

Au-delà de la taille : repenser les effets des plateformes sur la concurrence au travers de la distorsion des marchés

Jennifer A. Quaid

Professeure associée et vice-doyenne à la recherche, département de Droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa

Les plateformes dans la réforme de la concurrence

Les opérateurs de plateformes, les marchés en ligne et les « portiers » du monde numérique, définis de quelconque [manière](#), sont-ils des éléments disruptifs bénéfiques ou alors des agents nocifs de distorsion?

Aux yeux du droit de la concurrence, les deux réponses peuvent être vraies selon la conduite et les circonstances. Or, il est indéniable que l'arrivée et la croissance de certaines plateformes a progressivement soulevé des questions concernant les effets économiques découlant de l'adoption des pratiques commerciales qui caractérisent ce modèle d'affaires, dont les effets de réseau, les marchés multifaces, l'accès aux données et leur contrôle.

Le rythme auquel différents pays entament des réformes à leurs régimes de droit de la concurrence varie. L'Union européenne est en tête du peloton vu de la perspective des textes législatifs adoptés, notamment la [législation sur les marchés numériques \(le DMA\)](#). Du côté des États-Unis, un sextuor de projets de loi a été présenté au Congrès en 2021, dont le [Senate Bill 2992](#), l'*American Innovation and Choice Online Act*, qui ont pour but de moderniser le droit antitrust afin de limiter le pouvoir des plateformes. Bien que les efforts législatifs aient ralenti, la Federal Trade Commission (FTC) et l'Antitrust Division du Department of Justice (DOJ) ont tout de même fait quelques poussées grâce au [décret-loi](#) du président Biden, menant à une [enquête publique conjointe](#), en 2022, sur la modernisation des lignes directrices en matière de fusions.

Lorsqu'on compare le Canada à ses pays pairs, on remarque un retard dans l'élaboration de principes directeurs et de règles destinées à adapter le droit de la concurrence aux défis posés par l'importance croissante des marchés numériques dominés par les données, notamment dans le comportement des plateformes. Une réforme préliminaire a été promulguée en juin 2022 dans le cadre du [projet de loi C-19](#), un projet de loi omnibus sur le budget, la première modification à la *Loi sur la concurrence* en 13 ans. Proposée dans le but de mieux refléter dans la *Loi* la transformation numérique de l'économie intervenue depuis 2009, les changements incluent une interdiction des prix partiels et l'ajout de nouveaux facteurs à considérer dans l'évaluation du caractère anticoncurrentiel d'agissements des entreprises dominantes ou de fusion des entreprises, tels que les effets de réseau, les effets hors prix comme ceux affectant le choix, la qualité et la protection des renseignements personnels des consommateur·trice·s, en plus des conséquences sur la nature et la portée des innovations, et le renforcement de la position sur le marché des principales entreprises en place.

Ces références directes à des attributs du capitalisme technoscientifique ont toutefois peu de chances de produire des résultats palpables jusqu'à ce qu'une réforme subséquente et plus substantielle de la *Loi sur la concurrence* ne soit arrêtée. On s'attend, sans avoir d'échéancier précis, à ce que celle-ci commence au courant de l'année prochaine, une fois que le gouvernement ait pu analyser les commentaires reçus dans le cadre une [consultation publique](#) à propos la modernisation de la *Loi sur la concurrence* ayant conclu le 31 mars dernier.

Les décideurs politiques canadiens sont en retard dans l'élaboration de règles visant un petit nombre d'énormes plateformes, alors que d'autres autorités de la concurrence [reconnaissent l'importance de la compatibilité](#) des régimes pour mettre en œuvre ce qu'ils considèrent comme un effort collectif nécessaire à un contrôle du pouvoir des géants multinationaux du numérique. Le défi est d'intégrer ces nouveaux modèles d'affaires aux méthodes existantes d'analyse du préjudice concurrentiel. Bien que beaucoup aient naturellement tendance à voir les agissements des plateformes comme des comportements unilatéraux d'un acteur dominant, il est difficile, en vertu du droit actuel, d'intenter des recours en abus de position dominante contre eux. Les cas d'abus sont très rares au Canada. L'application des règles hautement techniques aux plateformes pose un défi considérable, étant donné qu'il faut à la fois prouver qu'une plateforme est « dominante » et qu'elle a eu des comportements abusifs qui ont causé des dommages quantifiables soit au concurrent, soit à la concurrence dans le marché (cette dernière possibilité est un ajout datant de 2022).

