



www.cnumerique.fr/plateformes
#Plateformes

Neutralité des plateformes

Compte rendu - 3^{ème} Vendredi contributif

8 novembre 2013

Ce compte rendu fait état des échanges tenus entre les participants du Vendredi contributif. Ces éléments sont destinés à alimenter la réflexion des membres du Conseil National du Numérique dans le cadre du processus de concertation. Ils ne représentent pas une prise de position du C/Num.

1. En bref

Alain Bensoussan et Godefroy Dang Nguyen ont proposé les analyses d'un économiste et d'un juriste sur les enjeux relatifs au développement des plateformes.

1.1. La notion de plateforme est un concept nouveau au plan juridique

Sachant qu'il est impossible de créer du droit pour chaque nouvelle technologie ou innovation marketing, la première préoccupation qui se pose au législateur est de déterminer si elles portent en elles-mêmes des conditions qui méritent de mener une réflexion juridique préalable et demain d'adopter une nouvelle forme de régulation. Alain Bensoussan est d'avis que, plutôt qu'un principe qui s'impose de lui-même, il s'agirait davantage d'un concept composite, associant un agrégat de valeurs à défendre avec une vigilance particulière pour le cas des plateformes.

Internet est considéré dans la plupart des pays comme un média, de ce fait il est protégé par la liberté d'expression. Dès lors, les plateformes qui y opèrent et les autorités ne doivent pas pouvoir y imposer des formes de censures.

Le cadre existant repose sur le pivot hébergeur / éditeur mais cette distinction explose avec les plateformes qui fusionnent les deux catégories. Aussi, les biens mis à disposition sur internet n'obéissent plus à la distinction entre produits et services, puisqu'ils consistent le plus souvent en des droits d'accès à des contenus.

Cette particularité amène à devoir considérer tous les éléments présents sur Internet comme des contenus et explique dès lors l'empreinte forte des problématiques de propriété industrielle et de propriété littéraire et artistique dans l'économie des plateformes. Là où le droit des réseaux tend vers les concepts de facilités essentielles, celui des plateformes tend avant tout vers celui des contenus, donc vers la légitimité des monopoles.

L'enjeu est donc la régulation des monopoles, comme c'est la tendance avec les plateformes qui créent une nouvelle économie, où la diffusion massive, la position dominante et les profits élevés sont monnaie courante. Dans ces situations : droit de la concurrence, droit commercial et droit de la propriété intellectuelle entrent en confrontations. Les versants s'affrontent.

Puisque les rivalités restent importantes, dès lors les projets de régulation ne doivent pas intervenir de façon intempestive. Si régulation il devait y avoir, celle-ci devrait être légère et résiliente ; et plutôt que la protection des concurrents, elle devrait porter en priorité sur la protection des versants, lorsque ceux-ci participent à la création de valeur de la plateforme et/ou en supportent des coûts de participation.

1.2. Les composantes évoquées d'un principe de neutralité

- **Protéger les versants de la plateforme contre les formes de censure** sur les contenus et informations, **et contre les discriminations économiques** préjudiciables.
- **Garantir un droit à l'information à la compréhension des conditions pratiquées par la plateforme pour les internautes.**
- **Rompre la constitution de rentes qui ne correspondent pas à une rétribution de l'innovation.** Les intervenants ont mentionné à ce titre l'importance de l'interopérabilité, qui serait une des manières de parler de neutralité. Ils ont longuement évoqué aussi le besoin d'une précision des conditions d'appropriation exclusive de l'information et des données collectées sur Internet, puisqu'elles occupent un rôle d'intrant essentiel dans les écosystèmes des plateformes et demain pour toute l'économie.

En ce sens, La co-contribution de contenus par des communautés d'utilisateurs devra sans doute imposer une évolution de doctrine : moins de contrainte et une prise en compte des intérêts des contributeurs par les plateformes. Ils ont notamment évoqué la possibilité de monétiser le second versant des plateformes par une rétribution des contributeurs « gratuits » (internautes), la proposition de faire des search logs (données issues des historiques de recherche) un bien commun, et d'asseoir le droit de propriété des individus sur leurs données.

Ils appellent à ce qu'une réflexion approfondie soit menée par les économistes sur les conséquences de la triple monétarisation : audience, contenus, données.

Les présentations des intervenants sont disponibles ici : www.cnumerique.fr/plateformes

2. Introduction

2.1. Contexte de la saisine

Francis Jutand, membre du CNNum désigné pour piloter les travaux a remercié les contributeurs et rappelé le contexte de la saisine du Conseil par les ministres de l'Economie et des finances, du Redressement productif et des Petites et moyennes entreprises, de l'Innovation et de l'Economie numérique. La saisine recouvre deux axes :

- Une concertation sur les engagements proposés par Google à la Commission européenne, dans le cadre de l'enquête préliminaire lancée en 2010 concernant le moteur de recherche.
- La poursuite de la réflexion relative à la neutralité du net – en abordant désormais la question de la neutralité des plateformes – suite à l'avis rendu en mars 2013 par le CNNum sur le "premier volet", relatif aux réseaux de télécommunication.

Le premier vendredi contributif, tenu le 12 juillet 2013, a été consacré à identifier les problématiques et à l'élaboration de la feuille de route. Une seconde session a permis d'engager un dialogue entre les représentants de Google et les acteurs de l'écosystème. L'objectif de cette troisième session est se référer aux apports de la modélisation économique et de l'analyse juridique pour aborder les problématiques soulevées par l'économie des plateformes.

