



CHAIRE MASTER

**Droit de la consommation**

Fondation



**Master 2 Droit des affaires**  
**Droit de la consommation et des pratiques commerciales**

**MÉMOIRE 2022**

**La responsabilisation des plateformes  
d'intermédiation à l'égard des professionnels**

**QUENIN Pierre-Louis**

Sous la direction de  
**Madame Sibylle CHAUDOUET**  
Maître de Conférences à CY Cergy Paris Université



faculté  
de droit



CERGY PARIS

**UNIVERSITÉ**



*« CY – Cergy Paris Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de fin d'études ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs. »*



# REMERCIEMENTS

**À Mme Sibylle CHAUDOUET,**

*Pour m'avoir accompagné et guidé dans la bienveillance tout au long de ce semestre.*

**À Mme Laure MAILLET,**

*Pour m'avoir si bien accueilli au sein du service juridique du Groupe Fnac Darty et m'avoir aidé à l'élaboration du sujet de ce mémoire.*

**À Mme la Professeure Carole AUBERT DE VINCELLES,**

*Pour m'avoir fait confiance en me permettant d'intégrer cet excellent Master il y a deux ans. Mais également pour le temps, l'énergie et les efforts consacrés à la transmission de votre héritage dont nous portons désormais le flambeau.*

**À l'ensemble du corps enseignant et aux intervenants,**

*Pour leur dévouement, leur patience, leur pédagogie et surtout leur passion, sans laquelle l'expérience n'aurait jamais été aussi enrichissante.*

**À ma promotion,**

*Pour ces joies, ces angoisses, ces rires, ce respect, ces moments partagés pendant deux ans. Deux années passées si vite mais qui constitueront immuablement de merveilleux souvenirs.*

**À mes parents,**

*Que je ne remercierai jamais assez.*

**À mes proches,**

*Sans qui ce mémoire n'aurait fait que vingt-sept pages.*

# LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

**Actu.** : Actualité

**Art.** : Article

**BtoB** : *Business to business*

**BtoC** : *Business to consumer*

**C. consom.** : Code de la consommation

**CDE.** : Cahiers de droit de l'entreprise

**Coll.** : Collection

**Comm. com. Electr.** : Communication Commerce électronique

**Cons.** : Conseil

**Contrats, conc. Consom.** : Contrats, concurrence, consommation

**CtoC** : *Consumer to consumer*

**D.** : Recueil Dalloz

**DDADUE** : Diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne.

**Déc.** : Décision

**DMA** : *Digital Markets Act*

**DSA** : *Digital Services Act*

**Fasc.** : Fascicule

**GAFAM** : Google, Apple, Facebook (Meta), Amazon et Microsoft

**Gaz. Pal.** : Gazette du Palais

**INSEE** : Institut national de la statistique et des études économiques

**JCI.** : JurisClasseur

**JCP E.** : La Semaine juridique - Entreprise et affaires

**JT.** : Juris tourisme

**LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence

**LRN** : Loi pour une République numérique

**OMC** : Organisation mondiale du commerce

**PAC** : Pratiques anticoncurrentielles

**PE** : Parlement européen

**PME** : Petite ou moyenne entreprise

**PRC** : Pratiques restrictives de concurrence

**Préc.** : Précité

**PtoB** : *Platform to business*

**REC** : Règlement d'exemption par catégorie

**Rev. int. Compliance.** : Revue internationale de l'éthique des affaires et de la compliance

**Rev. UE** : Revue de l'Union européenne

**RGPD** : Règlement général sur la protection des données

**RLC** : Revue Lamy de la Concurrence

**RTD Com.** : Revue trimestrielle de droit commercial

**TFUE** : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	9
<b>TITRE 1 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D'INTERMÉDIATION À L'ÉGARD DE LEURS PARTENAIRES CONTRACTUELS</b> .....	19
<b>Chapitre 1 : Une responsabilisation par la transparence et l'équité</b> .....	20
Section 1 : La création de nouvelles obligations protectrices du partenaire contractuel .....	21
Section 2 : Une responsabilisation palliant un déséquilibre manifeste .....	25
<b>Chapitre 2 : La mobilisation du droit de la concurrence</b> .....	31
Section 1 : La mobilisation du droit des pratiques restrictives de concurrence.....	31
Section 2 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles.....	50
<b>TITRE 2 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D'INTERMÉDIATION À L'ÉGARD DE LEURS CONCURRENTS</b> .....	66
<b>Chapitre 1 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles</b> .....	67
Section 1 : Une mobilisation classique.....	68
Section 2 : Une mobilisation innovante .....	73
<b>Chapitre 2 : Un nouvel outil actuellement en discussion</b> .....	79
Section 1 : L'insuffisance des outils actuels de concurrence .....	79
Section 2 : Le « <i>règlement Digital Markets Act</i> ».....	84
<b>CONCLUSION FINALE</b> .....	90
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	91
<b>INDEX</b> .....	98
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	100





# INTRODUCTION

« *Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité* » ~ *Actes et Paroles* de V. Hugo

« *L'anarchie est partout quand la responsabilité n'est nulle part* » ~ *Hier et Demain* de G. Le Bon

- 1. La révolution numérique.** La transition entre le XX<sup>ème</sup> et le XXI<sup>ème</sup> siècle, au-delà du fait qu'elle fut l'objet de nombreuses inquiétudes plus ou moins sérieuses autour du passage informatique à l'an 2000, est principalement marquée par l'avènement d'une révolution, celle du numérique, avec la création d'Internet au cours des années 1990.

« L'Internet », comme disent certains de nos aînés, correspond à « *l'ensemble de réseaux mondiaux interconnectés qui permet à des ordinateurs et à des serveurs de communiquer efficacement au moyen d'un protocole de communication commun (Internet Protocol). Ses principaux services sont le Web, le FTP, la messagerie et les groupes de discussion<sup>1</sup>* ». Plus simplement, Internet permet la mise en relation et l'interactivité dématérialisées de personnes physiquement distantes et favorise en particulier les échanges commerciaux entre elles.

Ainsi, si les graines du « *commerce électronique* » ou du « *e-commerce* » ont été semées dès les années 1960, c'est véritablement à partir de la création d'Internet qu'il va se développer, et ce, de manière fulgurante.

- 2. Le développement du commerce électronique.** Le commerce électronique est défini par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) comme « *la production, la distribution, la commercialisation, la vente ou la livraison de marchandises et services par des moyens électroniques<sup>2</sup>* ». Dès 1994, le Netscape Navigator, ancêtre des moteurs de recherche, se révèle être un outil particulièrement utile pour naviguer sur les boutiques en ligne. Puis, à dater de 1995, plusieurs entreprises, aujourd'hui reconnues comme des actrices

---

<sup>1</sup> Définition tirée du site de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), disponible à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1864>.

<sup>2</sup> ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Programme de travail sur le commerce électronique*, 25 sept. 1998, § 1.3.

incontournables du commerce en ligne, voient le jour. Parmi elles, Amazon et eBay en 1995, Alibaba en 1999, ou encore Etsy en 2005.

De nos jours, des millions de vendeurs proposent la vente de leurs produits ou services en ligne, espace sur lequel les publicités commerciales sont omniprésentes (voire oppressantes) et les achats largement facilités. Les progrès sont tels que le commerce électronique devient rapidement un chaînon incontournable dans les habitudes d'achat. Il se pourrait même qu'il soit devenu la norme, pour beaucoup de personnes et dans de nombreux secteurs, au détriment du commerce traditionnel en magasin<sup>3</sup>, « *les consommateurs ayant de plus en plus fréquemment le réflexe « Amazon ou Ebay* »<sup>4</sup>.

**3. Le commerce électronique entre entreprises.** Il existe plusieurs modèles de commerce électronique selon les acteurs qui sont mis en relation lors de la vente de produits et/ou services en ligne. De la sorte, il existe le modèle relatif à la vente de la part d'entreprises à destination de consommateurs (BtoC<sup>5</sup>), celui concernant la vente entre consommateurs (CtoC<sup>6</sup>), et enfin, le modèle concernant la vente entre entreprises (BtoB<sup>7</sup>). Plus spécifiquement à propos de ce dernier, une sous-division est désormais faite selon que ladite entreprise est un professionnel entendu de manière large<sup>8</sup>, ou bien une plateforme (PtoB<sup>9</sup>).

D'après une étude de l'Assemblée nationale du 1<sup>er</sup> décembre 2020<sup>10</sup>, en France, le e-commerce entre entreprises en 2019 était supérieur à cent cinquante milliards d'euros de chiffre d'affaires, représentant une croissance de 15% par an depuis 2016. Les chiffres sont faramineux et en nette progression depuis quelques années. Aussi, la crise sanitaire de la Covid-19 et la mise en place pendant cette période de plusieurs confinements sont venues

---

<sup>3</sup> Voir en ce sens, dans le secteur du jouet, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°19-DCC-65, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, 17 avr. 2019.

<sup>4</sup> F. BUY, M. LAMOUREUX, J-C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2019, p199, §. 249.

<sup>5</sup> *Business to consumer* désignant le rapport entre professionnels et consommateurs.

<sup>6</sup> *Consumer to consumer* désignant le rapport entre consommateurs eux-mêmes.

<sup>7</sup> *Business to business* désignant le rapport entre professionnels eux-mêmes.

<sup>8</sup> Comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* » (article liminaire du Code de la consommation).

<sup>9</sup> *Platform to business* désignant le rapport entre professionnels et plateformes.

<sup>10</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Les acteurs du e-commerce*, Groupe de suivi des conséquences économiques du deuxième confinement, 1<sup>er</sup> déc. 2020.

accélérer cette mutation vers la digitalisation, bénéficiant *de facto* au développement du commerce en ligne et de certains acteurs comme les plateformes. Concrètement, la fermeture des commerces non-essentiels et la distanciation forcée pendant cette période ont eu pour conséquence d'orienter les individus vers les plateformes notamment pour effectuer leurs achats.

**4. L'émergence et le développement des plateformes.** Une révolution profite toujours à certains acteurs plus qu'à d'autres. Celle du numérique et du commerce électronique ne fait pas exception puisqu'ayant favorisé l'émergence des plateformes.

En 2021, plus de la moitié de la population mondiale est un utilisateur actif des réseaux sociaux (soit plus de quatre milliards d'individus), plus de quatre-vingt mille requêtes chaque seconde sont référencées rien que sur le moteur de recherche Google (soit plus de six milliards par jour) et enfin, plus de cent soixante-quinze mille sites marchands sont actifs en France<sup>11</sup>.

Ces chiffres témoignent de l'importance prise par les plateformes dans le monde contemporain, à tel point qu'elles sont devenues inévitables dans notre vie quotidienne. Par ailleurs, en plus d'être nombreuses, les plateformes sont présentes dans des secteurs divers et variés comme le transport, l'hôtellerie, la vente, l'administration ou encore la location de logements touristiques. Parmi elles, certaines ont créé de véritables écosystèmes comme Google et ses deux-cents services et applications (Android, Google Photos ou encore YouTube) mais également Amazon qui couvre désormais bon nombre de secteurs à travers ses différentes activités de distribution (alimentaire, immobilier, télévisuel, santé et bien d'autres).

**5. Tentative de définition des plateformes.** Mais qu'est-ce qu'une plateforme ? Cette notion, désormais identifiée et entrée dans le langage courant, semble cependant particulièrement « *malaisée à définir* »<sup>12</sup>. Plusieurs textes de droit, européens et internes, s'y sont essayés pour finalement en retenir une définition à chaque fois différente.

Etymologiquement, le terme plateforme provient du vieux français « *platte fourme* » désignant au XV<sup>ème</sup> siècle une construction arborant une surface plane et servant de

---

<sup>11</sup> Chiffres trouvés sur le site [blogdumoderateur](https://www.blogdumoderateur.com), disponible à l'adresse suivante : <https://www.blogdumoderateur.com>.

<sup>12</sup> X. DELPECH, *Quel droit pour les plateformes numériques*, Dalloz actu. étudiant, 7 oct. 2021.

support. Cependant, cette définition initiale et sa réutilisation au cours des siècles qui ont suivis, que ce soit dans le secteur militaire, des transports ou de l'aéronautique, ne présageait en rien la signification qui lui serait donnée aujourd'hui, à savoir un dispositif d'intermédiation<sup>13</sup>.

En réalité, la notion de plateforme est d'une particulière complexité dès lors qu'elle n'est pas unitaire mais plurielle. La Commission européenne dressait ainsi la liste des activités recouvertes par les plateformes, « *parmi lesquelles les plateformes publicitaires en ligne (Google AdSense, DoubleClick...), les places de marché en ligne (Amazon, eBay...), les moteurs de recherche (Google, Bing Search...), les médias sociaux (Facebook, LinkedIn...) et boutiques de contenu créatif (YouTube, Twitch...), les plateformes de distribution d'applications (App store, Google Play...), les services de communication (Messenger, WhatsApp...), les systèmes de paiement (PayPal...) et les plateformes d'économie collaborative (AirBnb, Uber...)*<sup>14</sup>».

Les choses se compliquent encore davantage dans la mesure où les plateformes peuvent endosser plusieurs rôles à la fois. Par exemple, certaines d'entre elles, les places de marché au sens strict, vont simplement assurer une fonction d'intermédiation entre acheteurs et vendeurs (eBay, Rakuten ...), quand d'autres, les plateformes-distributeurs, dites duales, vont proposer à la fois leurs produits en tant que distributeur et ceux de leurs partenaires contractuels en tant qu'intermédiaire (Cdiscount, Amazon...). La plateforme exerce alors à la fois une activité de détaillant et d'entremetteur.

Nonobstant ces disparités, il semble que les plateformes s'accordent toutes à mettre en relation « *plusieurs catégories d'agents au moyen d'une solution technique, généralement fondée sur le numérique* »<sup>15</sup>. Également, chacune d'entre elles placent la collecte des données au centre de leur modèle économique, que ce soit à des fins de monétisation ou d'amélioration de leurs produits.

## **6. L'enjeu des plateformes d'intermédiation.** Les plateformes d'intermédiation, c'est-à-dire les plateformes mettant en relation au moins deux parties, deux utilisateurs,

---

<sup>13</sup> X. DELPECH, *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, sept. 2021, p.10.

<sup>14</sup> COMMISSION EUROPEENNE, communication, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe* (COM(2016)0288) et le document de travail des services de la Commission qui l'accompagne (SWD(2016)0172), 25 mai 2016, p. 1.

<sup>15</sup> X. DELPECH, préc. Note 10, lui-même citant D. CARDON, *Culture numérique*, Les Presses de Sciences-Po, 2019.

constitueront l'objet d'étude de ce mémoire. Seront notamment analysés les moteurs de recherche en ligne et les services d'intermédiation en ligne, tous deux visés par le « règlement PtoB ».

Les premiers sont définis par ledit règlement comme « *un service numérique qui permet aux utilisateurs de formuler des requêtes afin d'effectuer des recherches sur, en principe, tous les sites internet ou les sites internet dans une langue donnée, sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot-clé, d'une demande vocale, d'une expression ou d'une autre entrée, et qui renvoie des résultats dans quelque format que ce soit dans lesquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé* ». Autrement dit, en référençant des biens, services ou contenus proposés par des tiers aux profits de ses utilisateurs, le moteur de recherche s'analyse en une plateforme d'intermédiation. Il est possible de citer à titre d'exemple Google, Qwant, Yahoo Search, ou encore Bing.

Quant aux seconds, la notion de service d'intermédiation est volontairement large dans l'optique d'englober un maximum de plateformes. Le terme vise notamment les places de marché en ligne, aussi appelées *marketplace*, que l'Autorité de la concurrence dans un avis du 15 janvier 2019 caractérise comme jouant « *un rôle d'intermédiaire entre des vendeurs et des acheteurs, en offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique*<sup>16</sup> ». C'est le cas par exemple de l'entreprise ManoMano qui est exclusivement une place de marché. Néanmoins, cela englobe également les plateformes-distributeurs<sup>17</sup> comme Amazon.

Comme exprimé précédemment, ces plateformes bifaces, voire multifaces, se positionnent comme de sérieuses actrices dans l'essor de l'économie numérique et jouent un rôle croissant dans le secteur de la distribution. Les secteurs privés et publics utilisent de plus en plus ces plateformes dans la mesure où les avantages qu'elles procurent, tant aux professionnels qu'aux consommateurs, sont évidemment nombreux.

Il ne faut donc « *surtout pas diaboliser les plateformes* »<sup>18</sup>. Effectivement, elles « *sont des facilitateurs clés de l'entrepreneuriat et de nouveaux modèles d'entreprise, du*

---

<sup>16</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, avis n°19-D-01, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux, 15 janv. 2019, pts 17 et s.

<sup>17</sup> Voir *supra* §.5, p. 11.

<sup>18</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Comment appréhender les abus et l'utilisation des données dans la relation d'une plateforme avec ses partenaires contractuels ?*, Contrats, conc. consom - déc. 2020, n° 12.

*commerce et de l'innovation, qui peuvent également améliorer le bien-être des consommateurs [...]. Ils donnent accès à de nouveaux marchés et débouchés commerciaux, permettant aux entreprises de tirer parti des avantages du marché intérieur. Ils permettent aux consommateurs dans l'Union de profiter de ces avantages, notamment en accédant à un plus large choix de biens et services, ainsi qu'en bénéficiant d'une tarification concurrentielle en ligne<sup>19</sup> ».*

« *Mais point d'angélisme<sup>20</sup>* », si les bienfaits procurés par les plateformes d'intermédiation sont évidents, les problématiques et les risques qui les entourent le sont tout autant. Par exemple, l'avantage concurrentiel obtenu par les données qu'elles ont collectées en masse et les quantités astronomiques d'argent que génèrent certaines d'entre elles (principalement les grandes plateformes numériques comme les GAFAM<sup>21</sup>) ont notamment favorisé l'émergence de positions hégémoniques sur le marché. Or, si ces plateformes, qualifiées par certains comme cruciales<sup>22</sup> ou structurantes<sup>23</sup>, abusent de la position qui est la leur, cela peut se révéler très nuisible à la fois pour les professionnels, les consommateurs mais également pour le marché intérieur.

## **7. La réglementation des plateformes d'intermédiation.** L'enjeu accompagnant les plateformes d'intermédiation est devenu si important qu'il est apparu nécessaire de les réglementer.

---

<sup>19</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

<sup>20</sup> X. DELPECH, *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, sept. 2021, p.11.

<sup>21</sup> Acronyme désignant les cinq géants du Web : Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft. Il serait d'ailleurs sûrement plus juste désormais de parler de « *GAMAM* », Facebook se nommant désormais « *Meta* ».

<sup>22</sup> « *L'entreprise cruciale est négativement celle dont la défaillance entraîne l'effondrement du système ; elle est positivement celle par laquelle le système sert des fins au service de l'avenir du groupe social* » (M.-A. FRISON-ROCHE, *Réguler les entreprises cruciales* : D. 2014, p. 1556).

<sup>23</sup> Qualificatif désignant les opérateurs « *qui ont acquis une telle importance que certains de leurs comportements peuvent affecter le bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels ils sont dominants mais également au-delà de ces marchés, en raison de leurs capacités de développement et de projection dues, entre autres, à leur capacité financière, au bénéfice d'effets de réseau importants liés à leur vaste communauté d'utilisateurs ou aux données auxquelles ils ont accès* » (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique, communiqué de presse, 19 févr. 2020*).

Si au début des années 2000, la perception plutôt positive dont bénéficiaient les plateformes d'intermédiation et le prétexte d'un libre-court du marché justifiaient une réglementation atténuée à leur égard<sup>24</sup>, le discours a progressivement évolué au cours des deux dernières décennies. Désormais, l'axiome prédominant est celui qu'il serait regrettable de se priver des avantages qu'elles sont susceptibles de procurer par la faute des abus qu'elles peuvent engendrer, et que, par conséquent, il est nécessaire de les encadrer. Si parler d'un droit des plateformes, « *c'est peut-être, à ce jour, aller un peu vite en besogne* »<sup>25</sup>, il n'en reste pas moins que les institutions européennes et internes ont fait de leur encadrement une de leurs principales préoccupations.

En droit positif, certains textes européens poursuivent d'ores et déjà cet objectif de manière plus ou moins directe. C'est notamment le cas du « *règlement PtoB* » qui vise directement à réglementer, par la transparence et l'équité, les plateformes d'intermédiation dans le rapport qu'elles entretiennent avec les entreprises utilisatrices.

De même, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et les différents règlements d'exemption par catégorie (REC) sont indirectement utilisés pour réglementer les plateformes d'intermédiation. Le premier pour ses dispositions de concurrence et les seconds dans le sens où ils permettent d'exempter certaines pratiques des plateformes dont les effets anticoncurrentiels sont compensés par leurs bénéfices « *pour l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution* »<sup>26</sup>.

En droit interne, outre l'application des règlements européens, la loi pour une République numérique (LRN)<sup>27</sup> du 7 octobre 2016 impose aux plateformes d'intermédiation un devoir de loyauté vis-à-vis des consommateurs. De surcroît, dans leurs rapports avec les professionnels, les règles du droit économique sont mobilisées et

---

<sup>24</sup> Cette responsabilité atténuée au profit des intermédiaires techniques (dont font partie les plateformes) ressort notamment de la directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

<sup>25</sup> X. DELPECH, *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, sept. 2021, p.14.

<sup>26</sup> Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

<sup>27</sup> LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

notamment le droit de la concurrence. D'autres dispositions encore viennent responsabiliser les plateformes en matière sociale<sup>28</sup> ou fiscale<sup>29</sup>.

Enfin, certains textes en discussion affichent également la volonté qu'à l'Union européenne d'encadrer d'avantage l'activité des plateformes. C'est notamment le cas des projets *Digital Services Act (DSA)* et *Digital Markets Act (DMA)*.

À noter qu'au-delà de ces règles de droit dur, il existe également des règles de droit souple, non contraignantes, venant encadrer l'activité des plateformes d'intermédiation. Effectivement, en vue d'orienter la bonne application du « règlement PtoB », la Commission européenne encourage l'élaboration de codes de conduite. De même, en droit interne, les principales plateformes ont signé une charte « afin de « moraliser » les rapports qu'elles entretiennent avec les PME<sup>30</sup> ».

**8. La responsabilisation des plateformes d'intermédiation à l'égard des professionnels.** Dès lors que l'on évoque la réglementation des plateformes d'intermédiation, la question de leur responsabilité se pose indubitablement. Il faut ici entendre la responsabilité dans son sens général, c'est-à-dire comme l'obligation pour la plateforme d'intermédiation « de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires etc... »<sup>31</sup>. Or, ce dommage, et donc par extension cette responsabilité des plateformes d'intermédiation, découlent de la réglementation qui leur est imposée.

Cette responsabilité diffère donc selon le rapport dans lequel elle s'inscrit dans la mesure où les plateformes d'intermédiation ne seront pas soumises aux mêmes obligations, suivant qu'elles contractent avec des professionnels ou des consommateurs. Ce mémoire se concentrera sur la responsabilisation des plateformes d'intermédiation à l'égard des professionnels, c'est-à-dire vis-à-vis de leurs partenaires contractuels (les fournisseurs en amont) et de leurs concurrents. De ce fait, leur responsabilité à l'égard des consommateurs ne sera pas prise en considération ici.

C'est donc majoritairement sous le joug du droit de la concurrence que s'effectuera cette étude, puisque ce droit vise à lutter contre les agissements illicites des opérateurs

---

<sup>28</sup> Loi, n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>29</sup> Arts. 242 bis, 256 et 283 du Code général des impôts.

<sup>30</sup> F. BUY, M. LAMOUREUX, J-C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2019, p193, §. 240.

<sup>31</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2016, p. 918.



économiques entre eux. Le droit de la concurrence, dont la plasticité est souvent mise en avant pour sa capacité à s'adapter aux pratiques émergentes<sup>32</sup>, a néanmoins largement été bouleversé par l'émergence du numérique et des plateformes d'intermédiation. M. Daniel FASQUELLE faisait ainsi le constat d'un droit de la concurrence « *déstabilisé par l'économie du numérique* », en lui reprochant avant tout trois choses, à savoir son incapacité à maîtriser la concentration du pouvoir par certaines plateformes, ses difficultés à appréhender l'utilisation qu'elles font des données personnelles, ainsi que son temps d'intervention qu'il estime trop long par rapport à la rapidité des évolutions du secteur<sup>33</sup>.

Le constat de ces insuffisances a été rendu possible dans la mesure où les autorités compétentes en la matière ont largement mobilisé le droit de la concurrence pour sanctionner les plateformes d'intermédiation. En outre, ce constat a justifié un renforcement des obligations à leur charge, confortant un peu plus le processus de leur responsabilisation entamé depuis maintenant quelques années.

