

L'hybridation du droit économique : la réponse idoine à l'irresponsabilité* des géants du numérique ?

ROMAIN MAULIN**

Maulin Avocats

Abstract

*L'hybridation grandissante du droit de la concurrence et du droit des pratiques restrictives de concurrence semble constituer une réponse utile, quoique certainement imparfaite, en vue d'une meilleure régulation des géants du numérique. Ce sujet connaît une actualité renouvelée avec la multiplication des procédures contentieuses récemment engagées en particulier contre Amazon et Google, que ce soit devant certaines autorités de concurrence ou devant le juge. Ce mouvement d'hybridation démontre, une fois de plus, que l'extrême porosité entre les différentes branches du droit économique pourrait permettre d'appréhender, de façon plus efficace, des pratiques d'un type nouveau et/ou mises en œuvre par les nouveaux acteurs de l'économie numérique, les « superstars » d'Internet***.*

The growing hybridization of competition law and law on unfair practices seems to be a useful, though quite imperfect, response for better regulation of the digital giants. This subject is becoming even more critical since the number of enforcement proceedings recently initiated whether before competition authorities or the courts has significantly boomed, in particular against Amazon and Google. This hybridization movement demonstrates, once again, that the extreme porosity between the different branches of economic law could make it possible to apprehend, in a more effective way, practices of a new type and/or implemented by the new actors of the digital economy, the so called Internet superstars.

* Le terme d'« irresponsabilité », certes quelque peu appuyé, a encore récemment été utilisé par la DGCCRF dans son communiqué de presse décrivant les enjeux des projets de règlements Digital Services Act et Digital Markets Act : communiqué de presse du 16 décembre 2020 : « Grandes plateformes du numérique : vers le Digital Services Act et Digital Markets Act ».

** Avocat à la cour, fondateur du cabinet Maulin Avocats, ancien élève du professeur Laurence Idot, DEA Droit de l'Union européenne, Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Promotion 2005/2006).

*** « Emmanuel Combe : “Face aux GAFAs, les autorités antitrust ont un rôle essentiel pour s'assurer que la compétition reste ouverte” », *Le Monde*, 15 juin 2019.

I. Introduction

Le (grand) droit de la concurrence est codifié au livre IV du code de commerce, qui pose les grands textes d'incrimination, en particulier les articles L. 420-1 et L. 420-2, leurs équivalents européens étant les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « **TFUE** »). Le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour « *objet de contrôler et de sanctionner l'exercice du pouvoir économique par les agents économiques afin de protéger la concurrence* »¹, de sorte que la prohibition de ces pratiques a pour but de maintenir une concurrence libre et non faussée sur un marché.

Le droit des pratiques restrictives de concurrence (ou « **PRC** »), que certains seraient tentés de taxer de « *petit* » droit de la concurrence², constitue, quant à lui, une exception juridique française. Son champ d'application matériel devait, à l'origine, viser uniquement les contrats conclus entre fournisseurs de la grande distribution et distributeurs, avec pour but, affiché, d'assurer rien de moins que la transparence et l'équilibre de la relation commerciale et une certaine prévisibilité pour les acteurs économiques. Le droit des PRC vise, en substance, à protéger les entreprises de certains comportements abusifs, notamment en matière de négociation commerciale, conditions de vente et facturation³.

Là où le droit de la concurrence protège, à un niveau macroéconomique, le « *marché* », le droit des PRC ambitionne, quant à lui, de protéger « *les concurrents contre des comportements particulièrement déloyaux* »⁴ et, partant, d'assurer la défense des consommateurs visés par lesdits comportements. À la différence notable des pratiques anticoncurrentielles, la caractérisation et la sanction des PRC ne nécessitent pas la démonstration d'un impact négatif sur le marché dans la mesure où les PRC sont prohibées *per se*. Autrement dit, le droit des PRC, à la différence du droit des pratiques anticoncurrentielles, « *est indifférent à la preuve d'une atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché lors de sa mise en œuvre* »⁵.

Pourtant, cette dichotomie apparemment simple et rigide mérite d'être immédiatement nuancée puisque si ces règles ont *a priori* pour objet de protéger des droits subjectifs, l'intervention du ministre de l'Économie dans le cadre d'une action autonome de défense de l'ordre public économique permet de démontrer une double finalité : la protection de la concurrence d'un côté, et la protection des acteurs économiques de l'autre⁶. Par ailleurs, selon le professeur Laurence Idot, ce livre IV nous « *fournit de très beaux exemples "d'empiètement" sur le droit des contrats* »⁷, car les comportements qu'il proscriit, comme le déséquilibre significatif ou encore la rupture brutale de relations commerciales établies, s'expriment nécessairement dans le cadre d'un contrat.

Une description préliminaire de la cohabitation entre droit de la concurrence et droit des PRC ne saurait être complète sans mentionner les critiques formulées par ses plus sévères et fidèles contempteurs. Ainsi, certains des plus éminents spécialistes de droit économique évoquaient, et encore récemment, la nécessaire suppression du droit des PRC au motif

¹ J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle : notions et enjeux*, Paris, LGDJ, 2020, p. 141.

² L'on se souvient de la formule piquante du professeur Yves Picod, pour qui le droit de la concurrence déloyale, et par extension le droit des PRC, constitue(raît) le droit « *des boutiquiers, le petit droit de la concurrence, version XIX^e siècle* ». V., à ce sujet, Y. Picod, « *Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles. Affinités ou divergences ? L'approche juridique* », *RLC* 2008/15, n° 1121.

³ D. Briand, « *Instrumentalisation du droit de la concurrence dans la négociation commerciale* », in A. Masson (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 295.

⁴ J.-B. Racine (dir.), *op. cit.*, p. 146.

⁵ L. Godard, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 29.

⁶ J.-B. Racine (dir.), *op. cit.*, p. 147.

⁷ L. Idot, « *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat* », *RDC* 2004, p. 882.

que les comportements qu'il vise à réguler pourraient tout aussi efficacement être appréhendés par le droit de la concurrence, le droit des contrats, voire le droit de la consommation⁸.

Il est vrai que le droit des PRC ne peut être mobilisé qu'en présence de relations commerciales, ce qui, *de facto*, exclut de son champ d'application les plateformes dites « *collaboratives* » (C2C), qui sont, quant à elles, soumises uniquement au droit de la consommation. Pourtant, et dans certaines configurations, cela constitue un immense avantage comparatif par rapport au droit de la concurrence, le droit des PRC ne suppose pas la démonstration préalable d'un effet anticoncurrentiel⁹ et/ou d'une position de dominance de la plateforme à l'origine des pratiques en cause.

De manière plus nuancée, d'autres auteurs, tels que le professeur Muriel Chagny, estiment pour leur part que, au sein de la boîte à outils du droit économique, le droit des PRC est nécessairement complémentaire du droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette analyse nous semble d'autant plus pertinente que, selon cet auteur, le droit des PRC « *serait en particulier l'instrument idoine pour appréhender les abus d'exploitation que le droit des pratiques anticoncurrentielles peine à sanctionner* »¹⁰. Les difficultés récemment rencontrées par les autorités de concurrence en matière d'examen des pratiques de certaines places de marché au titre de l'abus de position dominante renforcent probablement la pertinence temporelle de cette analyse.