2.2. Premiers éléments ressortis des contributions

Effets collatéraux de tendances de marché	Pratiques imputées
<ul style="list-style-type: none"> - Effets de réseau "winner takes all" - Désintermédiation : perte de contact au client final - Goulet d'étranglement - points d'entrée incontournables - pouvoir d'éviction du marché - Concurrence à l'achat pour la visibilité, hausse des coûts et compression des marges - Situations de captivité pour l'utilisateur, le développeur, l'annonceur. - Accumulation de rentes – et appropriation de données au statut incertain - Captation de valeur disproportionnée 	<ul style="list-style-type: none"> - Discriminations - inégalités dans les conditions d'accès aux espaces de référencement préférentiels (disponibilité et conditions tarifaires) - Déficit de transparence et brutalités (déclassements - déréférencements) - Utilisation des contenus de sites tiers - Non innovation volontaire - entretien d'un effet rareté dans le « real estate » visuel

Leviers d'action	Difficultés
<ul style="list-style-type: none"> - Concurrence : sanctions, engagements, encadrement des exclusivités et sélectivités. - Intervention ex ante - Consommation, information loyale des utilisateurs (information tronquée, contenus publicitaires, alternatives existantes) - Indicateurs, observation des pratiques - Règlement alternatif des conflits - médiation - transparence et recours effectif sur le référencement - Droit des pratiques restrictives pour le règlement des litiges BtoB, - Concevoir le bon grid normatif - Travail sur le statut des données 	<ul style="list-style-type: none"> - Ambiguïté de la situation : qualité des services à court terme mais risques pour le marché à long terme. - Incertitudes sur la qualification des pratiques Toute forme de référencement implique une forme de non neutralité - Effectivité des règles dans des marchés internationaux : renouvellement continu des problématiques, manque de capacités d'observation, traitement insuffisant des multiples recours, lenteur des procédures - Télescopage entre protection et exploitation des données.

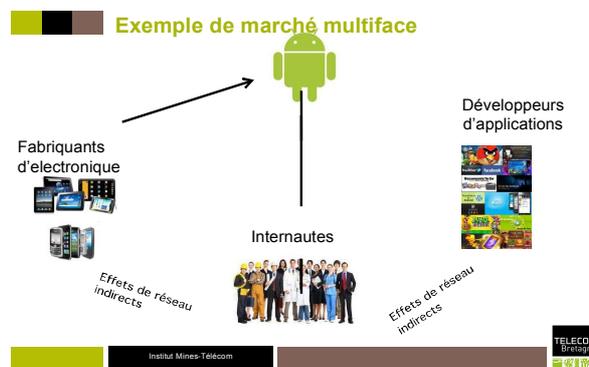
3. Intervention de Godefroy Dang Nguyen

Economie des plateformes et politique de concurrence

Directeur scientifique adjoint Télécom-Bretagne, Directeur scientifique du GIS M@rsouin, Professeur au Collège d'Europe, Docteur en économie et Ingénieur civil des mines de Paris.

3.1. L'économie des plateformes produit des positions dominantes

3.1.1 Comme tout intermédiaire, les plateformes mettent en contact mais s'interposent aussi - Le rôle des intermédiaires vis à vis du marché est ambigu. Ils ont l'utilité de mettre en contact l'offre et la demande. Mais leur existence dépend du fait que les deux versants ne se rencontrent pas. Pour le cas des intermédiaires d'Internet, les marchés sont multifaces : annonceurs, internautes, éditeurs, développeurs, etc., l'analyse est d'autant plus dynamique.



3.1.2. L'économie des plateformes se caractérise par l'importance et la rapidité de ses effets de réseau

- **Ils sont directs** : la valeur est créée par la collectivité et l'interaction entre ses membres. Ceux-ci ont un effet cumulatif que l'on retrouve dans les réseaux sociaux comme Facebook, ou de communication comme Skype.
- **Et indirects** : lorsque plusieurs types de communautés se rencontrent par le biais d'une plateforme, chacun étant attiré par l'autre face du marché mais que les deux versants n'interagissent pas en son sein.

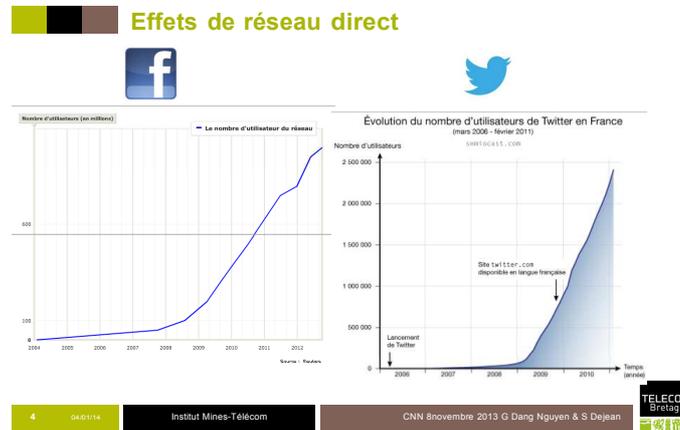
Ex : lorsqu'un individu joue sur sa console, d'une certaine façon il interagit avec la personne qui lui a fourni le jeu. Une dialectique se joue de chaque côté de la plateforme : plus il y a d'offeurs de jeux sous Xbox, plus il y aura de clients pour la console, et plus il y aura d'offeurs de jeux motivés pour distribuer sous ce format.

- **Ils relèvent du fait social plus que de la technique** - La technique aide, puisque les machines facilitent fluidifient les interactions, mais elles ne sont pas le facteur premier de la rapidité et de l'ampleur des effets de réseau observés dans l'économie des plateformes.

