

**L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE
FACE AU DROIT PUBLIC
DROIT DE LA CONCURRENCE
4 MAI 2017 UNINE**

**DR PRANVERA KËLLEZI, LL.M.
AVOCATE AU BARREAU DE GENÈVE**

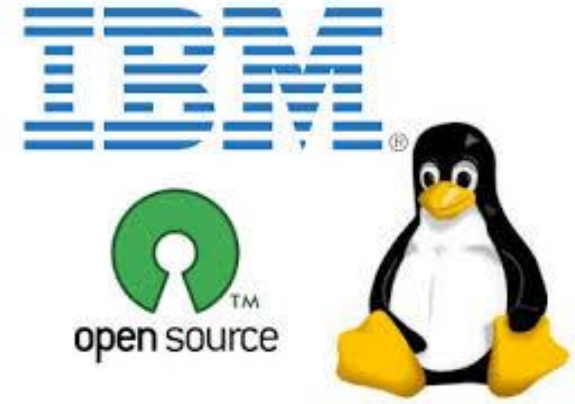
PLAN

- L'économie collaborative comme modèle économique
- Régulation économique vs droit de la concurrence
- Application du droit de la concurrence à l'économie collaborative

CONCEPT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

- Une notion ouverte en évolution constante
- Différents modèles et philosophies de consommation
- Réseau ou communauté de consommateurs, de producteurs, d'investisseurs, de création commune ou de partage des connaissances
 - Consommation – partage de la propriété, location, échange, don
 - Production et création commune, partage de connaissances – logiciels open source
 - Investissement – crowdfunding
- Type d'innovation d'organisation – nouveaux modèles de business (business model) qui mettent en relation particuliers ou entrepreneurs grâce aux plateformes digitales
- Financement privé, public ou mixte. But lucratif ou non lucratif, payant ou gratuit

EXEMPLES DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE



DÉFINITION DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

Communication de la Commission européenne, COM(2016) 356 final du 2 juin 2016

Un agenda européen pour l'économie collaborative

«Aux fins de la présente communication, le terme «économie collaborative» désigne des modèles économiques où des plateformes collaboratives qui créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées facilitent des activités. L'économie collaborative fait intervenir trois catégories d'acteurs:

- i) des prestataires de services, qui partagent des actifs, des ressources, du temps et/ou des compétences — il peut s'agir de personnes privées qui proposent des services sur une base occasionnelle («pairs») ou des prestataires de services qui interviennent à titre professionnel («prestataires de services professionnels»);
- ii) des utilisateurs de ces services; et
- iii) les intermédiaires qui mettent en relation — via une plateforme en ligne — les prestataires et les utilisateurs et qui facilitent les transactions entre eux («plateformes collaboratives»).

Les transactions réalisées dans le cadre de l'économie collaborative n'entraînent généralement pas de transfert de propriété et peuvent avoir un caractère lucratif ou non lucratif.»

NB: le TFUE donne des compétences à l'UE en matière économique seulement. D'où la nécessité de délimiter le champs de la communication

CONCEPT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017

Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique

- Pas de définition, propositions de concepts appréhendant les différents cas de figure de l'économie collaborative
- Définition 1 - Cette définition se limite aux particuliers mettant à disposition d'autrui des biens ou des prestations pendant un laps de temps limité, contre rémunération ou à titre gracieux (consommateur à consommateur [C2C] ou de pair à pair [P2P]). Exemple, la location d'une chambre de particulier à particulier par l'intermédiaire du site Airbnb.
- Définition 2 - Cette définition inclut les offres de prestataires professionnels portant sur des biens qui ne sont pas destinés en même temps à un usage personnel (business-to-consumer, B2C), en plus des offres [C2C] ou [P2P]. Exemple, le site de réservation en ligne Booking.com. Concept retenue par le rapport du CF.

NB: différence avec le droit de l'UE, situation interne, pas de limitation de compétences.