**9. Problématique et plan du mémoire.** La responsabilisation des plateformes d'intermédiation invite à se poser la question de l'équilibre, de la balance à faire entre liberté et responsabilité, entre libre concurrence et droit de la concurrence.

D'un côté, nombreuses sont les plateformes d'intermédiation se plaignant de la tournure que semblent prendre les événements, d'un statut qui ne leur est plus favorable, d'une responsabilité beaucoup trop importante et ne cessant de croître. De l'autre, le comportement des acteurs institutionnels témoigne d'une prise de conscience de problématiques qui n'avaient pas été anticipées au début des années 2000. Mme Margrethe VESTAGER, vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence, faisait d'ailleurs le constat que « *les consommateurs européens achètent de plus en plus en ligne. Le commerce électronique a stimulé la concurrence dans la vente au détail et a élargi les possibilités de choix et fait baisser les prix. Nous devons veiller à ce que les grandes*

---

<sup>32</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique*, communiqué de presse, 19 févr. 2020.

<sup>33</sup> D. FASQUELLE, *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. Consom, 2019, dossier 11.

*plateformes en ligne ne suppriment pas ces avantages en adoptant un comportement anticoncurrentiel<sup>34</sup>.*

Aussi, à défaut d'avoir la prétention de désigner un vainqueur et un vaincu ou de distinguer une victime d'un agresseur, ce mémoire aura pour ambition d'expliquer comment, concrètement, ce processus de responsabilisation se matérialise dans le rapport entre les plateformes d'intermédiation et les professionnels, et de s'interroger sur les enjeux que cela occasionne pour les différents intérêts en présence. C'est pourquoi le processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation sera appréhendé, dans un premier temps, à l'égard de leurs partenaires contractuels (TITRE 1) et dans un second temps, à l'égard de leurs concurrents (TITRE 2).

---

<sup>34</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique*, communiqué de presse, 10 nov. 2020.

# TITRE 1 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D'INTERMÉDIATION À L'ÉGARD DE LEURS PARTENAIRES CONTRACTUELS

**10. Plan.** Le phénomène de responsabilisation des plateformes d'intermédiation se constate ainsi premièrement dans les rapports précontractuel et contractuel que celles-ci entretiennent avec les professionnels utilisateurs, ici entendus comme leurs partenaires contractuels.

Effectivement, divers outils ont été créés ou mobilisés dans l'optique d'encadrer et de protéger la relation verticale<sup>35</sup>, que la plateforme entretient avec son partenaire contractuel. C'est le cas du « *règlement PtoB* », créé spécialement dans l'optique de prévenir tout abus de la plateforme d'intermédiation par la transparence et l'équité (Chapitre I). De surcroit, le droit de la concurrence a également été mobilisé pour sanctionner ces abus (Chapitre II).

---

<sup>35</sup> Une relation verticale, à la différence d'une relation horizontale, s'établit entre deux entreprises non concurrentes évoluant à un niveau différent du processus économique.

# Chapitre 1 : Une responsabilisation par la transparence et l'équité

11. Le « *règlement PtoB* ». Le règlement 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation, dit « *règlement Platform to Business* » ou « *règlement PtoB* », applicable depuis le 12 juillet 2020, constitue le premier texte européen visant spécifiquement les plateformes d'intermédiation, désignées par le texte comme les « *services d'intermédiation en ligne et [les] moteurs de recherche*<sup>36</sup> ». Ledit règlement, en comparaison au droit interne qui assurait, jusqu'à son adoption, la protection des consommateurs uniquement au titre de la transparence<sup>37</sup>, vient offrir une protection aux entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, c'est-à-dire « *tout particulier qui agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ou toute personne morale qui, par le biais de services d'intermédiation en ligne, offre des biens ou services aux consommateurs à des fins liées à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »<sup>38</sup>.

Les consommateurs ne sont pas totalement ignorés. Bien entendu, des conditions générales opaques et inéquitables sont tout aussi préjudiciables pour le partenaire en première ligne, que pour le consommateur au second plan qui se verra offrir des biens ou services de moins bonne qualité. Mais ils n'apparaissent que subsidiairement dans le texte. Raison pour laquelle M. Jean-Christophe RODA disait à propos du règlement, qu'il « *s'inscrit [...] dans une logique différente, proche d'un droit économique se préoccupant davantage de loyauté concurrentielle, plutôt que du bien-être des consommateurs* »<sup>39</sup>.

D'ailleurs, l'article L. 442-1 du Code de commerce, tel que modifié par la « *loi DDADUE* » du 3 décembre 2020<sup>40</sup>, comprend désormais un III faisant un renvoi direct vers

---

<sup>36</sup> PE et Cons. UE, règl. UE 2019/1150, 20 juin 2019, art. 1, § 2.

<sup>37</sup> C. consom., art. L. 111-7.

<sup>38</sup> PE et Cons. UE, règl. UE 2019/1150, 20 juin 2019, art. 2, § 1.

<sup>39</sup> J-C. RODA, *Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique*, Comm. com. électr, n° 10, oct. 2021.

<sup>40</sup> LOI n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

ce règlement. Il s'agit en cela « *d'un régime autonome que l'on a « plaqué » dans le dispositif existant* »<sup>41</sup>, à savoir le droit des pratiques restrictives de concurrence<sup>42</sup>.

**12. Plan.** Le « *règlement PtoB* » est par conséquent venu responsabiliser les plateformes d'intermédiation vis-à-vis de leurs partenaires contractuels par le biais de diverses exigences protectrices au titre de l'équité et de la transparence (Section I). Ceci dans l'objectif de pallier un déséquilibre manifeste existant entre la plateforme et ses partenaires contractuels (Section 2).

## **Section 1 : La création de nouvelles obligations protectrices du partenaire contractuel**

**13. Plan.** Diverses obligations ont été mises à la charge des plateformes d'intermédiation pour protéger leurs partenaires contractuels. Une responsabilisation se matérialisant principalement par une obligation d'information (§1), mais pas seulement (§2).

### **§1. Une responsabilisation essentiellement par l'information**

**14. L'obligation d'informer par le biais des conditions générales.** De la même manière qu'en droit interne le devoir de loyauté des plateformes se résume essentiellement en une obligation d'information du consommateur, le principal dispositif de protection imposé par le « *règlement PtoB* » consiste en une obligation pour la plateforme d'intermédiation d'informer son partenaire contractuel.

Cette information doit être transmise par la plateforme via ses conditions générales représentant véritablement « *l'élément cardinal de cette transparence*<sup>43</sup> ». Celles-ci devront être « *rédigées de manière claire et compréhensible* » et être « *facilement accessibles aux*

---

<sup>41</sup> M-A. FRISON-ROCHE, J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2022, §. 857, p. 697.

<sup>42</sup> Voir *infra* §. 31, p.30.

<sup>43</sup> S. ZINTY, *Fasc. 1210 : droit commun des plateformes numériques – Le déroulement de la relation entre la plateforme et les usagers*, JCl Contrat-Distribution, 1<sup>er</sup> nov. 2019.

*entreprises utilisatrices à toutes les étapes de leur relation commerciale*<sup>44</sup> », c'est-à-dire, également au moment de la phase précontractuelle. Ces informations sont nombreuses et portent tout autant sur le fonctionnement technique de la plateforme d'intermédiation que sur la relation contractuelle en elle-même.

**15. Diverses obligations d'information.** À titre d'exemple, l'article 5 du règlement prévoit que la plateforme d'intermédiation doit exposer les principaux critères de référencement et, le cas échéant, s'il existe des classements prioritaires, elle doit indiquer les raisons justifiant leur importance, ce qui vise notamment les rémunérations directes ou indirectes qu'elle peut percevoir de la part des professionnels. En revanche, cette obligation d'information ne va pas jusqu'à exiger de la plateforme qu'elle divulgue une description du fonctionnement de ses algorithmes<sup>45</sup>.

Également, à l'article 9, il est prévu la possibilité pour les professionnels de demander aux plateformes l'accès aux données personnelles qu'ils transmettent ou produisent dans le cadre de l'utilisation des services numériques et celles des consommateurs ou entreprises utilisatrices avec qui ils ont contractés. La plateforme d'intermédiation doit donc inclure dans ses conditions générales une description de "*l'accès technique et contractuel*" à toutes données, personnelles ou non. Toutefois, il s'agit d'une présentation générale et le texte n'apporte pas de précisions quant à l'usage que peuvent en faire les plateformes d'intermédiation une fois qu'elles en ont la possession.

Enfin, dernier exemple, lorsque les plateformes d'intermédiation, pour la fourniture de biens et services identiques aux leurs, imposent à leurs partenaires contractuels des conditions différentes de fourniture et par le biais d'autres supports techniques, les conditions générales d'utilisation de la plateforme doivent éclaircir les motifs économiques, commerciaux ou juridiques l'ayant entraînée à mettre en place une telle restriction<sup>46</sup>. Ici, le type de plateforme d'intermédiation ciblé par cette obligation d'information est celui des plateformes-distributeurs<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> PE et Cons. UE, règl. UE 2019/1150, 20 juin 2019, art. 3, § 1.

<sup>45</sup> PE et Cons. UE, règl. UE 2019/1150, 20 juin 2019, art. 5, § 6.

<sup>46</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019, art. 10

<sup>47</sup> Voir *supra* §.5, p.11.

**16. L'obligation spécifique de notifier toute modification des conditions générales.** Les modifications par la plateforme de ses conditions générales sont choses courantes, ces dernières étant nécessairement appelées à évoluer pour des considérations techniques ou commerciales. Mais, s'il est bien entendu nécessaire de préserver une certaine liberté de négociation entre les parties, il ne faudrait pas que cela dégénère en abus. Aussi, aux fins d'une plus grande sécurité juridique, et plus particulièrement d'une sécurisation des relations contractuelles, l'article 3 du « règlement PtoB » impose à la plateforme d'intermédiation une obligation de notifier préalablement au professionnel toute modification de ses conditions générales, et ce, sur support durable et, sauf exceptions<sup>48</sup>, avec un délai de préavis suffisant<sup>49</sup>. Dès lors, le partenaire contractuel disposera du droit de résilier le contrat conclu avec la plateforme avant l'expiration dudit délai, ou bien il pourra, par l'intermédiaire d'une déclaration écrite ou au moyen d'un acte positif clair, accepter les modifications proposées.

**17. La sanction du non-respect de l'obligation d'information.** Concernant la sanction du non-respect de cette obligation d'information, elle diffère selon le cas.

Le manquement à certaines d'entre elles aura pour conséquence de rendre les conditions générales de la plateforme ou certaines de leurs dispositions nulles et non avenues<sup>50</sup>, de sorte « *qu'avant même [leurs] annulation par l'autorité compétente, il y a lieu de faire comme si [elles] n'avaient pas été accomplies* »<sup>51</sup>. Par exemple, à partir du moment où la modification par la plateforme d'intermédiation de ses conditions générales ne respecte pas les diverses exigences posées à l'article 3 du règlement, la modification en question encourra cette sanction<sup>52</sup>.

Cependant, le manquement aux autres obligations information engagera la responsabilité de la plateforme sur le fondement de l'article L. 442-1, III du Code de commerce. Cette distinction s'explique en ce que le règlement prévoit lui-même la sanction

---

<sup>48</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019, art. 3, § 4.

<sup>49</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019, art. 3, § 2.

<sup>50</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, art. 3, § 3. À noter que l'utilisation « *nulle et non avenue* » exprime dans un jugement que l'acte annulé n'a pas plus d'effet que s'il n'avait jamais existé.

<sup>51</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11ème édition mise à jour, 2016, p. 686.

<sup>52</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019, art. 3, § 3.

de certains manquements mais laisse au législateur interne la liberté de choisir la sanction des autres manquements, à condition d'être « *effectives, proportionnées et dissuasives* »<sup>53</sup>.

- 18. Transition.** À côté de ce nouveau devoir informationnel, d'autres obligations sont mises à la charge de la plateforme.

## **§2. Des obligations additionnelles à la charge des plateformes d'intermédiation**

- 19. L'obligation de motiver toute restriction, suspension et résiliation contractuelle.** En vertu de l'article 4 du « *règlement PtoB* », la plateforme doit nécessairement motiver toute résiliation de compte et toute restriction ou suspension dans la fourniture de ses services à l'égard de ses partenaires contractuels. D'ailleurs, en principe, en cas de résiliation de compte, un délai de préavis de trente jours s'applique à compter du moment où la plateforme lui transmet son exposé des motifs. En outre, le partenaire contractuel doit pouvoir clarifier les faits et les circonstances et, également, révoquer sa décision s'il le souhaite.

Concernant isolément les moteurs de recherche, lorsqu'ils fournissent un service modifiant l'ordre du classement ou déréférençant un site Internet spécifique à la suite d'un signalement tiers, le partenaire contractuel doit pouvoir consulter le contenu de cette notification.

Il existe cependant deux exceptions à cette obligation de motiver toute restriction, suspension et résiliation contractuelle. Autrement dit, la plateforme d'intermédiation va pouvoir s'en exonérer, soit lorsqu'une obligation légale ou réglementaire le prévoit, soit lorsque le partenaire contractuel a, de manière répétée, enfreint les conditions générales de la plateforme entraînant la résiliation de la fourniture de la totalité de ses services.

- 20. L'obligation de mettre en place un système de règlement des litiges.** Dans la mesure où les contentieux sont peu nombreux entre la plateforme et ses partenaires contractuels, ces derniers étant dissuadés d'agir à cause du coût trop élevé de la procédure et des risques de rétorsions par la plateforme, l'article 11 du « *règlement PtoB* » oblige les plateformes

---

<sup>53</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019, art. 15, §. 2.



d'intermédiation à mettre en place un système de traitement interne des plaintes dans le cas où un litige naitrait avec l'un de ses partenaires contractuels, tout en promouvant le recours à la médiation en cas d'échec. À noter que ce système se doit d'être gratuit, rapide et facilement accessible. En revanche, si la plateforme doit pouvoir agir contre la mauvaise foi des plaignants, rien n'indique qu'elle doit elle-même traiter le différend de bonne foi.

**21. Transition.** Toutes ces obligations, qui pour la plupart existaient déjà dans le rapport entre la plateforme et les consommateurs, n'étaient pas imposées aux plateformes d'intermédiation à l'égard de leurs partenaires professionnels avant l'entrée en vigueur du règlement 2019/1150. Leur mise en place témoigne ainsi d'une prise en compte d'un déséquilibre existant dans ce rapport au même titre que celui identifié dans la relation entre la plateforme et les consommateurs. Le processus de responsabilisation qui en résulte fait donc suite à celui existant dans le rapport PtoC, et plus encore puisqu'il semble, pour une grande partie, calqué sur celui-ci.

## **Section 2 : Une responsabilisation palliant un déséquilibre manifeste**

**22. Plan.** Si la responsabilisation de la plateforme d'intermédiation par la transparence et l'équité a été pensé pour palier un déséquilibre manifeste s'établissant entre la plateforme d'intermédiation et son partenaire contractuel (§1), il est cependant possible de se questionner quant à son efficacité (§2).

### **§1. L'alignement au rapport PtoB de certaines règles existantes**

**23. L'objectif de protection de la partie faible.** En règle générale, il est rare de voir une relation entre professionnels autant encadrée. Plus étonnant encore, le fait que cet encadrement se matérialise essentiellement par un devoir informatif. En principe, les professionnels, présumés compétents et avisés, ne nécessitent, de ce fait, pas de protection particulière venant des acteurs institutionnels. En façade, il n'y aurait ni partie faible, ni

partie forte, mais simplement deux parties, le partenaire contractuel et la plateforme, opérants à armes égales, au contraire du rapport par principe déséquilibré entretenu par cette dernière avec les consommateurs.

Mais la réalité est toute autre. Bien qu'il s'agisse d'une relation réunissant des professionnels entre eux, il peut tout à fait exister un déséquilibre manifeste entre notamment les très grandes plateformes et certains de leurs partenaires contractuels, particulièrement les petites ou moyennes entreprises (PME). Ces dernières, attirées par l'espoir d'une exposition sans égale sur le marché permise par la plateforme d'intermédiation, peuvent en contrepartie payer le prix d'une dépendance totale vis-à-vis d'elle. Par ailleurs, ce n'est généralement pas de bon cœur mais une nécessité pour elles, à partir du moment où il existe beaucoup moins de plateformes qu'il n'existe de partenaires potentiels. Les places sont chères et demandent des sacrifices.

L'obligation de transparence incombant aux plateformes a donc pour objectif ici l'information de leurs partenaires contractuels sur l'enjeu du contrat qu'ils sont sur le point de conclure, ou bien, sur la tournure qu'est en train de prendre celui qu'ils ont déjà conclu. Les partenaires contractuels doivent notamment être en mesure de comprendre les rouages, les classements de la plateforme afin de pouvoir adapter leurs pratiques en conséquence. Plus globalement, l'idée est d'instaurer un climat de confiance entre les partenaires contractuels et la plateforme d'intermédiation sachant que la relation commerciale est généralement unilatéralement négociée par la seconde. Les règles instaurées visent ainsi à prévenir les abus de la plateforme qui pourrait être tentée d'agir arbitrairement. Par extension, si cette obligation est respectée et la confiance établie entre les acteurs, la concurrence s'en retrouvera stimulée.

Avant 2019, cette obligation de transparence n'existait pas dans le rapport qu'entretenait la plateforme avec ses utilisateurs professionnels, que ce soit en droit interne ou en droit européen. Cependant, l'article L. 111-7 du Code de la consommation issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (LRN), prévoyait déjà que, vis-à-vis des consommateurs, les plateformes devaient respecter un devoir de loyauté. Finalement, les dispositions du « règlement *PtoB* » ressemblent à bien des égards à celles de la loi LRN et semblent largement s'en inspirer.

**24. L'alignement à certaines règles existantes en la matière.** *« Sans aller jusqu'à instaurer un régime de clauses abusives ou un mécanisme de transparence à l'image des*

*relations entre professionnels et consommateurs* »<sup>54</sup>, l'adoption du « règlement PtoB » constitue en quelque sorte l'alignement à l'échelle européenne et au rapport PtoB du devoir de loyauté interne et purement consumériste. Ce règlement, qui a vocation à s'appliquer entre l'utilisateur professionnel et la plateforme d'intermédiation, met à la charge de la plateforme, dans sa relation avec celui-ci, les grandes obligations du droit de la consommation relatives à la transparence et à l'équité.

Également, la règle de l'article 9 est importante dans le sens où elle permet aux partenaires contractuels de la plateforme, c'est-à-dire à des personnes morales, de bénéficier d'une protection relative à leurs données, quand bien même ils ne peuvent se prévaloir du RGPD<sup>55</sup>. Effectivement, ce texte s'appliquant exclusivement aux données à caractère personnel des personnes physiques, il n'a aucunement vocation à s'appliquer à l'égard du partenaire contractuel, personne morale.

**25. Transition.** Si la création de ces nouvelles obligations est notable et traduit un processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation, il est possible de se questionner quant à l'ambition réelle du « règlement *Platform to Business* ».

## §2. Une responsabilisation insuffisante ?

**26. De très nombreuses obligations mais une responsabilisation finalement peu ambitieuse ?** « Avec ce nouveau règlement, une pierre supplémentaire est ajoutée dans la construction d'un régime européen des rapports contractuels entre professionnels »<sup>56</sup>. Le choix même du règlement comme outil de responsabilisation des plateformes n'est pas anodin et constitue une avancée dans ce processus par rapport à ce qui a pu être instauré précédemment<sup>57</sup>. Dès lors, son application se doit d'être uniforme au sein de l'Union

---

<sup>54</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, *Droit européen des contrats - Chronique de droit européen des contrats (1er janv. 2019 – 31 déc. 2019)*, Contrats, conc. Consom, juil. 2020, chron. 1.

<sup>55</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>56</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, *Droit européen des contrats - Chronique de droit européen des contrats (1er janv. 2019 – 31 déc. 2019)*, Contrats, conc. Consom, juil. 2020, chron. 1.

<sup>57</sup> En effet, l'adoption du « règlement PtoB » s'inscrit dans la lignée de la directive 2019/633/UE du 17 avril 2019 « sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne

européenne, ce qui n'est pas négligeable au regard de la largeur de son champ d'application, et notamment son champ d'application spatial. Effectivement, il suffit pour que le règlement s'applique que le partenaire soit établi dans l'Union européenne et qu'il propose des biens ou des services aux consommateurs communautaires, peu importe qu'il y réside ou qu'il possède la nationalité d'un État membre. Quant aux plateformes, il n'est pas nécessaire qu'elles soient ou non établies dans l'Union, de sorte que les plus puissantes d'entre elles ne sont pas épargnées. Par ailleurs, les obligations instaurées par ce règlement viennent compléter, et non évincer, les normes internes à partir du moment où elles n'entrent pas en conflit. Finalement, au travers de ce règlement, l'objectif semble donc rempli, à savoir « discipliner, sans les contrarier, les relations entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et les entreprises qui font appel à leur concours »<sup>58</sup>.

Pour autant, malgré cette responsabilisation par la transparence et l'équité, le « règlement PtoB » ne semble poursuivre qu'une « ambition régulatrice assez réduite »<sup>59</sup>. Est notamment pointé du doigt une certaine frilosité du texte, centré uniquement sur la transparence et ne permettant pas d'encadrer les pratiques des plateformes portant atteinte à la concurrence. Également, outre la notification prévue, un contrôle de la mesure entraînant une restriction, une suspension ou une résiliation contractuelle aurait été opportun. Encore, il pourrait s'avérer judicieux de renforcer cette transparence des plateformes en leur imposant une obligation d'information quant au fonctionnement de leurs algorithmes. Sachant que la collecte et le traitement des données de leurs partenaires est un des points centraux du modèle économique de ces plateformes, cette information serait peut-être souhaitable. Un équilibre serait cependant à trouver entre transparence et secret des affaires. Pour finir, Mme Marie MALAURIE-VIGNAL regrette pour sa part que le règlement « au nom d'une prétendue co-régulation, ait accepté de déléguer aux entreprises du numérique le soin d'organiser elles-mêmes, le règlement des plaintes, sans un encadrement plus strict »<sup>60</sup>.

Voilà pourquoi certains auteurs craignent une insuffisance du « règlement Platform to Business » pour réguler le marché du numérique. D'autant qu'il existe un risque que les

---

*d'approvisionnement agricole et alimentaire* » posant les bases de pratiques contractuelles loyales entre professionnels, mais favorisant le risque de fragmentation du marché numérique.

<sup>58</sup> G. LOISEAU, *Le règlement Platform to Business*, Comm. com. électr, juil. 2020, n° 7-8.

<sup>59</sup> F. BUY, M. LAMOUREUX, J-C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 192, §. 240.

<sup>60</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *La Cour suprême mondiale de Facebook : co-régulation ou défaite des États ?* : Contrats, conc. Consom, oct. 2020, n° 10.

plateformes ne respectent pas ledit règlement, au même titre qu'il a été révélé par la DGCCRF que la majorité d'entre elles ne respectaient pas la réglementation relative à la transparence à l'égard des consommateurs<sup>61</sup>.

**27. Quels horizons pour les prochaines années ?** Si les craintes des plateformes d'intermédiation vont croissantes, c'est que les acteurs institutionnels ne comptent pas s'arrêter en si bon chemin vis-à-vis du processus de leur responsabilisation. Loin de là.

Plusieurs idées sont en cours de discussion comme réviser ou plutôt renforcer le « *règlement PtoB* » par d'autres obligations à la charge des plateformes, permettre à des régulateurs de récolter davantage d'informations sur les plateformes afin de mieux les cerner, ou encore, mettre en place un nouvel outil préventif mais cette fois-ci plus contraignant.

La mise en place d'un autre dispositif de concurrence<sup>62</sup> est aussi en cours de réflexion pour encadrer la plateforme du simple fait qu'elle se trouve en position de dominance, c'est-à-dire sans même qu'un abus de sa part ne soit suspecté. Un tel outil serait cependant à mettre en confrontation avec la liberté d'entreprendre et le droit de propriété qu'il risquerait de violer<sup>63</sup>.

Et puis, le paysage actuel ne va pas en faveur d'une déresponsabilisation des plateformes d'intermédiation. Chez nos voisins britanniques, un outil de régulation préventif existe déjà avec le *Market investigation references*. Quant à nos compères outre-Atlantique des Etats-Unis d'Amérique, cela va encore plus loin, puisque la possibilité de sanctionner les plateformes par leur démantèlement ou en leur interdisant d'exercer sur un marché déterminé est envisagé. À noter cependant que cette possibilité est jusqu'à présent écartée par les instances européennes.