Ex : Android se caractérise par des effets de réseau entre internautes et développeurs d'applications. Twitter est un service faible techniquement puisque cette technologie existe depuis longtemps. En revanche le paramètre social à l'origine des effets de réseau et le rythme de

diffusion rapide est une nouveauté. Ce paramètre est gênant pour les économistes, juristes et autres acteurs qui préfèrent se reposer sur des concepts stables.

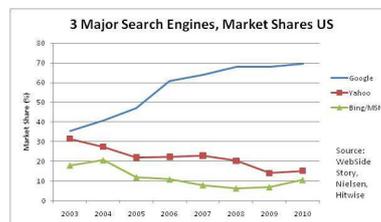
- **Leur impact** : ils tendent à pousser les clients à se coordonner entre eux, une fois la masse critique atteinte, la croissance de la plateforme est auto-entretenu et le coût du changement de service et relevé pour les clients, ce qui conduit à une facilitation de la monopolisation.



3.2. Une controverse existe sur la réversibilité de ces positions

Plateformes et « effondrement du marché »

Un cas de domination progressive



3.2.1. Face à la monopolisation, plusieurs facteurs favorisent la concurrence

- La menace de nouveaux entrants
- La concurrence à un clic et de faibles coûts de transfert pour les consommateurs. L'exemple inverse existe sur Ebay, où il est impossible de transférer le capital réputationnel bâti sur une autre plateforme.
- La taille finie de la plateforme
- L'hétérogénéité des agents et la diversité des besoins qui permettent la différenciation et de maintenir une forme de pression concurrentielle
- Le multi-homing : consultation de plusieurs plateformes avant d'opérer un choix.

Sur les plateformes, ces facteurs freinent parfois la monopolisation : Meetic concurrence Attractive World, YouTube fait face à Dailymotion, iTunes compose avec Deezer, Spotify, etc. Par ailleurs, le premier entrant n'emporte pas nécessairement tout le marché - la dynamique sociale des effets de réseau entraîne de fréquents effondrements de positions - Au moment de la bulle internet, il était

commun d'employer l'expression « first mover takes all » mais aujourd'hui ce n'est plus toujours le cas. Facebook a par exemple pris le pas sur MySpace en n'entrant qu'en seconde position sur le marché. Dans ce cadre, il est particulièrement difficile de détecter des abus de position dominante.

3.2.2. Mais il existe aussi des facteurs d'élévation des barrières à l'entrée

- **Les coûts irrécupérables** de mise en place d'une plateforme rendant plus difficile l'entrée sur le marché pour les acteurs qui démarrent de zéro. Ceux-ci pouvant relever tout autant de la preuve de la compétitivité du leader.
- **Le learning by doing** : plus les gens utilisent Google, plus cette expérience améliore le service et sa sophistication.
- **Le « single homing »** : tendance aux comportements d'adoption concentrés sur une plateforme.

3.2.3. Et des leviers stratégiques pour bénéficier à plein des effets de réseau :

- **La tarification asymétrique** : une baisse des prix implique l'augmentation de l'attraction d'un côté du marché, et donc une hausse de la valeur de la plateforme pour l'autre versant, ce qui justifie une augmentation des prix de leur côté. Un versant peut être excessivement taxé tout en laissant place à des prix potentiellement prédateurs sur l'autre versant pour éliminer les concurrents potentiels. Parfois la plateforme peut même pratiquer des tarifs négatifs, YouTube commence par exemple à rémunérer ses gros contributeurs.
Par ailleurs, le fonctionnement par enchères permet de mener une discrimination de la demande par le prix, et de capter la valeur additionnelle. La sophistication des modèles est importante : liens sponsorisés, achats de mots clefs, pondération par pertinence, prix de réserves, etc. Ces variables deviennent d'autant plus complexes à surveiller.
- **La compatibilité** – En élargissant les effets de réseau, la compatibilité bénéficie aux consommateurs et indirectement aux entreprises qui la pratiquent puisqu'elles voient leur marché s'élargir de ce fait. Mais une plateforme dominante a plus intérêt à refuser la compatibilité qu'une petite. Les acteurs dominants avancent aussi souvent que la compatibilité aux autres services peut freiner l'innovation.
Au départ, l'application vidéo embarquée sur Iphone était YouTube, et Google Maps. Puis apple a développé sa propre application de cartographie. Mais les acteurs européens sont hors du paysage.
- **La diversification** : intégration verticale et horizontale. Cette stratégie est avantageuse car elle permet d'amortir les coûts de la plateforme sur plusieurs activités.



3.3. Faut-il alors les réguler ?

Les plateformes posent des questions classiques en économie de la concurrence, comme les risques d'abus de position dominante : tarifs prédateurs, vente forcée, restrictions verticales, etc.

3.3.1. Les risques de formation de rentes déconnectées des mérites, qui sont un dilemme traditionnel du régulateur - lorsqu'une entreprise a été innovante, ses efforts sont bénéfiques pour le marché. Mais si cette expérience était partagée, le marché pourrait devenir davantage concurrentiel. Il faut donc mener une évaluation au cas par cas pour déterminer si les avantages accumulés l'ont été par les mérites, et si la rente récupérée par la plateforme relève du retour sur investissement de ses efforts ou d'une captation de valeur préjudiciable. L'expansion se pose pour tout écosystème et elle ne requiert pas toujours une régulation.