Plus qu'une simple complémentarité, notre analyse de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence la plus récente semble refléter, de manière peut-être plus novatrice, un net mouvement d'hybridation et d'interpénétration entre ces deux droits que certains pensaient, il y a encore peu, irréconciliables. Ce mouvement d'hybridation ne doit rien au hasard et s'explique par l'émergence fulgurante de l'économie du numérique et de ses premiers cordés qui, au regard des ressources juridiques colossales dont ils disposent, ont parfaitement intégré les potentialités mais également les limites évidentes de chacune des branches du droit économique¹¹.

Relevons d'emblée que l'Autorité française de la concurrence (ci-après, l'« **Autorité** ») a fait le choix d'agir, de manière particulièrement volontariste, dans ce nouveau secteur d'activité économique, tandis que les autorités de concurrence américaines – se tenant probablement à une lecture beaucoup plus orthodoxe de leurs textes d'incrimination – ont, quant à elles, été beaucoup plus réticentes à intervenir¹². Ce constat pourrait, là encore, mériter d'être légèrement nuancé à la suite de la récente nomination de Lina Khan au poste de présidente de l'autorité de la concurrence américaine (Federal Trade Commission), laquelle a théorisé la possibilité d'action, y compris à droit constant, des autorités de concurrence vis-à-vis d'Amazon sur le fondement de l'interdiction de l'abus de position dominante¹³. À cet égard, les travaux de Lina Khan envisagent deux leviers potentiels de poursuite : (i) l'interdiction des prix prédateurs et (ii) la régulation de

⁸ Club des juristes, Rapport « *Pour une réforme du droit de la concurrence* », Groupe de travail sous la présidence de G. Canivet et F. Jenny, janvier 2018, pt 222.

⁹ Sur ce point, parmi une littérature abondante, v. not. R. Maulin, « *L'approche par les effets en droit de la concurrence : Le devoir d'inventaire* », *Concurrences* n° 3-2015, art. n° 73845, pp. 24-39.

¹⁰ Club des juristes, Rapport « *Pour une réforme du droit de la concurrence* », préc., pt 223.

¹¹ L. M. Khan, « *Amazon's Antitrust Paradox* », *The Yale Law Journal*, vol. 126, n° 3, 2016, p. 716 : « *It is as if Bezos charted the company's growth by first drawing a map of antitrust laws, and then devising routes to smoothly bypass them. With its missionary zeal for consumers, Amazon has marched toward monopoly by singing the tune of contemporary antitrust* ».

¹² Club des juristes, Rapport « *Pour une réforme du droit de la concurrence* », préc., pt 225.

¹³ « *Amazon engage un bras de fer avec Lina Khan, la présidente de la commission américaine antitrust* », *Le Monde*, 30 juin 2021 : « *Mme Khan, réputée pour son hostilité aux monopoles des grandes plates-formes technologiques, a prêté serment en tant que présidente de la FTC, qui est composée de cinq membres, avec un maximum de trois membres issus du même parti politique, le 15 juin. Pour Amazon, elle a bâti sa carrière en affirmant que le groupe violait les lois antitrust [...] Mme Khan s'était fait connaître dans le monde universitaire en 2017, alors qu'elle était encore étudiante, en publiant un article intitulé "Le paradoxe antitrust d'Amazon" dans la revue de droit de l'université Yale. Elle y estimait que l'arsenal législatif américain était insuffisant pour lutter contre les pratiques monopolistiques de groupes comme le géant du commerce en ligne* ».

l'intégration verticale et l'interdiction, pour l'opérateur dominant, d'abuser de sa position sur un marché connexe à celui sur lequel il dispose d'une position dominante¹⁴.

L'échelon européen prépare, lui aussi et à sa façon, une réponse législative – d'aucuns parleront même d'une « riposte » – appropriée. Ainsi, afin de (mieux) réguler ces nouveaux acteurs, d'ores et déjà qualifiés de plateformes structurantes, c'est-à-dire celles disposant d'une certaine prééminence sur le marché, la Commission européenne a proposé le 15 décembre 2020 un nouveau cadre de régulation, le Digital Markets Act, par le biais d'obligations et d'interdictions imposées à titre *ex ante* aux « grandes » plateformes (« *gatekeepers* »).

L'ensemble de ces éléments témoigne, selon nous, d'une préoccupation commune : comment appréhender, de manière suffisamment efficace et dans le monde d'aujourd'hui, les pratiques nouvelles mises en œuvre par des opérateurs qui maîtrisent de mieux en mieux les limites des textes d'incrimination du droit de la concurrence et du droit des PRC¹⁵ ? Il nous semble que cela supposera la poursuite d'un mouvement, manifestement d'ores et déjà engagé, d'hybridation entre les diverses branches du droit économique afin de capitaliser sur les avantages comparatifs respectifs du droit de la concurrence et du droit des PRC.

L'analyse de la pratique décisionnelle actuelle des autorités de concurrence européennes atteste de ce mouvement d'hybridation jurisprudentielle et réciproque entre le grand droit de la concurrence et le petit droit de la concurrence (II.). Ce mouvement jurisprudentiel se double également, au stade de l'élaboration des normes actuelles et futures, d'un mouvement d'hybridation législative (III.).

II. L'hybridation jurisprudentielle entre le droit de la concurrence et le droit des PRC

Ce mouvement d'hybridation du droit économique résulte, naturellement, de la porosité entre les concepts juridiques qui structurent le droit de la concurrence, d'une part, et le droit des PRC, d'autre part (1.), et constitue un mouvement parfaitement réciproque entre ces deux branches du droit économique (2.).

1. De la porosité initiale à la convergence progressive entre droit de la concurrence et droit des PRC

Si le droit des PRC a, depuis l'origine, visé davantage la protection d'une relation contractuelle que le fonctionnement optimal et macroéconomique de la concurrence, la Cour de cassation le considère, dans le même temps, comme un ensemble de règles destiné à protéger un ordre public économique et, lorsque nécessaire, prohiber « *le comportement d'un opérateur économique ayant une pratique injustifiée au regard du jeu normal de la concurrence* »¹⁶.

¹⁴ L. M. Khan, préc., pp. 790-791 : « *Reforming antitrust to address the anticompetitive nature of platform markets could involve making the law against predatory pricing more robust and strictly policing forms of vertical integration that firms can use for anticompetitive ends. Importantly, each of these doctrinal areas should be reformulated so that it is sensitive to preserving the competitive process and limiting conflicts of interest that may incentivize anticompetitive conduct* ».

¹⁵ R. Maulin, « *Régulation des plateformes et places de marché : le droit économique à l'épreuve de l'obsolescence programmée ?* », *RLC* 2018/75, n° 3449, disponible en libre accès à l'adresse suivante : <https://www.maulin-avocats.com/wp-content/uploads/2018/09/article_romain_maulin_rlc_septembre_2018_regulation_des_plateformes_et_places_de_marche.pdf>.

¹⁶ Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-28.005.

Cette hybridation jurisprudentielle s'est notamment traduite par la consécration de l'article L. 442-1 du code de commerce (ancien art. L. 442-6 du code de commerce) qui érige la responsabilité des auteurs de PRC en tant que loi de police¹⁷. Dès lors, quelle que soit la volonté contractuelle (réelle ou imposée) des parties au contrat, notamment en termes de droit applicable, cette disposition aura, en tout état de cause, pleinement vocation à s'appliquer.