**28. Conclusion du Chapitre 1.** En conclusion, le « *règlement PtoB* » s'inscrit dans le processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation en étendant une partie des dispositions protectrices des consommateurs au rapport que les plateformes entretiennent avec leurs partenaires contractuels professionnels. Si l'initiative est en grande partie

---

<sup>61</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE*, mai 2020, p. 73.

<sup>62</sup> Voir *infra*, §.112, p.86.

<sup>63</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, 5 août 2015.

félicitée, certains auteurs, cependant, persistent à penser que les institutions européennes auraient dû aller plus loin.

- 29. Transition.** Quoiqu'il advienne, au surplus de ces nouvelles obligations, le droit de la concurrence s'est révélé être un outil particulièrement complémentaire dans ce processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation à l'égard de leurs partenaires contractuels.

## Chapitre 2 : La mobilisation du droit de la concurrence

**30. Plan.** Au dispositif *ex ante* (préventif) de responsabilisation des plateformes d'intermédiation s'ajoute un dispositif *ex post* (curatif) permis par la mobilisation du droit de la concurrence. Effectivement, le « règlement PtoB » n'exclut en aucun cas l'application des dispositions du droit interne dès lors que celles-ci n'entrent pas en conflit avec lui. Plus encore, il a appelé, pour sa bonne mise en œuvre, une réforme du droit de la concurrence, qui s'est révélé « particulièrement efficace pour traiter les problématiques d'une économie marquée par une très forte innovation »<sup>64</sup>, que ce soit au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence (Section 1) ou du droit des pratiques anticoncurrentielles (Section 2).

### Section 1 : La mobilisation du droit des pratiques restrictives de concurrence

**31. Le droit des pratiques restrictives de concurrence (PRC).** Le droit des pratiques restrictives de concurrence constitue un des pans du droit de la concurrence. Aussi surnommé « *petit droit de la concurrence* », il s'attarde sur les pratiques contractuelles entre professionnels. Il est prévu par l'article L. 442-1 du Code de commerce (anciennement l'article L. 442-6 du Code de commerce).

Les pratiques restrictives de concurrence sont des comportements émanant de professionnels, présumés restreindre la concurrence et qui, par conséquent, sont condamnables *per se*, c'est-à-dire indépendamment de tout impact à l'égard du marché. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, dispositif exclusivement interne, se distingue en cela du droit des pratiques anticoncurrentielles, aussi appelé « *grand droit de la concurrence* », condamnant uniquement les pratiques entre professionnels ayant pour objet ou pour effet d'affecter le jeu de la concurrence.

---

<sup>64</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique, communiqué de presse, 19 févr. 2020.*

**32. La réorganisation d'un droit devenu indigeste.** Le droit des pratiques restrictives de concurrence a largement été réorganisé à la suite d'une ordonnance du 24 avril 2019<sup>65</sup> et de la « loi DDADUE » du 3 décembre 2020<sup>66</sup>. Si l'ordonnance précitée avait comme principal objectif de rendre davantage lisible et efficace un droit devenu indigeste au fur et à mesure des nombreuses réformes qu'il a subi, la « loi DDADUE » est quant à elle venue apporter de nouveaux ajouts faisant suite à l'adoption du « règlement PtoB ». C'est pourquoi, la Directrice générale de la Direction générale concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), Mme Virginie BEAUMEUNIER exposait que l'objectif de la réforme était « *d'avoir un droit beaucoup plus lisible et intelligible pour les entreprises - ce qui nous a par exemple conduit à revoir le texte de l'article L. 442-6 du code de commerce* »<sup>67</sup>.

Ainsi, le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce ne liste désormais plus que trois pratiques restrictives de concurrence<sup>68</sup>, à savoir l'obtention d'un avantage injustifié ou disproportionné, le déséquilibre significatif et la rupture brutale des relations commerciales. Malgré cet amincissement notable du nombre des pratiques listées, celles-ci concentreraient finalement « *l'essentiel du contentieux en la matière* »<sup>69</sup> et tiendraient de ce fait mieux compte de la réalité des affaires.

De surcroît, le champ d'application de l'article a quant à lui été élargi. Effectivement, la victime de la pratique n'est plus désignée comme « *le partenaire commercial* » mais comme « *l'autre partie* ». Ce nouveau terme permet ainsi de ne plus s'attarder sur la durée de la relation entre les acteurs. En effet, si la notion de « *partenaire commercial* » sous-entendait un certain suivi dans la relation, désormais, celle « *d'autre partie* » permet l'application du

---

<sup>65</sup> Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

<sup>66</sup> LOI n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

<sup>67</sup> V. BEAUMEUNIER, *Réforme du titre IV du livre IV du code de commerce : le regard de la DGCCRF*, RLC, N° 86, 1<sup>er</sup> sept. 2019.

<sup>68</sup> Et non plus 13 pratiques comme il était prévu avant l'ordonnance de 2019 par l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce.

<sup>69</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.



texte à toute situation contractuelle y compris donc aux contrats ponctuels comme ceux pouvant être conclus entre la plateforme d'intermédiation et son partenaire contractuel.

- 33. Plan.** Le droit des pratiques restrictives de concurrence a de plus en plus été mobilisé à l'encontre des plateformes d'intermédiation. Effectivement, ce droit intervient notamment lorsque les géants du numérique deviennent des partenaires incontournables des petits fournisseurs professionnels. Dans cette situation, les rapports contractuels deviennent déséquilibrés entre ces acteurs, de sorte qu'il existe un risque que la plateforme en abuse. C'est pourquoi le droit des pratiques restrictives de concurrence a été mobilisé pour offrir une protection en amont (§1) et en aval (§2) au partenaire contractuel.

## **§1. Une responsabilisation en amont eu égard à leurs conditions générales**

- 34. Plan.** Les conditions générales constituent l'outil contractuel principal de la plateforme à l'égard de ses partenaires commerciaux. Il n'est donc pas étonnant que les institutions aient voulu les encadrer. Cet encadrement se traduit par l'appréciation des clauses les composants et la sanction de celles créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (A). La mobilisation du déséquilibre significatif pour responsabiliser les plateformes d'intermédiation fut notamment remarquée dans le célèbre « *judgement Amazon* » (B).

### A. Le déséquilibre significatif dans les relations avec les partenaires contractuels

- 35. Le déséquilibre significatif.** Si les dispositions permettant de condamner la stipulation de clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties sont originellement sollicitées dans le secteur de la grande distribution, elles le sont de plus en plus pour sanctionner les plateformes d'intermédiation au regard de leurs conditions générales.

Le déséquilibre significatif, penchant dans les relations commerciales du droit des clauses abusives dans les contrats de consommation et les contrats de droit commun, est défini par l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce comme, « *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, de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».*

Plusieurs éléments ressortent de ce texte. Premièrement, il a vocation à s'appliquer aux plateformes d'intermédiation dans la mesure où ces dernières exercent, soit des activités de services d'intermédiation, soit des activités de distribution quand il s'agit de plateformes-distributeurs. Deuxièmement, les pratiques sont appréciées quel que soit le moment de la relation commerciale, c'est-à-dire de la négociation à l'exécution du contrat. Enfin, concernant les éléments constitutifs de la pratique, doivent donc, a priori<sup>70</sup>, être caractérisés cumulativement deux éléments, à savoir une soumission ou une tentative de soumission, ainsi que l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que la jurisprudence a considéré que cet article avait le caractère de loi de police dans la mesure où « *il 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* »<sup>71</sup>. La portée de cet article est donc importante puisque son application peut être exigée chaque fois que l'on se trouve dans son champ d'application.

**36. La cohabitation entre le « règlement PtoB » et le droit des PRC.** Attention, ces dispositions sont à mettre en balance avec celles du « règlement PtoB ». Autrement dit, les mécanismes qui sanctionnent les pratiques restrictives de concurrence ne pourront s'appliquer qu'en cas de silence du règlement ou de complémentarité avec lui.

Par exemple, concernant la clause des conditions générales de la plateforme d'intermédiation définissant les motifs de suspension, de résiliation ou de restriction en matière de fourniture du service d'intermédiation, le « règlement PtoB », comme précédemment exposé, exige de la plateforme qu'elle motive dans ses conditions générales toute restriction, suspension ou résiliation contractuelle<sup>72</sup>. Mais, il n'exige pas de la clause

---

<sup>70</sup> Le tribunal de commerce de Paris, dans le « *jugement Amazon* », ajoute une troisième condition, à savoir l'analyse du déséquilibre global du contrat. Voir *infra* §.43, p.39.

<sup>71</sup> COUR DE CASSATION, civile, Chambre commerciale, 8 juillet 2020, 17-31.536, Publié au bulletin, *FS-P+B*.

<sup>72</sup> Voir *supra* §. 19, p.23.

qu'elle soit équilibrée. Dans ce cas de figure, le droit interne et notamment l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce s'applique par principe, sauf dans l'hypothèse où le déséquilibre de la clause résulte d'un défaut de clarté ou d'accessibilité auquel cas, la sanction qui est encourue est celle prévue par le règlement, à savoir la nullité. De même en ce qui concerne le préavis pour lequel le règlement prévoit plusieurs dispositions.

**37. La DGCCRF et le ministre de l'Économie et des Finances, garants du respect au droit des PRC.** La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a pour mission de garantir l'équilibre dans les relations commerciales entre opérateurs économiques. À ce titre, elle dispose d'un pouvoir de contrôle et en particulier d'un pouvoir d'enquête. Elle a notamment mené une enquête, en 2015 et 2016, relative aux « *pratiques commerciales des « places de marché » vis-à-vis des professionnels mettant à la vente des produits sur leur plateforme* »<sup>73</sup>. Celle-ci avait pour but de passer au crible certaines pratiques des plus grandes plateformes du marché français, parmi lesquelles Cdiscount, Fnac.com, eBay, Rue du commerce ou encore Amazon. C'est d'ailleurs à propos de cette dernière que les pratiques les plus graves ont été référencées.

Pour donner suite à cette enquête, M. Bruno LE MAIRE, ministre de l'Économie et des Finances, décida d'assigner plusieurs sociétés d'Amazon devant le Tribunal de commerce de Paris. En effet, le ministre de l'Économie et des Finances, pour faire suite aux enquêtes menées par la DGCCRF et en tant que garant de l'ordre public économique, a la possibilité d'assigner les plateformes devant le Tribunal de commerce dans l'espoir qu'elles soient sanctionnées. L'action du ministre vient ici pallier les difficultés que peuvent rencontrer les partenaires contractuels au moment de se retourner contre son cocontractant, ici, la plateforme. Effectivement, beaucoup d'entre eux n'agissent pas que ce soit pour des raisons pécuniaires ou simplement par peur de subir un retour de bâton de la part de la plateforme.

Cette assignation aboutit finalement, le 2 septembre 2019, au rendu par le Tribunal de commerce de Paris, d'un jugement pionnier en matière de responsabilisation des plateformes d'intermédiation, à savoir « *le jugement Amazon* »<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> DGCCRF, *Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF*, communiqué de presse, 18 déc. 2017.

<sup>74</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*.

**38. Transition.** S'il est possible aujourd'hui d'affirmer que le droit du déséquilibre significatif participe au processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation, c'est notamment pour sa mise en œuvre dans le célèbre « *jugement Amazon* », pionner sur de nombreux points en la matière.

B. Une mobilisation remarquée dans le « *jugement Amazon* »

**39. Plan.** Le « *jugement Amazon* », comme son nom l'indique, constitue le point d'orgue d'une action introduite par le ministre de l'Économie et des Finances contre trois sociétés du groupe Amazon. Outre les questions relatives à l'applicabilité du droit interne<sup>75</sup> et de la qualité de partenaire commercial<sup>76</sup>, ce qui est intéressant ici, ce sont précisément les pratiques visées par ladite action et la méthode qui est utilisée pour les isoler. Une méthode en deux étapes avec premièrement, la caractérisation des différents éléments caractéristiques du déséquilibre significatif (1) et secondement, une mise en perspective des clauses avec l'étude globale du contrat (2). Enfin, cette affaire est présentée comme un tournant dans le processus de responsabilisation des plateformes dès lors qu'Amazon a été condamnée à une amende record (3).

1. La caractérisation des différentes conditions

**40. La soumission ou la tentative de soumission du partenaire contractuel.** La première étape opérée par le Tribunal revient à caractériser les différents éléments caractéristiques du déséquilibre significatif et cela commence, en premier lieu, par la caractérisation d'une

---

<sup>75</sup> Amazon prétendait que le droit français n'était pas applicable en l'espèce, avec notamment la présence d'une clause attributive de juridiction dans les contrats conclus avec ses partenaires contractuels. Prétentions rejetées par le jugement qui confirme l'applicabilité de la loi française.

<sup>76</sup> Deux des sociétés d'Amazon en question prétendaient devoir être mises hors de cause. L'une, Amazon Payment Europe (APE) obtient gain de cause au motif que la loi spéciale déroge à la loi générale (*specialia generalibus derogant*) et qu'ainsi, l'application de l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier prévaut sur celle de l'article L. 442-6 du Code de commerce. L'autre, Amazon France Service (AFS), voit ses prétentions rejetées et le droit des pratiques restrictives de concurrence lui être appliqué, au motif que c'est un véritable partenaire commercial des vendeurs tiers, bien que n'étant pas lié avec ces derniers contractuellement.

soumission ou d'une tentative de soumission par la plateforme de son partenaire contractuel. L'article L. 442-1, I 2° vise par cette occurrence un élément comportemental. Sur ce point, le Tribunal ajoute que « *la soumission est révélée notamment par l'existence d'un rapport de force économiquement déséquilibré entre les parties ; que la jurisprudence se fonde pour l'établir sur un faisceau d'indices : rôle incontournable de l'une des deux parties, puissance de négociation de la société qui occupe une position de leader sur le secteur économique concerné par sa taille et sa notoriété, intermédiaire incontournable sur le marché pertinent, absence de marge réelle de négociation des cocontractants, clause dénoncée se retrouvant dans tous les contrats, clause générale et imprécise dans tous les contrats...* »<sup>77</sup>. À noter toutefois que cette liste ne semble pas exhaustive, de sorte que le critère de la soumission pourrait être révélé par d'autres indices.

En l'espèce, pas de difficultés particulières a priori. Le rapport de puissance est dans l'absolu totalement déséquilibré entre les acteurs dans la mesure où il confronte « *le plus grand vendeur en ligne B to C de produits marchands finis et disposant de la plus grande place de marché à tout point de vue* »<sup>78</sup>, et ses partenaires contractuels, pour la plupart de petite taille et disposant forcément de moyens bien moindres.

De surcroît, à ce déséquilibre structurel s'ajoute un déséquilibre contractuel, le contrat les liant n'étant bien souvent pas négocié, voire tout simplement pas négociable<sup>79</sup>.

Enfin, le Tribunal conclut au « *caractère en pratique relativement incontournable pour les petits vendeurs tiers* » de recourir à la plateforme. Bien qu'il soit vrai, comme l'argue Amazon, que [sur le papier] le partenaire peut disposer de son propre site de vente en ligne et que rien ne l'empêche de résilier son contrat avec la plateforme d'intermédiation afin de s'orienter vers une autre, la réalité se révèle bien souvent différente. Le site du partenaire ne pourra constituer une alternative sérieuse à celui de la plateforme (notamment dans son rendement, sa performance, son efficacité, la diversité des offres), de même qu'une place de marché concurrente ne pourra rivaliser avec une telle « *superstar d'internet* »<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*, IV Sur la soumission ou la tentative de soumission par ASE et APE des vendeurs tiers, p. 17.

<sup>78</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*, 2) *La puissance d'ASE dans l'absolu et relative aux vendeurs tiers et aux autres places de marché*, p. 18.

<sup>79</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*, 1) *L'absence de négociation*, p. 18.

<sup>80</sup> Terme ressortant d'un article Le Monde du 15 juin 2019 du vice-président de l'Autorité de la concurrence, E. COMBE et cité dans le jugement TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n°

En conséquence, le jugement conclue à la caractérisation de cette condition de soumission.

Pour autant, si l'on se fait le promoteur de la foi ou l'avocat du diable, le jugement sur ce point peut paraître sévère à l'égard des plateformes, ou du moins contraire à la tendance jurisprudentielle qui se dessinait. Effectivement, dans un arrêt *Système U* du 16 mai 2018<sup>81</sup>, la Cour d'appel de Paris exigeait, pour que la soumission soit caractérisée, que l'absence de négociabilité des clauses soit accompagnée de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation de celles-ci. Or, dans le « *jugement Amazon* », il n'est jamais démontré quelconques menaces ou mesures de rétorsions de la part d'Amazon à l'égard de son partenaire contractuel.

**41. Les clauses de la plateforme traduisant un déséquilibre significatif.** Par le terme « *obligations* » l'article L. 442-1, I 2° du Code de commerce vise les clauses dans le contrat liant le partenaire à la plateforme qui vont être à l'origine du déséquilibre. Cette condition pose finalement une limite au principe de la libre négociabilité entre les parties. Le constat du Tribunal est le suivant ; s'il admet que le contrat d'adhésion, et partant, la non-négociabilité du contrat par l'une des parties, sont inhérents au fonctionnement d'une place de marché<sup>82</sup>, le principe de la libre-négociabilité ne doit cependant pas être absolu. À défaut de listes « *noire* » et « *grise* » pouvant exister en droit de la consommation<sup>83</sup>, il lui appartient donc d'apprécier « *in concreto* » si certaines clauses ne traduisent pas un tel déséquilibre.

À ce titre, selon le Tribunal, le déséquilibre significatif « *peut résulter de l'absence de réciprocité, de la disproportion entre les obligations des parties, du caractère potestatif d'une clause [...], de l'absence d'intérêt de la clause pour le vendeur tiers et d'obligations injustifiées à la charge de ces derniers* »<sup>84</sup>. Aussi, sur les onze clauses soumises par le

---

2017/050625, *Amazon*, 3) *Le caractère en pratique relativement incontournable pour les petits vendeurs tiers*, p. 19, pour désigner « *les acteurs du marché qui captent l'essentiel de la valeur et des marges* ».

<sup>81</sup> COUR D'APPEL DE PARIS, 4<sup>ème</sup> chambre, 16 mai 2018, n° 17/11187, *Système U*.

<sup>82</sup> Il est concrètement impossible pour la plateforme d'intermédiation de négocier avec tous les vendeurs tiers (Cent soixante-dix mille dans le cas d'Amazon).

<sup>83</sup> Listes de clauses présumées, irréfragablement ou de manière simple, abusives. Voir en ce sens les arts R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation.

<sup>84</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*, V- *Sur le caractère significativement déséquilibré d'un certain nombre de clauses du contrat et de pratiques*, p. 21.

ministre de l'Économie et des Finances, sept sont effectivement jugées comme créant un déséquilibre par le Tribunal.

Certaines clauses ne semblent pas susciter de débat particulier dans le sens où elles caractérisent une application classique du déséquilibre significatif. C'est le cas notamment des clauses par lesquelles Amazon se réserve la possibilité de modifier unilatéralement, discrétionnairement et sans en informer son partenaire, ses conditions générales ou de suspendre et/ou résilier unilatéralement ses relations commerciales avec ce dernier. Si Amazon alléguait pour sa part qu'une telle clause est indispensable au bon fonctionnement d'une *marketplace* et de son système automatisé, qu'elle est courante au sein du marché et qu'il est toujours possible pour les partenaires contractuels de résilier le contrat à tout moment, la clause semble logiquement jugée comme créant un déséquilibre significatif par le Tribunal, dans le sens où elle favorise l'arbitraire<sup>85</sup> et aboutit à la situation absurde d'un partenaire devant regarder tous les jours les conditions générales de la plateforme afin de vérifier si une modification y a été apportée.

D'autres clauses cependant peuvent être sujettes à discussion. C'est le cas de la clause de parité, déclarée significativement déséquilibrée pour cause d'ambiguïté et non réellement pour déséquilibre significatif. Dans une moindre mesure, il en est de même concernant la clause relative aux indices de performances du partenaire. Si cette clause est par principe totalement légitime, elle est cependant déclarée significativement déséquilibrée par le Tribunal pour imprécision dans l'établissement des critères pris en compte (périmètre des critères, conséquences de leur non-respect, indépendance du comportement du vendeur et évolution discrétionnaire des critères). Pour M. Nicolas MATHEY, le Tribunal ne justifie pas de l'existence d'un déséquilibre sur le fond mais se contente de contester l'aspect formel de la clause. Selon ses dires, cette prise de position du Tribunal risque de conduire « à la mise en place d'une police de la rédaction des contrats, qui n'est pas sans danger et dont nous n'avons pas besoin en droit des affaires »<sup>86</sup>.

**42. Transition.** À la lumière de l'article L. 442-6, I, 2°, la caractérisation de ces deux éléments caractéristiques aurait pu suffire à condamner les sociétés Amazon. Cependant, le

---

<sup>85</sup> Par exemple, selon le témoignage d'un des partenaires d'Amazon, en 2012, l'une des sociétés avait notamment doublé le taux de sa commission de manière totalement discrétionnaire. Ou encore, un autre s'est plaint d'un délai de réclamation pour la garantie de A à Z passant brutalement de 7 à 3 jours.

<sup>86</sup> N. MATHEY, *Le déséquilibre significatif dans les relations de plateforme*, Contrats, conc. Consom, nov. 2019, n° 11.

Tribunal de Paris n'arrête pas là son analyse et semble associer une troisième condition à la caractérisation du déséquilibre significatif.

2. La mise en perspective des clauses litigieuses avec l'étude globale du contrat

**43. Un troisième élément caractéristique du déséquilibre significatif.** Si, à première vue, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne distingue que deux conditions caractéristiques du déséquilibre significatif, le Tribunal de commerce de Paris, pour sa part, semble en dégager une troisième, à savoir la mise en perspective des clauses litigieuses avec l'analyse globale du contrat.

L'idée cette fois-ci est d'apprécier si d'autres clauses du contrat permettent de contrebalancer le déséquilibre occasionné par les clauses litigieuses et ainsi de revenir à une situation d'équilibre entre les droits et obligations des parties. Autrement dit, la soumission ou tentative de soumission d'une plateforme de son partenaire contractuel, additionnée à l'existence de clauses traduisant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ne sauraient en tant que tel être sanctionnés si la relation contractuelle dans sa globalité n'est pas déséquilibrée.

Sur ce point, Amazon prétend d'ailleurs que le déséquilibre significatif ne peut être caractérisé puisqu'elle ne retire aucun bénéfice direct des clauses, le profit s'établissant uniquement à l'égard des consommateurs recevant des services de plus haute qualité. Au surplus, les partenaires contractuels profitent de nombreux avantages permis par la plateforme et de la notoriété qui l'accompagne. Mais, bien que ce dernier argument soit indéniable, cela n'est manifestement pas suffisant alors que ces avantages ont pour contrepartie des commissions élevées. De même, selon le Tribunal, les avantages rétrocédés aux consommateurs sont inopérants puisqu'il « *est tout à fait possible [pour la plateforme] de fournir la même qualité de service aux consommateurs sans pour autant commettre lesdites infractions* ». Enfin, Amazon, contrairement à ce qu'elle allègue, tirerait bien un profit du déséquilibre de ses clauses, à savoir la fidélisation de ses clients.

**44. Une nouvelle condition bénéficiant aux plateformes.** Si en l'espèce, l'analyse global du contrat ne permet pas à Amazon de s'exonérer de sa responsabilité, il est possible qu'à l'avenir d'autres plateformes d'intermédiation puissent bénéficier de cet ajout de la part du Tribunal de commerce de Paris. Cette mise en perspective des clauses litigieuses avec



l'équilibre global du contrat s'analyse en quelque sorte en une « séance de rattrapage » pour la plateforme qui dispose d'un nouveau moyen de défense, et pas des moindres, face aux accusations du Ministre demandeur. Mais l'examen de rattrapage s'annonce corsé puisqu'encore faut-il, comme le souligne Mme Sibylle CHAUDOUET, « *que les contreparties ou justifications apportées soient non seulement en corrélation avec le déséquilibre qu'elles ont pour objet de compenser, ce qui n'est pas le cas des avantages dont bénéficient les consommateurs, mais encore suffisantes et effectives, c'est-à-dire non illusoire, comme la faculté accordée en l'espèce aux vendeurs tiers de résilier le contrat qui recèle [...] une « symétrie purement optique et formelle » et n'a donc nullement vocation à compenser les autres clauses déséquilibrées* »<sup>87</sup>.