CONCEPT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

FTC (USA) staff report, Novembre 2016

The “Sharing” Economy - Issues Facing Platforms, Participants & Regulators

- Pas de définition
- Se concentre sur les plateformes qui facilitent l'échange des participants

“Over the past few years, disruptive innovation by peer-to-peer platforms, such as Uber, Lyft, and Airbnb, has been altering the landscape of sectors such as for-hire transportation and short-term lodging. These platforms, collectively dubbed the “sharing economy” by many observers, establish marketplaces that enable transactions between numerous suppliers (who frequently are individuals or small entities) and consumers. These platforms, and the parties transacting on them, are capitalizing on the widespread adoption of internet and smartphone technology and significantly reshaping how products and services are provided. They have brought substantial benefits to consumers and suppliers alike, while challenging incumbents who have traditionally served those sectors.”

CONCEPT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

Australian Competition and Consumer Commission (Deloitte/Access Economics)

The sharing economy and the Competition and Consumer Act

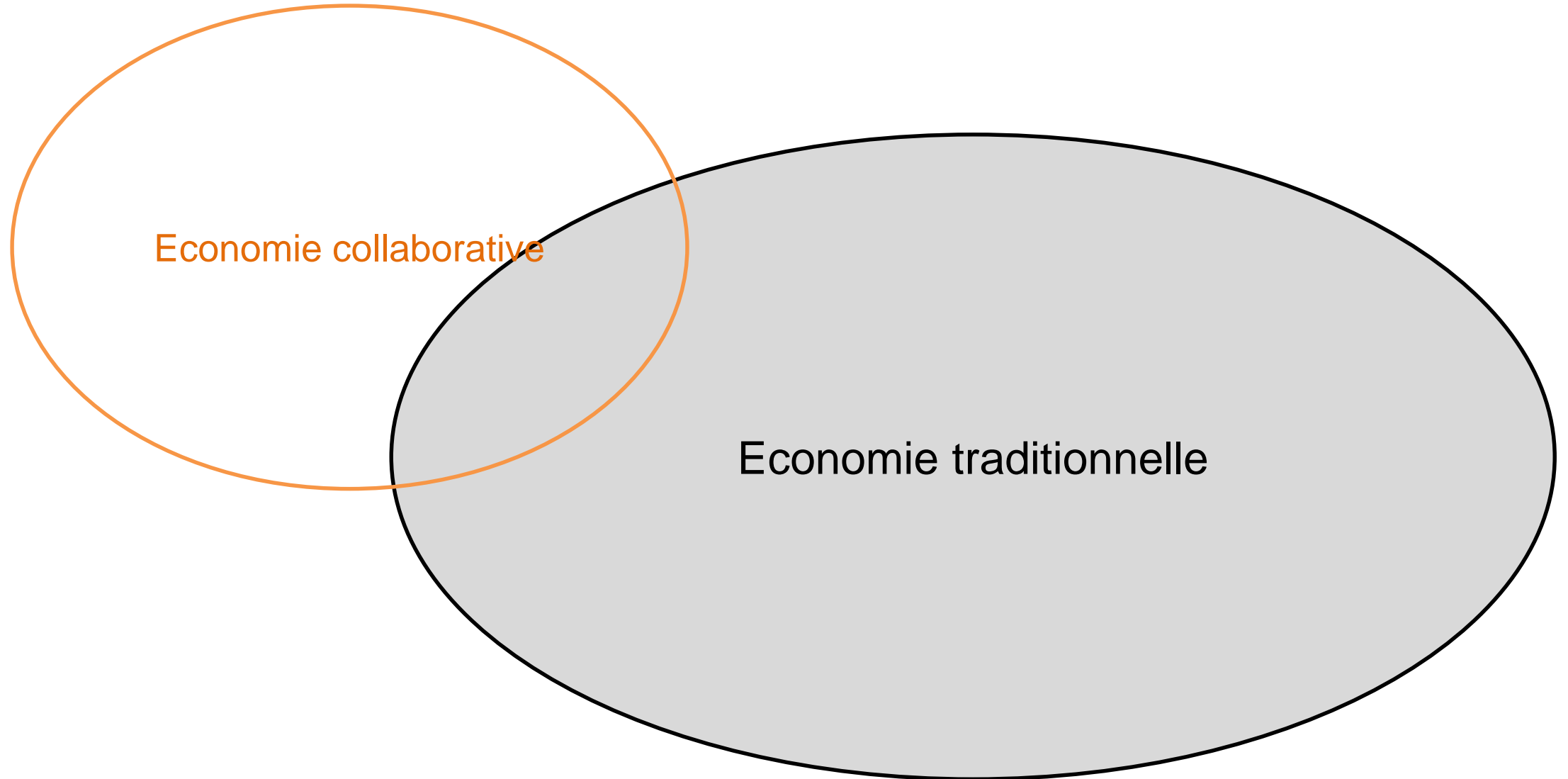
- genuinely peer-to-peer exchanges that take place over an independently owned and operated platform;
- where consumer law applies because the exchanges qualify as 'trade and commerce' rather than informal, non-commercial arrangements;
- and where self-regulation is currently the only form of regulatory oversight or discipline.