Si certains ont pu considérer que la loi dite « LME »¹⁸ et les contentieux judiciaires qu'elle a pu susciter, en ce qu'elle consacrait finalement le principe de la libre négociation commerciale, marquaient l'émancipation totale et fondamentale du droit des PRC par rapport au droit de la concurrence¹⁹, cette lecture ne nous paraît, à titre rétrospectif, pas totalement raisonnable, dans la mesure où la liberté de négociation reste fondamentalement encadrée par les principes directeurs du droit de la concurrence, en l'occurrence ceux de transparence, de libre concurrence ou encore de non-discrimination.

À l'analyse de sa pratique décisionnelle, on constate également une tendance assez marquée de l'Autorité à faire porter, que ce soit dans le cadre de saisine d'office ou sur plainte, son analyse sur des pratiques ou secteurs d'activités dont on aurait, *a priori*, pu penser qu'ils relevaient exclusivement du droit des PRC. Ainsi, le 19 mars 2010, l'Autorité s'est autosaisie de la question des contrats de management catégoriel pour savoir si ces derniers étaient susceptibles de constituer des obstacles au bon fonctionnement concurrentiel du secteur de l'alimentaire²⁰. On relèvera également que, dans le cadre d'un avis du 25 février 2010²¹, l'Autorité a réalisé une étude approfondie des conditions de légalité des clauses contractuelles liant les distributeurs membres d'un réseau de franchise ou d'un groupement à la « tête de réseau » et sur les modalités d'acquisition du foncier commercial.

Ces autosaisies démontrent la volonté manifeste de l'Autorité de s'impliquer, de manière prophylactique, dans une forme de régulation *ex ante* des relations commerciales compte tenu de leurs effets potentiels sur le marché. L'Autorité ne souhaite plus uniquement s'en tenir à son (seul) rôle d'autorité de sanction *ex post* des abus de domination et des ententes illicites dans les relations horizontales entre fournisseurs ou entre distributeurs, ou dans les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs²².

Ce pouvoir d'autosaisine de l'Autorité a du reste été récemment conforté en matière de distribution puisque la loi Egalim I du 30 octobre 2018²³ lui a conféré la possibilité de se saisir d'office en matière de rapprochement entre grandes centrales d'achat²⁴. Une fois les marchés concernés définis, l'Autorité apprécie, en effet, si les effets potentiellement

¹⁷ Sur ce point, v., dans le cadre de la saga judiciaire *Expedia*, les divergences manifestes d'analyse entre, d'une part, le tribunal de commerce de Paris (T. com. Paris, 13^e ch., 7 mai 2015, RG 2015000040), ayant considéré que l'article L. 442-6 du code de commerce n'était pas une disposition dont l'inobservation était nécessaire pour « la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police », tandis que la Cour de cassation (Cass. com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536) devait, quant à elle, juger que « la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6 [...] du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application [...] s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable » ; v. aussi F. Buy, « Déséquilibre significatif : La Cour de cassation affirme pour la première fois que les dispositions de l'ancien article L. 442-6 C. com. constituent des lois de police (*Expedia*) », 8 juillet 2020, *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97435, pp. 151-152.

¹⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181 du 5 août 2008.

¹⁹ D. Briand, préc., pp. 299-310.

²⁰ Aut. conc., déc. n° 10-SOA-02 du 19 mars 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs, et avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

²¹ Aut. conc., déc. n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

²² D. Briand, préc., pp. 299-310.

²³ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 0253 du 1^{er} novembre 2018.

²⁴ Art. L. 462-10, III du code de commerce.

restrictifs de concurrence (et qui se manifesteraient alors tant au détriment des consommateurs finals que des fournisseurs de la grande distribution) de l'accord entre centrales d'achat sont susceptibles d'entraîner un quelconque progrès économique.

Cette compétence nouvellement reconnue à l'Autorité – qui, du reste, la demandait avec constance depuis 2015²⁵ – n'est pas neutre dans la mesure où, sur la période récente, les grandes centrales d'achat ont fait l'objet de plusieurs enquêtes et procédures de sanctions actuellement en cours²⁶ au regard des PRC (particulièrement des déréférencements abusifs) prétendument commises au détriment de leurs partenaires contractuels, en l'occurrence les fournisseurs de la grande distribution.

En matière contentieuse, l'affaire *Booking* de 2015 constitue un exemple topique de la porosité et du dialogue nourri entre le droit de la concurrence et le droit des PRC. Toutefois, porosité ne rime pas nécessairement avec identité ou parfaite cohérence puisque des pratiques strictement identiques – en l'occurrence l'imposition de clauses de parité tarifaire – ont reçu un traitement différencié selon qu'elles ont été analysées au titre du droit de la concurrence (par l'Autorité) et/ou au titre du droit des PRC (par le juge).

Ces clauses, qui sont désormais interdites en droit français²⁷, ont en effet été au cœur d'un contentieux nourri qui s'est, en parallèle, joué à la fois devant l'Autorité et devant le tribunal de commerce de Paris. Rappelons que l'Autorité a, dans le cadre d'une procédure d'engagements, considéré « *qu'il n'[était] pas exclu que le fait pour Booking.com, et le cas échéant les autres plateformes, d'imposer des clauses de parité aux hôtels puisse être constitutif de pratiques d'éviction susceptibles d'être qualifiées d'abus de domination individuels ou collectifs* »²⁸. En l'espèce, des clauses de parité tarifaire interdisant à ces hôtels de pratiquer, sur leur propre site Internet ou sur une autre plateforme de réservation, des prix inférieurs à ceux proposés sur Booking et des clauses de parité de disponibilité, permettant de réserver certains types de chambres à d'autres canaux, existaient dans les contrats conclus entre les plateformes et les hôteliers. L'Autorité a, sur cette base, considéré que même si des préoccupations de concurrence existaient²⁹, Booking pouvait bénéficier de la procédure d'engagements³⁰.

²⁵ Aut. conc., avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 *relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution*, pt 290 ; v. aussi N. Érésié, « *Avis : L'Autorité de la concurrence publie un avis sur les rapprochements des centrales d'achat ou de référencement qui révèle plusieurs risques pour la concurrence, sur les marchés amont ou aval, et formule différentes recommandations à destination du législateur* », 31 mars 2015, *Concurrences* n° 3-2015, art. n° 75049, pp. 97-100.

²⁶ Ainsi, en juillet 2019, les entités du groupe E. Leclerc ont été assignées par le ministre de l'Économie pour des PRC prétendument commises par la centrale d'achat Eurelec Trading (implantée en Belgique). Le ministre sollicite une injonction de cessation des pratiques et l'imposition d'une amende civile de 117,3 millions d'euros, sans que le tribunal de commerce de Paris se soit, à la date de publication du présent article le 27 décembre 2021, prononcé. Le 19 février 2021, ce sont cette fois les entités du groupe Intermarché (y compris les centrales d'achat situées en Belgique) qui ont été assignées devant le tribunal de commerce de Paris pour des pratiques sensiblement similaires. Dans cette seconde affaire, le ministre sollicite l'imposition d'une amende civile de 150,75 millions d'euros.

²⁷ Art. L. 311-5-1 du code de tourisme : « *Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil. Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite* ».

²⁸ Aut. conc., déc. n° 15-D-06 du 21 avril 2015 *sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, pt 145 ; v. aussi C. Lemaire, « *Engagements : L'Autorité de la concurrence adopte, en coordination avec la Commission européenne et les autorités italienne et suédoise, les engagements limitant l'imposition d'obligations de parité aux hôteliers à l'égard des autres agences de voyages en ligne* », 21 avril 2015, *Concurrences* n° 3-2015, art. n° 75120, pp. 156-157.