**45. Transition.** Quoiqu'il en soit, la responsabilisation des plateformes d'intermédiation par la mobilisation du déséquilibre significatif a ainsi été consacré par le « *jugement Amazon* ». Une responsabilisation au surplus remarquée au regard de la sanction record prononcée à cette occasion.

### 3. Le prononcé d'une amende record

**46. Une amende record mais anodine à l'échelle d'un géant du numérique.** Considérant que sept des onze clauses, contenues dans les contrats conclus avec ses partenaires contractuels et soumises au jugement, étaient *manifestement déséquilibrées sans qu'un quelconque rééquilibrage du contrat ne soit opéré*<sup>88</sup>, les sociétés Amazon Services Europe et Amazon France Services, en plus de se voir, sous astreinte<sup>89</sup>, ordonner l'obligation de modifier ou supprimer lesdites clauses dans tout le contrat, ont été condamnées *in solidum*, sur le fondement du droit du déséquilibre significatif, au paiement d'une amende civile de quatre millions d'euros. Cette amende prononcée par le Tribunal de commerce de Paris constitue, à ce jour, la plus lourde ayant jamais été prononcée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, aujourd'hui l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

---

<sup>87</sup> S. CHAUDOUET, *Au tour d'Amazon de passer sous les fourches caudines du déséquilibre significatif*, Lettre distrib. sept. 2019.

<sup>88</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon, Par ces motifs*, p. 46.

<sup>89</sup> 10 000 euros par jours de retard.

Cela étant, bien qu'étant conséquente, cette sanction se révèle bien en dessous des prétentions formulées par le ministre de l'Économie et des Finances qui entendait voir prononcer contre ces sociétés, outre l'obligation de mettre fin aux pratiques litigieuses sous astreinte de trente mille euros par jour de retard, celle de payer *in solidum* une amende civile d'un montant environ équivalent à neuf millions d'euros. Effectivement, le Code de commerce permettait (et permet toujours) que l'amende, dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros, pouvait toutefois être portée « à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques [...] »<sup>90</sup>. En l'espèce donc, le ministre de l'Économie et des Finances sollicitait la condamnation de la plateforme à une amende équivalent à 1.78 % des cinq cent trente-quatre millions d'euros de commissions versées par les vendeurs tiers en France, c'est-à-dire plus de neuf millions d'euros.

Ainsi, la note se révèle finalement beaucoup moins salée qu'espérée par les uns et craint par les autres. Mais pourquoi une telle « magnanimité » de la part du Tribunal ? Plusieurs explications sont avancées par les juges du fond parmi lesquelles, l'incapacité pour le ministère de la justice de quantifier les avantages tirés par Amazon des déséquilibres relevés, la qualité de pionner d'Amazon en tant que place de marché en ligne et les bénéfices apportés tant aux professionnels qu'aux consommateurs. Autre élément intéressant, les juges du fond semblent prendre en compte la bonne foi de la plateforme depuis l'ouverture de l'enquête, qui a notamment clarifié plusieurs de ses clauses et n'a pas, de manière intentionnelle, usé de celles-ci pour pénaliser ses partenaires contractuels.

Néanmoins, plusieurs auteurs, dont Mme Julie GAYRARD, se demandent si cette amende de quatre millions d'euros, bien qu'inédite, ne représenterait finalement pas qu'une simple « goutte d'eau dans l'océan ? »<sup>91</sup>. Le chiffre d'affaires d'une très grande plateforme d'intermédiation comme Amazon étant tellement plus élevé, il est douteux qu'une amende de la sorte puisse à l'avenir dissuader lesdites plateformes d'inclure des clauses déséquilibrées dans leurs conditions générales. Surtout, cette amende semble ridicule comparé à celles infligées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles<sup>92</sup>.

Mais que faire dans ce cas ? Augmenter toujours plus le montant des sanctions financières ? Trouver des alternatives ? Il est possible que l'atteinte réputationnelle (le

---

<sup>90</sup> Ancien article L. 442-6, I, 2°, désormais l'article L. 442-4, I, du Code de commerce.

<sup>91</sup> J. GAYRARD, *Le déséquilibre significatif est sanctionné même s'il profite (prétendument) au consommateur : Amazon condamnée à 4 millions d'euros d'amende*, Comm. com. Electr, déc. 2019, n° 12.

<sup>92</sup> Voir *infra* §. 63, p. 53.

fameux *name and shame*) soit davantage crainte par les plateformes que ne peut l'être l'atteinte financière, dans la mesure où elles doivent principalement leur succès à la confiance que leur portent les professionnels et les consommateurs. Dès lors, il serait peut-être intéressant de trouver des alternatives dans ce domaine. À noter que sur ce point, les demandes de publication du jugement par le ministre ont été jugées excessives et disproportionnées par le Tribunal, considérant qu'une large publicité de l'affaire avait déjà été assurée depuis l'ouverture de l'enquête. Il existerait donc une marge d'intensité à ce niveau-là.

**47. Une tendance générale à l'augmentation des sanctions.** Aujourd'hui, les sanctions du déséquilibre significatif sont prévues par l'article L. 442-4, I, du Code de commerce et sont prononcées par les tribunaux judiciaires.

Si l'ancien article L. 442-6, I, 2° ne prévoyait qu'une sanction possible au déséquilibre significatif, à savoir l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la pratique en réparation du préjudice subi par la victime, désormais il en prévoit quatre avec également la possibilité pour celles-ci de solliciter la cessation de la pratique, la nullité des contrats ou des clauses déséquilibrantes ou la restitution des avantages indus. En outre, l'action est également ouverte à certains tiers, notamment au ministre de l'Économie et des Finances qui peut prononcer des amendes civiles. Ainsi, en s'attachant simplement au texte il peut être remarqué une tendance au durcissement des sanctions à l'égard des plateformes d'intermédiation.

Outre cette analyse littérale, le « *jugement Amazon* » est l'exemple type d'une tendance à l'augmentation du montant de l'amende civile à l'encontre des plateformes d'intermédiation. Il est particulièrement intéressant de constater que le ministre de l'Économie et des Finances, dans cette affaire, n'ait pas su justifier que soit prononcée une amende supérieure au plafond de cinq millions d'euros mis en place par l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il est en conséquence fort probable qu'à l'avenir la partie demanderesse s'attache à démontrer les avantages tirés par la plateforme des déséquilibres manifestes relevés, afin de contourner ce plafond.

Pour toutes ces raisons, les plateformes d'intermédiation peuvent craindre un durcissement des sanctions sur ce fondement.

**48. Une augmentation irréfutable du contentieux.** Quoiqu'il en soit, il est indubitable que le déséquilibre significatif représentera un des contentieux les plus fournis relatifs aux plateformes d'intermédiation.

Au-delà d'Amazon, Booking.com et Expedia ont également fait l'objet d'une assignation sur la base du déséquilibre significatif au regard des clauses stipulées dans leurs contrats avec les hôteliers référencés.

Concernant Expedia, la Cour d'appel de Paris a condamné *in solidum* au paiement d'une amende civile d'un million d'euros l'ensemble des entités le composant<sup>93</sup>. Est notamment jugée comme significativement déséquilibrée la clause de parité ou clause du client le plus favorisé. Cette clause, largement utilisée par les plateformes d'intermédiation, permet à ces dernières d'obtenir automatiquement de son partenaire contractuel les conditions plus favorables qu'il accorde à sa clientèle directe ou à une plateforme concurrente. Le principe est « *qu'il ne doit pas être plus avantageux, pour le client final, de réserver sa nuitée en s'adressant directement à l'hôtelier qu'en passant par la plateforme* »<sup>94</sup>. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs mis en avant l'éventuel effet anticoncurrentiel de cette clause, dès lors qu'elle a pour effet de réduire la concurrence par les commissions reçues par la plateforme<sup>95</sup>. Encore une fois, le critère de la soumission est caractérisé en ce que le contrat n'avait pas été négocié, qu'Expedia occupait une position de leader dans le secteur des agences de voyages en ligne, et que la plateforme avait perçu des commissions significativement plus élevées sur la période en cause. Quant à la caractérisation du déséquilibre, la clause procure à la plateforme un avantage sans contrepartie dans la mesure où le partenaire hôtelier supportait entièrement un risque de surréservation d'une chambre, quand Expedia, de son côté, n'en supportait aucuns. Mais finalement, l'arrêt de la Cour d'appel sera partiellement cassé par la Cour de cassation. En effet, si la chambre commerciale ne conteste pas que la clause de parité et celle dite de la dernière chambre disponible<sup>96</sup> doivent être annulées, elle s'oppose cependant à la Cour d'appel lorsque cette

---

<sup>93</sup> COUR D'APPEL DE PARIS, 4<sup>ème</sup> chambre, 21 juin 2017, n° 15/18784, *Expedia*.

<sup>94</sup> X. DELPECH, *À la une - Concurrence - Invalidation de clauses imposées par une plateforme de réservation hôtelière pour déséquilibre significatif*, JT 2020, n°233, p.11.

<sup>95</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°15-D-06, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, 21 avr. 2015. Voir *infra* §. 84, p.70.

<sup>96</sup> Cette clause prévoit que si l'hôtelier dispose encore d'une chambre disponible, il a l'obligation de l'accorder aux sociétés Expedia.

dernière considère que la combinaison des deux entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La Cour de cassation considère notamment pour sa part que la deuxième clause « *impose seulement aux hôteliers de proposer la réservation de la dernière chambre disponible par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux, et ce, sans évoquer une éventuelle commission* »<sup>97</sup>. La responsabilité de la plateforme n'est donc pas engagée sur ce fondement. Cet arrêt est intéressant puisqu'il atteste que si le contentieux est voué à être important sur le fondement du déséquilibre significatif, la sanction de la plateforme d'intermédiation ne sera pour autant pas automatique, et ce, malgré le contexte de responsabilisation les entourant.

Récemment, le déséquilibre significatif a également été mobilisé dans les relations entre la plateforme de distribution d'applications « *Google Play* » et les développeurs proposant à la vente, sur ladite plateforme, leurs applications<sup>98</sup>. Encore une fois, l'action du ministre de l'Économie et des Finances a fait suite à une enquête menée par la DGCCRF<sup>99</sup>. Le Tribunal de commerce de Paris a ensuite jugé, en l'espèce, que le critère de la soumission était caractérisé, au regard de la position de leader occupée par Google et du rapport structurellement déséquilibré qu'il entretient avec ses partenaires contractuels. Quant à l'appréciation des clauses, le Tribunal retient que certaines d'entre elles sont manifestement déséquilibrées. Il est notamment intéressant de citer celle permettant à Google de « *divulguer gratuitement et librement des informations auprès de tiers alors que les développeurs sont privés de tout contrôle sur la portée et la collecte d'informations et l'utilisation des données* », ou encore celle permettant à Google de s'octroyer gratuitement une licence et grâce à laquelle il pourra afficher les signes distinctifs de ses partenaires contractuels.

**49. Transition.** À côté du déséquilibre significatif et de la protection du partenaire contractuel au regard des conditions générales de la plateforme d'intermédiation, le terme

---

<sup>97</sup> C. BONNET, *L'affaire Expedia : le rejet du déséquilibre significatif par la Cour de cassation*, Dalloz actualité, 1<sup>er</sup> sept. 2020.

<sup>98</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 15<sup>ème</sup> chambre, 28 mars 2022, n°2018/017655, *Google Play*.

<sup>99</sup> DGCCRF, *Assignment de Google et Apple pour des pratiques commerciales abusives*, communiqué de presse, n°391, 14 mars 2018. L'enquête a débouché sur des assignations de Google et Apple devant le tribunal de commerce de Paris ; la procédure est toujours en cours.

des relations commerciales entre ces derniers est également observé et encadré par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

## **§2. Une responsabilisation en aval eu égard à la brutalité de la rupture contractuelle**

**50. La rupture brutale de la relation établie entre la plateforme et son partenaire contractuel.** Si l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce permet de sanctionner le déséquilibre significatif résultant des clauses composant les conditions générales de la plateforme d'intermédiation, le II du même article permet quant à lui de sanctionner ces dernières lorsqu'elles rompent brutalement la relation commerciale établie avec son partenaire contractuel. En effet, il prévoit qu'engage « *la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Au regard du texte et extrapolé à la relation plateforme/partenaire, deux conditions cumulatives doivent être caractérisées pour sanctionner la plateforme sur ce fondement, à savoir une relation commerciale établie avec un partenaire et une rupture brutale de ladite relation. Si les conditions sont réunies, la plateforme encourt dès lors les sanctions de l'article L. 442-4 du Code de commerce, dont les contours ont déjà précédemment été exposés<sup>100</sup>.

La notion de relation commerciale est entendue de manière large, de sorte qu'il peut s'agir aussi bien d'une relation précontractuelle, contractuelle, voire post-contractuelle. En outre, elle se doit d'être établie, c'est-à-dire qu'elle doit présenter un « *caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* », « *cette anticipation raisonnable [pouvant] être démontrée en s'appuyant sur [...] une pratique passée dont la partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation*

---

<sup>100</sup> Voir *supra* §47, p. 42.

*commerciale s'instaurait dans la durée*<sup>101</sup>». Autrement dit, la relation entre la plateforme et son partenaire ne doit pas être instable ou précaire pour que le texte s'applique. Il y a donc une prise en considération de la confiance légitime que le partenaire peut placer dans la poursuite de sa relation commerciale avec la plateforme.

Enfin, concernant la brutalité de la rupture, elle est analysée et caractérisée « *in concreto* » par l'insuffisance ou l'inexistence d'un préavis écrit. Il y a ici l'idée d'une imprévisibilité de la rupture pour le partenaire contractuel. Cette rupture peut être totale ou partielle, c'est-à-dire qu'elle peut résulter de la résiliation d'un contrat, du non-renouvellement de ce contrat, voire, d'une simple baisse des commandes.

- 51. Plan.** Or, si l'émergence d'un contentieux fondé sur la rupture brutale à l'égard des plateformes d'intermédiation témoigne là encore d'une responsabilisation des plateformes d'intermédiation (A), ce n'est pas sans susciter certaines inquiétudes (B).

A. L'émergence d'un contentieux sur ce fondement

- 52. Des difficultés décelées dans « l'affaire eBay »<sup>102</sup>.** Si le fondement de la rupture brutale d'une relation commerciale constitue l'un des mécanismes les plus sollicités du droit des pratiques restrictives de concurrence (près de trois-cents jugements au fond par an), et ce, principalement entre les entreprises de la grande distribution et leurs fournisseurs, ce contentieux émergea une première fois concernant la relation entre une plateforme et ses partenaires contractuels dans une « affaire eBay ». En résumé dans cette affaire, la société DWC, partenaire contractuel de la plateforme eBay, contestait, sur le fondement du Code civil, la décision de la plateforme de suspendre ses comptes. Effectivement, après avoir reçu plusieurs plaintes relatives aux produits de la société DWC, la plateforme d'intermédiation avait alors décidé, conformément à ses conditions générales le lui permettant, de suspendre les comptes de ladite société. Si le point final de cette affaire est apporté par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi de la société DWC, et ce, en se fondant uniquement sur les conditions contractuelles et non sur le droit des pratiques restrictives de concurrence, l'affaire mérite tout de même d'être citée dans la mesure où elle a permis de déceler les

---

<sup>101</sup> COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, 2008, 4ème partie, Droit de la concurrence, p. 307.

<sup>102</sup> COUR DE CASSATION, civile, Chambre commerciale, 5 mai 2009, 08-11.672, Inédit, *Sté DWC c/ Sté eBay Europe, Sté eBay France*.

éventuelles difficultés qu'il pouvait exister au moment de la rupture d'une relation commerciale établie entre d'une part la plateforme et d'autre part ses partenaires professionnels.

**53. La confirmation de la tendance dans le « jugement Pixmania »<sup>103</sup>.** Cette affaire opposait une société, Pixmania, et l'un de ses partenaires contractuels, Dimitech, ce dernier mettant à la vente ses produits sur la place de marché « PixPlace ». Or, la plateforme décida précipitamment de mettre fin au contrat conclu avec son partenaire en prétextant une satisfaction insuffisante des internautes à son encontre. La société Dimitech, qui réalisait la majorité de son chiffre d'affaires sur la plateforme, assigna celle-ci sur le fondement de la rupture brutale de la relation commerciale établie, afin d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi. La plateforme quant à elle, et probablement au soutien de la jurisprudence eBay précédemment citée, invoquait la faculté dont elle disposait via ses conditions générales de rompre sans préavis la relation commerciale<sup>104</sup>, conséquence de quoi, la brutalité de la rupture ne pouvait être consacrée. Mais le Tribunal de commerce de Paris ne l'entend cette fois-ci pas de cette oreille. Au contraire, il pointe du doigt l'absence de notification préalable à la rupture et l'ambiguïté des clauses la prévoyant, qu'il juge trop floues et présentant une méthode biaisée de calcul du taux de satisfaction du partenaire. De toute manière, seule la force majeure ou l'inexécution suffisamment grave de ses obligations par le partenaire contractuel aurait pu justifier une telle absence de préavis au regard de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce (aujourd'hui l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce). C'est donc fort logiquement que la plateforme s'est vu condamner au paiement de dommages-intérêts évalués à un million d'euros, en réparation du préjudice résultant de la perte de chance de son partenaire d'obtenir une levée de fonds d'environ cinq millions d'euros, alors en cours de négociation au moment de son éviction.

Aujourd'hui, il existe moins d'exemple de mobilisation du mécanisme de la rupture brutale qu'il n'en existe du déséquilibre significatif. Cependant, ces deux affaires, et notamment le « jugement Pixmania », devraient inciter les plateformes d'intermédiation à

---

<sup>103</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 13 septembre 2011, *Dimitech c/ Pixmania*.

<sup>104</sup> Effectivement, une clause des conditions générales de la marketplace stipulait : « *Pixmania peut à tout moment sur simple notification adressée au vendeur par courrier électronique ou sur son espace exclure immédiatement le vendeur de la plate-forme sans indemnité en cas de manquement grave et non réparable du vendeur à ses obligations (...) et notamment en cas (...) d'évaluations positives inférieures à 90 % (...)* » (article 12.3 dudit contrat d'adhésion).



davantage de vigilance au moment de rompre une relation contractuelle avec un de leurs partenaires contractuels.

**54. Transition.** L'augmentation du contentieux relatif à la brutalité de la rupture contractuelle établie entre la plateforme d'intermédiation et son partenaire contractuel fait cependant peser certaines craintes.

B. Les inquiétudes suscitées par le fondement

**55. Les craintes d'une dérive vers un droit au maintien du contrat.** S'il semble logique qu'une protection soit offerte au partenaire contractuel au moment de la rupture de la relation le liant à une plateforme d'intermédiation, la plateforme de son côté pourrait craindre que cet encadrement n'aboutisse à la création d'un « *droit au maintien du contrat, contraire à l'efficacité économique* »<sup>105</sup>. Elle peut en effet redouter qu'un cadre excessif ne la prive de toute possibilité de mettre fin au contrat conclu avec son partenaire, contrairement au principe de liberté contractuelle prévu par l'article 1212 alinéa 2 du Code civil.

Cependant, ce n'est a priori pas la tendance qui se dessine dans la mesure où, malgré les durées de préavis très longues ayant pu être accordées par la jurisprudence (parfois des années), l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019, prévoit désormais qu'une rupture par la plateforme de sa relation avec son partenaire est présumée légale si un préavis de dix-huit mois lui a été accordé. L'idée est qu'il est finalement inutile, voire contre-productif de prolonger une relation commerciale contre la volonté de l'une des parties. D'ailleurs, peu importe que les rapports de force entre eux soient ou non totalement déséquilibrés. Dans certains cas, cela pourrait même rigidifier ladite relation et conduire à la dépendance du partenaire qui ne diversifierait pas suffisamment son activité.

**56. Des difficultés techniques à prévoir pour les plateformes.** L'augmentation du contentieux, que ce soit au regard du déséquilibre significatif ou de la brutalité de la rupture,

---

<sup>105</sup> M-A. FRISON-ROCHE, J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2022, §831, p. 681.

permet d'envisager certaines difficultés techniques posées par l'article L. 442-1 du Code de commerce dans son ensemble.

S'il apparaît cohérent de faire un lien direct vers le « *règlement PtoB* » dans cet article, au regard du parallèle pouvant être fait entre les plateformes et la grande distribution, il semble cependant regrettable de ne pas en avoir consacré un spécifique aux pratiques des plateformes numériques. Effectivement, la nouvelle mention vient finalement complexifier un article que la réforme voulait simplifier.

De plus, la structure actuelle de la réglementation s'appliquant aux plateformes, qui incite à jongler entre le règlement européen d'une part et le droit interne des pratiques restrictives de concurrence d'autre part, en complique d'autant plus la compréhension par celles-ci. C'est notamment criant au regard des différentes sanctions prévues par les deux textes. Diversité des textes appelant également une diversité d'interprétation, la plateforme devant aussi bien se tenir au courant des jurisprudences internes qu'européennes.

Il aurait peut-être été préférable d'être plus ambitieux au sein du « *règlement PtoB* » en y construisant une réglementation complète des plateformes. L'uniformisation aurait été totale de sorte qu'il n'aurait pas été nécessaire d'y faire un renvoi au sein du droit interne.

**57. Transition.** À côté du droit des pratiques restrictives de concurrence, le droit des pratiques anticoncurrentielles a également été mobilisé dans l'objectif de protéger le partenaire contractuel de la plateforme d'intermédiation.

## **Section 2 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles**

**58. Le droit des pratiques anticoncurrentielles.** Le droit des pratiques anticoncurrentielles (PAC) est prévu par les articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce et les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ce droit fait donc l'objet d'une préoccupation et d'une réglementation à la fois interne et européenne.

Aussi appelé « *grand droit de la concurrence* », le droit des pratiques anticoncurrentielles est animé, contrairement au droit des pratiques restrictives vu

précédemment<sup>106</sup>, par une logique de protection du marché et suppose une affectation au bon fonctionnement de la concurrence dudit marché pour prétendre à s'appliquer.

Le marché, ou marché pertinent, occupe ainsi une place centrale dans ce droit. Cependant, la notion n'est définie dans aucun texte de « *droit dur* ». Il faut donc, à défaut, se référer à celles proposées par les différentes autorités compétentes en droit de la concurrence. L'Autorité française de la concurrence, pour sa part, définissait en 2001 le marché pertinent, comme « *le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs [...] (mais) une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »<sup>107</sup>. La définition retenue par la Commission européenne est sensiblement la même et se complète avec la définition interne<sup>108</sup>.

Il en est de même au sujet de l'atteinte à la concurrence visant, aussi bien dans le Code de commerce que dans le TFUE, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel, actuel ou potentiel, d'une pratique sur un marché déterminé (celui dominé ou un autre marché connexe).

Le postulat, au travers ce droit, est que la concurrence présente des effets positifs sur le marché, puisqu'elle permet, entre autres, de baisser les prix des produits et des services, d'en améliorer la qualité, et d'en stimuler la production. Elle a finalement cette qualité vertueuse de satisfaire aussi bien les intérêts des consommateurs, que ceux des professionnels du marché.

C'est pourquoi les autorités de concurrence, tant internes qu'européennes, mettent un point d'honneur à la préserver des abus. Si la liberté d'entreprendre est indispensable, elle ne saurait s'établir sans limites. Autrement dit, le jeu de la concurrence ne doit pas s'en retrouver faussé.

---

<sup>106</sup> Voir *supra* §. 31, p.30.

<sup>107</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Rapport annuel*, 2001, p. 79.

<sup>108</sup> COMMISSION EUROPEENNE, communication, *La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372, 9 déc. 1997.

**59. Plan.** Dans le rapport entre la plateforme d'intermédiation et son partenaire contractuel, les abus qui préoccupent en particulier les acteurs institutionnels sont ceux résultant de la position de domination économique de la plateforme. Effectivement, lorsque celle-ci se retrouve dans une situation économiquement très favorable, il existe un risque qu'elle abuse de sa position sur le marché ou de la dépendance qu'éprouvent à son égard ses partenaires contractuels. C'est ainsi que, dans l'objectif de sanctionner ces abus, le droit des pratiques anticoncurrentielles, et principalement deux de ses mécanismes, a été mobilisé par les acteurs institutionnels. Lesdits mécanismes sont le droit des abus d'exploitation (§1) et le droit des abus de dépendance économique (§2).