“our focus in this report covers applications where a platform connects individuals or businesses that are **separate from the platform**, and in an arena where transactions are governed by **self-regulation** rather than traditional regulation”

CARACTERISQTIQUES DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

- Réseaux – effet de réseau direct ou indirect
- Plateformes d'intermédiaires facilitées par la révolution numérique
- Partage des ressources et de la propriété
- Accès plus ou moins libre à tous
- Moins de réglementation, coûts fixes moins importants, prix réduits

IMPACT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE



Economie collaborative

Economie traditionnelle

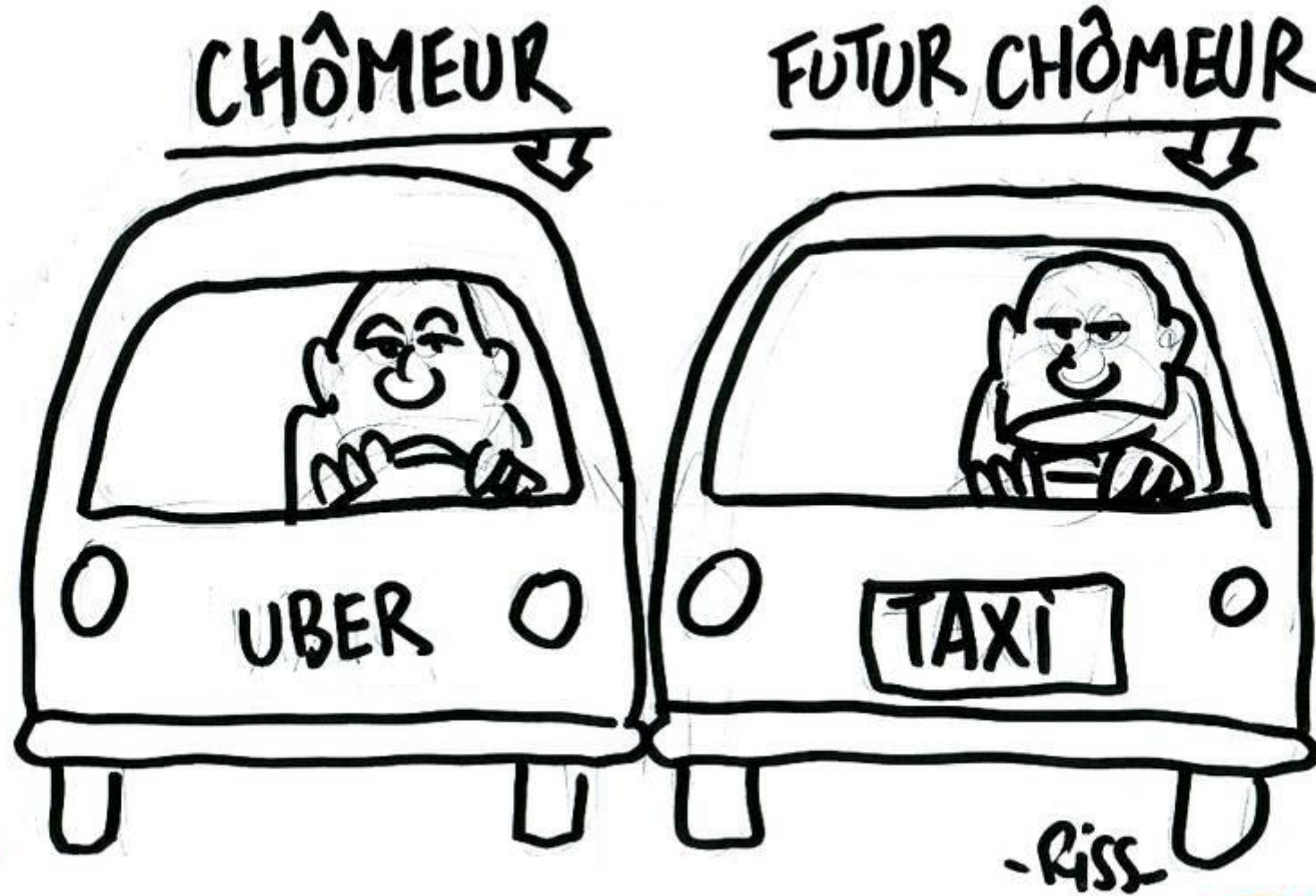
IMPACT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