3.3.2. Mais les effets de réseau créent aussi un nouveau contexte, notamment la rapidité et la discontinuité dans la formation des positions dominantes : avant qu'un acteur n'atteigne la masse critique, rien n'est à surveiller – au-delà il est souvent trop tard. Ceci contraste face à la lenteur des outils de contrôle existant, en particulier lorsqu'ils interviennent *a posteriori*. L'analyse des positions dominantes et d'autant plus difficile que la concurrence est en principe à un clic.

Dans ce cadre, il ne faut pas négliger le rôle de la multitude : les utilisateurs créent une bonne partie de la valeur, or c'est eux que le régulateur doit aussi protéger même s'ils ne paient pas directement pour utiliser les services. La doctrine mise sur pied pour gérer les situations de domination devra certainement évoluer pour faire face à ces spécificités.

3.3.3. La question centrale est de savoir s'il y a un abus

Le marché tend plutôt vers un oligopole, donc vers un risque de cartellisation : les barrières à l'entrée sur le marché des moteurs de recherche par exemple ne s'imposent pas de la même manière à un petit acteur qu'à Microsoft. En ce sens, les vrais concurrents de Google seraient plutôt les grands acteurs du type d'Amazon, Apple ou Microsoft. Avec l'intégration verticale et la diversification de leurs activités, les grandes plateformes se recouvrent les unes les autres, et les clients deviennent la ressource rare qu'elles se disputent, le point d'équilibre. Et lorsque des concurrents se font face, ils ont intérêt à s'entendre sur les standards essentiels pour conduire le marché.

Pour le corps législatif, il est crucial de s'intéresser à la façon dont la plateforme traite ses versants _ Plutôt que la protection des concurrents, la vigilance devrait porter en priorité sur la protection des versants (clients annonceurs, internautes, développeurs, etc.), vis à vis des comportements hégémoniques (tarification, conditions d'accès, disponibilité des outils, etc.) Ceci *a fortiori* lorsqu'ils participent à la création de valeur de la plateforme et/ou en supportent des coûts de participation.

3.4. Les hypothèses d'action

3.4.1. Ne rien faire - école de Chicago

Cette école de pensée repose sur le postulat que **les entreprises recherchent avant tout le profit et l'efficacité. En conséquence, si une entreprise est dominante, c'est en raison de sa performance.** La réussite de Google, Amazon, Apple, etc. révélerait le talent de leurs dirigeants et de leur personnel.

Dans ce contexte, **les cas d'abus seraient moins fréquents qu'on ne le pense et ils ne sont reconnus que lorsqu'ils se produisent au détriment des clients et non des concurrents.** L'intervention de la puissance publique est analysée comme un remède plus négatif au marché que le risque de survenance des abus.

Le numérique se manifesterait également par une situation de destruction créatrice permanente. Dans ce sens, le juge américain Robert Bork et le professeur de droit et d'économie Gregory Sidak ont appelé en 2012 à relativiser les conséquences de la domination de Google¹. Selon eux :

- Malgré ses parts de marché importantes, Google n'est pas le seul moyen d'accéder aux contenus pour les utilisateurs et les entreprises ont le loisir de se faire référencer ailleurs. Le classement qu'il effectue sur ses pages ne serait donc pas une facilité essentielle.
- Le coût induit par le changement de service pour les utilisateurs est faible
- Une envergure importante ne serait pas nécessaire pour concurrencer Google.
- Les annonceurs peuvent vérifier l'effectivité de leurs campagnes publicitaires sur Google par rapport aux autres sources de promotion sur Internet, et il veut juger si l'un est plus efficace que l'autre : Google lui permet de les voir, mais il ne la donne pas à un intermédiaire afin de lui éviter de lui faire perdre de la profitabilité.
- Les entreprises ont nécessairement besoin de maintenir un bon niveau de réputation, au risque de voir leur profitabilité diminuer en cas de mauvais comportements.

3.4.2. Réguler ex ante - l'expérience des télécoms

Les télécoms ont fait l'objet d'une régulation performante : analyses de marché, contrôle *a priori*, modèles comptables, textes de lois dédiés, etc. Mais ce mode d'intervention est coûteux, et un risque existe toujours que les autorités de régulation nationale soient en situation de doublons entre elles et avec les missions de l'autorité de la concurrence. Puis leur mise en place peut s'avérer politiquement complexe, comme en témoigne l'expérience autour du dernier paquet télécom. Enfin, la régulation présente toujours le risque de bloquer l'innovation en restreignant les capacités d'investissement des acteurs. Le déploiement de certains services peut être bloqué par une régulation inadaptée.

Ils sont aussi le terrain d'effets de réseau, mais télécoms et plateformes se différencient sensiblement : les télécoms reposent sur d'importantes infrastructures, leur déploiement se fait plus lentement que celui des plateformes, qui forment une « économie en état d'apesanteur » : les cycles de vies sont accélérés et les positions dominantes sans cesse remises en cause.

En conséquence, si régulation il doit y avoir, elle doit être légère, réactive, et attentive aux expressions des besoins des « versants ».

3.4.3. Faire des search logs un bien commun disponible à tous – C.Argenton, J.Prufer

Les deux chercheurs proposent une forme de régulation par l'octroi d'un statut de bien commun aux données issues des recherches effectuées sur les moteurs de recherche². Ceci

¹ Voir le rapport intitulé "What does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google ?", disponible ici : http://aei.org/files/2012/10/05/-what-does-the-chicago-school-teach-about-internet-search-and-the-antitrust-treatment-of-google_132249480630.pdf

en raison d'une tendance naturelle à la monopolisation du marché de la recherche en ligne, et de son importance économique et sociale.