Bien que la trajectoire des réformes canadiennes sur l'abus de position dominante ne soit pas encore claire, [elle pourrait suivre](#) les efforts de réforme d'autres pays qui ont changé leur perspective sur le préjudice concurrentiel des entreprises « dominantes » en distinguant clairement les plateformes géantes des autres plateformes, selon des mesures disponibles et quantifiables comme la part de marché, le volume de commerce, le nombre d'utilisateurs ou la capitalisation boursière. Lorsque les plateformes qui remplissent ces critères usent de certaines pratiques comme l'autopréférence et l'application de politiques d'accès restrictives, ce comportement est traité soit comme un danger en soi (sans preuve de préjudice) soit comme un danger présumé, auquel cas une preuve du contraire pourrait l'exonérer.

Si l'idée que nous devons avoir dans le collimateur les comportements des plateformes géantes fait presque unanimité, il reste que ces règlements *ex ante* fondés sur la taille érodent un principe fondateur de l'école classique économique : qu'on ne devrait pas présumer que la part de marché ou la taille absolue confère un pouvoir économique. Un fer de lance des critiques de la réforme sur la concurrence est que la gouvernance des plateformes repose, du moins partiellement, sur la présomption que les grandes entreprises sont plus nocives, un argument autour duquel s'est mobilisé l'opposition à une réforme de la concurrence en général.

Distorsion du marché

Je crois donc, considérant cette situation, que d'autres avenues régulatrices *ex ante* devraient être explorées pour encadrer ces comportements des plateformes qui demeurent fidèles à

l'esprit des principes économiques entérinés dans la loi sur la concurrence. Il n'est peut-être pas idéal de rattacher la régulation purement à la taille. En échange, la logique sous-jacente de l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses (créatrices de distorsions du marché) pourrait être un point de départ pour cerner les comportements des plateformes qui briment ou interfèrent avec la rivalité concurrentielle qui se produirait naturellement.

Les pratiques commerciales trompeuses engendrent des distorsions dans le marché en permettant à ses acteurs malhonnêtes ou négligents d'exploiter l'entente selon laquelle leur contrepartie (consommateur, fournisseur, etc.) peut s'attendre à de l'information fiable et précise. Sans ce lien de confiance et, par conséquent, de dépendance, il serait beaucoup plus difficile et coûteux de tromper.

Cette attente d'une transparence suffisante à la prise de choix éclairés et rationnels est une condition nécessaire à l'existence d'une économie de marché. Lorsque ce lien de confiance est brisé, la distorsion du marché qui en résultera aura deux effets nocifs pour l'efficacité allocative globale (la capacité des marchés à encourager un usage efficace de ressources limitées).

Le premier effet est celui sur les consommateur·trice·s, qui vont soit payer plus cher ou recevoir des biens et services inférieurs, car iels ont été induits en erreur par rapport à un élément important.

Le deuxième effet est que le degré de concurrence des acteurs honnêtes du marché sera amoindri. Le tort que cela leur causera est double. D'abord, ils ne pourront pas courtiser la clientèle dans un environnement où cette clientèle fait des comparaisons éclairées. Ainsi, les entreprises honnêtes perdent des parts de marché, ne peuvent plus continuer de participer au marché, ou doivent se résigner à abandonner leurs efforts pour le percer ou y prendre expansion. L'autre conséquence est intangible et générale : la perte de confiance envers les mécanismes du marché causée par le libre cours de la tricherie ou de la négligence. En réponse, les entreprises honnêtes pourraient soit se retirer du marché, soit être incitées à participer aux comportements trompeurs qui ont donné un avantage aux tricheurs. Dans ce dernier cas, les acteurs du marché s'en porteraient mieux au dépit des consommateur·trice·s (et du marché même), qui sont encore moins capables de discerner quels produits ou services leur conviendraient le mieux.