²⁹ À ce sujet, v. not. R. Maulin, « *Les clauses de parité tarifaire devant l'OFT, en attendant la position de l'Autorité de la concurrence française* », *AJCA*, avril 2014, pp. 44-45, disponible en libre accès à l'adresse suivante : <<https://www.maulin-avocats.com/wp-content/uploads/2018/03/2014-romain-maulin-les-clauses-de-parit-tarifaire-devant-loft-en-attendant-la-position-de-lautorit-de-la-concurrence-franaise.pdf>>.

³⁰ J.-B. Racine (dir.), *op. cit.*, p. 142.

À l'inverse de l'Autorité, le tribunal de commerce de Paris a, pour sa part, estimé que les clauses de parité contenues dans les contrats conclus entre les plateformes hôtelières et les hôteliers étaient, au sens du nouvel article L. 441-2, I° du code de commerce, révélatrices d'un déséquilibre significatif³¹. Aussi, à la suite d'un jugement du tribunal de commerce de Paris du 7 mai 2015 puis d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 juin 2017, la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2020³², a confirmé la nullité des clauses de parité de prix et des clauses de parité de disponibilité sur le fondement de l'article L. 442-1 du code de commerce, mais uniquement en ce qu'elles s'appliquent à des agences de voyages en ligne (« *online travel agencies* ») concurrentes. La Cour de cassation a ensuite censuré le raisonnement de la cour d'appel sur la combinaison des clauses de parité de prix, de conditions et clause de disponibilité comme constituant un déséquilibre significatif sur le fondement de l'article L. 442-1 I° du code de commerce et a renvoyé l'affaire à la cour d'appel de Paris pour qu'elle examine si, en tant que telle, la clause de parité de prix et de conditions traduit un déséquilibre dans les droits et obligations des parties.

Certains observateurs et plaignants ont ainsi pu être surpris de constater que l'Autorité octroyait à Booking le bénéfice de la procédure d'engagements tandis que le tribunal de commerce de Paris prononçait, quant à lui, la stricte nullité des clauses de parité tarifaire. Certains auteurs ont alors regretté que « *les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation* »³³.

Le professeur Laurence Idot avait déjà rappelé qu'il ne faut « *pas se tromper d'armes* »³⁴ selon que l'on veut « *remodeler* » ou « *annuler* » le contrat. En effet, alors que l'Autorité s'est vue dotée, en outre de son pouvoir de sanction administrative, de la possibilité d'imposer la renégociation d'un contrat, le juge de droit commun ne peut, quant à lui, que prononcer la nullité du contrat s'il caractérise l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Il en va de même lorsqu'il caractérise l'existence d'un déséquilibre significatif, ce qui était précisément le cas dans les affaires *Booking*.

Cependant, et toujours selon le professeur Laurence Idot, « [*l]es parties ne souhaitent pas le plus souvent la disparition totale du lien contractuel mais son réaménagement, que le juge de droit commun ne peut leur offrir* »³⁵. Ainsi, la saisine de l'Autorité en vue d'obtenir une renégociation du contrat est nécessaire, mais pas toujours idéale, notamment en raison des délais d'enquête et de procédure de l'Autorité, voire même de l'épineuse question des modalités d'exécution d'une injonction ou d'un engagement prononcés par l'Autorité³⁶.

2. Un mouvement d'hybridation réciproque

Modernisation du droit de la concurrence sur la base de concepts juridiques ressortissant initialement du droit des PRC. À ce titre, la récente décision *Apple* du 16 mars 2020³⁷ illustre, de manière claire, ce mouvement d'hybridation

³¹ T. com. Paris, 1^{er} ch., 29 novembre 2016, RG 2014027403 ; v. aussi M. Chagny, « Déséquilibre significatif : Le Tribunal de commerce de Paris juge contraires à l'article L. 442-6 du code de commerce plusieurs clauses des conditions générales de prestation d'une plateforme de réservation hôtelière en ligne, en constate la nullité et enjoint à la plateforme de cesser pour l'avenir de mentionner et mettre en œuvre lesdites clauses (*Booking*) », 29 novembre 2016, Concurrences n° 1-2017, art. n° 83199.

³² T. com. Paris, 13^e ch., 7 mai 2015, RG 2015000040 ; CA, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, RG 15/18784 ; Cass. com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536.

³³ V. Sélinsky, « Réservation hôtelière par Internet : les mêmes clauses ne produisent pas les mêmes effets selon l'angle d'appréciation », *RLC* 2015/44, n° 2794.

³⁴ L. Idot, « L'empêchement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », préc., p. 882.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Cette question ayant encore reçu un écho particulier à la suite de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 septembre 2021, *PMU c/ Betclie*, RG 20/09358.

³⁷ Aut. conc., 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* ; v. aussi M. Cartapanis, « Abus de dépendance économique : L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise pour abus de

jurisprudentielle. L'on sait que l'Autorité y a sanctionné un ensemble de pratiques unilatérales, dont des abus de dépendance économique commis au détriment des revendeurs de produits Apple, ce qui, dans la pratique décisionnelle de cette autorité, et de son propre aveu, constitue une première absolue³⁸.

Avant de caractériser cette pratique, l'Autorité, de manière résolument pédagogique, a tenté de démontrer que cet abus avait consisté pour Apple à soumettre à des retards ou à des absences d'approvisionnement certains de ses revendeurs, les empêchant ainsi d'honorer des précommandes. L'Autorité reproche également à Apple l'existence d'une dissymétrie d'informations dans la mise en œuvre de ses « *fast ship programs* »³⁹ et le fait d'avoir placé certains de ses revendeurs dans l'incertitude quant aux prix des approvisionnements et conditions commerciales, notamment par le biais d'une politique de remises manifestement discriminatoire. De manière extrêmement intéressante, l'Autorité élabore une doctrine de l'abus de dépendance économique répréhensible au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce et, pour cela, emprunte au droit des PRC.

Premièrement, afin de caractériser l'état de dépendance économique, l'Autorité tente formellement de dissocier les notions de position dominante et de dépendance économique. En effet, elle rappelle que « [s]i le Conseil de la concurrence n'a sanctionné, dans sa pratique décisionnelle passée, que des opérateurs en position dominante, il n'a jamais exclu la faculté d'appliquer l'article susvisé à un réseau d'affiliation de commerce de détail, dont la tête n'est pas en position dominante »⁴⁰. Si la position dominante « est souvent mesurée, notamment, par une part de marché élevée sur un marché pertinent », l'Autorité considère, de façon résolument audacieuse, que « la domination économique n'est pas forcément liée à l'importance des parts de marché, mais à la puissance relative d'une entreprise sur ses partenaires qui les rend vulnérables »⁴¹. L'Autorité poursuit en considérant que la dépendance économique est « une situation objective dont l'origine est indifférente »⁴² et qui, dans cette affaire, aura pris la forme d'« un ensemble de règles et comportements mis en œuvre par Apple [...] restreignant de manière anormale et excessive la liberté commerciale des [distributeurs] »⁴³.

Signe manifeste de la porosité entre les différentes branches du droit économique, l'Autorité rappelle que « l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce se réfère d'une manière générale à la notion d'abus » et, se fondant d'ailleurs sur la récente décision *Google Search* de la Commission européenne en matière d'abus de position dominante⁴⁴, considère que « cette notion ne se limite pas à des comportements prédéfinis, dans la mesure où "la qualification juridique d'une pratique d'abus ne dépend pas de sa dénomination, mais des critères de fond retenus à cet égard" ».

dépendance économique dans le secteur de la distribution de produits informatiques et d'équipements électroniques grand public (Apple / Tech Data / Ingram Micro) », 16 mars 2020, Concurrences n° 4-2020, art. n° 97362, pp. 134-137.

