

Quelle régulation face aux plateformes numériques ?

Par **Françoise BENHAMOU**

Professeur à l'Université Paris 13, ancien membre du Collège de l'ARCEP

Réguler les plateformes numériques ne va pas de soi. Des outils existent, mais il convient de clarifier les objectifs, de questionner les instruments de la régulation et de travailler au croisement des différents ordres de régulation, dans une perspective *a minima* européenne. Un décloisonnement de régulations devenues des régulations de rupture peut contribuer à lever les obstacles à une intervention en cas de comportements illicites.

La question de la politique concurrentielle se pose en des termes nouveaux à l'heure où nous écrivons, du fait de deux événements concomitants : le premier correspond à la montée d'une colère transnationale contre le comportement considéré comme abusif des grandes plateformes nord-américaines ou chinoises, et le second renvoie à une évolution de la stratégie européenne consistant à utiliser toute la gamme des outils de réponse sans s'embarasser de questions sur le maintien ou non d'une politique en silo. C'est ainsi que l'instrument des aides d'État illégales a pu être avancé pour contrer la politique fiscale menée par l'Irlande.

La politique à l'égard des plateformes pose cinq questions : l'identification et la caractérisation des plateformes, la clarification des objectifs de la régulation, l'articulation entre les outils existants pour lesquels la question fiscale apparaît centrale et la nécessité de porter la régulation au niveau européen.

Les plateformes, des objets encore mal identifiés

Les plateformes en ligne sont des intermédiaires assurant la mise en relation directe entre leurs utilisateurs⁽¹⁾. Elles permettent de réduire les coûts de recherche engagés par les agents avant la transaction et de réduire les coûts partagés engagés lors de la transaction elle-même. Elles ont une action de classement, de référencement ou de hiérarchisation. Les plateformes collaboratives créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées. On peut distinguer les plateformes de communication et les plateformes de services, les plateformes uniface et les plateformes bifaces ou multifaces⁽²⁾. Celles-ci servent deux (ou plusieurs) marchés, la valorisation du produit ou du service sur une face du marché dépendant du nombre des usagers sur l'autre face du marché⁽³⁾.

Les plateformes en ligne se distinguent par la démultiplication de leurs caractéristiques usuelles : les économies d'échelle y deviennent infinies (du fait de coûts fixes élevés et de coûts variables très faibles), ce qui rend difficile l'arrivée de nouveaux entrants, et elles combinent des effets de réseau simples (valeur du service liée au nombre d'utilisateurs) et des effets de réseau croisés (valeur du service dépendant du nombre d'utilisateurs d'un autre service).

La régulation, désir ou nécessité ?

Face au caractère disruptif des plateformes, la demande de régulation émane d'acteurs économiques, mais aussi de la société civile. Les premiers mettent en avant leur stratégie d'optimisation fiscale, le jeu sur les infinies économies d'échelle qui favorise le développement des acteurs dominants, l'exercice d'une concurrence qualifiée

(1) La loi pour une République numérique identifie les opérateurs de plateforme en ligne ainsi : « Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers, ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

(2) La Commission européenne distingue cinq catégories de plateforme : les places de marché e-commerce, les écosystèmes d'applications mobiles, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les plateformes de publicité en ligne (voir MAXWELL W. et PÉNARD T., « Quelle régulation pour les plateformes numériques en Europe ? », Livre blanc, 2015). Voir aussi l'étude du Conseil d'État, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation », 2017, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf>

(3) ROCHET J.-C. et TIROLE J. (2003), "Platform Competition in Two-Sided Markets", Journal of the European Economic Association 1 (4), pp. 990-1029.

de déloyale, le pouvoir de marché d'entreprises qui détiennent de considérables capacités de trésorerie leur permettant d'innover par elles-mêmes et de racheter l'innovation produite par de petits acteurs économiques agiles et inventifs. La seconde s'inquiète de la capture de ses données personnelles et de leur sécurisation ultérieure⁽⁴⁾, des atteintes à la souveraineté numérique, de la multiplication des *fake news*, de la fiabilité des algorithmes, de la lisibilité des conditions d'utilisation, etc.

En ce qui concerne la régulation de la concurrence, il ne s'agit pas d'instaurer une régulation *ex ante* destinée à limiter la taille des plateformes, lorsque celles-ci accroissent leur part de marché, innovent ou diversifient la gamme des services offerts. La régulation de la concurrence ne saurait intervenir qu'*ex post*, lorsque l'abus de position dominante est observé, qu'il s'agisse de discrimination, de clauses contractuelles abusives, ou encore d'exclusivité.