- Réduction des barrières à l'entrée, réduction des investissements/du capital nécessaire
- Réduction des coûts de transaction, facilitation des échanges et des paiements grâce aux plateformes numériques
- Augmentation de l'offre, augmentation du choix pour les consommateurs
- Concurrence sur l'économie traditionnelle, coexistence
- En termes d'innovation et de coexistence avec l'économie traditionnelle, se poser la question si on est devant une innovation de rupture ou innovation incrémentale/d'amélioration

IMPACT DE L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE

- Plus de concurrence, augmente le choix des consommateurs et fait pression sur les prix
- Réévaluation de la nécessité de la réglementation existante du point de vue de la protection des consommateurs/du public
- Maintenir les dispositions qui protègent les utilisateurs (santé, salubrité, sécurité, bruit, etc.)
- Protection des travailleurs
- Fiscalité

CRAINTES SUSCITÉES PAR L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE



RELATION ENTRE RÉGULATION ÉCONOMIQUE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

■ Régulation économique

- ex ante
- Règlements les conditions d'accès au marché et de l'exercice d'une activité (base légale, intérêt public et proportionnalité)
- Règlements ex ante la défaillance résultant du pouvoir de marché
- Comco – fonction de conseil spécialisé en matière de régulation et de LMI, au moyens d'avis et recommandations

■ Droit de la concurrence

- ex post (sauf contrôle des concentrations)
- Intervention au cas par cas en cas de défaillance résultant du pouvoir de marché (accords entre entreprises indépendantes et abus de position dominante)
- Comco – pouvoir décisionnel

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

- **Conditions d'accès au marché**
 - Barrières réglementaires à l'entrée – impact sur l'offre
 - Intérêt public – analyse de la défaillance de marché et des externalités
 - Proportionnalité – nécessité et adéquation
- **Réexamen de la réglementation existante dans le cas de l'économie collaborative**
 - Application de la réglementation existante?
 - Intérêt public – analyse de la défaillance de marché et des externalités
 - Proportionnalité – nécessité et adéquation
- **Résultat du réexamen et options**
 - Application de la réglementation existante à l'économie collaborative
 - Pas de réglementation
 - Réglementation adaptée à l'économie collaborative

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION À GENÈVE

TAXIS

- enseigne «Taxis»
- usage accru du domaine public
- autorisation/examen
- limitation du nombre d'autorisations
- stationnement
- prix plafond

VTC

- pas d'enseigne
- pas d'usage accru du domaine public
- examen
- pas de limitation, sauf limitation temporaire
- courses sur commande
- prix libre

UBER

- intermédiaire, diffuseur de courses
- annonce

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

- **Recommandation de la Comco basée sur la loi sur le marché intérieur (LMI)**
- But de la LMI → créer un marché unique à l'échelle de la Suisse
- Nouvelle réglementation des VTC → arrivé de UBER



ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

§ 18 de la Recommandation Comco:

En principe, tout accès au marché suppose dans un premier temps que l'autorité du lieu de destination examine le droit applicable au lieu de provenance [*car présomption d'équivalence*] puis, le cas échéant, réfute la **présomption d'équivalence** de l'article 2 al. 5 LMI.