³⁸ L'Autorité relevant, d'elle-même, que « cette situation de dépendance économique, rarement observée dans la pratique décisionnelle du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence, résulte d'un enchevêtrement complexe de nombreuses clauses contractuelles et de pratiques » et que, « issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cette infraction n'a pas d'équivalent en droit de l'Union, mais est compatible avec celui-ci » (*ibid.*, p. 5 et pt 958).

³⁹ Les « *fast ship programs* » consistent en la mise en place d'un système spécifique de livraison concernant les nouveaux produits et permettant d'approvisionner tous les points de vente directs et indirects en un nombre minimal de références, et ce, dès le premier jour de leur commercialisation.

⁴⁰ Aut. conc., déc. n° 20-D-04, préc., pt 995.

⁴¹ *Ibid.*, pt 993.

⁴² *Ibid.*, pt 960 et pt 1008.

⁴³ *Ibid.*, pt 1043. Il s'agissait, en l'occurrence et selon la présentation récapitulative de l'Autorité, de « difficultés d'approvisionnement, de traitements discriminatoires, d'instabilité des conditions de rémunération de leur activité (remises et encours), et de mise en œuvre discrétionnaire de certaines règles » (pt 1044).

⁴⁴ Comm. eur., déc. du 27 juin 2017, *Google Search*, aff. AT.39740, pt 352 ; v. aussi F. Marty, « Effet de levier anticoncurrentiel : La Commission européenne sanctionne l'opérateur dominant de la recherche en ligne pour un abus d'éviction par effet de levier sur le marché des comparateurs de prix en ligne (*Google Shopping*) », 27 juin 2017, *Concurrences* n° 1-2018, art. n° 86074, pp. 87-93.

Ainsi, «de nouvelles formes susceptibles d'affecter la concurrence» ne sauraient être exclues en application de cette disposition »⁴⁵.

Pourtant, l'Autorité considère qu'« [i]l n'est pas requis, pour démontrer l'existence d'une situation de dépendance économique, contrairement à ce que soutient Apple, d'établir la position dominante de l'entreprise concernée sur un marché pertinent »⁴⁶. Selon elle, cela tiendrait au fait que « la pratique d'abus de dépendance économique, prohibée par l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du code de commerce, conçue, dès l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, pour réprimer les abus de puissance d'achat de la grande distribution, ne visait pas, par construction, des opérateurs en position dominante, aucun grand distributeur n'étant dans cette situation »⁴⁷.

Autrement dit, l'Autorité affirme que la caractérisation d'un état de dépendance économique n'est désormais plus conditionnée à la démonstration d'une position dominante⁴⁸. Ce syllogisme démontre, selon nous, la forte parenté entre ces deux infractions à la nuance près que la première nécessite la caractérisation d'une position dominante sur un marché donné tandis que la seconde requiert, uniquement, un état de dépendance économique.

Illustration de son potentiel considérable en matière de répression des pratiques des géants du numérique, la notion d'abus de dépendance économique a récemment été mobilisée par d'autres autorités nationales de concurrence à l'égard de certaines plateformes⁴⁹.

Faisant manifestement écho à la notion de déséquilibre significatif dans le cadre d'un contrat d'adhésion, l'Autorité estime, par ailleurs, que « la circonstance que les [distributeurs] se soient délibérément placés dans cette situation de dépendance en signant les contrats litigieux ne peut permettre d'écarter l'état de dépendance des APR [détaillants Apple Premium Resellers] par rapport à Apple, cette situation étant une situation objective dont l'origine est indifférente »⁵⁰. Plus encore, l'Autorité considère que « les comportements d'Apple ayant consisté, de façon récurrente et continue, à retarder des livraisons ou à refuser d'approvisionner ses distributeurs APR, ainsi qu'à les désavantager par rapport à son réseau intégré, les ont empêchés de développer leur activité de distributeurs dans des conditions normales. Cette politique d'approvisionnement irrégulière et désavantageuse, non justifiée par des éléments objectifs, revêt un caractère d'anormalité et constitue une pratique abusive »⁵¹. Il s'agit là, selon nous, de comportements qui auraient probablement pu être appréhendés au titre de la rupture partielle de relations commerciales établies interdite par l'article L. 442-1, II du code de commerce.

Plus notable encore, dans sa récente décision de mesures conservatoires Google (droits voisins)⁵², l'Autorité a enjoint à Google de négocier « de bonne foi » avec les éditeurs de presse, engagements repris par Google dans sa récente

⁴⁵ Aut. conc., déc. n° 20-D-04, préc., pt 971.

⁴⁶ *Ibid.*, pt 992.

⁴⁷ *Ibid.*, pt 994.

⁴⁸ A. Rinaldi, « *Re-imagining the Abuse of Economic Dependence in a Digital World* », 9 juin 2020, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.lexxion.eu/coreblogpost/re-imagining-the-abuse-of-economic-dependence-in-a-digital-world>>.

⁴⁹ A.-S. Choné-Grimaldi, « *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : Les Français contre-attaquent* », *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97016, pp. 84-92.

⁵⁰ Aut. conc., déc. n° 20-D-04, préc., pt 1008.

⁵¹ *Ibid.*, pts 1089-1090.

⁵² Aut. conc., déc. n° 20-MC-01 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.

proposition d'engagements⁵³. La terminologie employée dans la décision est loin d'être neutre et confirme, là encore, le lien intime entretenu entre le droit de la concurrence et le droit des PRC.

En effet, l'Autorité invite les parties, et en l'occurrence surtout Google, à négocier « *de bonne foi* » et selon des critères « *transparents, objectifs et non discriminatoires* »⁵⁴ avec ses partenaires. Malgré le stade très préliminaire de son instruction, la décision de l'Autorité va jusqu'à indiquer qu'un « *comportement "naturel, prudent et raisonnable" pour un opérateur dominant comme Google, sur lequel repose une responsabilité particulière, aurait pu consister à entrer dans des négociations préalables de bonne foi avec les éditeurs et agences de presse* »⁵⁵. On y constate également que « *lors de la séance, les services d'instruction ont, pour leur part, proposé d'adopter des mesures conservatoires tenant à l'obligation de négociation de bonne foi* »⁵⁶.

L'Autorité semble ici faire, à tout le moins de manière implicite, référence à l'article 1104 du code civil, pierre angulaire du droit des contrats, en ce qu'il dispose que « *[l]es contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Certains commentateurs, et nous partageons volontiers leur analyse, ont pu estimer que « *le vocabulaire utilisé par l'Autorité dans la [décision Google] confirme surtout le lien étroit entre les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (livre IV du titre I du code de commerce) et celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence (livre IV [du] titre IV du même code)* »⁵⁷.

Plus encore, l'analyse de la décision *Google* (droits voisins) semble illustrer que, « *[f]aute de pouvoir placer les parties dans le cadre du titre I [c'est-à-dire l'article L. 420-2 du code de commerce] tant qu'une décision au fond n'aura pas été prononcée, l'Autorité renvoie ces dernières implicitement au moins, au titre IV [c'est-à-dire, en l'occurrence, l'article L. 442-1, I du code de commerce⁵⁸], et invite les parties à négocier "de bonne foi", selon des critères "transparents, objectifs et non discriminatoires" »*⁵⁹.

