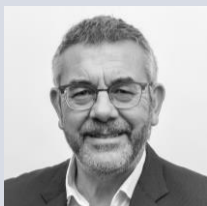


Les nouvelles technologies, la concurrence et la réglementation

par
Pierre Garelo



Pierre Garelo est Professeur d'économie à Aix-Marseille Université (AMSE) où il co-dirige un Master d'économie du droit. Il est éditeur du *Journal des économistes et des études humaines* (www.degruyter.com/view/jeeh) et Président de l'Institute for Economic Studies – Europe (www.ies-europe.org)



Protéger le consommateur et protéger la concurrence

Par nouvelle technologie, j'entends ici l'Internet, la possibilité de collecter des données en quantités énormes (big data) et l'exploitation de ces données par des algorithmes et ce que l'on appelle l'Intelligence Artificielle (IA). Ces nouvelles technologies ont eu et vont continuer d'avoir un impact énorme sur nos vies, sur la manière dont nous interagissons les uns avec les autres, sur la diffusion des connaissances. Cela a ouvert la porte à d'immenses progrès dans tous les domaines de notre vie : santé, éducation, art et sciences, nutrition, divertissement, transport, etc.

Je n'ai ni la connaissance ni le temps d'explorer tous ces changements et je voudrais me concentrer sur les changements que ces technologies ont déclenchés sur le fonctionnement des marchés. Mais même cela serait un sujet bien trop large pour notre discussion et je vais le réduire à l'impact sur les marchés d'un nouveau modèle d'affaires parfois appelé « plateforme » et, plus particulièrement ces entreprises que le régulateur européen a baptisé du nom de « gatekeepers ». Je parle bien sûr des GAFAM. Mais j'inclus aussi des plateformes telles qu'eBay, Airbnb, Bookings, etc. L'idée d'une entreprise-plateforme n'est pas nouvelle : nous avons depuis longtemps des centres commerciaux, des catalogues La Redoute ou Manufrance, mais les nouvelles technologies ont donné un nouveau visage à ce modèle d'affaires.

Plus précisément, je veux aborder les questions suivantes : dans quelle mesure ces « nouveaux modèles d'entreprise » doivent-ils être réglementés et comment ? Le législateur et les autorités des marchés, en particulier la Commission européenne, ont déjà répondu à la première question par un « OUI » très clair. Nous sommes tous familiers avec le RGPD, le Règlement général sur la protection des données. Mais nous avons aussi à présent le *Digital Service Act* et, plus récemment, le *Digital Market Act* pour réguler ces entreprises.

Ce n'est certainement pas la première fois que les législateurs et les gouvernements imposent de nouvelles règles aux acteurs du marché. En fait, l'histoire de telles réglementations a des milliers d'années ! Typiquement, la justification avancée pour imposer de nouvelles



contraintes aux entreprises – limitant donc davantage leur liberté – est que les consommateurs doivent être protégés contre certaines pratiques commerciales adoptées par les « gros acteurs du marché », ceux qui bénéficient d'une position dominante. La pratique la plus souvent ciblée dans l'histoire de la réglementation a sans doute été la spéculation qui est réputée entraîner une augmentation artificielle et inutile des prix au détriment des clients/consommateurs.

Une autre justification, liée à la précédente, est qu'il est impératif de « protéger la concurrence », parce que la concurrence bénéficie aux consommateurs et aux citoyens à long terme. Pour cela le régulateur devra s'assurer que le marché n'est à aucun instant « monopolisé ».

Ces objectifs – protéger les citoyens et protéger la concurrence – valent la peine d'être poursuivis. La thèse que je désire défendre est que *la réglementation n'est pas la bonne stratégie* pour atteindre ces objectifs. Et peut-être encore moins lorsqu'il s'agit des plateformes du numérique.

Bien comprendre ce qu'est la concurrence : les marchés vs le marché

Évidemment, le point de vue que je souhaite défendre est contre-intuitif et va certainement à l'encontre de l'opinion générale, mais aussi de l'opinion de la plupart des économistes et juristes. Alors, qui de nous se trompe ? Qui commet une erreur de logique ? Je pense que personne ne commet une telle erreur. Si nos opinions divergent, c'est parce que nos points de départ, d'une certaine manière, sont différents. Ma compréhension du fonctionnement du marché et de ce qu'est la concurrence est différente de la leur. Et cela explique qu'ils favorisent systématiquement la régulation et la réglementation alors que je ne le fais pas. Voyons cela de plus près.