Dans un deuxième temps seulement [*i.e. si la préemption est réfutée*], elle peut prononcer des **restrictions** qui devront chacune respecter l'article 3 LMI. L'alinéa 3 de cette disposition prohibe en outre les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. La procédure d'accès de la LMI ne permet **pas un réexamen des conditions personnelles d'accès**, c'est-à-dire lorsqu'elles ont déjà été contrôlées par l'autorité de lieu de provenance.

En outre, l'article 3 al. 4 LMI prévoit que la procédure doit être simple, rapide et gratuite.

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

§ 19 de la Recommandation Comco:

Dans sa Recommandation, la COMCO expliquait que les services de taxi non locaux qui, **sur commande d'un client (p. ex. par téléphone ou par Internet) ou d'une centrale de taxis**, exercent leur activité par-delà les frontières intérieures ou à l'intérieur du lieu de destination, peuvent le faire **conformément à l'autorisation de chauffeur de taxi et/ou d'exploitation établie par le lieu de provenance**.

En outre, conformément à la jurisprudence genevoise en la matière (Arrêt ATA/173/2012 du 27 mars 2012), un **taxi non local** qui prend en charge des clients sur commande préalable ne peut se voir imposer un examen relatif à la connaissance théorique et pratique de la topographie genevoise. En effet, selon la Cour de Justice, **l'obligation de connaître la topographie d'une part ne constitue pas une différence suffisante pour réfuter la présomption d'équivalence** de l'article 2 al. 5 LMI et, d'autre part, n'est pas indispensable au sens de l'article 3 al. 1 let. b LMI.

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

§ 26 de la Recommandation Comco:

La limitation des autorisations d'**usage du domaine public** est justifiée en regard du nombre de places limité sur le domaine public moyennant le respect des exigences de l'article 2 al. 7 LMI. Néanmoins, pour éviter un usage excessif du domaine public (emplacements pour taxis), il n'est pas indispensable de limiter le nombre d'autorisations d'exploiter.

En d'autres termes, le couplage pour les taxis non locaux des autorisations d'exploiter avec les autorisations contingentées d'usage du domaine public ne respecte pas le principe de la proportionnalité au sens de l'article 3 al. 1 let. c LMI.

En effet, pour un taxi non local, il est toujours possible d'exercer son activité régulièrement à Genève depuis une place de stationnement privée située en territoire genevois.

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

§ 30 de la Recommandation Comco:

Le **contingentement** des autorisations d'usage accru du domaine public correspond à la création d'un « marché fermé ». Au regard de la LMI, le contingentement des autorisations d'usage accru du domaine public indispensable à l'exercice de la profession de taxi – à savoir la régulation de la concurrence du marché des services de taxis à Genève – n'est pas un problème. En effet, la LMI n'a pas pour but d'empêcher les autorités de réguler le marché.

[...] dès lors que les « places » sur le marché sont limitées, l'État doit publier un appel d'offres indiquant les critères de participation et d'adjudication de la concession en fonction des intérêts publics que l'autorité concédante entend protéger, puis choisir les acteurs économiques y correspondant le mieux, respectivement offrant le meilleur rapport qualité/prix. Ainsi, conformément à l'avis de la COMCO, les **autorisations d'usage du domaine public** nécessaires à l'activité de taxi doivent faire l'objet d'un **appel d'offres** conformément à l'article 2 al. 7 LMI.