Les informations concernées seraient le fruit d'une expérience accumulée et formalisée dont la transmission serait facile à effectuer. Cela reviendrait à mettre en place un système d'information pour l'échange de données « search logs », avec ou sans tarifs, directement entre les moteurs de recherche, ou par le biais d'un « hub », à la manière de l'échange de trafic dans les « IXP » (Internet Exchange Point, *infrastructures qui permettent aux fournisseurs d'accès internet de s'échanger du trafic. Ces pratiques sont organisées par le biais d'accords dits de « peering »*).

Les conséquences doivent toutefois être mesurées :

- Puisque ce gisement de valeur est créé par la multitude, il faudrait permettre que la valeur soit partagée avec elle, et il faudrait prévenir les risques accrus de collusion entre acteurs.
- Un tel système pourrait être organisé par le biais d'obligations d'interopérabilité, afin de garantir que l'effet de réseau puisse bénéficier aux autres plateformes, et que les coûts de transferts ne soient pas prohibitifs pour les utilisateurs, en particulier pour les plateformes avec APIs.
- Il faudrait alors approfondir le statut des contenus : les producteurs d'informations doivent-ils être rémunérés ? Faut-il s'assurer qu'ils le soient correctement, notamment s'il s'agit d'amateurs ?

² Voir l'étude de Cédric Argenton et Jens Prüfer, « Search Engine Competition With Network Exxternalities », disponible ici : <http://ideas.repec.org/p/dgr/kubtil/2011024.html>

La question de la gratuité

Nota bene : ces éléments sont issus d'un échange avec les contributeurs

Lorsque la gratuité est inhérente au modèle économique, elle est légitime. La pratique de la gratuité n'est pas nouvelle, certaines activités bien connues de l'économie « moléculaire » consistent à monétiser l'audience des lecteurs ou auditeurs auprès d'annonceurs, comme pour la presse quotidienne gratuite, ou la télévision. Du côté du versant technique, TDF est payant, et du côté du versant fournisseur comme TF1, il est gratuit.

Elle n'est répréhensible que si elle cache un prix prédateur : pratiquer temporairement la gratuité le temps d'éliminer la concurrence pour relever les prix ensuite.

Mais cet outil est difficile à appliquer aux plateformes :

- La structure de coûts compte pour beaucoup au succès des plateformes : dans cette économie, il faut un investissement initial mais dès lors que l'on a une capacité installée, le coût marginal de la connexion, de la reproduction et de la diffusion des contenus aux nouveaux utilisateurs est très faible, voire nul. Il serait donc difficile de parler de prix prédateurs puisqu'il s'agit davantage de coûts faibles que de prix inférieurs aux coûts.
- La multipropriété pose un problème : l'application du prix prédateur suppose un transfert de propriété contre paiement d'un prix. Mais en l'espèce, le transfert de biens se passe sans propriétaire puisque le numérique se caractérise par la multipropriété. Il n'est pas nécessaire d'ôter la propriété à l'un pour la monétiser à un autre.
- Cette économie entre davantage dans le spectre du droit d'auteur plus que dans celui des marchandises : cette triangulation juridique n'est pas neutre puisque l'artiste a tout à fait le droit de pratiquer des prix prédateurs en abandonnant son œuvre et la diffusant gratuitement.
- Dans l'économie des contenus non culturels, la valeur est dans la distribution : la valeur du roman est en principe celle du roman mais 90% de la valeur est captée par la distribution.

La problématique centrale ne serait donc pas celle d'une opposition entre modèle gratuit et modèle payant, mais de capacité à détecter les pratiques tarifaires abusives en l'absence de signaux de prix à analyser. En ce sens, les économistes ont fait avancer la réflexion avec la notion de versants : la gratuité n'est qu'un élément du versant payant, les deux faces étant interdépendantes.

4. Intervention d'Alain Bensoussan - plateforme et neutralité

Associé fondateur du cabinet Alain Bensoussan Avocats, spécialisé en droit des technologies avancées. Présentation réalisée avec l'aide d'Eric Barbry.

Maître Bensoussan propose une réflexion juridique sur les plateformes et la neutralité, un retour en tant que praticien aux prises avec certains grands dossiers qui ont contribué à façonner l'état actuel des normes applicables aux plateformes : Ebay à ses débuts, France Télécom au moment de sa dérégulation et aujourd'hui sur des réseaux sociaux tels que ma-residence, et des plateformes tant btob, ctoc ou btoc.

4.1. Périmètre technico-juridique des plateformes

4.1.1. La « triangulation juridique » est inédite sur les plateformes Web

La triangulation se manifeste par la présence de deux versants plus la plateforme. Ces cas étaient rares avant l'avènement du numérique - cautions, le crédit-bail, le porte fort, etc. - mais il ne s'agissait que de mécanismes accessoires. Dans le cas des plateformes, la triangulation juridique est inédite et centrale.

Pour le cas d'eBay, les juristes ont dû créer un droit où l'acheteur n'a pas de contrepartie au vendeur, et n'a pas de contrepartie auprès de la plateforme. La plateforme organise la rencontre entre une offre et une demande qui ne se rencontrent pas. eBay n'est pas partie à la transaction mais elle présente la transaction, sans quoi elle ne se produirait pas. Beaucoup d'acheteurs d'un côté et de pouvoirs de vente - «power sellers» - de l'autre, ont essayé - en général sans succès - d'engager la responsabilité d'eBay en demandant aux tribunaux de considérer que la plateforme était intervenue en tant qu'intermédiaire actif.