Il existe des précédents d'approche punitive envers les plateformes ayant des pratiques commerciales trompeuses. L'exemple le plus notoire est le [Stipulated Order](#) de la FTC contre Facebook en 2019, lorsqu'il fut révélé que Facebook n'avait pas informé ses utilisateurs de ses ententes de partage de données avec de tierces parties. Des récriminations du même acabit, portées envers Facebook par le Bureau de la concurrence au sujet de ses utilisateur·trice·s canadien·ne·s, ont été [régérées](#) en 2020. Si ces deux affaires sont classées parmi les réussites règlementaires à l'égard des plateformes, la décision canadienne est courte et peu loquace quant au raisonnement qui les a menées à appliquer les mesures de pratiques commerciales trompeuses, outre les allégations évidentes d'avoir dupé les utilisateur·trice·s.

Ma proposition serait de construire, à partir du concept de distorsion du marché, un principe fondateur pour étendre la portée de l'interdiction jusqu'à inclure d'autres formes de comportements des plateformes au-delà de ce qu'a pu être considéré d'ordinaire comme un comportement trompeur.

Est-ce que la notion de distorsion du marché peut servir de fondation à une analyse robuste des effets des plateformes sur la concurrence?

L'interdiction des pratiques commerciales trompeuses pénalise les comportements unilatéraux d'un acteur du marché (peu importe sa taille ou son pouvoir économique) lorsqu'on présume que ce comportement crée une distorsion des interactions entre l'offre et la demande.

Ce cadre offre des avantages vis-à-vis des réglementations fondées sur la taille des plateformes. Le plus évident d'entre eux est la foule d'activités promotionnelles et publicitaires tombant dans la définition conventionnelle de pratiques commerciales trompeuses que ces plateformes mettent en œuvre.

Ensuite, comme beaucoup de plateformes opèrent dans un environnement d'affaires caractérisé par des marchés multifaces, ils pourraient être visés simultanément par le souci de protéger les consommateur·trice·s et les entreprises qui respectent les règles. Au delà de ces effets dans le marché, examiner les conditions et les fonctionnalités qui permettent aux plateformes de faire fi des fondements du lien de confiance ouvre un espace conceptuel de réflexion sur les leviers novateurs que les plateformes trouveront pour utiliser abusivement ou déloyalement les asymétries d'information, ainsi qu'aux nouveaux modèles d'affaires émergeant autour de la récolte, l'analyse et le partage des données.

Enfin, outre l'évitement des pièges que pose le critère de la taille, cette approche satisfait deux considérations importantes des autorités canadiennes. D'abord, les règles actuelles permettent la mise en œuvre d'une telle mesure sans attendre la deuxième phase de la réforme sur la concurrence. Deuxièmement, elle cadre bien avec le mandat central du Bureau de la concurrence (promouvoir la concurrence au Canada). Le Bureau de la concurrence ne sera que renforcé par un cadre se concentrant sur la distorsion des marchés plutôt que la taille des plateformes, car il pourra concentrer ses ressources limitées à des enquêtes concernant ce qui se passe au Canada et aux consommateur·trice·s canadien·ne·s, permettant un examen approfondi des distorsions causées par les entreprises canadiennes qui pourraient autrement passer sous le radar en raison de leur plus petite taille. Une réglementation ciblée permet également au Canada de contribuer aux efforts internationaux de gouvernance des plateformes à l'intérieur des bornes de ses capacités institutionnelles et de son statut géopolitique de puissance intermédiaire dépendante du commerce.