Prise en compte des principes directeurs du droit de la concurrence par le juge consulaire intervenant en matière de PRC. L'on se souvient que, par jugement du 2 septembre 2019, le tribunal de commerce de Paris a sanctionné Amazon au titre du déséquilibre significatif que traduisent plusieurs des clauses des contrats imposés aux marchands souhaitant vendre par l'intermédiaire de sa plateforme⁶⁰.

Là encore de manière délibérément pédagogique, le juge consulaire a successivement caractérisé les deux éléments constitutifs du déséquilibre significatif, à savoir : (i) la tentative de soumission ou la soumission en retenant un faisceau d'indices convergents démontrent l'absence de négociation possible des contrats conclus par les revendeurs avec

⁵³ Proposition d'engagements de Google LLC, Google Ireland Limited et Google France en date du 9 décembre 2021.

⁵⁴ *Ibid.*, art. 1.

⁵⁵ *Ibid.*, pt 262.

⁵⁶ *Ibid.*, pt 295.

⁵⁷ T. Titone et R. Chanalet-Quercy, « *Mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence : les enseignements de la décision "droits voisins"* », *RLC* 2020/95, n° 3830, p. 25.

⁵⁸ Art. L. 442-1, I du code de commerce : « *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 : 1° 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 ; 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

⁵⁹ T. Titone et R. Chanalet-Quercy, préc., p. 25.

⁶⁰ T. com. Paris, 1^{er} ch., 2 septembre 2019, *Ministère de l'Économie c/ Amazon*, RG 2017050625 ; v. aussi S. Chaudouet, « *Déséquilibre significatif : Le Tribunal de commerce de Paris condamne un géant de la vente en ligne pour déséquilibre significatif (Amazon)* », 2 septembre 2019, *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92196.

Amazon Services Europe, la puissance sans commune mesure d'Amazon et le caractère incontournable d'Amazon pour les petits vendeurs tiers et (ii) le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ainsi, ce ne sont pas moins de sept des onze clauses soumises à l'analyse du juge consulaire qui ont été censurées au motif d'un déséquilibre significatif⁶¹.

Dans son jugement, le tribunal semble dépasser le seul cadre d'analyse du droit des PRC en mobilisant, à diverses reprises, la pratique décisionnelle de l'Autorité afin de caractériser la soumission ou la tentative de soumission, concernant, dans un premier temps, l'absence de négociation possible avec Amazon. Le tribunal rappelle, tout d'abord, « que l'Autorité de la [c]oncurrence comme la Commission [e]uropéenne ont fait le même constat mais qu'ils en ont déduit que les États doivent en être d'autant plus vigilants sur le respect des règles de concurrence car, combiné avec le déséquilibre de puissance entre les vendeurs tiers et les prestataires des places de marché et avec le rôle incontournable de ces dernières, la non[-]négociabilité des contrats peut conduire à des pratiques restrictives de concurrence »⁶².

Il est d'ailleurs selon nous assez frappant de lire, dans l'étude thématique de l'Autorité et au sujet de ce même jugement Amazon, que « [l]'imposition, par ces plateformes, de conditions commerciales inéquitables ou déséquilibrées aux entreprises affiliées, pour l'heure, souvent traitée sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence et, notamment, de déséquilibre significatif, 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 commerce »⁶³. À l'avenir, il n'est donc pas impossible qu'il se développe une véritable concurrence entre l'Autorité et le juge consulaire pour sanctionner de telles pratiques.

S'agissant, dans un second temps du raisonnement, du caractère incontournable de la plateforme Amazon⁶⁴, le tribunal se fonde en particulier sur un article du 15 juin 2019 d'Emmanuel Combe, vice-président de l'Autorité, et qui en est désormais le président par intérim⁶⁵, pour conclure qu'« Amazon est à l'évidence une des “superstars” d'Internet »⁶⁶. Le tribunal se réfère également aux travaux de « la Commission [e]uropéenne et [des] grands économistes internationaux »⁶⁷ ayant théorisé l'effet réseau sur lequel capitalisent généralement les GAFAM.

Alors même que la plateforme Amazon n'a encore jamais été sanctionnée en France⁶⁸, à ce jour, au titre de l'abus de position dominante, le jugement du 2 septembre 2019 (dont Amazon n'a pas souhaité faire appel) fournit, selon nous, une illustration de ce que le professeur Muriel Chagny a pu indiquer, à savoir que le droit des pratiques restrictives de

⁶¹ Clauses permettant à ASE de façon unilatérale de faire entrer en vigueur immédiatement et sans aucun préavis une modification du contrat, sans avoir l'obligation d'aviser personnellement et directement son cocontractant ; clauses relatives à la suspension ou à la résiliation du contrat ; clauses relatives aux indices de performance ; clauses relatives à la maîtrise du compte vendeur ; clauses relatives à la garantie de A à Z avec le retour et le remboursement des produits ; clauses relatives à la parité des conditions ; clauses d'exonération de responsabilité pour le service optionnel « Expédié par Amazon ».

⁶² T. com. Paris, 1^{er} ch., 2 septembre 2019, RG 2017050625, préc., p. 18.

⁶³ Aut. conc., *Concurrence et commerce en ligne – Competition and e-commerce*, Paris, La Documentation française, 2020, p. 119.

⁶⁴ Sur ce point, relevons, le panache d'Amazon qui, devant le tribunal de commerce, a soutenu « que sa place de marché ne serait pas incontournable ; qu'en effet d'une part les vendeurs tiers disposeraient de leur propre site de vente en ligne et d'autre part qu'ils pourraient aller sur d'autres places de marché, soit lorsqu'ils décident de cette solution à l'origine, soit lorsqu'ils veulent changer de place, parce qu'ils ont considéré que les conditions de leur traitement par ASE étaient insatisfaisantes, en résiliant leur contrat avec celle dernière » (p. 19).

⁶⁵ « Emmanuel Combe : “Face aux GAFAM, les autorités antitrust ont un rôle essentiel pour s'assurer que la compétition reste ouverte” », préc.

⁶⁶ T. com. Paris, 1^{er} ch., 2 septembre 2019, RG 2017050625, préc., p. 20.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Amazon vient toutefois d'être sanctionnée, le 9 décembre 2021, par l'autorité italienne de la concurrence à une amende de 1,128 milliard d'euros pour avoir abusé de sa position dominante vis-à-vis de ses clients marchands en leur imposant, entre autres pratiques abusives, d'utiliser ses propres services logistiques (« *Fulfilment by Amazon (FBA)* »).

concurrence « *serait en particulier l'instrument idoine pour appréhender les abus d'exploitation que le droit des pratiques anticoncurrentielles peine à sanctionner* »⁶⁹.

Cette tendance pourrait d'ailleurs encore s'exacerber dans les mois qui viennent dans la mesure où d'autres enquêtes récemment menées par les services de la DGCCRF pourraient déboucher sur des poursuites visant d'autres acteurs majeurs de l'économie numérique⁷⁰.

III. L'hybridation législative du droit économique : un processus hésitant pour des résultats encore incertains

Si la pratique décisionnelle de l'Autorité ou la jurisprudence illustrent le mouvement, manifestement inéluctable, d'hybridation du droit économique, la tentative de réponse(s) législative(s) aux pratiques des plateformes et acteurs de l'économie numérique emprunte, elle aussi, aux différentes branches du droit économique, et plus particulièrement au droit de la concurrence et au droit des PRC. Si ses balbutiements remontent au règlement Platform to Business du 20 juin 2019⁷¹ (1.), le projet de règlement Digital Markets Act constitue, selon nous, l'acmé du mouvement d'hybridation du droit économique (2.).