En revanche, dans l'affaire LVMH, les tribunaux ont estimé qu'eBay n'était plus un simple intermédiaire mais avait une position d'éditeur, en raison de sa fourniture d'assistance au versant vendeur. Ebay a notamment pu voir sa responsabilité d'éditeur du fait de la fourniture de programmes d'optimisation du pouvoir de vente et d'aide à la création d'un magasin sur la plateforme.

Il y a un besoin d'interprétation de cette triangulation de la part des économistes puisqu'aujourd'hui ces éléments sont aujourd'hui difficiles à régler sur le plan légal et que les affaires décisives pour le droit d'Internet se perdent davantage sur le terrain de la propriété intellectuelle que celui de la consommation ou de la concurrence.

4.1.2. Le pivot hébergeur-éditeur est dépassé sur les plateformes qui fusionnent les deux notions

La notion d'hébergeur a été introduite en raison de l'absence de régulation a priori – puisqu'il s'agit de contenus et que le législateur refuse le droit à la censure dans une démocratie.

- **Les hébergeurs** qui ne sont en principe que des « campings binaires qui installent des tentes dans lesquelles il ne leur est pas possible de regarder » bénéficient de cette situation : absence de responsabilité et absence de contrôle *a priori*, impliquant une forme de contrôle *a posteriori*, avec l'exigence de prendre des dispositions dans des brefs délais en cas de notifications.
- **Les éditeurs**, qui fournissent des contenus sont soumis aux règles de la loi sur la presse qui s'appliquent aussi aux directeurs de publication, mais aussi à une responsabilité en cascade. Eux doivent réguler la totalité de leur information. Le marché doit également réguler la totalité des contenus puisque les délais de forclusion sont très courts : 3 mois pour agir en responsabilité sur la diffamation et l'injure, 1 an pour l'incitation à la haine raciale, la discrimination, etc.

Mais cette dichotomie des années 2000-2004 a vieilli : la réflexion sur les monopoles, tel que Microsoft en son temps, qui portait sur les logiciels sur serveurs - opposés aux logiciels sous SaaS -, est aujourd'hui conduite par la distinction entre éditeur et hébergeur, posée par la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN). Les réalités ne collent plus à un concept

d'hébergeur élaboré pour des acteurs du type d'Atos ou d'éditeur pour des activités du type du Figaro.

Les plateformes se caractérisent par la fusion des deux systèmes. Facebook est fournisseur de contenus, fournisseur de moyens, est hébergeur et réunit deux versants audience avec les consommateurs et publicité des annonceurs. Les juristes se retrouvent dans ce cas sans cadre applicable puisque les régimes existants reposent sur la distinction hébergeur-éditeur. Et puisque le droit de l'Internet se fait en grande partie devant les tribunaux, les juges – dans l'obligation de trancher les litiges - doivent composer avec des outils inadaptes.

Certains acteurs se considèrent comme des éditeurs de services en ligne puisqu'ils éditent des programmes, sites ou applications, pouvant accueillir des contenus ouverts ou sous licence, comme dans le cas de YouTube qui permet l'hébergement des vidéos. Mais le fait d'utiliser des concepts anciens dans un contexte profondément renouvelé présente des risques. Dans ce cas, la notion d'éditeur de service renvoie à la propriété littéraire et artistique et l'on doit considérer que l'activité du site est de publier du code HTML. Le risque est donc de perdre la propriété pour la partie logicielle. Prendre l'option propriété littéraire et artistique est la tendance actuelle mais on oublie alors que les salariés sont en principe propriétaires de leurs œuvres, en l'absence de cession de leurs droits à leur entreprise : une personne morale ne peut être considérée comme un auteur, elle ne peut qu'être titulaire de droits d'auteur.

4.1.3. Dans le numérique, la distinction produit-services laisse place aux contenus qui portent en eux les problématiques de la propriété intellectuelle : la légitimation du monopole

Les contenus disponibles en ligne sont des « biens industriels littéraires » - Il ne s'agit pas d'une situation d'opposition entre un créateur indigent face à un exploitant vorace, comme dans la vision historique, puisqu'il n'y a pas de culture à proprement parler sur Facebook mais des sons, des images et des textes. Ces éléments sont couverts par la propriété littéraire et artistique, mais qui relèvent davantage de biens industriels littéraires : littéraires au point de vue de leur création, industriels compte tenu de leur production.

Les biens mis à disposition sur les plateformes reposent sur le sous-jacent des logiques de propriété intellectuelle - ce qui modifie totalement le cadre général.

Le droit des réseaux tend vers les concepts de facilités essentielles, celui des plateformes tendrait avant tout vers celui des contenus, donc vers la légitimité des monopoles. – Le propre de la propriété intellectuelle est un droit de propriété absolu. Dans le cadre du droit d'auteur, le créateur est légitime dans son monopole jusque 70 ans après sa mort, au titre de la création ; dans celui du droit des brevets, le monopole est de 20 ans.

La première légitimation officielle de la rente a été mise en place avec les brevets. En un sens, la puissance publique a proposé un réel accord à l'inventeur : un monopole pendant 20 ans contre la publication de l'invention dans le but que, en ne protégeant jamais les idées mais les moyens, d'autres innoveront à leur tour. En ce sens il apparaît important de protéger ce système pour les autorités de concurrence, sans quoi toute la dynamique d'incitation à innover s'effondre.

