

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Digital Market Act : Droit de la concurrence et géants du numérique

Conférence | Concurrences N° 3-2022 | pp. 44-76

Laurence Idot

Professeur émérite
Université Paris-Panthéon-Assas

Martine Behar-Touchais

Professeur
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Directrice
Département des Masters de droit privé, Paris
Ancien membre du collège
Conseil de la concurrence, Paris

David Bosco

Professeur
Université d'Aix-Marseille

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

Professeur
Université Paris Nanterre

Michel Debroux

Avocat
Rizom Legal, Paris et Bruxelles
Directeur d'études
École de droit et management,
Université Paris-Panthéon-Assas

Benoît De Nayer

Codirecteur général
Actito, Louvain-la-Neuve

Pierre Petillault

Directeur général
Alliance de la presse d'information générale, Paris

Digital Market Act : Droit de la concurrence et géants du numérique (Nanterre, 1^{er} avril 2022)

ABSTRACT

Ce dossier est consacré au règlement Digital Market Act (DMA) adopté cet été et qui a été conçu pour contrôler étroitement les pratiques et comportements des principaux acteurs de l'économie numérique. Ce règlement vise à pallier les failles et manquements supposés du droit commun de la concurrence, en visant un nombre a priori restreint d'entreprises majeures (les "contrôleurs d'accès") auxquels une série d'obligations s'appliqueront ex ante. Outil juridique hybride, entre régulation et concurrence, s'articulant de façon complexe avec nombre d'autres textes existants, le DMA est soumis dans ce dossier aux regards croisés des régulateurs, d'universitaires et de praticiens, mais aussi des premiers concernés, les utilisateurs eux-mêmes.

This set of articles focuses on the Digital Market Act regulation (DMA), which was adopted this summer and aims at harnessing the practices of the main players in digital markets. It aims at correcting the perceived failures of common antitrust law and targets a limited number of major companies (the "gatekeepers"), to which a whole set of ex ante obligations will apply. A hybrid legal tool, at the crossroads of regulation and competition law, it is integrated within a web of other existing rules. In this set of articles, the DMA is analyzed by representatives of regulators, academics and practicing lawyers, but also by the market players directly concerned.

Introduction

Laurence Idot
Professeur émérite
Université Paris-Panthéon-Assas

L'articulation du DMA avec les autres textes existants

Martine Behar-Touchais
Professeur
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Directrice
Département des Masters de droit privé, Paris
Ancien membre du collège
Conseil de la concurrence, Paris

À propos du concept de "contrôleur d'accès" dans le DMA

David Bosco
Professeur
Université d'Aix-Marseille

Nature, objectifs et régime des obligations imposées aux contrôleurs d'accès : Des obligations *ex ante* et *per se*, vraiment ?

Michel Debroux
Avocat
Rizom Legal, Paris et Bruxelles
Directeur d'études
École de droit et management, Université Paris-Panthéon-Assas

Le point de vue des acteurs

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Professeur
Université Paris Nanterre

Benoît De Nayer
Codirecteur général
Actito, Louvain-la-Neuve

Pierre Petillault
Directeur général
Alliance de la presse d'information générale, Paris

Propos introductifs*

Laurence Idot

laurence.idot@u-paris2.fr

Professeur émérite

Université Paris-Panthéon-Assas

1. Permettez-moi tout d'abord de féliciter Anne-Sophie Choné-Grimaldi pour avoir renoué avec une tradition qui permet de se retrouver en ce lieu pour échanger sur un sujet d'actualité en droit de la concurrence. Nous avons déjà abordé les problématiques liées au numérique ici même lors du colloque de 2016¹, mais en six ans les données ont sensiblement évolué. De plus, après la publication par la Commission en décembre 2020 des deux propositions de règlement portant respectivement sur le Digital Services Act (DSA)² et le Digital Markets Act (DMA)³, le thème s'imposait naturellement. La date du colloque a été choisie il y a quelques mois et les organisateurs ne pouvaient deviner que le trilogue engagé mi-janvier entre les institutions de l'Union aboutirait à un accord le 24 mars 2022 sur celui des deux textes qui nous intéresse plus particulièrement, le Digital Markets Act, soit il y a huit jours seulement⁴.

Nous allons par conséquent débattre de ce projet à un moment charnière, mais la difficulté pour nous vient du fait que la version du 24 mars n'est pas encore publique⁵, même si nous disposons de quelques informations, ne serait-ce que les déclarations faites lors de la conférence de presse du 25 mars par les commissaires Vestager et Breton, le rapporteur au Parlement européen, M. A. Schwab, et le secrétaire d'État à la transition numérique, Cédric O⁶. Fort heureusement, la présence dans notre panel de Mme la députée, Stéphanie Yon-Courtin,

également rapporteure de ce texte pour la commission des affaires économiques et monétaires, qui a suivi de très près l'ensemble des travaux, nous permettra d'avoir des indications plus précises et d'éviter de dire des erreurs.

2. Comme elle est chargée de vous en faire la présentation, je me bornerai, ainsi qu'il est prévu, à quelques propos introductifs. Ce seront les regards d'un capitaine qui ajuste progressivement sa longue-vue pour voir de manière de plus en plus précise une partie de l'image initiale.

I. Première vue : Le contexte

3. Pour cette première approche, une double perspective historique et géographique s'impose.

1. La perspective historique

4. La perspective historique peut être brève. À la suite d'une série d'actions des autorités de concurrence, tant de la Commission que des autorités nationales, dont l'Autorité française⁷, au demeurant injustement oubliée dans la présentation de la commissaire Vestager, la nécessité d'un texte spécifique pour mieux réguler les comportements de certaines grandes plateformes du numérique s'est fait ressentir. Un nouvel outil de concurrence avait été évoqué en juin 2020⁸, mais il a été finalement retiré, certaines dispositions étant reprises dans la proposition de DMA déposée le 15 décembre 2020.