## **§1. L'abus d'exploitation ou la responsabilisation des géants du numérique**

**60. Un pan du droit de l'abus de position dominante.** Le droit de la concurrence promeut la possibilité pour les entreprises de se livrer bataille sur le marché, et agréer à ce que l'une d'entre elles puisse ressortir victorieuse en acquérant une position dominante sur celui-ci. Il serait effectivement contraire à la logique affairiste de sanctionner l'entreprise la plus efficiente et méritante. L'économie s'effondrerait si l'accomplissement final était pour elle de se voir sanctionner. En revanche, le droit de la concurrence ne tolère en aucun cas qu'elle abuse de sa position. Pour Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE et M. Jean-Christophe RODA « *tout l'enjeu du droit de la position dominante est donc de trouver un point d'équilibre entre l'efficacité du processus concurrentiel et la protection de la structure du marché* ». <sup>109</sup>

L'abus de position dominante est ainsi prohibé par les articles L. 420-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce et 102 TFUE (anciennement l'article 82 du Traité instituant la communauté européenne). Il constitue un comportement unilatéral abusif de la part d'une entreprise en position dominante sur un marché pertinent déterminé.

La notion de dominance, de position dominante, à défaut d'avoir été définie dans les textes, a été interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne), comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une*

---

<sup>109</sup> M-A. FRISON-ROCHE, J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2022, §. 536, p. 435.

*concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs* »<sup>110</sup>. En réalité, cette situation de domination peut être individuelle ou collective, selon qu'elle soit détenue par une ou plusieurs entreprises. Quoi qu'il advienne, il y a ici une appréhension du pouvoir de marché de l'entreprise. Pouvoir qui lui permettrait, si elle adoptait un comportement indépendant, de s'affranchir de toute pression concurrentielle extérieure, c'est-à-dire celle émanant d'opérateurs économiques tiers. Le droit de l'abus de position dominante, qui suppose une situation de domination absolue d'une entreprise sur le marché pour être appliqué, prétend donc à l'encadrement des plus importantes d'entre elles, à savoir principalement les GAFAM.

Quant à l'abus d'une telle position, il se matérialise par différentes pratiques à l'initiative de l'entreprise en question. Le terme est entendu de manière objective, de sorte qu'il n'y a pas à prouver de sa part une intention fautive ou une intention de nuire. De nos jours, il est coutume d'opposer d'un côté les abus d'éviction<sup>111</sup> et de l'autre les abus d'exploitation. Extrapolé au contexte des plateformes, si les premiers ont davantage vocation à démotiver, retarder, ou éliminer les concurrents de la plateforme, les seconds quant à eux lui permettent d'exploiter ses partenaires contractuels.

**61. L'abus d'exploitation du partenaire contractuel de la plateforme.** L'abus d'exploitation, également nommé abus de comportement ou abus de résultat, est prohibé en droit européen par l'article 102 TFUE. Celui-ci dresse effectivement une liste non exhaustive de pratiques interdites, par lesquelles une entreprise va user de sa position dominante pour obtenir des avantages auprès de son partenaire contractuel. Des avantages qu'elle ne se procurerait pas si la concurrence avait été saine. Il n'est donc pas nécessaire ici de caractériser une élimination de la concurrence. Parmi celles visées, la pratique type consiste pour une entreprise à imposer « *de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* ». Autrement dit, dans l'environnement numérique, cette pratique permettrait à une plateforme en position dominante de pratiquer des prix disproportionnés par rapport aux prix mis en œuvre par ses concurrents, dans le but d'améliorer ses propres gains.

---

<sup>110</sup> COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 13 février 1979, n°85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes*.

<sup>111</sup> Voir *infra* §.78, p.66.

En droit interne, l'article L. 420-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce interdit également les pratiques consistant en un « *refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que [...] la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

Au regard spécifiquement des plateformes d'intermédiation, la suspicion d'un abus d'exploitation a justifié plusieurs interventions de la part de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence, ce qui est notable puisque « *l'abus d'exploitation était jusqu'à récemment une incrimination « laissée pour compte » par les autorités de concurrence, qui la mobilisaient avec une notable parcimonie* »<sup>112</sup>.

La mobilisation progressive de ce dispositif témoigne, là encore, d'une responsabilisation des plateformes d'intermédiation. M. Daniel FASQUELLE faisait notamment le constat, à propos de l'encadrement par les institutions européennes des abus de position dominante des plateformes, qu'après « *avoir beaucoup tardé à réagir, la Commission européenne accélère maintenant le pas* »<sup>113</sup>.

- 62. Plan.** Ainsi, certaines pratiques ont déjà fait l'objet de sanctions sur ce fondement (A), quand d'autres sont sous enquête ou interrogent (B).

A. La sanction de certaines pratiques

- 63. L'imposition de conditions inéquitables.** L'Autorité de la concurrence a lourdement sanctionné Google sur le fondement de l'abus d'exploitation de ses partenaires contractuels<sup>114</sup>. Plus précisément, elle condamne la plateforme pour avoir abusivement tiré parti de sa position dominante entre 2012 et 2018, sur le marché français de la publicité liée aux recherches.

Effectivement, Google occupe une position dominante sur ce marché, dès lors qu'elle y détient environ 90% des parts de marché et que la complexité de sa plateforme lui permet

---

<sup>112</sup> E. CLAUDEL, *Numérique : le droit de la concurrence français à l'offensive*, RTD Com. 2020 p.806.

<sup>113</sup> D. FASQUELLE, *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. Consom, 2019, dossier 11.

<sup>114</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°19-D-26, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, 19 déc. 2019.

d'alimenter sa base de données, d'augmenter les effets de réseau, et ainsi de lui assurer une croissance régulière.

Quant aux abus de cette position perpétrés par la plateforme, ils découlent notamment, selon l'Autorité de la concurrence, de l'établissement de nombreuses règles inéquitables (les *Règles Google Ads*, anciennement *AdWords*) envers ses partenaires contractuels, à raison de leur subjectivité, de leur opacité et de leur caractère discriminatoire. Or, cette iniquité engendre un risque d'imprévisibilité pour les partenaires contractuels, au regard de leur conformité aux règles édictées par Google, de leurs produits, de leurs annonces et de leurs services. En outre, cette imprévisibilité fut renforcée par la fâcheuse tendance qu'avait la plateforme de modifier discrétionnairement lesdites règles. Ainsi, des partenaires contractuels se trouvant dans une situation similaire se sont vu appliquer des traitements différents, c'est-à-dire discriminatoires. Par conséquent, l'Autorité conclut à la disproportion des dispositions par rapport à l'objectif de protection des consommateurs invoqué par Google qui, bien que légitime, ne justifie pas le recours à des règles non-objectives, non-transparentes et discriminatoires.

Enfin, concernant le caractère anticoncurrentiel de la pratique, l'Autorité souligne, qu'en l'espèce, l'iniquité des règles perturbe le fonctionnement de la concurrence, tant sur le marché pertinent de la publicité en ligne liée aux recherches, que sur les marchés connexes sur lesquels opèrent les partenaires contractuels, notamment celui de l'édition numérique.

Pour toutes ces raisons, additionné au fait que Google n'avait pas respecté certains engagements souscrits lors d'une précédente affaire<sup>115</sup>, la plateforme se voit condamner par l'Autorité de la concurrence au paiement d'une amende de cent cinquante millions d'euros. En outre, elle prononce des injonctions d'une durée de cinq ans, afin que Google clarifie ses règles *Google Ads* ainsi que ses procédures de suspension, et mettent en place des mesures de prévention, de détection et de traitement des violations auxdites règles. Pour terminer, la décision est adjointe d'une injonction de publication du résumé de la décision pendant sept jours consécutifs, via un lien html intitulé « *Google condamnée par l'Autorité de la concurrence française* », sur les sites internet de l'entreprise américaine qui sont accessibles en France.

---

<sup>115</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°10-D-30, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet, 28 oct. 2010, dite « *affaire NAVX* ».

Dans cette décision, l’Autorité insiste largement sur la responsabilité particulière que doit assumer un géant du numérique, comme Google, du fait de sa position dominante. Plus une plateforme domine un marché, plus elle doit être responsabilisée à ce titre.

S’il est inévitable, et quelque part souhaitable, qu’une suspicion instinctive accompagne les plateformes d’intermédiation en position dominante, il serait cependant regrettable que cela dégénère en une condamnation automatique. Il serait préférable, au contraire, de veiller à ce que l’analyse de la part des acteurs institutionnels s’effectue toujours *in concreto* et de manière objective, pour ne pas sanctionner celles d’entre elles qui pourraient servir d’exemple.

Exemple que ne représente évidemment pas Google, qui à la suite de cette condamnation en 2019 par l’Autorité de la concurrence, s’est vu une nouvelle fois condamner, le 10 février 2021, sur le même fondement, par le Tribunal de commerce de Paris, au paiement d’une indemnité d’un million d’euros<sup>116</sup>.

Cependant, une partie de la doctrine demeure dubitative quant aux largesses prises par l’Autorité de la concurrence. C’est notamment le cas de M. Jean-Christophe RODA, pour qui « *l’analyse de l’Autorité de la concurrence semble parfois vacillante et celle-ci paraît se situer à la frontière de son domaine d’intervention. Le recours à un texte de propriété intellectuelle pour caractériser l’atteinte à la concurrence, interprété assez largement et dont l’objectif est clairement éloigné de l’efficacité économique, interroge* »<sup>117</sup>. Il fait ici référence aux injonctions prononcées par l’Autorité à l’encontre de Google dans une autre affaire<sup>118</sup>, où la plateforme était suspectée d’avoir contourné la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins, qui transpose en droit français l’article 15 de la directive (UE) n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Dans cette affaire, il est également reproché à l’Autorité de considérer qu’il n’y a pas lieu de caractériser l’existence d’effets anticoncurrentiels sur le fondement de l’abus d’exploitation, et qu’il suffirait seulement de caractériser une inégalité contractuelle

---

<sup>116</sup> TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 8<sup>ème</sup> chambre, 10 février 2021, n°2020035242, *Oxone Technologies / Google*.

<sup>117</sup> J-C. RODA, *Google contraint de négocier avec les éditeurs de presse : la loi sur les droits voisins croise l’abus de position dominante*, *Gaz. pal.* juin 2020, p. 26.

<sup>118</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 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, 9 avr. 2020 ; COUR D’APPEL DE PARIS, 7<sup>ème</sup> chambre, 8 octobre 2020, n° 20/08071, *Droits voisins*.



commise par une entreprise en position dominante pour la sanctionner. Pour M. David BOSCO, si cette position de l’Autorité venait à être consacrée, « *cela ouvrirait la voie à un contentieux massif et aux issues incertaines [constituant] d’inquiétantes menaces pour la sécurité des transactions* »<sup>119</sup>. Pour d’autres encore, l’Autorité opère un dépassement de fonction, l’analyse de l’équilibre contractuel étant par principe réservé au juge<sup>120</sup>.

**64. Transition.** Si l’imposition de conditions inéquitables constitue l’abus le plus fréquemment relevé à l’encontre des plateformes d’intermédiation, d’autres pratiques font également l’objet d’une attention toute particulière.

#### B. Des pratiques au centre des attentions

**65. L’imposition de prix excessifs.** En 2020, dans le contexte de la Covid-19, la Commission européenne a ouvert une enquête vis-à-vis d’Apple, soupçonnant un abus d’exploitation de la plateforme à l’encontre de ses partenaires contractuels, c’est-à-dire les entreprises souhaitant distribuer des applications via l’App Store. Cette enquête faisait suite à une plainte déposée par l’un des concurrents de la plateforme, à savoir le site de *streaming* musical Spotify.

Effectivement, Apple était notamment suspectée de pratiquer des prix excessifs à leur encontre, eux qui étaient contraints de passer par l’App Store pour distribuer leurs applications. Plus précisément, Apple facturait à ses partenaires contractuels une commission de 30 % sur tous les frais d’abonnement perçus par l’intermédiaire du système *In-App Purchase* (IAP). Or, le montant éventuellement excessif de ces commissions a conduit à l’augmentation des tarifs des abonnements sur l’application, entraînant de ce fait des répercussions pécuniaires sur les consommateurs. Apple a depuis abaissé à 15% ladite commission pour les petits développeurs, dans le but d’apaiser les tensions et l’attention qui lui sont portées. Cependant, outre le montant de la commission perçue, c’est principalement

---

<sup>119</sup> D. BOSCO, *Nouvelle décision contre Google suspecté d’abuser des éditeurs de presse*, Contrats, conc. Consom, juin 2020, n°6.

<sup>120</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Sanction des pratiques contractuelles des géants du numérique*, Contrats, conc. Consom, juil. 2020, n° 7.

l'impossibilité qu'il y a de la contourner qui pose davantage de problèmes aux développeurs comme Epic Games, avec qui la plateforme est en cours de procès aux Etats-Unis.

**66. L'abus d'exploitation des données commerciales prochainement sanctionné ?**

L'exploitation abusive d'une plateforme de son partenaire contractuel pourrait également se matérialiser par le biais de ses données commerciales. Ces données sont précisément celles qui visent des conditions commerciales, les caractéristiques des produits, mais également la clientèle.

Effectivement, il n'est pas surréaliste de penser qu'un jour l'imposition d'une collecte excessive de données puisse être sanctionnée sur le fondement de l'article 102 TFUE. Il faudrait dans ce cas que les données, dans l'esprit des législateurs, soient perçues comme l'équivalent du prix. Dès lors, l'imposition par la plateforme d'intermédiation d'une collecte gratuite et massive de données, c'est-à-dire sans contrepartie pour son partenaire contractuel, pourrait se voir qualifier d'exploitation abusive. De même, une collecte systématique des données commerciales, comme Amazon est soupçonnée de le faire<sup>121</sup>, pourrait également être qualifiée d'exploitation abusive, dès lors que cela octroie à la plateforme un avantage supplémentaire inexorable sur son partenaire contractuel.

**67. Transition.** À côté du mécanisme de l'abus d'exploitation, celui purement interne de l'abus de dépendance économique a été remis au goût du jour pour responsabiliser les plateformes d'intermédiation à l'égard de leurs partenaires contractuels.

## **§2. L'abus de dépendance économique ou le regain d'attrait pour un outil suranné**

**68. L'abus de dépendance économique.** Au contraire du droit de l'abus de position dominante, le droit de l'abus de dépendance économique ne suppose pas la domination totale d'une entreprise sur un marché pertinent déterminé. Il suffit qu'elle bénéficie d'un avantage de force dans la relation contractuelle avec son partenaire. Par conséquent, si, dans le contexte des plateformes, le droit de l'abus de position dominante cible exclusivement

---

<sup>121</sup> Voir *infra* §.94, p.75.

les géants du numérique, le droit de l'abus de dépendance économique semble, pour sa part, viser plus largement les plateformes et encadrer un plus grand nombre d'entre elles.

Par ailleurs, l'abus de dépendance économique a ceci de spécial qu'il se constitue en une sorte d'hybride juridique. Effectivement, bien que ne connaissant pas d'équivalent en droit européen, il est tout de même rattaché au droit des pratiques anticoncurrentielles en droit interne. Aussi, selon l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce, trois conditions cumulatives sont nécessaires à la caractérisation d'un abus de dépendance économique de la part d'une plateforme d'intermédiation.

Premièrement, le partenaire contractuel de la plateforme litigieuse doit se révéler économiquement dépendant vis-à-vis d'elle. Un rapport de puissance économique et de dépendance doit donc s'établir entre eux, au regard notamment de la notoriété de la marque de la plateforme, de l'importance des parts de marché qu'elle détient, de l'importance desdites parts dans le chiffre d'affaires de son partenaire, ou encore de l'existence ou non de solutions alternatives et équivalentes à la plateforme pour ce dernier<sup>122</sup>. De surcroît, cet état de dépendance s'apprécie objectivement, peu importantes sont donc les intentions du partenaire contractuel de la plateforme<sup>123</sup>.

Deuxièmement, et au même titre que le droit des abus de position dominante, c'est l'exploitation abusive de la dépendance du partenaire contractuel qui est sanctionnée, et non la situation de dépendance en elle-même. La plateforme doit notamment veiller à ce que la liberté commerciale dudit partenaire ne soit pas restreinte de manière manifestement déséquilibrée, anormale ou excessive, et que la comparaison entre le propre réseau de distribution de la plateforme et son partenaire ne tourne pas trop au désavantage de ce dernier. L'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce dresse ainsi une liste, encore une fois non exhaustive, de pratiques jugées abusives. Il prévoit en outre la prohibition des abus consistants en des « *refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires [...] ou en accords de gamme* ».

Enfin troisièmement, une atteinte à la concurrence, ou plus précisément, une affectation à son bon fonctionnement ou à sa structure, est évidemment requise. Mais l'Autorité de la concurrence précise ici qu'à la différence du droit de l'abus de position dominante, « *l'abus de dépendance permet de réprimer une pratique même si elle n'affecte pas le fonctionnement du marché, mais sa seule structure. [...] Il n'est (donc)*

---

<sup>122</sup> COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 12 octobre 1993, 91-16.988 91-17.090, Publié au bulletin.

<sup>123</sup> COUR D'APPEL DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 25 janvier 2005, CT0175.

*pas nécessaire de démontrer l'effet anticoncurrentiel effectif de la pratique sur le ou les marchés concernés* »<sup>124</sup>.

Les condamnations fondées sur l'abus de dépendance économique sont d'ordinaire peu nombreuses. Cependant, il est possible qu'une récente affaire de l'Autorité de la concurrence ait rebattu les cartes (A) mettant en exergue les limites et potentiels du fondement (B).

#### A. Un outil s'offrant une nouvelle jeunesse

**69. La condamnation d'une plateforme d'intermédiation sur ce fondement dans la « décision Apple<sup>125</sup> ».** Cette affaire eut un fort retentissement dans le secteur du numérique, dans la mesure où Apple fut condamnée au paiement d'une amende de plus d'un milliard d'euros, constituant dès lors la plus forte amende ayant été prononcée en France par l'Autorité de la concurrence. Plus précisément, deux cent vingt millions d'euros l'ont été sur le fondement de l'abus de dépendance économique<sup>126</sup>.

Effectivement, l'Autorité considérait que les partenaires contractuels d'Apple (les *Apple premium resellers*, pour la plupart des PME) se trouvaient dans une position de dépendance vis-à-vis de la plateforme.

Dans sa décision, l'Autorité prend ainsi le soin de caractériser, point par point, les différentes conditions le justifiant. Elle relève, tout d'abord, la forte notoriété de la plateforme pendant toute la période infractionnelle (entre le mois de novembre 2009 et le mois d'avril 2013), Apple occupant notamment, dès 2012, la première place du classement Best Global Brands d'Interbrand<sup>127</sup>. Également, elle constate la position de leader d'Apple sur le marché des ventes au détail d'équipements électroniques, et rappelle qu'il n'est pas requis, pour condamner sur le fondement de l'abus de dépendance économique, de

---

<sup>124</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N° 20-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, 16 mars 2020.

<sup>125</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N° 20-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, 16 mars 2020.

<sup>126</sup> Pour le reste de la condamnation l'Autorité de la concurrence se fonde cette fois-ci sur le droit des ententes verticales.

<sup>127</sup> Interbrand classe les cent marques les plus puissantes du monde chaque année.

caractériser la position dominante de la plateforme. Encore, l'Autorité de la concurrence remarque que, dans les contrats conclus entre les partenaires contractuels et la plateforme, des clauses prévoyaient, si ce n'est expressément du moins par leurs effets, une quasi-exclusivité d'approvisionnement des premiers auprès de la seconde. Il en résulte que les produits d'Apple ou de son environnement représentaient la majeure partie du chiffre d'affaires des APR (78% en moyenne pour vingt-deux d'entre eux, en 2012<sup>128</sup>). Enfin, l'Autorité tire la conclusion que les partenaires de la plateforme ne disposaient pas de solutions alternatives sérieuses à la vente des produits Apple. À ce propos, elle invoque notamment l'existence de limitations contractuelles contrariant fortement les chances de reconversion des partenaires<sup>129</sup>, la marge de manœuvre financière limitée des APR qui sont de taille modeste, et l'absence d'alternatives économiques et techniques équivalentes. Les partenaires contractuels mettaient en avant pour leur part, la grande popularité dont bénéficiait la marque Apple auprès de leurs clients et le fait qu'un retrait de leurs produits entraînerait une perte de valeur de leur fonds de commerce, ainsi que des coûts importants et impossibles à mettre en œuvre à court terme (en particulier de réorganisation de leurs magasins et de formation de personnel).

D'autre part, l'Autorité de la concurrence a estimé que la plateforme abusait de cette position de dépendance en limitant de façon disproportionnée l'autonomie et la liberté commerciale de ses partenaires contractuels. Parmi les pratiques et comportements reprochés, il est possible de citer les retards et les absences d'approvisionnement entraînant des ruptures de stock pour les partenaires contractuels, qui ne pouvaient dès lors plus satisfaire les commandes qui leur étaient adressées. Et ce alors même que le réseau détenu en propre par Apple (le réseau des Apple Stores et les « *retailers* ») restait, en ce qui le concerne, toujours normalement approvisionné. Aussi, certains partenaires contractuels faisaient le constat amer qu'étant « *régulièrement alimentés de manière minimaliste, nous ne (pouvions) nous engager à livrer nos clients qui, de guerre lasse, (finissaient) par ne même plus nous solliciter* »<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N° 20-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, 16 mars 2020, §1005, p. 204.

<sup>129</sup> Notamment, l'impossibilité de vendre des produits de marques différentes dans leurs points de ventes ou encore l'interdiction, durant les six mois suivants l'expiration du contrat conclu avec la plateforme, d'ouvrir un magasin en Europe distribuant exclusivement des produits d'une marque concurrente.

<sup>130</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N° 20-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, 16 mars 2020, §1080, p. 215.

De tels défauts dans l'approvisionnement auraient pu se justifier pour des raisons objectives, comme une rupture de stock ou encore le caractère spécial d'une commande<sup>131</sup>. Mais là encore, la plateforme ne s'y plie pas, confortant le caractère totalement discrétionnaire et aléatoire de la pratique en question.

Autre pratique identifiée par l'Autorité de la concurrence, la politique arbitraire d'encours et de remises d'Apple, maintenant les partenaires contractuels dans une situation de flou et d'insécurité, au regard des conditions contractuelles et des prix des approvisionnements.

Enfin, compte tenu des deux raisons précédemment citées, l'Autorité a relevé l'impossibilité pour les partenaires contractuels de concurrencer le réseau de distribution propre à Apple, affectant de ce fait la concurrence intra-marque<sup>132</sup> et avantageant indument et déloyalement la plateforme. Il en résulte donc, en application du second alinéa de l'article L. 420-2 du Code de commerce, la caractérisation d'un abus de dépendance économique.

**70. Transition.** Si l'outil de l'abus de dépendance a bénéficié du contexte de responsabilisation des plateformes pour s'offrir une nouvelle jeunesse, il convient cependant d'estimer son potentiel et ses éventuelles limites.

#### B. Les limites et potentiels de l'outil

**71. Les limites du mécanisme.** Le fondement du droit de l'abus de dépendance économique présente certaines limites. Empiriquement, il a été constaté que le mécanisme est finalement rarement retenu en pratique, dans la mesure où la constatation d'un effet sur la concurrence est tout de même nécessaire et que la notion de dépendance est interprétée strictement par les autorités. Cette limitation peut sembler dommageable pour les fervents de la responsabilisation des plateformes d'intermédiation, puisque le droit de l'abus de dépendance permet, en théorie, de couvrir et d'encadrer un plus grand nombre d'entre elles.

---

<sup>131</sup> COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 16 septembre 2008, C-468/06 à C-478/06, *GlaxoSmithKline*.

<sup>132</sup> La concurrence intra-marque correspond à la concurrence s'établissant entre les différents distributeurs d'une même marque.

**72. Le potentiel du mécanisme.** Il est incontestable que la décision Apple a mis en lumière la dangerosité dont pouvait faire preuve certaines plateformes d'intermédiation. Dans cette affaire, il a effectivement été dévoilé que plusieurs partenaires contractuels de la plateforme avaient adhéré au programme APR, uniquement par crainte (« *la politique de marge Apple, si vous ne le faites pas vous êtes mort* »), dans des conditions redoutables (« *négociateur quoi ? rien n'est négociable c'est à signer comme ça et en anglais. Point* »), et en ayant subi des pressions de la part de la plateforme.

Il est envisageable, sinon très probable, que cette mise en avant médiatique et cette description des rouages d'une plateforme accentue encore davantage la vigilance à leur égard.