1. La construction balbutiante d'un droit des plateformes avec le règlement Platform to Business

Si le législateur, au niveau national ou européen, a un temps considéré que, face à un phénomène aussi protéiforme que la digitalisation de l'économie, rien ne valait mieux que l'observation – certains diront inaction –, en raison de l'obsolescence, par nature programmée⁷², d'une norme visant à réguler un phénomène à ce point évolutif, un changement de cap fondamental s'est opéré avec la publication par la Commission, le 28 octobre 2015, de sa feuille de route pour le marché unique numérique⁷³. Il devait en résulter une proposition de règlement, en date du 26 avril 2018, destinée à « *renforcer l'équité et la transparence pour les plateformes en ligne* » et à « *établir un écosystème équitable* »⁷⁴.

Partant du constat que les comportements constatés ou redoutés semblaient alors, pour la plupart d'entre eux, strictement hors de portée du droit de la concurrence, la Commission rappelait, dans une tentative de justifier son initiative législative, que « *[p]our que les règles destinées à réprimer les abus de position dominante au titre de l'article 102 TFUE s'appliquent, il faut que les plateformes concernées occupent une position dominante sur le marché en cause* »⁷⁵. Or, si la dominance peut, éventuellement, être caractérisée pour appréhender les pratiques d'acteurs systémiques à

⁶⁹ Club des juristes, Rapport « *Pour une réforme du droit de la concurrence* », préc., pt 223.

⁷⁰ DGCCRF, communiqué de presse du 18 décembre 2017, « *Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF* », la DGCCRF indiquant alors avoir contrôlé, entre autres, Amazon, Cdiscount, Fnac.com, eBay, Rue du Commerce.

⁷¹ Comm. eur., règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE n° L 186 du 11 juillet 2019, p. 57.

⁷² R. Maulin, « *Régulation des plateformes et places de marché : le droit économique à l'épreuve de l'obsolescence programmée ?* », préc.

⁷³ Communication de la Commission, « *Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises* », COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015.

⁷⁴ Comm. eur., fiche d'information MEMO/18/3373 du 26 avril 2018, « *La Commission fixe de nouvelles normes en matière de transparence et d'équité pour les plateformes en ligne* » ; en droit français, v. égal. les décrets n° 2017-1434, n° 2017-1435 et n° 2017-1436 du 29 septembre 2017 parus au JORF n° 0233 du 5 octobre 2017 qui prévoient des mesures sensiblement équivalentes à celles de la proposition de règlement.

⁷⁵ Comm. eur., fiche d'information MEMO/18/3373 du 26 avril 2018, préc.

l'image d'Amazon ou encore de Google, il existe en revanche une variété de plateformes qui sont encore loin d'atteindre, ou du reste de se maintenir⁷⁶, au seuil de la dominance.

Applicable depuis le 12 juillet 2020, le règlement Platform to Business vise à ce titre à réguler, en empruntant à diverses influences du droit économique, les relations nouées entre les plateformes et leurs utilisateurs, ce qui couvre un large spectre allant, entre autres, du fournisseur de produits proposés à la vente sur une place de marché, au créateur d'une application proposée à la vente via une boutique d'applications en passant par l'hôtelier proposant ses chambres sur une plateforme de réservation.

On relèvera que ce règlement rappelle, dès son exposé des motifs, que « *l'intermédiation croissante des transactions par le biais de services d'intermédiation en ligne, conséquence d'importants effets de réseau indirects fondés sur les données, conduit à une dépendance accrue de ces entreprises utilisatrices, en particulier [les PME], à l'égard de ces services pour entrer en contact avec les consommateurs* », de sorte que « [d]u fait de cette dépendance croissante, les fournisseurs de ces services disposent souvent d'un pouvoir de négociation supérieur qui leur permet, dans la pratique, d'agir unilatéralement d'une façon qui peut être inéquitable et nuire aux intérêts légitimes des entreprises qui font appel à eux et, indirectement, des consommateurs »⁷⁷. Certains auteurs y voient une référence implicite à la théorie de l'abus de dépendance économique en droit français⁷⁸.

Plus généralement, ce règlement impose aux plateformes des exigences de loyauté à travers l'interdiction de certaines pratiques, et en particulier la résiliation unilatérale sans motif. L'on se souvient que, dans l'affaire *Amazon*, une clause asymétrique, car prévoyant cette possibilité au seul bénéfice de la plateforme, a été sanctionnée par le juge français au titre du contrat d'adhésion et du déséquilibre significatif. L'interdiction de la résiliation unilatérale sans motif semble donc, manifestement, s'inspirer du régime français de l'interdiction de la rupture brutale des relations commerciales établies⁷⁹.

Ce règlement a également le mérite d'imposer aux plateformes un effort significatif de transparence qui se matérialise tant au bénéfice des entreprises utilisatrices que des consommateurs clients finals. La transparence porte, en premier lieu, sur les conditions générales d'utilisation, qui doivent à la fois être rédigées de façon claire et non équivoque, mais également être « *facilement accessibles* »⁸⁰ aux utilisateurs à chaque phase de leur relation avec les plateformes, y compris lors de la phase précontractuelle. En cas de manquement à ces obligations, les conditions générales de la plateforme ne seront tout simplement pas opposables à l'utilisateur, ce qui évoque le mécanisme de l'article 1171 du code civil, qui prévoit que « *[d]ans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

L'effort de transparence doit également, et de manière peut-être plus marquée encore, porter sur la politique générale de classement des entreprises dans les résultats de recherche puisque, comme le relève la Commission, le classement a

⁷⁶ Sur ce point spécifique, v. not. la réponse de la Competition and Markets Authority, en date du 23 décembre 2015, à la consultation publique de la Commission sur la régulation des plateformes, pt 11 : « [T]he potential for innovative offerings to disrupt markets means that while successful digital platforms may acquire significant market power, such market power may sometimes be fragile or transient in nature ».

⁷⁷ Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019, préc., cons. 2.

⁷⁸ A.-S. Choné-Grimaldi, préc., p. 91.

⁷⁹ Art. L. 442-1 du code de commerce.

⁸⁰ Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019, préc., art. 3.

un impact significatif sur le choix des consommateurs⁸¹. À ce titre, relevons également que, de manière quelque peu incantatoire, le règlement invite les plateformes, ainsi que les organisations professionnelles les représentant, à concevoir des codes de conduite destinés à renforcer la transparence de leur politique de classement des résultats⁸². Nous relevons que ce dispositif se retrouve également en droit des PRC dans la mesure où, sur plusieurs sujets majeurs et sous l'égide de la Commission d'examen des pratiques commerciales, un certain nombre de guides pratiques⁸³ ont été établis pour réguler le rapport de force et la dysmétrie contractuelle entre la grande distribution, d'une part, et ses fournisseurs, d'autre part.

Pourtant, le règlement Platform to Business n'a manifestement pas atteint ses objectifs puisque seulement un mois avant sa date d'entrée en vigueur (le 12 juillet 2020), les services de la Commission prenaient l'initiative d'engager une consultation publique sur son « *paquet relatif aux services numériques* »⁸⁴ et d'indiquer souhaiter désormais une véritable « *réglementation ex ante des plus grandes plateformes* »⁸⁵. La Commission, en guise d'épithète du règlement Platform to Business, notait alors que « [l']adoption du règlement sur les relations entre les plateformes et les entreprises, qui doit entrer en vigueur au mois de juillet de cette année [2020], établit le fondement transversal d'un environnement équitable, transparent et prévisible pour les entreprises et commerçants de petite taille présents sur les plateformes en ligne »⁸⁶.