Beaucoup d'économistes comprennent l'économie comme constituée de nombreux « marchés » : le marché des voitures, le marché des bananes, le marché du pain, le marché des médicaments, et ainsi de suite. Lorsqu'il enseigne à ses étudiants, le professeur d'économie traditionnel va au tableau et trace une courbe d'offre et une courbe de



demande, demandant aux étudiants d'imaginer que nous analysons « un marché donné », disons le marché des cigarettes. Et, à partir de ce point de départ, il essaie d'expliquer comment ce marché fonctionne. Il continue ensuite à expliquer que diverses situations doivent être distinguées en fonction du nombre de producteurs – ici, les cigarettiers – qui opèrent sur ce marché. D'où la distinction entre marché de monopole, de duopole, d'oligopole, etc. Enfin, il définit la concurrence comme une situation dans laquelle de nombreux producteurs opèrent sur « le marché » de telle sorte qu'aucun d'entre eux n'a un quelconque pouvoir sur les prix.

Cette manière de comprendre le fonctionnement d'une économie n'est pas sans mérite, mais elle néglige des points importants. On peut même dire qu'elle néglige l'essentiel. Du moins si ce que vous souhaitez comprendre est *la dynamique* du marché. Ou, pour utiliser la terminologie d'Adam Smith, comment certaines nations deviennent riches tandis que d'autres restent pauvres.

Il y a une autre façon de comprendre le fonctionnement d'une économie et c'est l'école autrichienne qui l'a élaborée au siècle dernier en s'appuyant sur les avancées des économistes classiques. Qu'elle est-elle ? Pour commencer, ces économistes prennent un point de départ différent pour essayer de comprendre l'économie. Ils définissent le marché différemment.

Le marché n'est pas principalement là où l'offre rencontre la demande (sauf si on se réfère au lieu physique : la place du marché où se rencontrent acheteurs et vendeurs). « Le marché » est le nom qu'ils donnent à un ensemble très complexe et sophistiqué d'échanges, d'actes de coopération en tout genre. Ils utilisent donc le terme dans le sens commun du terme que l'on retrouve dans des expressions telles que : « laissons le marché au lieu de l'État le faire ... » ou « le système de marché », ou encore « l'économie de marché ». En d'autres termes, le marché est maintenant défini comme l'ensemble des interactions qui se développent spontanément dès que certaines règles sont établies et respectées. Et ces règles nous les connaissons ; il s'agit des *règles de propriété*. Dès lors que notre société définit et respecte les règles de la



propriété et du contrat, un processus dynamique se développe, et le marché fait partie, une partie importante, de cette dynamique.

Ainsi, les participants au marché n'ont pas d'autre choix que de respecter certaines règles. Et la propriété et le contrat ne sont pas les seules règles qu'ils doivent suivre. Ils sont également, comme tout citoyen, tenus de respecter les règles de responsabilité. C'est le domaine du droit de la responsabilité civile : vous ne devez pas nuire aux autres. Pour résumer, pour les économistes de l'école autrichienne – et j'ajouterai pour la plupart des économistes classiques – le marché est (une partie de) ce que l'on obtient une fois que les règles du droit privé sont opérationnelles.

Bien sûr, et cela est important pour notre discussion, le droit est une institution vivante. Comme le marché, il évolue parce que les modes d'interaction évoluent d'où naissent conflits et désaccords que le droit doit trancher.

Concurrence et liberté

Pour en revenir au marché, l'une de ses caractéristiques importantes est que ses résultats sont imprévisibles. Ce qui est prévisible, ou en tous les cas devrait l'être, c'est le respect de certaines règles, généralement acceptées mais néanmoins évolutives : les règles du droit privé. Et c'est tout ! Pour le reste, l'évolution du marché est entièrement laissée à la créativité, à l'imagination des participants au marché. Ils peuvent faire tout usage qu'ils estiment approprié de la liberté que leur confèrent les règles de propriété.

En suivant ce point de départ, nous nous éloignons de la définition traditionnelle du marché comme le lieu où l'offre et la demande se rencontrent (le fameux graphique en forme de ciseaux que le professeur a dessiné au tableau). Dans la vraie vie, que faut-il produire et pour répondre à quelle demande est *précisément ce que l'on doit découvrir*. Tel est le défi quotidien de « l'entreprise » : trouver de nouvelles façons, meilleures que les existantes et que celles des concurrents, de satisfaire les nombreuses aspirations de nos concitoyens.