Alors certains auteurs s'y risquent et se demandent si la décision en question n'inaugurerait pas « *un nouveau mouvement* »<sup>133</sup>, celui d'une responsabilisation plus régulière des plateformes d'intermédiation sur le fondement de l'abus de dépendance économique, outil jusqu'alors tombé en désuétude. D'autant que la sanction prononcée à cette occasion s'est révélée bien supérieure à celles prononcées sur le fondement du déséquilibre significatif, en jouant notamment sur la majoration possible du montant de base<sup>134</sup>, selon la taille de l'entreprise<sup>135</sup>. Aussi, comme le remarque M. Quentin SOAVI, « *ces majorations très importantes pourraient donc se multiplier à l'avenir : elles constituent pour l'Autorité un levier permettant d'assurer que les très grandes entreprises sont proportionnellement aussi exposées que les plus modestes au risque financier attaché aux pratiques anticoncurrentielles* »<sup>136</sup>.

Cependant, il ne semble pas que des mesures d'injonction aient été prononcées contre Apple, ce qui est relativement décevant dans la mesure où cette sanction semble beaucoup plus intéressante qu'une simple amende. Effectivement, les injonctions peuvent avoir un aspect pédagogique pour les plateformes de bonne foi, et au moins un aspect handicapant, pénible, pour les plateformes moins vertueuses, qui se retrouvent dans l'obligation

---

<sup>133</sup> D. BOSCO, *L'organisation du réseau de distribution d'Apple sanctionnée par l'Autorité de la concurrence*, Contrats, conc. Consom, Août 2020, n° 8-9.

<sup>134</sup> Prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce.

<sup>135</sup> Cela est possible en vertu de : AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *La méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, communiqué de presse, 30 juil. 2021.

<sup>136</sup> Q. SOAVI, *L'Autorité de la concurrence inflige une sanction pécuniaire record à Apple*, Rev. int. Compliance, Oct. 2020, n° 5.

d'adopter des comportements positifs, et qui non plus simplement à avoir à sortir leur chéquier.

**73. Conclusion du Chapitre 2.** Les acteurs institutionnels, tant internes qu'europeens, n'hésitent plus à mobiliser les nombreux outils offerts par le droit de la concurrence pour responsabiliser les plateformes d'intermédiation à l'égard de leurs partenaires contractuels. La souplesse qu'offre ce droit a ainsi permis la condamnation de nombreuses plateformes d'intermédiation sur ce fondement, avec quelque fois, le prononcé d'amendes records.

Et pourtant, nombreux sont les fervents d'une responsabilisation des plateformes d'intermédiation jugeant que le droit de la concurrence, bien que plutôt efficace, semble à certains égards limité, voire dépassé, face au développement de ces nouveaux acteurs. Si le contentieux augmente, les sanctions notamment sont apparues quelque fois inappropriées.

Du côté des plateformes d'intermédiation, certaines peuvent craindre que le contentieux sur le fondement du droit de la concurrence prenne de l'ampleur et vienne davantage entraver leur liberté d'entreprendre. Il ne faudrait pas non plus tomber dans le raccourci d'une condamnation automatique de la plateforme d'intermédiation. Certains auteurs, dont M. Farid FATAH, soulèvent notamment qu'il « *est nécessaire de veiller à limiter les effets pervers du droit européen, notamment en matière [...] des abus de position dominante, afin que celui-ci n'étouffe pas toute tentative des acteurs européens capables de défier les géants américains* »<sup>137</sup>.

**74. Conclusion du Titre 1.** La protection des partenaires contractuels des plateformes d'intermédiation a justifié que soit engagé, à l'encontre de ces dernières, un processus de responsabilisation. Elles, qui bénéficiaient naguère d'un a priori favorable, se voient désormais épiées tout au long de la relation contractuelle et soumises à des obligations qui leurs sont spécialement destinées.

Également, le droit de la concurrence a été adapté afin d'être mobilisé pour les sanctionner. Certains fondements tombés dans la désuétude se sont même vu accorder une nouvelle opportunité d'application, attestant d'un mouvement où tout semble bon pour encadrer les plateformes d'intermédiation. Bien loin semble le temps, et certainement à juste

---

<sup>137</sup> F. FATAH, *La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes*, Rev. UE, 2020, p.26.



titre, où la plateforme d'intermédiation était considérée comme simple entremetteuse, justifiant de ce fait une responsabilité atténuée.

**75. Transition.** En outre, le processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation ne se limite pas à la relation qu'elles entretiennent avec leurs partenaires contractuels, mais se prolonge également à l'égard de leurs concurrents.

## **TITRE 2 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D'INTERMÉDIATION À L'ÉGARD DE LEURS CONCURRENTS**

**76. Plan.** Le phénomène de responsabilisation des plateformes d'intermédiation s'inscrit deuxièmement dans un objectif de protection de leurs concurrents. L'encadrement ici ne vise plus la relation qu'entretient la plateforme avec son partenaire contractuel, mais celle qu'elle entretient avec ses rivaux. Le rapport apprécié est donc horizontal, c'est-à-dire mettant en relation des opérateurs évoluant sur un marché identique et agissant sur un niveau équivalent de la chaîne économique.

À cette fin, si le droit des pratiques anticoncurrentielles a une nouvelle fois été mobilisé (Chapitre 1), celui-ci s'est heurté à un certain nombre de limites, de telle sorte qu'il est apparu nécessaire de mettre en place un nouvel outil de concurrence, actuellement en discussion (Chapitre 2).

# Chapitre 1 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles

**77. La mobilisation du second versant du droit de l'abus de position dominante.** Encore une fois, le droit des pratiques anticoncurrentielles est mobilisé dans un objectif de responsabilisation des plateformes d'intermédiation<sup>138</sup>. Cependant, le mécanisme utilisé pour protéger leurs concurrents est différent de celui qui avait été utilisé pour protéger leurs partenaires contractuels. En effet, s'il s'agit encore une fois d'un pan du droit de l'abus de position dominante, il n'est plus question ici du mécanisme de l'abus d'exploitation<sup>139</sup>, mais du deuxième versant de ce droit, à savoir le mécanisme de l'abus d'éviction.

**78. L'abus d'éviction.** Également nommé abus de structure, l'abus d'éviction correspond à toute pratique d'une entreprise en position dominante<sup>140</sup> sur le marché<sup>141</sup> qui porte atteinte à la concurrence dans sa structure en elle-même et qui, plus précisément, tente d'évincer un opérateur concurrent. C'est la catégorie d'abus la plus fréquemment constatée et sanctionnée en pratique.

Effectivement, dès lors qu'une entreprise acquiert une certaine liberté du fait de sa position dominante, ce « *Goliath économique* »<sup>142</sup> se doit d'être responsable et de tenir compte de sa puissance vis-à-vis de ses concurrents et des consommateurs. Ce statut particulier lui interdit de ce fait la mise en œuvre de certaines pratiques qui lui seraient éventuellement autorisées, si elle avait détenu une puissance moindre sur le marché. Autrement dit, la position de supériorité qu'elle occupe justifie un encadrement plus strict à son égard par rapport aux autres opérateurs moins influents.

En ce sens, s'il est normal qu'elle puisse livrer bataille avec d'autres opérateurs économiques dans cette conquête de la clientèle, elle ne doit cependant pas s'autoriser tous les comportements. Seule une concurrence par les mérites est admise. Cette notion de

---

<sup>138</sup> Voir *supra* §. 58, p.49.

<sup>139</sup> Voir *supra* §.60, p.51.

<sup>140</sup> Voir *supra* §.60, p.51.

<sup>141</sup> Voir *supra* §. 58, p.50.

<sup>142</sup> M-A. FRISON-ROCHE, J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2022, §. 534, p. 433.

« concurrence par les mérites »<sup>143</sup>, bien que difficilement appréhendable, dès lors qu'elle n'est définie dans aucun texte et qu'elle varie selon l'interprétation qu'en font le juge et les autorités de concurrence, semble pour l'essentiel condamner l'abus, c'est-à-dire le recours à des « moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale »<sup>144</sup>.

**79. Plan.** Le fondement de l'abus d'éviction fait partie des mécanismes éminemment mobilisés par les acteurs institutionnels pour responsabiliser les plateformes d'intermédiation. En effet, ces dernières années ont été marquées par de nombreuses condamnations prononcées à l'égard des plateformes d'intermédiation sur ce fondement. Mais au-delà du mécanisme, ce qui est particulièrement intéressant concerne les abus qui ont été sanctionnés. En effet, si certains appartiennent à la catégorie classique des abus d'éviction (Section 1), d'autres au contraire sont quelque peu innovants (Section 2).

## Section 1 : Une mobilisation classique

**80. Plan.** Traditionnellement, le refus de vente, les ventes liées, les prix discriminatoires, les compressions de marges, ou encore les prix prédateurs, composent la typologie classique des abus d'éviction.

À ce sujet, il a été constaté un processus de condamnation dynamique de ces abus à l'encontre des plateformes d'intermédiation, révélant une forte responsabilisation de ces dernières sur ce terrain. Effectivement, de nombreuses affaires peuvent en attester, dont la série de condamnations à l'encontre de Google (§1) ou encore « les affaires *Booking.com et Amazon* » (§2).

---

<sup>143</sup> Cette notion apparaît pour la première fois dans l'arrêt COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 juillet 1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*, p. I- 3359, pt 70.

<sup>144</sup> TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE, 9<sup>ème</sup> chambre, 10 novembre 2021, T-612/17, *Google Inc. et Alphabet Inc. c/ Commission*, pt 151.

## §1. Les pratiques d'exclusivité et de ventes liées de Google

**81. Les ventes liées dans « l'affaire Google Android »<sup>145</sup>.** Le 18 juillet 2018, la Commission européenne a condamné Google au paiement d'une amende de plus de quatre-milliards d'euros, pour avoir abusé de sa position dominante à l'égard de ses concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation mobile. La position dominante de l'entreprise américaine sur ce marché est certaine, y détenant notamment 96% des parts de marché en 2016.

Parmi les trois pratiques abusives qui sont sanctionnées en une infraction unique par la Commission, l'une d'entre elles l'est du fait de l'existence de ventes liées constitutives d'un abus de position dominante. Effectivement, l'article 102, d) du TFUE condamne le fait de « *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ». Pour qu'une vente liée soit caractérisée, hormis qu'elle doit être le fait d'une entreprise en position dominante sur le marché du produit liant, trois conditions sont nécessaires.

Premièrement, il faut que le produit lié soit distinct et puisse être vendu séparément du produit liant. Deuxièmement, que l'achat du produit liant soit subordonné à l'achat du produit lié. Et enfin, que la pratique ait occasionné un effet anticoncurrentiel.

Or, en l'espèce, la Commission reproche deux ventes liées à Google, puisque l'entreprise conditionne l'octroi de la licence qui permet d'accéder à sa boutique en ligne (*Google Play*) à la pré-installation de son moteur de recherche (*Google Search App*) et de son navigateur internet (*Google Chrome*). Ainsi, la boutique en ligne fait office de produit liant, quand le moteur de recherche et le navigateur font office de produits liés.

Si pour Google, l'éviction de ses concurrents s'explique simplement par une meilleure performance et une plus grande réputation de ses services, ce n'est pas l'avis de la Commission qui estime que la vente liée a conduit au verrouillage du marché. Effectivement, elle tire cette conclusion après avoir notamment démontré l'avantage concurrentiel très important retiré par la plateforme d'intermédiation de la pré-installation du moteur de recherche et du navigateur internet. Pour elle, les utilisateurs trouvent dans celle-ci une telle simplicité que cela les décourage de se tourner vers les concurrents de Google. Autrement dit, « *Google spécule sur la paresse des utilisateurs ou sur l'idée qu'ils*

---

<sup>145</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, déc. AT.40099, 18 juillet 2018, *Google Android*.

*se font d'une installation choisie par le fabricant en raison de sa qualité* »<sup>146</sup>. Il y a donc ici une prise en considération des biais cognitifs par la Commission pour justifier, en partie, la sanction de la plateforme d'intermédiation<sup>147</sup>.

**82. L'abus d'exclusivité dans « l'affaire Google Search (AdSense) »**<sup>148</sup>. Le 20 mars 2019, l'entreprise Google, encore elle, s'est vu infliger une amende de plus d'un milliard d'euros par la Commission européenne, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la publicité en ligne (les parts de marché de l'entreprise américaine sur ce marché étaient estimées à 85 %), en imposant sa plateforme d'intermédiation publicitaire liée aux recherches en ligne aux sites web éditeurs.

En effet, la plateforme imposait, dans les contrats conclus avec ces derniers, des clauses d'exclusivité qui exigeaient des éditeurs un nombre minimum de publicités Google sur les emplacements les plus rentables de leurs pages de résultat de recherche. En outre, d'autres clauses prévoyaient l'obligation pour eux d'obtenir l'accord exprès de Google avant de pouvoir modifier les conditions d'affichage des publicités émises par des concurrents.

Ces pratiques avaient finalement pour effet anticoncurrentiel de contrôler l'attractivité des publicités de ses principaux concurrents, tels Yahoo et Microsoft.

Certains auteurs, comme M. David BOSCO, soulignent cependant la difficulté qu'il y a à appréhender ces clauses d'exclusivité qui « *produisent, en règle générale, des gains d'efficacité qui peuvent contrebalancer leurs effets d'éviction* »<sup>149</sup>.

**83. Transition.** Google n'a pas été la seule plateforme d'intermédiation sanctionnée sur le fondement des abus traditionnels d'éviction, puisqu'Amazon et Booking.com ont également été réprimandées pour leurs pratiques tarifaires litigieuses.

---

<sup>146</sup> C. PRIETO, *Numérique et abus de position dominante*, CDE, mai-juin 2019, n° 3, p. 34-37.

<sup>147</sup> Pour plus d'informations sur la prise en compte des biais cognitifs par le droit, voir J. LOBEL, *La prise en compte des biais cognitifs par le droit des pratiques commerciales*, 2021, Mémoire rédigé sous la direction de Mme Carole AUBERT DE VINCELLES.

<sup>148</sup> COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT. 40411, 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*.

<sup>149</sup> D. BOSCO, *Une troisième amende colossale pour Google en 2 ans*, Contrats, conc. Consom, juin 2019, n° 6.

## §2. Les clauses de parité ou de la « *nation la plus favorisée* »

**84. Les clauses de parité dans « *l'affaire Booking.com* »<sup>150</sup>.** Dans une décision du 21 avril 2015, l'Autorité de la concurrence s'était intéressée aux pratiques tarifaires d'une plateforme en position dominante sur le marché de la réservation hôtelière en ligne, à savoir Booking.com.

Celle-ci, alors la plateforme la plus utilisée par les hôteliers français, insérait dans les contrats conclus avec eux des clauses de parité, c'est-à-dire des clauses qui interdisaient auxdits hôteliers de proposer de meilleures conditions ou de meilleurs tarifs de réservation, à la fois sur d'autres plateformes mais également à leurs clients directement.

Or, cette pratique, qui a plutôt été appréhendée sur le terrain du déséquilibre significatif, avait également pour conséquence d'évincer les sites de référencement concurrents qui ne pouvaient plus se démarquer autrement que par leur renom, leur visibilité et éventuellement leur qualité.

Finalement, l'Autorité de la concurrence a obtenu de la plateforme toute une série d'engagements. Booking.com s'engagea notamment à supprimer lesdites clauses de parité tarifaire, ainsi qu'à ne pas mettre en œuvre des mesures équivalentes à l'égard des plateformes concurrentes, des canaux hors ligne des hébergements, mais aussi vis-à-vis des tarifs non publiés ni commercialisés en ligne proposés par les hôtels.

Il est intéressant de relever que la procédure avait été menée conjointement avec d'autres autorités européennes, à savoir l'autorité italienne et l'autorité suédoise, et que de ce fait, Booking.com s'était engagée de la même manière dans les trois pays.

En outre, dix-huit mois après que les engagements eurent été rendus exécutoires, l'Autorité de la concurrence procéda à un bilan<sup>151</sup>. Si celui-ci n'a pas été très instructif en soit, en raison notamment de la brièveté de la période analysée et du bouleversement de la saison hôtelière par les attentats de 2015 et 2016, l'initiative demeure intéressante dans la mesure où elle atteste de la volonté de l'Autorité d'encadrer les plateformes, et plus encore, de contrôler le respect par elles des engagements qui ont été pris. En faisant cela, elle fait

---

<sup>150</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°15-D-06, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, 21 avr. 2015.

<sup>151</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Bilan de l'efficacité des engagements pris par Booking.com devant l'Autorité de la concurrence*, 9 févr. 2017.

peser sur eux la menace d'un bilan qui, s'il se révèle négatif, entraînera éventuellement des conséquences très négatives pour la réputation de la plateforme.

Si l'Autorité de la concurrence, en l'espèce, s'est fondée sur le droit des pratiques restrictives de concurrence pour sanctionner la plateforme d'intermédiation, comme elle avait notamment pu le faire à l'encontre d'Expédia<sup>152</sup>, elle a cependant relevé avec insistance le risque d'éviction qui pouvait peser sur les concurrents de la plateforme. Un risque que la Commission européenne a également pu soulever et sanctionner, cette fois-ci, sur le terrain de l'abus de position dominante dans « *l'affaire Amazon* ».

**85. Les clauses de la « nation la plus favorisée » dans « l'affaire Amazon »<sup>153</sup>.** À la suite d'une enquête ouverte en 2015, la Commission européenne a condamné Amazon, dans une décision du 4 mai 2017, au respect de certains engagements juridiquement contraignants. La Commission reprochait notamment à Amazon l'insertion, dans ses contrats de distribution de livres numériques, de clauses dites de la « nation la plus favorisée », équivalent des clauses de parité tarifaire vu précédemment.

Ces clauses portaient tout autant sur le prix que sur d'autres éléments, comme le modèle commercial de distribution, le livre numérique ou encore l'action promotionnelle.

Ainsi, l'application de ces clauses avait pour conséquence d'évincer les concurrents de la plateforme d'intermédiation, qui se retrouvaient dans l'impossibilité de la concurrencer efficacement. En outre, la Commission releva des conséquences indirectes à l'encontre des consommateurs, qui bénéficiaient dès lors d'un choix moins large de produits, à des prix plus élevés.

Aussi, elle obtint de la part d'Amazon divers engagements se résumant, pour l'essentiel, à ne plus appliquer lesdites clauses ou des mesures équivalentes, à ne plus les insérer dans leurs futurs contrats, et à permettre aux éditeurs de résilier les contrats contenant ce type de clauses.

**86. La situation actuelle concernant ces clauses.** Pour conclure, une loi du 6 août 2015, dite « *loi Macron* »<sup>154</sup>, a définitivement interdit l'usage de ces clauses de parité tarifaire,

---

<sup>152</sup> Voir *supra*, §. 48, p.43.

<sup>153</sup> COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT.40153, 4 mai 2017, *Clauses de la nation la plus favorisée relatives aux livres numériques et questions connexes*.

<sup>154</sup> La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



puisque désormais le Code du tourisme dispose que « *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* »<sup>155</sup>. De surcroît, le non-respect de cet article est désormais puni d'une amende de trente-mille euros, pouvant être portée, s'il s'agit d'une personne morale, à cent-cinquante-mille euros.

Quant aux institutions européennes, elles ont désormais, à travers la proposition de « *règlement DMA* », vocation à interdire *per se* ce type de pratique.

**87. Transition.** Par conséquent, la responsabilisation des plateformes d'intermédiation est notable sur le fondement traditionnel de l'abus d'éviction. Cependant, la complexité et la diversité de leurs pratiques ont également encouragé les institutions de la concurrence à faire preuve d'originalité dans l'application de ce droit.

## **Section 2 : Une mobilisation innovante**

**88. Plan.** À côté de la mobilisation traditionnelle du droit de l'abus d'éviction, la Commission européenne a également fait preuve d'adaptabilité et d'ingéniosité en sanctionnant sur ce fondement une autre pratique, celle de l'auto-préférence, afin de responsabiliser les plateformes d'intermédiation (§1). En outre, au même titre qu'elle interrogeait les auteurs à propos du mécanisme de l'abus d'exploitation<sup>156</sup>, la question des données sollicite également leur attention sur le terrain de l'abus d'éviction (§2).

### **§1. La pratique d'auto-préférence ou de *self-preferencing***

**89.** « *L'affaire Google Shopping* »<sup>157</sup>. En 2017, Google (décidément... n'en jetez plus, la coupe est pleine !), s'est vu condamner, par la Commission européenne sur le fondement de

---

<sup>155</sup> Article L. 311-5-1 du Code du tourisme.

<sup>156</sup> Voir *supra*, §. 61, p.52.

<sup>157</sup> COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT.39740, 27 juin 2017, *Google Inc. and Alphabet Inc.*

l'article 102 TFUE, au paiement d'une amende de plus de deux milliards d'euros, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche.

La plateforme américaine se voit reprocher un favoritisme à l'encontre de son propre service de comparaison de prix, *Google Shopping*, dans ses résultats de recherche, parallèlement au rétrogradage de ceux de ses concurrents. Son système de comparaison apparaissait en effet en haut de page et dans des emplacements qui faisaient apparaître l'image des produits, quand ceux de ses concurrents, à la suite de l'utilisation de nouveaux algorithmes, se retrouvaient beaucoup plus bas et sans présentation imagée.

La Commission estime que le comportement de Google produit des effets anticoncurrentiels potentiel, dans la mesure où cela pourrait conduire à l'élimination des services de comparaison de prix concurrents, entraînant le cas échéant « *une augmentation des frais pour les commerçants, une hausse des prix pour les consommateurs et une diminution de l'innovation* ». Également, cela réduirait les chances pour le consommateur d'accéder « *aux services de comparaison de prix les plus pertinents* ».

À cette sanction pécuniaire est adjointe une injonction à Google de mettre fin à ses pratiques dans les quatre-vingt-dix jours, sous peine d'astreintes pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires moyen quotidien de la plateforme.

Cette condamnation est surprenante, dans la mesure où l'abus reproché dans cette affaire ne fait pas partie de ceux traditionnellement sanctionnés sur ce fondement. Elle témoigne ainsi d'une application audacieuse du droit de l'abus d'éviction par la Commission européenne, qui ne se cantonne pas aux cadres initialement prévus du droit de la concurrence, pour responsabiliser les plateformes d'intermédiation.

À noter que le Tribunal de l'Union européenne a récemment décidé de rejeter le recours formé par l'entreprise américaine contre cette décision dans une décision du 10 novembre 2021<sup>158</sup>. Il rejette en particulier l'argument de la plateforme qui se prévalait des bénéfices de ses algorithmes, permettant une amélioration des classements et donc une meilleure adéquation aux attentes des internautes. Pour le Tribunal, cela ne suffit pas à caractériser une concurrence par les mérites, les effets négatifs sur la concurrence prévalant sur l'expérience améliorée de certains internautes. Au contraire, le Tribunal semble laisser entendre que le simple fait pour un moteur de recherche d'opérer du favoritisme semble

---

<sup>158</sup> TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE, 9<sup>ème</sup> chambre, 10 novembre 2021, T-612/17, *Google Inc. et Alphabet Inc. c/ Commission*.

abusif, peu importe finalement que les services concurrents aient été rétrogradés via l'utilisation de nouveaux algorithmes<sup>159</sup>.

**90. La commission européenne ouvre une enquête contre certaines pratiques d'Amazon...** Le 10 novembre 2020, la Commission européenne a adressé une communication à Amazon, pour l'informer notamment de l'ouverture à son encontre d'une enquête visant certaines de ses pratiques. En effet, la Commission soupçonne la plateforme-distributeur d'abuser de sa position dominante sur les marchés de détail en ligne, en exerçant un traitement préférentiel de ses offres et de celles des vendeurs sur sa plateforme utilisant ses services de logistique et de livraison, au détriment de ses concurrents qui ne les utiliseraient pas.

Ce favoritisme se matérialiserait vis-à-vis des critères fixés par la plateforme d'intermédiation pour sélectionner le vainqueur d'une « *boîte d'achat* » (« *buy box* »), donnant l'opportunité de proposer des produits aux utilisateurs *Prime* d'Amazon. En effet, cette boîte d'achat octroie au vendeur qui la gagne un bonus de visibilité auprès des clients, dans la mesure où elle met en évidence, sur les sites web d'Amazon, l'offre d'un seul vendeur et qu'elle génère la grande majorité de toutes les ventes.

Cette enquête a ceci d'intéressant qu'elle affiche la vigilance particulière dont font preuve les institutions à l'égard des plateformes-distributeurs. Mme Margrethe VESTAGER disait d'ailleurs que, « *nous devons veiller à ce que les plateformes jouant un double rôle et détenant un pouvoir de marché, comme Amazon, ne faussent pas la concurrence. [...] Avec l'essor du commerce électronique, et Amazon comme principale plateforme dans ce domaine, il est important que tous les vendeurs bénéficient d'un accès équitable et non faussé aux consommateurs en ligne* ».