Si l'on admet que ce sont les données qui constituent la source de la valeur et le principal facteur de puissance économique, il convient de déplacer les indicateurs en se focalisant non plus seulement sur la part de marché, le chiffre d'affaires ou les bénéfices, mais plutôt sur la *data*. Il faut alors s'interroger sur le périmètre de la collecte, la localisation, le transfert, la portabilité, la sécurité, les défauts de transparence ou les usages abusifs des données, et sur le rôle des données et des algorithmes dans l'accès aux contenus. Sur ce terrain, la Commission européenne entend éviter la fragmentation du marché européen du fait de réglementations nationales différentes.

De la variété des outils à la régulation coopérative

La régulation des plateformes est déjà une réalité. En effet, le droit traditionnel, qu'il s'agisse des directives européennes, du droit pénal, du droit de la concurrence, du droit fiscal ou du droit des contrats, s'applique aux plateformes comme aux autres acteurs. Des lois ont permis de préciser certains points : ainsi, en France, la loi définit un principe de loyauté des plateformes, comme l'obligation de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur les principales règles qui régissent leur fonctionnement (conditions générales d'utilisation, modalités de référencement, de classement et de déréférencement, liens capitalistiques qui influenceraient les modalités précitées, etc.). La loyauté des plateformes devrait permettre d'assurer une même qualité d'exposition virtuelle aux différents produits. Ce principe pourrait servir de base à l'arrêt du verrouillage des utilisateurs *via* un matériel ou des logiciels dédiés. Il ne doit pas être confondu avec un principe de neutralité, qui ne peut être appliqué à des plateformes dont la valeur ajoutée est tirée notamment de leur capacité à hiérarchiser des informations.

Les plateformes doivent respecter plusieurs cadres, et elles sont régulées par différents acteurs publics aux niveaux national (Autorité de la concurrence, CNIL – Commission nationale de l'informatique et des libertés –, DGCCRF – direction générale de la concurrence, de la

consommation et de la répression des fraudes –, tribunal de commerce) et européen (Commission européenne, avec la directive e-commerce et les directives e-privacy et services de médias audiovisuels). La pertinence des réponses apportées aux questions posées par les plateformes numériques dépend de la qualité de l'articulation et de la coopération entre ces différents registres du droit, et entre les différentes instances qui s'y attachent. Elle est tributaire du caractère techniquement contrôlable des garanties annoncées. Se pose, en particulier, la question de l'extraterritorialité du droit européen aux États-Unis et en Chine, qui est loin d'être acquise, alors que l'inverse existe, comme en ont témoigné certaines condamnations d'entreprises étrangères (notamment européennes) pour des faits commis en dehors du territoire américain.

Fiscalité et concurrence, les deux faces d'un même questionnement

L'optimisation fiscale n'est pas l'apanage des entreprises du numérique, mais elle est particulièrement aisée dans le cas de marchés dématérialisés et d'entreprises mondialisées enclines à découpler le lieu de consommation de celui de la vente. Le droit fiscal international attribue à l'État dans lequel l'entreprise a son siège le pouvoir de soumettre à l'impôt les bénéfices de celle-ci, et il n'est fait exception à cette règle qu'en présence d'un établissement stable.

L'optimisation fiscale est un moyen d'exercer une concurrence susceptible de s'avérer déloyale. Une décision spectaculaire a fait évoluer la donne européenne. Fin août 2016, au terme d'une enquête formellement lancée en juin 2014, la commissaire chargée de la concurrence, Margrethe Vestager, déclarait qu'un accommodement fiscal entre Apple et l'État irlandais pouvait être requalifié en aide d'État abusive. Les achats faits en Europe étaient « rapatriés » en Irlande et, en vertu de deux accords fiscaux (ou *rulings*) datant de 1991 et de 2007, Apple avait payé sur les profits réalisés par ses filiales irlandaises moins de 1 % d'impôts par an, alors que le taux d'imposition des entreprises en Irlande est de 12,5 %. Apple s'est vu condamner à verser 13 milliards d'euros à l'État irlandais (soit 23 % du budget du pays). Apple mais aussi l'Irlande ont fait appel de cette décision, cette dernière étant sans doute sensible à la pérennité des 5 000 emplois locaux d'Apple, au risque d'une procédure de non-conformité qui s'applique lorsqu'un État de l'UE faillit dans l'application d'une décision de la Commission⁽⁵⁾.

(4) Il faut noter que la sécurisation elle-même est très majoritairement assurée par des opérateurs chinois ou américains, ce qui permet des utilisations non contrôlées, « Messageries et systèmes de confiance. Qu'allons-nous laisser à nos enfants ? », 11^{ème} rencontre de l'ARCSI, 7 novembre 2017.

(5) Avant Apple, la Commission avait sanctionné Starbucks et Fiat, respectivement aux Pays-Bas et au Luxembourg, et une trentaine de multinationales implantées en Belgique. Une décision est attendue sur Amazon pour un *ruling* au Luxembourg.