A présent que nous avons clarifié ce que nous entendons par « système de marché » (il serait plus exact de parler d'ordre marchand), nous pouvons revenir sur le concept de concurrence. Ce sera rapide. Rappelez-vous que, dans l'approche traditionnelle, la concurrence se matérialise si et seulement si nous avons un grand nombre de producteurs impuissants, comme de nombreux cigarettiers sur le marché des cigarettes. Mais, si vous voyez le marché comme le processus qui se développe dès que le droit privé est effectif, la concurrence est quelque chose de différent. La concurrence devient simplement un autre mot pour « la liberté ». Tant que les participants au marché sont libres de produire ce qu'ils veulent (sans violer bien sûr les règles du droit privé), la concurrence est à l'œuvre. Ainsi, la seule chose qui peut arrêter ou entraver la concurrence sont les privilèges accordés par l'État ; privilèges qui empêchent les participants au marché de concourir. Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que jusqu'au XIX^{ème} siècle un « monopole » s'entendait d'une situation dans laquelle une entreprise, ou un groupe d'individus, s'est vue octroyée un privilège par le souverain ; privilège qui prive les autres citoyens de la liberté d'offrir les mêmes services ou le mêmes produits...

Une intervention dommageable des autorités

Nous avons donc deux façons de comprendre ce qu'est le marché (ou ce que sont les marchés) et ce qu'est la concurrence. En quoi cela impacte-t-il notre opinion sur la nécessité de réglementer les marchés sur lesquels opèrent les géants des nouvelles technologies ?

Le lien est le suivant. Lorsque la dynamique « d'un marché » semble pauvre, c'est-à-dire, lorsque les innovations sur ce marché sont rares et marginales et/ou qu'aucune nouvelle entreprise n'entre sur le marché, la vision « orthodoxe » du marché – celle qui définit le marché comme lieu de rencontre entre une offre et une demande –, vous souffle à l'oreille que les consommateurs gagneraient sûrement à l'arrivée de nouveaux producteurs. Cela « raviverait la concurrence ». Et de nombreux modèles mathématiques viennent corroborer votre opinion.



Une intervention, extérieure au droit privé, pourrait donc améliorer la situation des consommateurs et des concurrents potentiels.

Les législateurs qui ont introduit le droit moderne de la concurrence (avec la loi du Sénateur Sherman de 1890) partageaient cette opinion – qui, je le rappelle est bien ancienne – selon laquelle nous pouvons et nous devons, de manière discrétionnaire, limiter les libertés des participants au marché au-delà des limites déjà fixées par le droit commun. Au nom de « l'efficacité », tel contrat de fusion ou d'acquisition sera donc interdit, tel autre contrat de distribution sera tenu pour nul car abusif, ou telle entreprise sera scindée en plusieurs entités contre le souhait de ses propriétaires. On a même vu des réglementations fixer les prix dans des transactions privées (les frais d'interchange pour les cartes bancaires, par exemple).

Ces restrictions nouvelles à la liberté qu'impose le droit de la concurrence afin de garder des marchés « concurrentiels » et protéger les consommateurs ont-elles atteint leurs objectifs ? Il est difficile de le dire. Certes, les autorités des marchés peuvent se targuer d'avoir ici démantelé un méchant cartel (téléphonie mobile en France, pour citer un exemple) et là partiellement ouvert à la concurrence le marché des pièces détachées automobiles ou celui des capsules pour notre Nespresso du matin, mais cela ne suffit pas à dresser un bilan global de ces interventions. À côté de ce que l'on voit il y a ce que l'on ne voit pas, ainsi que le rappelait Frédéric Bastiat, et lorsque ce que l'on voit est plaisant, ce que l'on ne voit pas est probablement déplaisant. Surtout en matière de réglementation. Et il ne s'agit pas là d'un *a priori* mais plutôt de la traduction concrète d'une bonne compréhension de la dynamique du marché.