Il faut alors distinguer entre rentes d'innovation et rentes déconnectées des mérites

L'écueil est crucial en droit de la concurrence : sous réserve de démontrer qu'une position est acquise par les mérites, la rente est légitime. Cette rente est protégée par le droit de la propriété intellectuelle, dans lequel le droit de la concurrence a eu du mal à entrer. Il l'a fait par le biais de l'affaire Magill à propos des catalogues de programmes télévisuels en créant le concept de facilité essentielle. Mais l'application de cette théorie aux éléments qui ne relèvent pas d'infrastructures a toujours été difficile.

Dans ce cadre, la concurrence entre écosystèmes ouverts ou fermés est un point central

La tendance est de croire que moins les formats sont interopérables, plus l'écosystème sera à même de générer des gains. Mais une réflexion de fond est faite sur les différences d'approches entre des écosystèmes du type de Google, et les stratégies de type Apple.

- Une plateforme ouverte admet l'interopérabilité et donc le fait que des acteurs extérieurs puissent entrer, publie en open source et régule son magasin applicatif avec une plus grande souplesse. Une plateforme dominante qui maintiendrait une approche ouverte prend donc le risque de ne récolter que la rente de son innovation.
- Une plateforme fermée contrôle les contenus, détermine les politiques tarifaires, impose éventuellement ses standards, etc.

En ce sens, parler de formats interopérables est une autre façon de parler de neutralité : le monde de l'industrie n'a jamais été interopérable. Poser de telles exigences relève plutôt de positionnements étiques, économiques, juridiques. L'industriel peut défendre un droit à la non interopérabilité pour assurer sa position, le législateur peut d'un autre côté considérer que la rente monopolistique est mauvaise pour la concurrence.

4.2. Réflexion sur un principe de neutralité appliqué aux plateformes

4.2.1. Composantes possibles

a. L'absence de censure des contenus par la plateforme

Internet est un média couvert par la liberté d'expression - Il faut considérer non seulement les questions de droit de la consommation sur le versant 1, de propriété littéraire et artistique et de propriété industrielle sur le versant 2, mais aussi, pour les deux le fait qu'Internet n'est pas un réseau mais un média protégé par la liberté d'expression, notamment depuis que la Cour Suprême des Etats Unis s'est prononcée dans l'affaire *ACLU v. Reno*. C'est pourquoi la liberté d'expression est toujours plaidée par les avocats : l'idée étant que quelle que soit la légitimité invoquée, comme le bon fonctionnement du marché, côté consommation ou concurrence, les contenus ne peuvent être empêchés de s'exprimer, sans égard porté sur le fait que les messages concernés soient ou non du niveau de Sartre, leur qualité intellectuelle d'entrant pas en ligne de compte.

b. La transparence - sur les mécanismes techniques et marketing comme exigence éthique

Le droit à la transparence sur internet est fondamental, bien au-delà des exigences de neutralité. Sur le net, le principe est l'anonymat, l'exception est l'identification. Le net est né sous le régime du masque, au sens « vénitien » du terme. Dans le monde « moléculaire » tout est visible, on crée donc un droit au secret. Dans le monde Internet, tout est invisible (adresse IP, etc.), on crée donc un droit à la transparence en tant qu'exigence éthique. Dans ce cadre, il apparaît crucial de permettre aux utilisateurs de saisir les conséquences que peuvent avoir la communication de leurs informations sur Internet, et de les mettre en situation de pouvoir comprendre les mécanismes techniques et marketing utilisés - sous réserve de la protection du savoir-faire.

Vers un droit à la compréhension, dérivé du droit de la consommation - L'information communiquée aux internautes sur l'utilisation qui est faite de leurs données devrait en ce sens être élaborée sur la base du niveau de compréhension du consommateur moyen. Ceci à l'image de ce qui se pratique en trading, où il est imposé de prendre en compte le niveau de compétence du client avant de traiter une requête. Dans ce cas, un outil comme l'abus de faiblesse pourrait être ré-exploré.

c. L'absence de discriminations économiques entre les versants – illustration par le cas Google

La meilleure façon d'optimiser ses recettes est de discriminer entre ses clients et de faire révéler à chacun ce qu'il est prêt à payer, bien qu'en principe il ne doit pas y avoir de discrimination en fonction de la personnalité. D'une autre façon, on interdit les discriminations entre fournisseurs, et on recherche la protection des petits acteurs face aux puissants. C'est pour ça qu'en principe il n'est pas possible de changer de CGV trop souvent et qu'elles

doivent obligatoirement être communiquées. Une réflexion doit être menée sur la généralisation des mécanismes d'enchère, et les pratiques de yield management.

Mais il existe aussi des discriminations objectives et transparentes qui ne sont pas fondées sur la personne.

Dans le cas de l'actualité relative à Google, on cherche à éviter que les produits propriétaires figurent plus en avant que ceux des autres et que le triangle d'or des trois premières réponses à une requête soient considérés comme une infrastructure essentielle. Certains souhaitent aussi que lorsque Google s'intègre verticalement, ses produits n'arrivent pas au-dessus de ceux des autres. Une forme de discrimination est faite avec l'affichage payant en haut et à droite, à titre de référencement commercial. Mais Google favorise aussi les gratuits puisqu'ils lui permettent de créer de la valeur qu'il ne paye pas.

Des éléments sont monétarisés puisque les annonceurs payent pour les AdWords, AdSense, etc. Mais surtout, l'audience des internautes se caractérise par un double gratuit : gratuit puisque l'accès aux services de Google n'est pas payant ; gratuit aussi puisque Google accède à son tour aux contenus mis à disposition par les grands utilisateurs. Par exemple, en étant référencé en 5^{ème} lien sur les pages Google, la moitié de la clientèle du cabinet d'avocat provient d'Internet.