L'usage d'un outil, les aides d'État, aura donc permis de traiter une question de fiscalité (sous réserve des décisions prises en appel). Même si la coopération fiscale européenne demeure balbutiante et fragile, et ce d'autant plus que la moindre avancée en la matière requiert l'unanimité des États membres, c'est là une forme prometteuse de décloisonnement des régulations. Celles-ci sont organisées en silo, mais les questions posées par les plateformes appellent un jeu sur les différents outils, une sorte de coopération régulatrice, non seulement entre États, mais aussi entre les différents registres de la régulation. On peut avancer que plus les plateformes élargiront la gamme de leurs activités, et plus ce décloisonnement s'avérera nécessaire.

Cette question de la fiscalité fait l'objet de nombreux travaux académiques, rapports et propositions⁽⁶⁾ tant au niveau de l'OCDE et de l'Europe qu'au niveau national. Parmi celles-ci, on peut relever la proposition faite par plusieurs pays européens dont la France, en octobre 2017, de créer une taxe dite « d'égalisation » sur le chiffre d'affaires des GAFA (Google, Apple, Amazon et Facebook), au sujet de laquelle les experts soulignent les risques d'une double taxation. L'Europe demeure divisée, de sorte que la Commission préfère travailler sur une standardisation du calcul de l'impôt sur les sociétés, éventuellement dans le cadre d'une coopération renforcée excluant les pays rétifs à cette solution (Luxembourg, Irlande, Malte, Chypre).

L'impératif européen

La régulation peut pâtir de deux insuffisances. La première tient aux caractéristiques des marchés bifaces : une intervention sur une face du marché peut susciter des effets non désirés ou contreproductifs sur l'autre face du marché⁽⁷⁾. Les outils de la régulation doivent s'adapter : comme le notent Colin, Landier, Mohnen et Perrot⁽⁸⁾, le repérage de prix prédateurs requiert traditionnellement une comparaison entre les prix et les coûts (notamment variables). Mais une plateforme numérique peut donner gratuitement accès à ses services sur un côté du marché et faire payer l'autre côté, de sorte que prix et coûts sont déconnectés sur l'une des deux faces du marché⁽⁹⁾. Les tests traditionnels de prédation deviennent dès lors inadaptés.

Le second défaut réside dans le fait qu'il est difficile d'ériger des règles ne visant que certaines catégories de plateformes : on peut craindre des effets sur l'ensemble des plateformes, notamment des freins à l'innovation. De même, si des obligations ne s'appliquent qu'aux entreprises ayant une résidence fiscale en France, on crée un désavantage comparatif pour le territoire français. C'est pourquoi trois directions de travail semblent s'imposer : l'affinement de l'analyse des marchés, la régulation coopérative afin d'assurer une plus grande efficacité des procédures, et la dimension internationale.

Sur le premier point, un travail de recueil et de publication de données est indispensable afin de mesurer et de comparer les pratiques des plateformes en ligne à l'égard de l'ensemble des utilisateurs, professionnels comme particuliers, et de doter les régulateurs d'une expertise incon-

testable⁽¹⁰⁾. La publication d'une information objective et comparative constitue une incitation à l'adoption de comportements vertueux. La mise en place d'un dispositif de notation des plateformes pourrait s'appuyer sur un réseau de contributeurs ouvert et sur une diversité de sources de données, publiques comme privées.

Sur le second point, il faut relever la lenteur des procédures, tout particulièrement au niveau européen. En juin 2017, Google est condamné à payer une amende de 2,42 milliards de dollars pour avoir abusé de sa position dominante en favorisant son service de comparateur de prix. L'enquête de la Commission avait démarré en novembre 2010. Le cadre européen devrait disposer (comme cela existe au niveau national) de moyens d'agir avec rapidité et de la possibilité d'adopter des mesures conservatoires (celles-ci existent, mais elles sont très rarement prononcées du fait des standards de preuve qui s'imposent à la Commission, et qui sont plus élevés qu'au niveau national). Les autres sujets – qu'il s'agisse, dans le cas de Google, du système d'exploitation Android, de la régie publicitaire AdSense ou du traitement des contenus d'éditeurs de médias – méritent des réponses rapides. Plus généralement, la plupart des grandes plateformes renvoient à une redéfinition du paysage concurrentiel, qu'il s'agisse des GAFA, des « NATU » (Netflix, AirBnB, Tesla, Uber), ou d'autres acteurs également disruptifs. Toutes ne soulèvent pas des questions d'abus de position dominante, mais toutes requièrent une vigilance de la part des régulateurs. La mobilisation de tous les outils de la régulation, y compris la requalification de régimes fiscaux dérogatoires en aides d'État (comme on l'a vu), chaque fois qu'il y a altération des conditions d'exercice d'une concurrence loyale et non faussée, constitue un mode de régulation novateur.