ANALYSE DE LA RÉGLEMENTATION

§ 38 de la Recommandation Comco: prix fixes

Enfin, la volonté du législateur de protéger le consommateur en augmentant notamment la transparence sur les prix pourrait être réalisée au travers d'une réglementation plus conforme aux principes de concurrence. Par exemple, chaque taxi devrait **afficher directement sur le véhicule le tarif** qu'il applique, ce qui permettrait ainsi au consommateur de prendre connaissance du prix estimé de la course. Cette mesure devrait être couplée avec la possibilité, pour ledit consommateur, de s'adresser au taxi de son choix au sein d'une file, sans être contraint de respecter l'ordre d'engagement des véhicules. Ainsi, un réel choix en pleine transparence pourrait être effectué, ce qui favoriserait une plus grande concurrence entre les taxis.

ADAPTATION DE LA RÉGLEMENTATION - FINTECHs

▪ Le cas des FinTechs, Rapport explicatif du CF, 1.02.2017

« Bon nombre de modèles d'affaires FinTech reposent sur l'acceptation de fonds de tiers à titre professionnel (en tant que dépôts du public). Les entreprises exerçant ce type d'activité entrent dans le champ d'application de la loi sur les banques (LB) et doivent disposer d'une autorisation correspondante de la FINMA. Pour la plupart «jeunes», les entreprises FinTech ne sont pas en mesure de satisfaire aux exigences élevées requises pour l'obtention d'une licence bancaire. [...] la **réglementation actuelle** constitue pour elles un **obstacle inutile à l'accès au marché**. Elle agit en effet comme un **frein à l'innovation** et comme un instrument de **maintien des structures existantes**, ce qui nuit à la compétitivité internationale de la place financière suisse et à son attractivité et est susceptible d'entraîner une **délocalisation d'entreprises financières innovantes vers l'étranger.** »

FINTECH - FINANCEMENT PARTICIPATIF/CROWDFUNDING

- ***Crowddonating*** (don): les bailleurs de fonds n'attendent ni remboursement, ni contrepartie.
- ***Crowdsupporting*** (mécénat): les bailleurs de fonds renoncent au remboursement des sommes mises à disposition mais perçoivent une contrepartie immatérielle (par exemple invitation à l'avant-première).

FINTECH - FINANCEMENT PARTICIPATIF/CROWDFUNDING

- ***Crowdlending*** (prêt participatif): dans cette forme de financement participatif, des prêts sont accordés aux destinataires des fonds. Le financement se fait alors contre remboursement des fonds apportés et contre versement d'un dédommagement adéquat (dans la plupart des cas un intérêt).
- ***Crowdfunding*** (investissement participatif): il s'agit d'une forme de financement d'entreprise prévoyant, en contrepartie de la mise à disposition des fonds, une participation dans la société et, le cas échéant, aux bénéfices de l'entreprise. Utilisée par les start-up, qui n'ont normalement pas accès à des financements par les canaux classiques des marchés financiers (equity based crowdfunding).

FINTECH - FINANCEMENT PARTICIPATIF/CROWDFUNDING

REGLEMENTATION ACTUELLE

Autorisation. Autorisation bancaire pour le dépôt de fonds. Exceptions existantes pas applicables.

Règlementation de l'exploitant d'une plateforme. Exception d'exécution pas applicable pour le transfert de fonds (retour dans les 7 jours)

ADAPTATION DE LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE

Pas d'autorisation pour l'acceptation de dépôts du public **jusqu'à 1 million** de francs n'est pas considérée comme une activité commerciale.

Nouvelle catégorie d'autorisation avec des **conditions souples** pour les entreprises qui acceptent des dépôts du public **jusqu'à 100 millions** de francs mais ne réalisent pas d'opérations actives.

Élargissement de l'exception à des fins d'exécution
→ délai de **60 jours**

DROIT DE LA CONCURRENCE

Application du droit de la concurrence à l'économie collaborative → ex post

Notion d'entreprise confrontée au but non-lucratif, à la gratuité, au troc et à l'intégration verticale

Marché pertinent et marchés bifaces

Pouvoir de marché → des intermédiaires

Accords entre entreprises indépendantes vs relation d'agence

L'ÉCONOMIE COLLABORATIVE
FACE AU DROIT PUBLIC
LE DROIT DE LA CONCURRENCE
4 MAI 2016 UNINE

DR PRANVERA KËLLEZI, LL.M.
AVOCATE AU BARREAU DE GENÈVE