Le législateur et le régulateur interviennent de fait sur la base d'une comparaison entre la situation qui prévaut à un moment donné sur le marché (le nombre d'entreprises en concurrence pour fournir tel produit ou tel service, les « parts de marché » de ces entreprises, les marges réalisées par les entreprises, etc.) et une situation qu'ils imaginent et qui devrait donner selon eux de meilleurs résultats (plus de concurrents, moins de pouvoir pour l'entreprise dominante, des prix



plus bas, une meilleure qualité, etc.) Ils font – parfois sans le savoir – ce que l’on appelle en science économique « de la statique comparative » (et la modélisation se prête bien à cet exercice). Ce faisant ils font fi de la dynamique du marché, passée et future. Prendre en compte la dynamique du passé c’est, entre autres, s’interroger sur la façon dont les entreprises ont pu obtenir une position dominante. Question qu’ils semblent rarement se poser... Prendre en compte la dynamique du futur c’est tout simplement admettre son ignorance ! Qui aurait pu deviner ce que nous a amené la fantastique innovation du Nespresso ? Il n’y a pas simplement eu des entreprises qui proposèrent de commercialiser des capsules compatibles avec la machine Nespresso, ce sont aussi les dosettes Senseo, les percolateurs et machines à broyer qui se sont démocratisés, etc. Et toutes ces innovations n’avaient pas besoin du régulateur. Juste de liberté¹.

Lorsque l’on comprend le marché comme une procédure de découverte et la concurrence comme un expression de la liberté, les interventions du régulateur paraissent bien présomptueuses. Elles ne sont pas d’ailleurs sans rappeler les nombreuses politiques industrielles que nos gouvernements ne cessent de remettre au goût du jour. Comme s’ils savaient dans quelle direction aller pour trouver les bonnes solutions en matière d’énergie ou de transport. La réalité est qu’ils n’en savent rien (pas plus que moi), mais cela ne les empêche pas de taxer les citoyens afin de pouvoir subventionner les industries de leur choix. Et tant pis si cet argent venait à manquer pour financer d’autres projets.

Face aux plateformes, les législateurs et « autorités du marché » ont fait le choix de plus de coercition

Pour en revenir aux plateformes, les régulateurs du marché ont dans un premier temps été pris de court. Les outils qu’ils utilisaient traditionnellement pour réguler, pour justifier leurs interventions, sont

¹ Même dans notre monde moderne¹, ce sont souvent des privilèges octroyés par le législateur qui freinent la concurrence ; le droit de la propriété intellectuelle (brevets, dessins et modèles...) étant sans doute l’une des barrières majeures.



de toute évidence inadaptés pour apprécier l'efficacité de ces nouveaux modes d'affaires. A titre d'illustration, le droit de la concurrence ne peut s'appliquer à un cas concret sans une définition préalable du « marché pertinent ». On ne peut, par exemple, décider si telle entreprise abuse d'une position dominante sans avoir précisé les limites de « son marché ». Or, avec les plateformes il devient impossible de dire de quel marché il s'agit. Quant aux abus ils sont difficiles à mettre en évidence dès lors qu'une bonne partie des usagers de la plateforme ne paie aucun prix...

Loin d'être admiratifs face à ces nouveaux « écosystèmes » qui bouleversent (en bien, puisque nous restons libres de ne pas les utiliser) notre façon de satisfaire nos besoins, les régulateurs, avec la bénédiction des législateurs et des gouvernements, avaient deux options : revoir à la baisse leurs prétentions de contrôler l'évolution des marchés et s'en remettre un peu plus au droit privé qui fournit un cadre général et place des bornes à ne pas dépasser pour les acteurs du marché ou, à l'opposé, renforcer leurs contrôles. Comme l'on ne change pas la nature d'un régulateur, il a bien entendu opté pour la seconde route ; route qui, accessoirement, renforce ses pouvoirs. Et c'est ainsi qu'après le RGDP nous avons vu apparaître la « réglementation sectorielle » avec les directives DSA et DMA.

Ce choix est regrettable pour les raisons mentionnées ci-dessus : il repose sur une mauvaise compréhension de la dynamique des marchés (qui a vu arriver TikTok et qui avait prévu son évolution ?). Qui plus est, il est susceptible de ralentir le progrès et de pénaliser les entreprises européennes. Enfin, et c'est peut-être le plus regrettable, il fragilise un peu plus encore l'État de droit, puisque ces nouvelles règles du jeu ne s'appliquent qu'à des entreprises bien précises.



Conclusion

Je ne prétends pas que nous n'avons rien à craindre des nouvelles technologies. Il ne faut pas être naïf et les GAFAM ne sont certes pas des anges. Je suggère d'utiliser les outils du droit privé pour traiter ces problèmes. Les droits privés des différentes juridictions sont en concurrence. Rien de mieux pour trouver la juste règle que de laisser ce grand laboratoire effectuer patiemment son travail.