2. L'amplification du mouvement d'hybridation avec le projet de règlement Digital Markets Act

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne dévoilait son projet de règlement intitulé Digital Markets Act. Plus qu'un simple objectif juridique de prévention et de régulation de pratiques abusives des géants du numérique, ce règlement semble en réalité poursuivre un véritable objectif industriel, ce que reflète d'ailleurs le fait que son élaboration ait été pilotée par la DG Grow et la DG Connect. Il s'agit en effet d'offrir à de nouveaux acteurs, et de préférence européens, la possibilité d'entrer sur ces marchés dominés par les acteurs américains en leur garantissant les conditions d'une concurrence libre, non faussée et ouverte à l'innovation⁸⁷.

Ce règlement qui vient, le 15 décembre 2021, soit près d'un an après sa présentation par la Commission, d'être approuvé par le Parlement Européen et qui fera l'objet d'après négociations avec le Conseil dès le mois de janvier 2022⁸⁸, aura vocation à réguler de manière *ex ante* les pratiques des plus importantes plateformes en ligne, c'est-à-dire les *gatekeepers* ou contrôleurs d'accès, en l'occurrence Amazon ou Google. *A contrario*, les plateformes ne disposant pas (encore) d'un tel pouvoir de marché, telles qu'Airbnb, Booking ou encore Netflix, ne relèveront *a priori* pas de son champ d'application.

⁸¹ *Ibid.*, art. 5.

⁸² *Ibid.*, art. 17.

⁸³ V. en particulier « *Recommandation n° 11-01 relative à un code de bonne conduite en matière de management par catégorie* » et « *Recommandation n° 19-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques* ».

⁸⁴ Comm. eur., communiqué IP/20/962 du 2 juin 2020, « *La Commission lance une consultation en vue de recueillir des avis sur le paquet relatif aux services numériques* ».

⁸⁵ A. Ronzano, « *Plateformes numériques : La Commission européenne veut renforcer la réglementation ex ante des grandes plateformes numériques et se doter d'un nouvel outil de concurrence visant à leur imposer des injonctions comportementales ou structurelles sans constat préalable d'un abus, et sans amendes ou actions en dommages et intérêts* », 2 juin 2020, Concurrences n° 3-2020, art. n° 95247.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ A.-S. Choné-Grimaldi, préc., p. 91.

⁸⁸ Parl. Eur., Communiqué 20211210IPR19211 du 15 décembre 2021, « *Législation sur les marchés numériques : le Parlement est prêt à entamer les négociations avec le Conseil* ».

Ce règlement s'articule, lui aussi, autour de la notion centrale en matière de droit des PRC de « *dépendance économique des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux vis-à-vis des services de plateforme essentiels des contrôleurs d'accès* »⁸⁹. Selon la Commission, il serait désormais temps d'élaborer un instrument juridique permettant de remédier à la situation actuelle de « *fragmentation de la réglementation, dans la mesure où les règles relatives à la lutte contre le caractère déloyal des relations de dépendance avec ces contrôleurs d'accès et à la contestabilité de ces services divergent, notamment en ce qui concerne les conditions préalables à l'intervention et l'ampleur de cette intervention, et augmentent les coûts de mise en conformité pour les entreprises actives sur le marché intérieur* »⁹⁰.

Sur la question très sensible, et ayant d'ores et déjà donné lieu à plusieurs décisions majeures (dont certaines non encore définitives) de la part des autorités de concurrence, des clauses d'autopréférence, le projet de règlement impose(ra)it désormais aux contrôleurs d'accès de « [s'abstenir] d'accorder, en matière de classement, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même ou par tout tiers appartenant à la même entreprise, par rapport aux services ou produits similaires d'un tiers, et [d'appliquer] des conditions équitables et non discriminatoires à ce classement »⁹¹.

Il nous semble toutefois que tant que la Cour de Justice de l'Union n'aura pas définitivement⁹² confirmé la décision *Google Shopping* il demeurera, à tout le moins au titre du droit de la concurrence, une incertitude légitime quant aux conditions d'illégalité de la pratique de l'autopréférence.

Pour la Commission, le Digital Markets Act devrait finalement permettre aux « *innovateurs et jeunes entreprises technologiques* [de se prémunir contre les] *clauses et conditions abusives* [que pourraient souhaiter leur imposer les plateformes] *limitant leur développement* »⁹³. Pourtant, à l'analyse attentive de ce texte, il semble que le Digital Markets Act, en particulier son article 8 intitulé « *Suspension* », introduit une nouvelle strate de complexité puisque, « [s]ur la demande motivée d'un contrôleur d'accès, la Commission peut, à titre exceptionnel, suspendre, entièrement ou partiellement, une obligation particulière prévue aux articles 5 et 6 [c'est-à-dire les pratiques des contrôleurs d'accès qui limitent la contestabilité ou sont déloyales] pour un service de plateforme essentiel ». Cela signifie, concrètement, que le Digital Markets Act projette d'introduire, à titre *ex ante*, des obligations structurantes auxquelles le contrôleur d'accès pourra demander de déroger. Les esprits chagrins pourraient donc être tentés de qualifier ce dispositif de droit *ex ante* (plus que) souple.

Si l'hybridation du droit économique constitue désormais un phénomène juridique difficilement contestable, il reste encore à apprécier dans quelle mesure il est susceptible de permettre une meilleure régulation *ex ante* ou sanction *ex post* des pratiques déployées par les grandes plateformes numériques. Sur ce point, et malgré ses imperfections évidentes, il nous semble toutefois que la boîte à outils actuellement à la disposition des autorités européennes de concurrence – certainement parce qu'elles ont poussé le mouvement d'hybridation du droit économique à son paroxysme – permet une réponse appropriée aux appétits actuels des « *superstar* » de l'Internet. Pour (tenter de) s'en convaincre, il suffit de

⁸⁹ Comm. eur., proposition de Règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, COM(2020) 842 final, 15 décembre 2020, cons. 64.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁹¹ *Ibid.*, art. 6, § 1 (d).

⁹² Cette décision a été, pour l'essentiel, confirmée par un arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 10 novembre 2021, (affaire T-612/17). Cet arrêt est susceptible d'être frappé d'un pourvoi devant la Cour de Justice de l'Union.

⁹³ Site Internet de la Commission, page intitulée « *Législation sur les marchés numériques : garantir des marchés numériques équitables et ouverts* ».

constater que les juridictions américaines sont actuellement en train d’analyser la légalité, au titre du droit de la concurrence, de clauses de parité tarifaire imposées par Amazon à ses marchands domiciliés aux États-Unis (et dans le reste du monde), et ce, alors même qu’Amazon, sous la pression conjuguée des autorités de concurrence européennes, avait pris l’initiative de les supprimer de ses contrats applicables aux marchands situés au sein de l’Union européenne⁹⁴.

⁹⁴ K. Arcieri, « *DC’s antitrust suit against Amazon will rely on high burden of proof – experts* », *S&P Global Market Intelligence*, 3 juin 2021 : « *According to the suit, Amazon informed European regulators in 2013 that it would abandon the provision across the European Union, but the provision “remained in place for years longer in the United States and elsewhere”* ».