**91. ...quand l'autorité de concurrence italienne les condamne.** Dans un communiqué du 9 décembre 2021, l'Autorité de la concurrence italienne a infligé à Amazon une amende de plus d'un milliard d'euros sur le fondement de l'abus de position dominante, pour des faits identiques à ceux étudiés à l'instant. Un montant s'expliquant notamment par le fait que plus de 70% des achats de produits électroniques grand public en Italie s'effectue sur Amazon.

---

<sup>159</sup> TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE, 9<sup>ème</sup> chambre, 10 novembre 2021, T-612/17, *Google Inc. et Alphabet Inc. c/ Commission*, pt 178 et 179.

Les concurrents d'Amazon qui n'utilisaient pas le service logistique de la plateforme d'intermédiation, se retrouvaient ainsi exclus de tout un tas d'opportunités qui leurs auraient permis d'accroître leur visibilité auprès des clients, et donc, dans le prolongement, d'augmenter éventuellement leurs ventes. En ce sens, Amazon leur a porté préjudice, puisqu'elle leur ôtait toute possibilité de se présenter comme des fournisseurs de services de qualité comparable. Une stratégie ayant eu pour conséquence d'accroître encore davantage l'écart de pouvoir entre Amazon et ses concurrents sur le marché.

- 92. L'apport du « règlement Platform to Business ».** Aujourd'hui, le « règlement PtoB » devrait aider à la détection de ces pratiques préférentielles, dès lors que les plateformes d'intermédiation sont tenues à une obligation de transparence à l'égard de leurs critères de classement<sup>160</sup>. À ce propos, certains auteurs, comme Mme Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI, anticipent déjà les éventuelles questions qui se poseront autour des cumuls des sanctions et des qualifications, en prévenant notamment que « *tout cela augure de beaux débats sur l'application de l'adage non bis in idem et la détermination des intérêts protégés par chacune des règles* »<sup>161</sup>. Sans doute avait-elle également à l'esprit la prochaine condamnation *per se* de ce type de pratique dans le « règlement DMA »<sup>162</sup>.
- 93. Transition.** À côté de la pratique d'auto-préférence, la question de l'appréhension des données commerciales sur ce fondement interroge également.

## §2. L'appréhension des données commerciales

- 94. L'exploitation par Amazon des données commerciales de ses concurrents.** Le 10 novembre 2020, la Commission européenne a informé Amazon qu'elle enfreignait les règles européennes, et notamment l'article 102 TFUE, en abusant de sa position dominante sur les marchés de détail en ligne à l'encontre de ses concurrents. La Commission européenne reproche notamment à la plateforme-distributeur son utilisation systématique

---

<sup>160</sup> Voir *supra*, §. 15, p.21.

<sup>161</sup> A-S. CHONÉ-GRIMALDI, *Google shopping : confirmation de la condamnation pour abus de position dominante*, JCP E, déc 2021, n° 50, p. 32 à 34.

<sup>162</sup> Voir *infra* §. 110, p.84.

des données commerciales non-publiques desdits concurrents sur sa place de marché, au bénéfice de sa propre activité de vente au détail.

Effectivement, en sa qualité de place de marché, Amazon a accès aux informations commerciales confidentielles des vendeurs présents sur sa plateforme. Sont visées ici des informations sur les vendeurs eux-mêmes, sur leurs produits, ou encore sur leurs transactions sur la place de marché. La Commission en fournit plusieurs exemples, comme « *le nombre d'unités de produits commandées et expédiées, les recettes des vendeurs sur la place de marché, le nombre de visites sur les offres des vendeurs, les données relatives aux expéditions, aux performances passées des vendeurs et à d'autres réclamations des consommateurs sur les produits, notamment les garanties activées* »<sup>163</sup>.

Or, il est reproché à Amazon d'utiliser ensuite ces données dans son activité de détail, notamment pour calibrer ses offres et ses décisions commerciales stratégiques. L'avantage qu'acquiert Amazon sur ses concurrents est donc immense. D'ailleurs, il se pourrait que ce type de pratique ait pour conséquence d'évincer ces derniers, se retrouvant dès lors dans l'incapacité d'innover et de rivaliser avec la plateforme d'intermédiation, cette dernière ayant toujours un coup d'avance sur eux.

C'est le fameux « *effet boule de neige* ». À ce propos, Mme Marie MALAURIE-VIGNAL précise que « *le développement des méthodes de collecte et de l'utilisation des données peut renforcer le pouvoir de marché des entreprises en place : il permet la marginalisation des concurrents plus modestes ayant un accès différencié aux données tandis que l'entreprise qui a accès à des données plus importantes peut offrir de meilleurs services ou produits, qui à leur tour permettent d'attirer davantage d'utilisateurs et de collecter plus de données* »<sup>164</sup>.

Enfin, cela permet également à la plateforme d'économiser l'importante somme d'argent qu'elle aurait eu à investir pour obtenir des renseignements équivalents sur sa clientèle.

## **95. L'utilisation de données commerciales bientôt sanctionnable sur le terrain de l'abus d'éviction ?** Si ce dénouement n'est en rien une évidence, il y a fort à parier qu'il le

---

<sup>163</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique*, communiqué de presse, 10 nov. 2020.

<sup>164</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Comment appréhender les abus et l'utilisation des données dans la relation d'une plateforme avec ses partenaires contractuels ?*: Contrats, conc. Consom, déc. 2020, n° 12.

soit à terme, au regard notamment des précédentes décisions rendues par l'Autorité de la concurrence et du contexte de responsabilisation entourant les plateformes d'intermédiation.

Effectivement, l'Autorité a, par le passé, condamné la SNCF sur le fondement des articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, pour avoir usé, au service de ses intérêts propres, des données stratégiques confidentielles relatives à ses concurrents. L'entreprise ferroviaire française, qui disposait de ces données en sa qualité de gestionnaire déléguée des infrastructures, les utilisait ensuite pour favoriser son activité de transport ferroviaire de marchandises<sup>165</sup>. Une décision similaire a également été rendue par l'Autorité à l'encontre d'EDF<sup>166</sup>. Tout porte à croire que ces solutions seront un jour étendues à l'égard des plateformes.

**96. Conclusion du Chapitre 1.** En conclusion, l'ensemble de ces affaires révèlent une mobilisation importante, par les autorités compétentes en matière de droit de la concurrence, du mécanisme de l'abus d'éviction, afin de responsabiliser les plateformes d'intermédiation les plus puissantes. Que ce soit au moyen d'une mobilisation classique ou plus innovante, nombreuses sont celles qui se sont vu condamner à de lourdes sanctions (Google en particulier a été condamné sur ce fondement au paiement d'une amende totale de plus de huit milliards d'euros), probablement à la hauteur des effets nuisibles engendrés par leur modèle économique.

**97. Transition.** Cependant, si dans un premier temps, le droit de la concurrence s'est révélé un parfait outil de responsabilisation des plateformes d'intermédiation, la fréquence de plus en plus soutenue de son utilisation a, dans un second temps, exposé ses limites face à un secteur en constante mouvance. Sur ce constat, les institutions européennes se sont retrouvées dans l'obligation de réagir, ce qu'elles ont fait, avec l'entrée en vigueur prochaine d'un nouvel outil.

---

<sup>165</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. n° 12-D-25, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, 18 déc. 2012.

<sup>166</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. n° 13-D-20, relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, 17 déc. 2013.

## Chapitre 2 : Un nouvel outil actuellement en discussion

98. **Plan.** Ce mémoire débuta par l'étude du « règlement *PtoB* », mettant à la charge de la plateforme d'intermédiation de nouvelles obligations protectrices de ses partenaires contractuels. Si la création de cet outil attestait d'une volonté de responsabiliser les plateformes d'intermédiation, elle pointait également l'insuffisance des règles encadrant les relations contractuelles de ces dernières.

C'est dans une perspective similaire que le droit européen s'apprête à tenter de pallier les lacunes identifiées du droit de la concurrence (Section 1), avec la mise en place prochaine d'un nouveau règlement resserrant un peu plus l'étau autour des géants du numérique (Section 2).

### Section 1 : L'insuffisance des outils actuels de concurrence

99. **Plan.** Dans un rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, il était notamment fait le constat que, « *si les comportements anti concurrentiels des plateformes structurantes sont déjà en partie appréhendés dans le cadre existant du droit de la concurrence, celui-ci ne permet pas de répondre de manière entièrement satisfaisante aux nouveaux défis concurrentiels posés par ces plateformes* »<sup>167</sup>. Est notamment pointé du doigt l'archaïsme des grilles d'analyse traditionnelles des outils de concurrence (§1) ainsi que leur efficacité (§2).

#### §1. L'archaïsme des grilles d'analyse traditionnelles

100. **Les grilles d'analyse traditionnelles de concurrence.** Pour contrôler les abus de position dominante, les autorités nationales et européennes compétentes en droit de la concurrence ont recours à des grilles d'analyse, pour déterminer la puissance de marché détenue par les opérateurs économiques. Cependant, celles-ci paraissent de plus en plus

---

<sup>167</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE*, mai 2020, p. 39.

obsolètes eu égard aux spécificités de l'économie numérique. C'est le cas en particulier du marché pertinent<sup>168</sup>.

**101. L'exemple probant du marché pertinent.** Pour aider à la détermination du marché pertinent, la Commission européenne a établi, dans une communication de 1997<sup>169</sup>, des lignes directrices fournissant des indications sur la méthodologie à adopter à cette fin.

La commission des affaires économiques en résume les principales lignes, en précisant ainsi que « *la définition doit permettre de retenir en premier lieu un marché de produits, qui s'entend des biens ou services considérés comme substituables pour répondre aux besoins des consommateurs, en raison notamment de leurs caractéristiques, de leur prix et de leur usage. Pour déterminer le marché de produit, un ensemble de méthodes existe, comme des tests d'élasticité croisée. En particulier, les autorités utilisent le SSNIP test (small but significant and non-transitory increase in price), qui permet de simuler une augmentation faible mais significative et non transitoire du prix. Aux côtés des tests économétriques, les autorités utilisent également la méthode du faisceau d'indices pour déterminer le marché pertinent (nature et caractéristiques physiques et matérielles du produit, utilisation du produit et caractéristiques des demandeurs, etc.). La définition doit délimiter en second lieu un marché géographique, qui s'entend du territoire sur lequel les conditions objectives de concurrence relatives au produit ou au service en cause sont, sinon similaires, du moins suffisamment homogènes pour tous les opérateurs économiques* ».

Mais cette approche ne semble pas s'accoutumer aux caractéristiques *sui generis* des plateformes d'intermédiation, et ce, à plusieurs égards.

**102. Les critiques au sujet de la grille d'analyse du marché pertinent.** En premier lieu, le modèle d'affaires des plateformes d'intermédiation, parfois construit essentiellement sur la collecte de données et donc sur la « gratuité », concorde mal avec le prix qui constitue « *l'un des éléments essentiels des analyses menées pour repérer des comportements anticoncurrentiels [...], en particulier, le SSNIP test, qui repose sur les modulations de prix, devient par définition inopérant* »<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Voir *supra* §. 58, p.50.

<sup>169</sup> COMMISSION EUROPEENNE, communication, *La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372, 9 déc. 1997.

<sup>170</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques*, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE, mai 2020, p. 45-46.



Également, le caractère biface, voire multiface, de certaines plateformes d'intermédiation, comme les plateformes-distributeurs, nécessite l'analyse combinée de multiples marchés. Or, cela ne coïncide en rien avec la méthodologie actuelle, qui cible la détermination d'un marché unique. En outre, la substituabilité des biens et services est plus difficilement cernable dans l'environnement numérique, étant donné que « *les frontières du marché ne sont pas aussi claires dans le monde digital que dans la "vieille économie". Elles peuvent évoluer très vite* »<sup>171</sup>.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a pour sa part ajoutée que « *même si l'opérateur dominant n'est pas dominant sur un marché annexe distinct de son cœur d'activité, une appréhension plus large de la position de l'opérateur dominant dans son écosystème peut justifier une entrave à la concurrence* »<sup>172</sup>. Aussi, l'analyse ne peut s'en tenir au marché principal.

Par conséquent, nombreux sont les auteurs voulant que la notion de marché pertinent occupe une place moins importante. En veut pour preuve le rapport « *Competition policy for the digital era* », dit rapport « *CRÉMER* », écrit pour la Commission européenne en 2019<sup>173</sup>, qui propose de privilégier au marché pertinent, l'analyse des préjudices et des stratégies anticoncurrentielles.

**103. Transition.** Au surplus des critiques affectant les grilles d'analyse traditionnelles, les outils même du droit de la concurrence font l'objet d'une remise en cause.

## **§2. La remise en question de leur efficience**

**104. Une efficience principalement débattue à deux égards.** La remise en cause du droit de la concurrence s'établit principalement à deux égards, à savoir la pertinence des sanctions qu'il prévoit, et le temps de son intervention jugé trop long.

---

<sup>171</sup> J. CRÉMER et al., *Competition policy for the digital era*, European Commission, 2019, p. 3.

<sup>172</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE*, mai 2020, p.46.

<sup>173</sup> J. CRÉMER et al., *Competition policy for the digital era*, European Commission, 2019.

**105. L'inadéquation des sanctions.** Au même titre que les sanctions des pratiques restrictives de concurrence interrogent en droit interne<sup>174</sup>, celles prononcées en cas d'abus de position dominante sont fréquemment discutées.

En premier lieu, la nature essentiellement financière de la sanction semble insuffisamment dissuasive à l'égard des plateformes d'intermédiation. Sur la base des résultats financiers de Google en 2021, il a été établi que le chiffre d'affaires annuel de l'entreprise américaine s'élevait à plus de deux cent cinquante-sept milliards d'euros, avec des bénéfices annuels à hauteur de soixante-seize milliards d'euros<sup>175</sup>. Sachant que l'amende la plus élevée prononcée sur le fondement de l'abus de position dominante est détenue par cette dernière et qu'elle s'élève à moins de dix milliards d'euros, il est effectivement possible de douter de la pertinence d'une sanction financière à l'égard des plateformes d'intermédiation les plus importantes, ou du moins, au montant auquel elles sont établies actuellement.

Si cette sanction peut se révéler très handicapante pour certaines plateformes, ce n'est pas le cas des géants du numérique. Dès lors, au lieu de dissuader les plus puissantes d'entre elles, cette sanction financière aboutit finalement à l'effet inverse, c'est-à-dire à renforcer leur position et à favoriser les inégalités sur le marché. Aussi, le droit de la concurrence se montre dans l'impossibilité de contester les positions acquises par celles-ci. L'autorité de la concurrence a notamment admis que « *la complexité technique du secteur, la puissance des effets de réseaux ou le caractère en apparence difficilement contestable de certaines positions dominantes conduisent les autorités à s'interroger sur la meilleure façon de faire évoluer leur analyse et leurs outils pour répondre aux enjeux posés par les plateformes numériques* »<sup>176</sup>.

De surcroît, lorsqu'il est prévu des injonctions à l'encontre des plateformes d'intermédiation, le résultat est souvent jugé insatisfaisant. Le rapport de l'Assemblée nationale à ce sujet prenait en exemple les agissements de Google à la suite de « *l'affaire Google Android* ». Elle explique qu'en « *réaction à la décision de la Commission européenne dans le cadre de l'affaire « Android », Google a annoncé en mars 2019 la mise en place d'un système permettant à l'utilisateur de choisir le navigateur installé par défaut* »

---

<sup>174</sup> Voir *supra* §. 47, p.42.

<sup>175</sup> Chiffres issus du site WebRankInfo : <https://www.webrankinfo.com/dossiers/google/chiffres-cles>.

<sup>176</sup> AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique*, communiqué de presse, 19 févr. 2020, p. 2.

*sur son téléphone, parmi une liste de propositions. Les navigateurs apparaissant dans cette liste sont désignés au moyen d'un système d'enchère bénéficiant au plus offrant [...] (cependant) les enchères organisées pour proposer des moteurs de recherche alternatifs aux utilisateurs d'Android permettent en réalité à Google de faire payer une partie de l'amende à ses concurrents »<sup>177</sup>.*

**106. Un temps d'intervention bien trop long.** Une réalité difficilement contestable est celle d'une économie numérique évoluant beaucoup plus rapidement que l'économie physique. La collecte massive de données et l'usage d'algorithmes très sophistiqués par les plateformes d'intermédiation sont certains des facteurs appuyant notamment ce constat. Pour autant, les textes actuels du droit de la concurrence ne font pas de distinction à ce sujet. Les délais d'enquête et d'instruction sont identiques quel que soit la situation, ce qui rend difficilement conciliable le droit de la concurrence avec l'environnement numérique. L'exemple généralement cité est celui de « *l'affaire Google Shopping* », la plateforme n'ayant été condamnée que sept années après l'ouverture de l'enquête, soit le temps nécessaire pour que la plupart de ses concurrents soient évincés...

La Cour des comptes, à l'occasion d'un référé sur l'action de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF, a tiré la même conclusion en relevant que « *le délai atteint près de cinq ans en moyenne pour l'ensemble des décisions de sanctions de pratiques anticoncurrentielles rendues par l'Autorité de la concurrence (hors décisions de rejet). Il est de six ans pour les cas jugés par l'Autorité après enquête de la DGCCRF* ». Enfin, elle ajoute que pour elle, « *la longueur des délais de traitement résulte avant tout d'un pilotage insuffisant des services d'instruction* »<sup>178</sup>.

**107. Transition.** Aussi, pour tenter d'adapter un droit de la concurrence progressivement dépassé par la prise de pouvoir des plateformes d'intermédiation, plusieurs initiatives ont été prises par les Etats membres de l'Union européenne comme la rédaction de différents

---

<sup>177</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE*, mai 2020, p. 47-48.

<sup>178</sup> COUR DES COMPTES, 14 mars 2019, Référé S2019-0568, sur l'action de l'Autorité de la concurrence et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

rapports<sup>179</sup>, ou encore la création de commissions spécialisées<sup>180</sup>. Mais dans la famille des futurs outils de concurrence qui suscitent le plus d'espoir pour les uns et d'inquiétudes pour les autres, la proposition de règlement Digital Markets Act en constitue l'un des principaux.

## **Section 2 : Le « règlement Digital Markets Act »**

**108. Plan.** Il s'agit de « *la régulation économique la plus importante de ces dernières décennies* ». Voici la conclusion que tire le secrétaire d'Etat français au numérique, M. Cédric O, au lendemain du compromis trouvé entre la Commission européenne et le Parlement européen, le 24 mars 2022, au sujet de la proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, du 15 décembre 2020, aussi appelé *Digital Markets Act* ou « *DMA* »<sup>181</sup>. Ce nouveau texte, dont l'entrée en vigueur est espérée en janvier 2023 et qui promet une responsabilisation toujours plus conséquente des plateformes d'intermédiation (§1), pose également sur la table la question de la mise en place à l'avenir d'un droit spécifique aux plateformes d'intermédiation (§2).

### **§1. Une responsabilisation en amont des contrôleurs d'accès**

**109. Une cible désignée, les contrôleurs d'accès ou *gatekeepers*.** Le « règlement DMA » envisage ainsi de mettre fin aux abus de position dominante des contrôleurs d'accès en leur imposant tout un panel d'obligations et d'interdictions. Selon le texte, trois conditions cumulatives sont nécessaires à la qualification de contrôleur d'accès<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Par exemple, le rapport « CRÉMER » (préc.), le rapport « FURMAN » (J. FURMAN et al., *Unlocking digital competition, Digital Competition Expert Panel*, 2019) ou encore le rapport de l'Inspection générale des finances (INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne*, 2019, sous la supervision de Mme A. PERROT).

<sup>180</sup> Par exemple, la création en 2018 de la « *Competition Law 4.0* » en Allemagne.

<sup>181</sup> Comm. UE, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique [législation sur les marchés numériques], Doc. COM (2020) 842 final, 15 déc. 2020.

<sup>182</sup> Articles 3-1 et 3-2 du « règlement DMA ».

Une entreprise sera considérée comme tel si, premièrement, elle a une incidence sur le marché intérieur. Cela sera notamment présumé si elle réalise « *un chiffre d'affaires annuel dans l'EEE<sup>183</sup> d'au moins 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices ou si sa capitalisation boursière moyenne ou sa juste valeur marchande équivalente s'est élevée à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et qu'elle fournit un service de plateforme essentiel dans au moins 3 États membres* ».

Deuxièmement, si elle « *assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour atteindre les consommateurs finaux* ». Cette condition étant présumée, si l'entreprise « *fournit un service de plateforme essentiel qui a enregistré plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice* ».

Enfin, troisièmement, si l'entreprise « *jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche* », ce qui sera présumé, si elle satisfait aux deux autres conditions durant chacun des trois derniers exercices.

Le choix des critères ne laisse pas de doutes quant aux acteurs qui sont effectivement ciblés par le texte. Aussi, l'objectif est clairement identifié, « *agir vite et efficacement, avant que les comportements abusifs [des GAFAM] n'aient détruit la concurrence* »<sup>184</sup>.

En effet, les contrôleurs d'accès, pour la plupart américains ou asiatiques, disposeraient, du fait de leur position sur le marché européen et de leur soumission à un régime éventuellement plus favorable comparé aux entreprises européennes, du pouvoir d'imposer discrétionnairement leur volonté. Le risque qu'ils représentent justifie donc que soient établis des comportements interdits *per se* et des sanctions en cas de leur non-respect.

**110. L'interdiction *per se* de certains comportements et la mise en place de nouvelles sanctions.** En réaction aux nombreuses condamnations jusqu'alors prononcées à l'encontre des grandes plateformes d'intermédiation, certaines pratiques se voient désormais interdites *per se* par le « *règlement DMA* ». Les pratiques énumérées (« *liste noire* ») pourront dès

---

<sup>183</sup> Espace économique européen (EEE).

<sup>184</sup> Le Monde, L'Union européenne va mieux encadrer les géants du numérique, 25 mars 2022, disponible à l'adresse : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2022/03/25/l-union-europeenne-va-mieux-encadrer-les-geants-du-numerique\\_6119050\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2022/03/25/l-union-europeenne-va-mieux-encadrer-les-geants-du-numerique_6119050_4408996.html).

lors être sanctionnées sans qu'il soit nécessaire au préalable de caractériser une affectation du marché. À titre d'exemple, l'article 6 impose désormais aux géants du numérique de ne plus « *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 applique des conditions équitables et non discriminatoires à ce classement* ». L'article semble ici interdire les pratiques de *self-preferencing*, autrefois reprochées à Google ou Amazon<sup>185</sup>.

Également, l'article 5 prévoit que le contrôleur d'accès doit permettre « *aux entreprises utilisatrices de proposer les mêmes produits ou services aux utilisateurs finaux par l'intermédiaire de services d'intermédiation en ligne tiers à des prix ou conditions différents de ceux qui sont proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès* ». Cet article semble donc interdire définitivement les clauses de parité tarifaire qui avaient permis à Booking.com d'évincer ses concurrents et d'exploiter ses partenaires contractuels<sup>186</sup>. Ce mécanisme constituera un gain de temps énorme pour la Commission européenne qui sera en mesure de devancer les géants du numérique. Également, il sera un facteur de prévisibilité pour les plateformes, qui auront connaissance en amont des pratiques qui leurs seront interdites.

Du côté des sanctions, certaines nouveautés sont notables. Ainsi, il est prévu un pouvoir d'enquête beaucoup plus efficace au profit de la Commission, puisque les délais avant une possible prise de décision correctrice ont été largement raccourcis. Le défaut de rapidité précédemment critiqué se retrouverait ainsi corrigé. Quant aux sanctions en elles-mêmes, le texte prévoit notamment la possibilité de prononcer une amende ne pouvant excéder 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédent, ou encore la possibilité de recourir à des mesures provisoires.

**111. L'inquiétude des géants.** Mais l'entrée en vigueur de ce nouvel outil de concurrence donne également des sueurs froides aux plateformes d'intermédiation. Aussi, les premières réactions étaient très attendues. Certains géants ont ainsi tenu à faire part de leurs craintes. Apple notamment s'est dit « *préoccupé* » par « *certaines dispositions [qui] créeront des vulnérabilités inutiles en matière de confidentialité et de sécurité pour nos utilisateurs, tandis que d'autres nous interdiront de faire payer la propriété intellectuelle dans laquelle*

---

<sup>185</sup> Voir *supra* §. 89, p.73.

<sup>186</sup> Voir *supra* §. 84, p.70.

*nous investissons beaucoup* »<sup>187</sup>. Google pour sa part s'inquiète de l'éventuel impact qu'aura le texte sur sa liberté de création.

