commerciales ou juridiques » dans leurs modalités et conditions et s'assurer que ces restrictions sont proportionnées.

Dernière remarque sur le règlement : une liste annexée de pratiques déloyales proposée par le Conseil n'a pas été reprise même si, et il faudra voir, certaines pratiques auraient tout de même été intégrées dans le texte (l'interdiction de clauses rétroactives préjudiciables aux entreprises).

Aussi, en plus des plateformes et moteurs de recherche, premières cibles du règlement, les systèmes d'exploitation et assistants vocaux seraient également mentionnés dans certains articles et considérants.

>> Droit interne

Mécanismes de droit interne pour rééquilibrer le rapport de force Plateforme/utilisateurs professionnels : ils sont au carrefour du droit des obligations et du droit de la concurrence (droit générique et flexible).

- La notion de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties

* On la retrouve en droit des obligations, au niveau du **contrôle du contrat d'adhésion**, ici notamment conclu avec la plateforme marketplace (place de marché type Amazon). La loi du 20 avril 2018 le définit comme celui « *qui comporte un ensemble de clauses, non négociables, déterminées à l'avance, par l'une des parties* ». Dès lors que l'une des clauses crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, celle-ci est **réputée non écrite**.

→ Relevons que le **contrat** apparaît comme **l'outil le plus évident** car instaure une forme de proximité entre la plateforme et l'utilisateur. Outil le plus direct dans la relation. Encore faut-il qu'il existe et qu'on puisse le qualifier (mandat ; prestation de services etc..).

* Cette notion se rencontre bien sûr également en droit de la concurrence au titre des **pratiques restrictives de concurrence** (article L442-6-1 2° c. com.).

- Toujours concernant ces pratiques restrictives : Rupture brutale des relations commerciales (Article L442-6, I, 5° c. com.). Pratique restrictive de concurrence. Pourrait peut-être fonctionner pour le **déférencement brutal**.

Relevons que cela pourrait fonctionner aussi quant à la menace de rupture des relations commerciales (4°) : menace au référencement ou déréférencement pour obtenir des conditions contractuelles manifestement abusives ; qualification utilisée pour sanctionner les menaces employées pour instituer une modification unilatérale des conditions de la relation commerciale.

- Pour rester en droit de la concurrence : abus de position dominante. Pratique anti-concurrentielle. Peu de temps : condamnations intervenues par la Commission européenne pour sanctionner Google d'avoir favorisé son propre **comparateur de prix** en lui accordant une position de premier plan dans les résultats de recherche // sanction favorisé **ses propres applications et son moteur de recherche via son système d'exploitation Android**. Condamnations encore pour Booking par l'Autorité de la concurrence française qui à travers les clauses de parité, commettait un abus de position dominante aboutissant notamment à l'éviction des plateformes concurrentes.
- L'abus de dépendance économique. Article L420-2 al.2 c. com. Abus sanctionnés par le texte : refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires. Qualification difficile car le juge a rarement reconnu l'existence d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique : la doctrine propose de réactiver cette interdiction par une réécriture de l'article.

= Ces qualifications sont-elles utilisables ? Certains ne le pensent pas en raison de leur généralité mais nous pouvons penser que précisément cette généralité est source d'adaptation. En tout cas, leur **aptitude à se saisir des pratiques** est à envisager.

- *Clauses de parité*

Autorité de la concurrence : avril 2015

Loi Macron 6 août 2015 : interdit le principe de parité tarifaire entre le site d'un OTA (Online Tourism agency) et celui d'un hôtelier.. Surtout, les règles nationales qui interdisent ces clauses ne sont pas remises en question par le règlement si elles sont « conformes au droit de l'Union » (cas de la France).

Enfin, je terminerais mes propos par trois interrogations, à mon sens, décisives et fondamentales dans la question de la régulation des plateformes.

- **Qu'en est-il d'une forme de co-régulation**, c'est-à-dire l'intervention convergente de normes édictées par les acteurs publics et les acteurs privés concernés, soit les plateformes ? L'article 13 du Règlement P2B visent les codes de conduite, les engagements volontaires des plateformes, pour prolonger les bonnes pratiques commerciales, pour appliquer les normes de la meilleure façon possible. La question du suivi de l'application des normes apparaît être une donnée non négligeable (notamment mise en place d'un Observatoire européen de l'économie des plateformes numériques)². Qu'en pensez-vous ?
Je crois que le secteur du numérique, comme d'autres, est un témoin et une terre d'élection de la co-régulation.
- Cette seconde interrogation pourrait rejoindre la première dans le sens où le comportement de l'entreprise est l'objet de la régulation : comment percevez-vous la sanction juridique ? J'imagine qu'au-delà de son aspect punitif, elle conduit à une **réflexion sur son propre comportement** et sur la conduite à tenir dans le futur. Autrement dit, **quelles corrections apporter en interne ?** Vous placez vous dans une **démarche d'amélioration continue ?**
- On compte sur les **vertus de la transparence** : ce serait celles de la responsabilisation : plus on explique ce qu'on fait, plus on comprendrait les objectifs et les bénéfices. La transparence aurait une vertu disciplinaire : le destinataire qui se prête à l'exercice de la transparence pourrait parvenir à **intérioriser certains principes** sur lesquels cette transparence porte. Elle serait

² + concernant le règlement des différends : un nouvel article obligera les États à désigner une autorité responsable de la bonne application du règlement. Ils devront aussi définir des « mesures » applicables en cas de violation des dispositions

un instrument de régulation de premier plan qu'on ne saurait négliger. Qu'en pensez-vous ?

Conclusion

***Confronter** peut signifier opposer mais je crois que confronter c'est surtout **agencer**. Agencer entre ce que l'on pense (à tort ou à raison) être deux visions. La première celle de l'État, instigateur légitime des règles juridiques face à un second monde, celui de l'entreprise, d'opérateurs économiques dotés de leurs propres représentations, vision qualifiée souvent de plus sauvage³ et guidée par un intérêt financier absolu. Cette vision est probablement juste mais est à dépasser.*

*Intérêt général et privé peuvent s'entremêler et converger (pour une certaine part) vers des objectifs communs. Et il en est de ces objectifs qui est le nôtre aujourd'hui c'est la **stabilité du système économique** : c'est bien d'ailleurs là toute le sens de la « régulation ».*

³ Ces plateformes numériques se sont, d'une certaine manière, développées « de façon sauvage », du moins d'un point de vue juridique : entrer d'abord sur un marché, profiter de sa position dominante, exercer un contrôle important sur les travailleurs, en évitant les réglementations, et seulement ensuite négocier une mise en conformité » (Aloisi, 2016, p. 686).