(6) Voir, notamment, COLIN N. et COLLIN P. (2013), « Rapport sur la fiscalité du secteur numérique », 2013, https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf, Avis du CNNum, septembre, <https://cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/04/RapportFiscaNum-webv21.pdf>

France Stratégie, « Rapport Fiscalité numérique » (2015), http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/note-26-fs-fiscalite-numerique_0.pdf

Des économistes de la Toulouse School of Economics et de l'Institut Mines-Télécoms préconisent l'instauration d'une taxe sur les revenus publicitaires ou sur la collecte de données personnelles, deux activités plus facilement rattachables à un territoire : BACACHE M. et al. (2015), « Taxation and the digital economy: A survey of theoretical models », février, https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fiscalite_du_numerique_10_mars_corrige_final.pdf

(7) Pour plus de détails, voir EVANS D. S. et SCHMALENSEE R. (2016), « Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms », Harvard Business Review Press.

(8) COLIN N., LANDIER A., MOHNNEN P. et PERROT A. (2015), « Économie numérique », Note du CAE, n°26, octobre.

(9) Les auteurs donnent l'exemple de plateformes hôtelières comme Booking, gratuites pour leurs utilisateurs, mais qui prélèvent des commissions sur les établissements référencés.

(10) Dans son rapport pour la Digital New Deal Foundation, Réguler le numérique (2017), J. Toledano suggère la création d'une agence franco-allemande préfigurant un think tank international sur le sujet, <https://www.thedigitalnewdeal.org/wp-content/uploads/2017/06/Fondation-Digital-New-Deal-reguler-le-numerique.pdf>

Enfin, sur le troisième point, la taille des acteurs concernés appelle *a minima* une approche européenne⁽¹¹⁾. Sans cela, l'adoption de mesures contraignantes au seul niveau national peut soulever des difficultés de mise en œuvre dans le cas des acteurs implantés à l'étranger, et risque d'affecter principalement les acteurs établis en France. L'alliance européenne peut être à configuration variable, comme c'est déjà le cas sur d'autres sujets, dans le cadre de coopérations renforcées.

Conclusion

Plusieurs objectifs doivent être poursuivis : une concurrence équitable entre services numériques comparables, une véritable responsabilisation des plateformes, la promotion de la confiance, de la transparence et de l'impartialité, l'ouverture des marchés et la non-discrimination. Mais les questions de juste concurrence et de régulation ne doivent pas brider la nécessaire analyse de l'échec de l'Europe à susciter l'émergence de champions européens du numérique. Cette incapacité ne doit pas manquer d'interroger les décideurs publics et privés sur les moyens d'accompagner le dynamisme de l'innovation et d'assurer les conditions nécessaires pour que les entreprises atteignent une taille critique au niveau européen.

Les plateformes soulèvent une multitude d'enjeux éthiques (qualité de l'information, respect de la vie privée), politiques (souveraineté), économiques (concurrence, fiscalité) et culturels (droits de la propriété intellectuelle, pluralisme). Sans doute faut-il faire évoluer les critères ac-

tuels de la régulation, centrés sur la puissance de marché, d'un côté, et sur la protection des données, de l'autre, et adopter des régulations coopératives (au sens de la coopération étroite entre les logiques propres aux différents ordres de régulation : concurrence, données, fiscalité) privilégiant les problématiques transversales plutôt que verticales. Les procédures lentes et rigides sont inadaptées au caractère dynamique d'Internet, qui requiert une régulation souple. Comme le note Nicolas Curien, « l'originalité des technologies numériques réside dans le caractère imprévisible, non programmable et auto-organisé de leurs usages⁽¹²⁾ ». Le caractère disruptif et mouvant du monde numérique appelle l'invention d'une régulation transparente et ferme sur ses objectifs et ses fondamentaux, attentive à ne pas entraver l'innovation et agile dans l'usage de ses outils. En d'autres termes, il faut aussi innover du côté de la régulation, le régulateur devenant, en quelque sorte, un régulateur de rupture⁽¹³⁾.

(11) OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013.

(12) « *Les ressorts de l'économie numérique* », *Économie et Management*, n°156, juin 2015, pp. 5-11, <https://www.reseau-canope.fr/notice/les-ressorts-de-leconomie-numerique-par-nicolas-curien.html>

(13) Voir, notamment, CORTEZ N. (2014), "Regulating disruptive innovation", *Berkeley Technology Law Journal*, n°29, pp. 175-228, <http://ssrn.com/abstract=2436065>, in BENHAMOU F. (2016), « *Régulation sectorielle et innovation de rupture* », *Concurrences*.