La mise en place d'un dispositif de liste fait également peser le risque d'une application littérale du texte, sans qu'il ne soit fait de balance avec les effets concurrentiels éventuellement bénéfiques de la pratique.

**112. Une ambition freinée ?** L'idée de la mise en place d'un outil encore plus contraignant avait un temps été envisagé, celui du « *new competition tool* ». Celui-ci aurait notamment permis aux autorités compétentes en matière de concurrence d'intervenir auprès des plateformes les plus puissantes, sans qu'aucune infraction ne soit constatée à leur égard. Cependant, l'idée aurait finalement été écartée en raison d'une disproportion de la mesure, eu égard notamment à la liberté d'entreprendre des plateformes d'intermédiation.

Également, les algorithmes des plateformes d'intermédiation sont une nouvelle fois épargnés par le texte, probablement pour des raisons de propriété intellectuelle ou de secret des affaires. Un silence notamment regretté par M. Frédéric MARTY, qui souligne que « *l'opacité des algorithmes de classement et des conditions d'affichage des offres à l'écran est d'autant plus dommageable que le classement sur le moteur de recherche a une importance déterminante en matière de choix de consommation de l'internaute, et donc d'accès au marché pour le vendeur* »<sup>188</sup>.

**113. Transition.** Aussi, la création en chaîne de nouveaux outils de responsabilisation des plateformes invite à se demander s'il ne serait pas davantage judicieux, à l'avenir, de réfléchir à la création d'un droit spécifique aux plateformes.

---

<sup>187</sup> Propos transmis à l'Agence France-Presse (AFP), et transmis sur le site Le point : [https://www.lepoint.fr/economie/gafam-l-ue-parvient-a-un-accord-pour-encadrer-le-marche-numerique-25-03-2022-2469546\\_28.php](https://www.lepoint.fr/economie/gafam-l-ue-parvient-a-un-accord-pour-encadrer-le-marche-numerique-25-03-2022-2469546_28.php).

<sup>188</sup> F. MARTY, *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante - Réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, Sciences Po OFCE Working paper n° 31, 2018, p. 9.

## §2. Les prémisses d'un droit des plateformes ?

**114. Le DMA ou un droit des pratiques commerciales du numérique ?** « *S'agit-il encore de droit de la concurrence ? Assurément, il n'est plus vraiment question de droit antitrust, tant la logique évoque surtout une liste de comportements interdits* »<sup>189</sup>. Le DMA se révèle d'ailleurs sévère à l'encontre du droit de la concurrence qu'il considère incapable d'encadrer les géants du numérique. Mais alors, qu'est-ce que le « *règlement DMA* » ? Une brèche dans la mise en place prochaine d'un droit des plateformes ? Rien n'est moins sûr.

Aujourd'hui, il apparaît que ce nouvel outil préventif de concurrence s'appliquera en complément plutôt qu'en remplacement du droit curatif de l'abus de position dominante. Aussi, et au même titre qu'une référence directe au « *règlement PtoB* » avait été intégrée à l'article L. 442-1, III du Code de commerce, réprimant les pratiques restrictives de concurrence, il ne serait pas étonnant qu'un pont soit créé entre le « *règlement DMA* » et l'article L. 420-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code commerce, réprimant les abus de position dominante.

**115. Les éventuels inconvénients d'un droit des plateformes.** Certains auteurs, comme M. Daniel FASQUELLE, s'opposent fermement à l'idée de la création d'un droit spécial des plateformes. Pour l'essentiel, il considère que cela émietterait encore davantage la règle de droit qui perdrait *de facto* en lisibilité. Également selon lui, le numérique, étant présent à tous les stades de l'économie, il ne peut pas en constituer une branche spécifique et être contrôlé par une autorité particulière, sans que cela ne crée des conflits générateurs d'insécurité juridique. Au contraire, il privilégierait l'application principale du droit de la concurrence, adapté le cas échéant, et complété éventuellement par d'autres outils de complément<sup>190</sup>. Il semblerait d'ailleurs que ce soit le chemin pris par les institutions européennes avec le « *règlement DMA* ».

**116. Les éventuels avantages d'un droit des plateformes.** Les secteurs du numérique et des plateformes d'intermédiation évoluant si rapidement, le droit de la concurrence, pour être efficient, nécessiterait une adaptation en continu, coïncidant ainsi en une perte de

---

<sup>189</sup> J-C. RODA, *Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique*, Comm. com. électr, n° 10, oct. 2021.

<sup>190</sup> D. FASQUELLE, *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. Consom, 2019, dossier 11.



prévisibilité et de stabilité de ce droit. Il serait dès lors préférable d'isoler un droit des plateformes, par principe instable, qui n'impacterait plus le droit de la concurrence.

En outre, il est évident que la création successive d'outils de concurrence, qui se surajoutent les uns aux autres, va présenter à terme, si ce n'est déjà le cas, certaines difficultés. Effectivement, il apparaît de plus en plus complexe pour les plateformes d'intermédiation de se repérer au milieu de tous ces textes. Il serait cocasse et regrettable que certaines d'entre elles se retrouvent sanctionnées à cause de l'illisibilité du droit qui les encadre. En outre, la superposition des outils pose inévitablement la question de leur articulation et du cumul des sanctions qu'ils prévoient. Or, de telles interrogations ne se poseraient pas, ou dans une moindre mesure, si un droit des plateformes venait à être créé.

**117. Conclusion du Chapitre 2.** L'identification de nombreuses insuffisances du droit de la concurrence, au regard notamment de ses grilles d'analyse ou de son efficacité réelle, a invité le législateur européen à chercher des alternatives. L'entrée en vigueur prochaine du « règlement DMA » propose ainsi de compléter le droit de l'abus de position dominante (sans en constituer un mécanisme à part entière), en encadrant *ex ante* les contrôleurs d'accès par l'interdiction *per se* de pratiques, pour certaines déjà identifiées par le passé. Cependant, l'ajout successif de nouveaux outils de concurrence interroge également sur l'éventualité d'une mise en place à terme d'un droit spécifique aux plateformes.

**118. Conclusion du Titre 2.** En conclusion, si le droit de la concurrence s'est révélé un outil propice à la responsabilisation des plateformes d'intermédiation, certaines de ses limites ont encouragé la réflexion autour de la mise en place de nouveaux outils, parmi lesquels, le « règlement DMA ». Partagés entre la mobilisation fructueuse mais en perte de vitesse du droit de la concurrence et la création d'un droit spécifique aux plateformes, la Commission européenne et le Parlement européen semblent ainsi avoir coupé la poire en deux, avec l'entrée en vigueur prochaine de ce texte.

Dans tous les cas et dans le prolongement de la responsabilisation des plateformes d'intermédiation au regard de leurs partenaires contractuels, celles-ci se voient également soumises à de nombreuses obligations dans le rapport qu'elles entretiennent avec leurs concurrents.

## CONCLUSION FINALE

**119.** L'avènement des plateformes d'intermédiation constitue sans nul doute l'un des sujets préoccupant le plus les autorités internes et européennes. Que ce soit au regard de leurs caractéristiques *sui generis* ou de leurs pratiques, elles se distinguent par des évolutions autant porteuses d'espoir que d'inquiétudes.

En faveur notamment de ses algorithmes et de la collecte massive de données (*Big Data*), lui permettant de personnaliser précisément ses offres et d'atteindre un maximum d'utilisateurs, la plateforme d'intermédiation aura su maximiser les possibilités offertes par Internet. Aussi, surfant sur l'innovation et profitant de l'attentisme des autorités de régulation, certaines d'entre elles ont progressivement acquises des positions culminantes sur le marché, tant est si bien qu'il est finalement apparu indispensable de les encadrer.

Sur ce constat, un processus de responsabilisation des plateformes d'intermédiation s'est enclenché. À l'égard du rapport entretenu entre la plateforme d'intermédiation et les professionnels, qu'ils soient partenaires contractuels ou concurrents, le droit de la concurrence a largement été mobilisé. Tantôt dans sa forme classique, tantôt de manière innovante, ce droit s'est révélé un parfait outil transitoire de régulation.

Oui mais voilà, le secteur du numérique étant à ce point mouvant, l'adaptation d'un droit conçu à l'origine pour encadrer le commerce physique ne semble plus suffire. C'est pourquoi, de nouveaux outils ont été créés pour responsabiliser cette fois-ci spécifiquement les plateformes d'intermédiation. Si ces derniers sont présentés comme complémentaires du droit déjà existant, il semble de plus en plus plausible, qu'à terme, ils s'en détacheront pour former une branche spécifique.

Mais quelle qu'en soit la forme, la tendance est belle et bien à la responsabilisation toujours plus grande des plateformes d'intermédiation à l'égard des professionnels.

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux

F. BUY, M. LAMOUREUX, J-C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2019.

M-A. FRISON-ROCHE, J-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2022.

## Thèses et ouvrages spéciaux

ASSEMBLEE NATIONALE, *Les acteurs du e-commerce*, Groupe de suivi des conséquences économiques du deuxième confinement, 1<sup>er</sup> déc. 2020.

ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les plateformes numériques, présenté par V. FAURE-MUNTIAN et D. FASQUELLE*, mai 2020.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Bilan de l'efficacité des engagements pris par Booking.com devant l'Autorité de la concurrence*, 9 févr. 2017.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *L'Autorité publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence face aux enjeux posés par l'économie numérique*, communiqué de presse, 19 févr. 2020.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *La méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, communiqué de presse, 30 juil. 2021.

COMMISSION EUROPEENNE, communication, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe* (COM(2016)0288) et le document de travail des services de la Commission qui l'accompagne (SWD(2016)0172), 25 mai 2016.

COMMISSION EUROPEENNE, communication, *La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372, 9 déc. 1997.

COMMISSION EUROPEENNE, *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de*

*vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique*, communiqué de presse, 10 nov. 2020.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Rapport annuel*, 2001.

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, 2008.

J. CRÉMER et al., *Competition policy for the digital era*, European Commission, 2019.

DGCCRF, *Assignment de Google et Apple pour des pratiques commerciales abusives*, communiqué de presse, n°391, 14 mars 2018.

DGCCRF, *Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF*, communiqué de presse, 18 déc. 2017.

J. FURMAN et al., *Unlocking digital competition*, Digital Competition Expert Panel, 2019.

J. LOBEL, *La prise en compte des biais cognitifs par le droit des pratiques commerciales*, 2021, Mémoire rédigé sous la direction de Mme Carole AUBERT DE VINCELLES.

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES, *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne*, 2019.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Programme de travail sur le commerce électronique, 25 sept. 1998.

## **Articles juridiques**

C. AUBERT DE VINCELLES, *Droit européen des contrats - Chronique de droit européen des contrats (1er janv. 2019 – 31 déc. 2019)*, Contrats, conc. Consom, juil. 2020, chron. 1.

V. BEAUMEUNIER, *Réforme du titre IV du livre IV du code de commerce : le regard de la DGCCRF*, RLC, N° 86, 1<sup>er</sup> sept. 2019.

C. BONNET, *L'affaire Expédia : le rejet du déséquilibre significatif par la Cour de cassation*, Dalloz actualité, 1<sup>er</sup> sept. 2020.

D. BOSCO, *L'organisation du réseau de distribution d'Apple sanctionnée par l'Autorité de la concurrence*, Contrats, conc. Consom, Août 2020, n° 8-9.

D. BOSCO, *Nouvelle décision contre Google suspecté d'abuser des éditeurs de presse*, Contrats, conc. Consom, juin 2020, n°6.

D. BOSCO, *Une troisième amende colossale pour Google en 2 ans*, Contrats, conc. Consom, juin 2019, n° 6.

D. CARDON, *Culture numérique*, Les Presses de Sciences-Po, 2019.

E. CLAUDEL, *Numérique : le droit de la concurrence français à l'offensive*, RTD Com. 2020 p.806.

S. CHAUDOUET, *Au tour d'Amazon de passer sous les fourches caudines du déséquilibre significatif*, Lettre distrib. sept. 2019.

A-S. CHONÉ-GRIMALDI, *Google shopping : confirmation de la condamnation pour abus de position dominante*, JCP E, déc 2021, n° 50, p. 32 à 34.

X. DELPECH, *À la une - Concurrence - Invalidation de clauses imposées par une plateforme de réservation hôtelière pour déséquilibre significatif*, JT 2020, n°233.

X. DELPECH, *Quel droit pour les plateformes numériques*, Dalloz actu étudiant, 7 oct. 2021.

X. DELPECH, *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, sept. 2021.

D. FASQUELLE, *Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique*, Contrats, conc. Consom, 2019, dossier 11.

F. FATAH, *La souveraineté à l'ère du numérique : enjeux stratégiques pour l'État français et les institutions européennes*, Rev. UE, 2020, p.26.

M.-A. FRISON-ROCHE, *Réguler les entreprises cruciales* : D. 2014, p. 1556.

J. GAYRARD, *Le déséquilibre significatif est sanctionné même s'il profite (prétendument) au consommateur : Amazon condamnée à 4 millions d'euros d'amende*, Comm. com. Electr, déc. 2019, n° 12.

G. LOISEAU, *Le règlement Platform to Business*, Comm. com. électr, juil. 2020, n° 7-8.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Comment appréhender les abus et l'utilisation des données dans la relation d'une plateforme avec ses partenaires contractuels ?*: Contrats, conc. Consom, déc. 2020, n° 12.

M. MALAURIE-VIGNAL, *La Cour suprême mondiale de Facebook : co-régulation ou défaite des États ?* : Contrats, conc. Consom, oct. 2020, n° 10.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Sanction des pratiques contractuelles des géants du numérique*, Contrats, conc. Consom, juil. 2020, n° 7.

F. MARTY, *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante - Réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, Sciences Po OFCE Working paper, 2018, n° 31.

N. MATHEY, *Le déséquilibre significatif dans les relations de plateforme*, Contrats, conc. Consom, nov. 2019, n° 11.

C. PRIETO, *Numérique et abus de position dominante*, CDE, mai-juin 2019, n° 3, p. 34-37.

J-C. RODA, *Google contraint de négocier avec les éditeurs de presse : la loi sur les droits voisins croise l'abus de position dominante*, Gaz. pal. juin 2020, p. 26.

J-C. RODA, *Un an de droit de la concurrence dans l'univers numérique*, Comm. com. électr, n° 10, oct. 2021.

Q. SOAVI, *L'Autorité de la concurrence inflige une sanction pécuniaire record à Apple*, Rev. int. Compliance, Oct. 2020, n° 5.

S. ZINTY, *Fasc. 1210 : droit commun des plateformes numériques – Le déroulement de la relation entre la plateforme et les usagers*, JCl Contrat-Distribution, 1<sup>er</sup> nov. 2019.

### **Arrêts, jugements, décisions, avis**

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, avis N°19-D-01, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux, 15 janv. 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°19-DCC-65, relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, 17 avr. 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°15-D-06, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, 21 avr. 2015.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°19-D-26, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, 19 déc. 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N°10-D-30, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet, 28 oct. 2010.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 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, 9 avr. 2020.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. N° 20-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, 16 mars 2020.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. n° 12-D-25, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, 18 déc. 2012.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, déc. n° 13-D-20, relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, 17 déc. 2013.

COMMISSION EUROPÉENNE, déc. AT.40099, 18 juillet 2018, *Google Android*.

COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT. 40411, 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*.

COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT.40153, 4 mai 2017, *Clauses de la nation la plus favorisée relatives aux livres numériques et questions connexes*.

COMMISSION EUROPEENNE, déc. AT.39740, 27 juin 2017, *Google Inc. and Alphabet Inc.*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, 5 août 2015.

COUR D'APPEL DE PARIS, 4<sup>ème</sup> chambre, 16 mai 2018, n° 17/11187, *Système U*.

COUR D'APPEL DE PARIS, 4<sup>ème</sup> chambre, 21 juin 2017, n° 15/18784, *Expedia*.

COUR D'APPEL DE PARIS, 7<sup>ème</sup> chambre, 8 octobre 2020, n° 20/08071, *Droits voisins*.

COUR D'APPEL DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 25 janvier 2005, CT0175.

COUR DE CASSATION, civile, Chambre commerciale, 8 juillet 2020, 17-31.536, Publié au bulletin, *FS-P+B*.

COUR DE CASSATION, civile, Chambre commerciale, 5 mai 2009, 08-11.672, Inédit, *Sté DWC c/ Sté eBAy Europe, Sté eBay France*.

COUR DE CASSATION, Chambre commerciale, 12 octobre 1993, 91-16.988 91-17.090, Publié au bulletin.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 13 février 1979, n°85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes*.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 16 septembre 2008, C-468/06 à C-478/06, *GlaxoSmithKline*.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 juillet 1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*.

COUR DES COMPTES, 14 mars 2019, Référé S2019-0568, sur l'action de l'Autorité de la concurrence et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 septembre 2019, n° 2017/050625, *Amazon*.

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 15<sup>ème</sup> chambre, 28 mars 2022, n°2018/017655, *Google Play*.

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 1<sup>ère</sup> chambre, 13 septembre 2011, *Dimitech c/ Pixmania*.

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS, 8<sup>ème</sup> chambre, 10 février 2021, n°2020035242, *Oxone Technologies / Google*.



TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE, 9<sup>ème</sup> chambre, 10 novembre 2021, T-612/17,  
*Google Inc. et Alphabet Inc. c/ Commission.*

## **Dictionnaire**

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2016.

## **Sitographie**

Site du Blogdumodérateur : <https://www.blogdumoderateur.com/>.

Site de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) :  
<https://www.insee.fr/fr/accueil>.

Site Le Monde : <https://www.lemonde.fr/>.

Site de WebRankInfo : <https://www.webrankinfo.com/>.

Site Le Point : <https://www.lepoint.fr/>.

# INDEX

*Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes*

## A

*Abus d'éviction, 60, 77 et s., 110*  
*Abus d'exploitation, 60 et s., 110*  
*Abus de dépendance, 68*  
*Abus de position dominante, 60 et s., 77 et s.*  
*Algorithme, 15, 26, 106, 112, 119*  
*Amazon, 5, 6, 37 et s., 66, 85, 90, 94, 110*  
*Apple, 65, 69*

## B

*Biais cognitifs, 81*  
*Booking.com, 48, 84, 110*

## C

*Clause de la dernière chambre disponible, 48*  
*Clause de parité (ou clause de « la nation la plus favorisée »), 41, 48, 84 et s., 110*  
*Commerce électronique, 2, 3*  
*Concurrence intra-marque, 69*  
*Concurrence par les mérites, 78, 89*  
*Concurrent, 8, 9, 76 et s.*  
*Conditions générales, 14 et s., 34, 41*  
*Conditions inéquitables, 63*  
*Contrat d'adhésion, 41*  
*Contrôleur d'accès (ou gatekeeper), 109*  
*Cumul, 92, 116*

## D

*Déséquilibre significatif, 35 et s., 84*  
*Digital Markets Act, 7, 86, 92, 108 et s.*  
*Donnée, 5, 6, 8, 15, 24, 26, 48, 66, 94 et s., 106, 119*

*Droit des plateformes, 7, 114 et s.*

## E

*eBay, 5, 52*  
*Exclusivité, 82*  
*Expedia, 48*

## G

*Google, 5, 6, 48, 63, 81, 82, 89, 105 et s., 110*

## I

*Internet, 1, 119*

## L

*Liberté :*  
*- commerciale, 68*  
*- contractuelle, 55*  
*- de création/d'innovation, 111*  
*- d'entreprendre, 27, 58, 73*  
*- de négociation, 16, 41*

*Loi de police, 35*

## M

*Marché pertinent, 58, 101 et s.*  
*Moteur de recherche, 6, 11, 81, 89*

## N

*Name and shame, 46*  
*New competition tool, 112*

## **O**

*Obligation d'information, 14 et s.*  
*Obligation de motivation, 19*

## **P**

*Partenaire contractuel, 8, 9, 10 et s., 110*  
*Pixmania, 53*  
*Place de marché, 6, 37 et s.*  
*Plateforme-distributeur, 5, 6, 90*  
*Pratiques anticoncurrentielles, 47, 58 et s., 77 et s.*  
*Pratiques restrictives de concurrence, 11, 31 et s.*  
*Préavis, 16, 19, 36, 50 et s.*  
*Prix excessifs, 65*  
*Publicité en ligne, 63, 82*

## **R**

*Règlement « PtoB », 6, 7, 11 et s., 30, 36, 92, 114*  
*Responsabilité particulière, 63*  
*Révolution numérique, 1*  
*Rupture brutale, 50 et s.*

## **S**

*Sanctions, 17, 36, 46 et s., 56, 72, 86, 95, 105 et s., 110*  
*Self-preferencing (ou pratique d'auto-préférence), 89 et s., 110*  
*Services d'intermédiation en ligne, 6, 11*  
*Système de règlement des litiges, 20*

## **T**

*Traitement discriminatoire, 63, 68, 80, 110*  
*Transparence, 11 et s., 23 et s., 63, 92*

## **V**

*Ventes liées, 81*

# TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	5
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....	6
SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION.....	9
<b>TITRE 1 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D’INTERMÉDIATION À L’ÉGARD DE LEURS PARTENAIRES CONTRACTUELS .....</b>	<b>19</b>
<b>Chapitre 1 : Une responsabilisation par la transparence et l’équité.....</b>	<b>20</b>
<b>Section 1 : La création de nouvelles obligations protectrices du partenaire contractuel .....</b>	<b>21</b>
<b>§1. Une responsabilisation essentiellement par l’information .....</b>	<b>21</b>
<b>§2. Des obligations additionnelles à la charge des plateformes d’intermédiation .....</b>	<b>24</b>
<b>Section 2 : Une responsabilisation palliant un déséquilibre manifeste .....</b>	<b>25</b>
<b>§1. L’alignement au rapport PtoB de certaines règles existantes .....</b>	<b>25</b>
<b>§2. Une responsabilisation insuffisante ? .....</b>	<b>27</b>
<b>Chapitre 2 : La mobilisation du droit de la concurrence .....</b>	<b>31</b>
<b>Section 1 : La mobilisation du droit des pratiques restrictives de concurrence.....</b>	<b>31</b>
<b>§1. Une responsabilisation en amont eu égard à leurs conditions générales .....</b>	<b>33</b>
A. Le déséquilibre significatif dans les relations avec les partenaires contractuels.....	33
B. Une mobilisation remarquée dans le « <i>jugement Amazon</i> ».....	36
1. <i>La caractérisation des différentes conditions</i> .....	36
2. <i>La mise en perspective des clauses litigieuses avec l’étude globale du contrat</i> .....	40
3. <i>Le prononcé d’une amende record</i> .....	41
<b>§2. Une responsabilisation en aval eu égard à la brutalité de la rupture contractuelle ....</b>	<b>46</b>
A. L’émergence d’un contentieux sur ce fondement .....	47
B. Les inquiétudes suscitées par le fondement .....	49
<b>Section 2 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles.....</b>	<b>50</b>
<b>§1. L’abus d’exploitation ou la responsabilisation des géants du numérique .....</b>	<b>52</b>
A. La sanction de certaines pratiques.....	54

B. Des pratiques au centre des attentions.....	57
<b>§2. L’abus de dépendance économique ou le regain d’attrait pour un outil suranné .....</b>	<b>58</b>
A. Un outil s’offrant une nouvelle jeunesse.....	60
B. Les limites et potentiels de l’outil .....	62
<b>TITRE 2 : LA RESPONSABILISATION DES PLATEFORMES D’INTERMÉDIATION À</b>	
<b>L’ÉGARD DE LEURS CONCURRENTS .....</b>	<b>66</b>
<b>Chapitre 1 : La mobilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles.....</b>	<b>67</b>
<b>Section 1 : Une mobilisation classique.....</b>	<b>68</b>
§1. Les pratiques d’exclusivité et de ventes liées de Google .....	69
§2. Les clauses de parité ou de la « nation la plus favorisée ».....	71
<b>Section 2 : Une mobilisation innovante .....</b>	<b>73</b>
§1. La pratique d’auto-préférence ou de self-preferencing.....	73
§2. L’appréhension des données commerciales .....	76
<b>Chapitre 2 : Un nouvel outil actuellement en discussion .....</b>	<b>79</b>
<b>Section 1 : L’insuffisance des outils actuels de concurrence .....</b>	<b>79</b>
§1. L’archaïsme des grilles d’analyse traditionnelles .....	79
§2. La remise en question de leur efficience .....	81
<b>Section 2 : Le « règlement Digital Markets Act ».....</b>	<b>84</b>
§1. Une responsabilisation en amont des contrôleurs d’accès.....	84
§2. Les prémisses d’un droit des plateformes ?.....	88
<b>CONCLUSION FINALE .....</b>	<b>90</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>91</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>98</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>100</b>