Une vigilance des autorités de concurrence est nécessaire sur les conditions d'appropriation des informations - Le risque avec les discriminations économiques est de conduire à des rentes qui ne relèvent pas de l'innovation, donc anormales. Il est donc important de protéger l'innovation sur le versant 1 dans la mesure où Google y acquiert un grand nombre d'informations :

- **informations visibles** (contenus mis en ligne pour attirer du trafic et qui permettent à Google de se valoriser auprès du second versant).
- **et informations invisibles** (l'ensemble des comportements observables des utilisateurs qui permettent de définir des processus de profilage pour optimiser l'allocation de leurs ressources par les annonceurs ; informations également valorisables auprès du second versant).

Vers une monétarisation du second versant ? - Les utilisateurs ont un rôle central dans l'économie des plateformes, puisqu'ils participent à la création de valeur en partageant leurs contenus, en partageant leurs données et constituent une audience monétisable. La tendance logique serait donc à la privatisation des données personnelles par les individus. Le mouvement a déjà commencé sur le plan éthique, mais se dirigerait vers une reconnaissance de la souveraineté sur ces données. Les contentieux se situent pour le moment sur le terrain du droit de la personnalité mais pas sur celui de la propriété des données. En conséquence, il existe une définition des données vue du côté du droit de la personnalité mais pas du côté économique.

Une conséquence possible pourrait être la création de structures chargées de la gestion et de la valorisation des données des individus. Les prémices se sont fait sentir sur le terrain du secret bancaire et des désaccords sur la propriété des données des banques. Les acteurs qui sont entrés sur le marché au préalable auront pu se constituer un avantage comparatif difficilement rattrapable et pourront prendre ce virage à leur avantage.

En somme, la neutralité des plateformes serait donc un concept « panier » regroupant des exigences préexistantes mais dont la synergie ferait naître un autre principe.

[4.2.2. Pour une charte nationale de la neutralité des plateformes](#)

Il faut bannir l'idée que, le numérique étant international, il serait inefficace d'adopter des mesures à échelon national. Le fait d'imposer aux opérateurs une charte sur la transparence est un premier pas vers un droit à vocation mondiale. La charte sur le droit à l'oubli a forgé un creuset dans lequel les opérateurs se sont engouffrés et ont joué un rôle d'orientation. Pour la Loi Informatique et Libertés, la France, très légèrement derrière la Suède et l'Allemagne, a impulsé le mouvement de la

protection des données personnelles. Aujourd'hui le monde entier se dote d'une protection juridique des données personnelles. La directive européenne de 95 s'inspire en grande partie du droit français.

Cette dynamique de convergence mondiale s'explique par le fait qu'en matière numérique, le droit est dicté par la technique, que l'on soit de tradition anglo-saxonne ou romano-germanique.

- Lorsque tous les pays adoptent **le double-clic comme mode d'expression du consentement**, il s'agit avant tout de gérer la vitesse d'acceptation, plutôt que de modalités de présentation de la page Web en html.
- **Le droit de rétractation** quant à lui s'explique par le fait qu'entre la page Web et le produit il peut exister une différence d'appréciation. Ce fait s'impose de la même manière partout dans le monde, d'où l'adoption généralisée des 30 jours.
- **Les lois de protection des logiciels** sont sensiblement similaires en Allemagne, France, Angleterre, Australie, Etats-Unis. Les différences existent mais elles se situent toujours sur le plan des concepts résiduels (en Angleterre, le logiciel se réduit au code, là où les matériels de conception sont protégés au même titre que le code en France).
- **Les règles de signature électronique** entre l'Argentine, l'Europe et Singapour sont sensiblement les mêmes.
- **Les exigences de notification des failles de sécurité** sont poussées par l'objectif de protection des consommateurs, que l'on retrouve dans le projet de règlement européen sur la protection des données.

Mais cette capillarité s'explique aussi en raison des similarités de besoins parmi les utilisateurs

- ce phénomène, qui s'est illustré sur Facebook, avec la reconnaissance implicite du droit à la propriété des individus sur leurs données, n'est pas celui d'une société américaine, ni d'une société internationale mais celui d'une société universelle. Quelle que soit la culture, le métier, la langue, la géographie, nous sommes enclins à nous y inscrire. Cette faculté fait partie des éléments essentiels dans une démocratie.

Elle a été la première plateforme à reconnaître la propriété des individus sur leurs données. Là où auparavant il n'existait qu'un droit à l'intimité, à la vie privée, etc. Facebook reconnaît implicitement un droit à la propriété des données dans son contrat, afin de créer de la confiance. Chacun d'entre nous donne une licence non exclusive à la plateforme : or, « s'il y a un locataire, il y a un propriétaire ». Après elle, YouTube, Dailymotion et la quasi-totalité des plateformes ont repris cette caractéristique afin de prendre en compte une demande généralisée des utilisateurs pour créer un élément de différenciation et de la confiance.

En conséquence, on reconnaît aujourd'hui *de facto* un droit de propriété aux utilisateurs sur leurs données par le biais des contrats, alors même qu'aucune législation ne l'a fait.

Dès lors, le succès d'une loi ne relève pas de sa géographie mais des valeurs qu'elle sous-tend

- si les consommateurs étrangers se reconnaissent dans une charte, une loi, une réglementation, qui pose le principe de neutralité ; qu'ils reconnaissent le devoir de transparence, de non-discrimination économique et l'interdiction de réguler leurs contenus, la portée d'un tel texte pourrait atteindre un rang mondial.