* Le style oral de l'intervention a été conservé.

1 A.-S. Choné-Grimaldi (dir.) et *varii auct.*, L'application du droit de la concurrence au secteur numérique, *Concurrences* n° 2-2017, art. n° 84128.

2 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 15 déc. 2020.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final, 15 déc. 2020.

4 Comm. eur., communiqué IP/22/1978 du 25 mars 2022, Législation sur les marchés numériques : la Commission se félicite de l'accord politique conclu sur des règles qui garantissent des marchés numériques équitables et ouverts. V. égal. M. Debroux, Digital Markets Act : Le Parlement européen et le Conseil européen parviennent à un accord politique sur le projet de règlement sur les marchés numériques, ouvrant la voie à une adoption prochaine, *Concurrences* n° 2-2022, art. n° 106405, p. 85.

5 Tel n'est plus le cas depuis le 11 mai 2022. V. le dossier interinstitutionnel : 2020/0374(COD), doc., 8395/22, <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf>.

6 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_2042.

7 V. not. Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 févr. 2020, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf ; *adde* interview d'I. de Silva (par N. Charbit et S. Schrameck), Isabelle de Silva : Un mandat placé sous le signe de l'action et du numérique, *Concurrences* n° 1-2022, art. n° 104078, pp. 14-23.

8 A. Komninos et G. Gryllos, Legal, institutional and policy implications of the introduction of a new competition tool, *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98145.

5. La proposition, très abondamment commentée⁹, a été examinée par les diverses commissions du Parlement européen dans le courant de l'année 2021¹⁰. À la suite des différents rapports, dont celui de Stéphanie Yon-Courtin en octobre¹¹, puis d'Andreas Schwab en novembre¹², le texte a été adopté par le Parlement européen en première lecture le 15 décembre 2021¹³, quelques jours après l'adoption des orientations du Conseil le 25 novembre¹⁴. Cela a permis l'ouverture du trilogue qui est parvenu à un accord politique le 24 mars.

6. Ce sont les futures phases qui doivent maintenant retenir l'attention. La version définitive doit encore être adoptée par les colégislateurs, Conseil et Parlement, avant de faire l'objet des révisions linguistiques habituelles pour être publiée au Journal officiel et entrer en vigueur. D'après les déclarations du commissaire Breton, le texte devrait devenir effectif pour les entreprises à l'automne 2022, sans doute plutôt au début de l'année 2023.

7. Ce processus législatif habituel au sein de l'Union appelle simplement deux remarques. Pour un texte de cette ampleur, il a été extraordinairement rapide, moins de dix-huit mois, ce qui témoigne de l'existence d'un consensus sur le principe de l'intervention. Cette rapidité n'a nullement empêché un travail ponctué de nombreux échanges qui ont entraîné des changements parfois substantiels par rapport à la proposition d'origine.

2. La perspective géographique

8. La perspective géographique est également intéressante. Elle présente différentes facettes.

9. Sous un angle politique, l'adoption de ce texte a été présentée par notre ministre¹⁵, qui espère que le texte servira de modèle dans le monde au même titre que le RGPD (règlement général sur la protection des données)? en matière de protection des données, comme

9 V. not., dans cette revue, G. de Moncuit de Boisguillé, Marchés numériques : La Commission européenne rend publique sa proposition de règlement sur l'économie numérique (Digital Markets Act), *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98908, pp. 101-103 ; D. Fasquelle (dir.) et *varii auct.*, DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?, *Concurrences* n° 2-2021, art. n° 99721 ; G. Colangelo (dir.) et *varii auct.*, Competition policy in the digital economy, *Concurrences* n° 2-2021, art. n° 100010 ; A. de Stree et P. Larouche, The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution, *Concurrences* n° 2-2021, art. n° 100432, p. 46.

10 V. les différentes étapes de la procédure sur le site du Parlement européen, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/0374\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2020/0374(COD)).

11 V. le rapport présenté au nom de la commission des affaires économiques et monétaires le 28 oct. 2021.

12 V. le rapport présenté au nom de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs le 30 nov. 2021.

13 M. Debbroux, Digital Market Act : Le Parlement européen adopte à une très large majorité le rapport de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur le Digital Market Act, avec plusieurs amendements importants, *Concurrences* n° 1-2022, art. n° 105095, pp. 78-79.

14 V. ant., le rapport d'étape présenté lors du premier semestre 2021, M. Debbroux, Digital Market Act : La Présidence portugaise du Conseil européen et la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen rendent publics deux rapports d'étape qui éclairent les enjeux de la très débattue proposition de règlement "Digital Market Act" de la Commission européenne, et formulent des propositions, *Concurrences* n° 3-2021, art. n° 101878, pp. 80-81

15 V. la conférence de presse préc.

une manifestation de la souveraineté européenne. Au demeurant, l'intervention européenne n'est pas isolée. Des réflexions parallèles sont en cours notamment en Asie, mais également aux États-Unis et au Royaume-Uni. Cette perspective comparative sera présentée par Antonio Capobianco à la fin de la matinée¹⁶, ce qui me dispense d'en dire davantage.

10. Sur le plan juridique, en tant que texte imposant des contraintes aux entreprises qui y sont soumises, le DMA a vocation à s'appliquer à tous les contrôleurs d'accès indépendamment du lieu de leur établissement, dès lors qu'ils opèrent sur le territoire de l'Union, comme le rappelle l'article 2, paragraphe 2, rédigé dans les mêmes termes que l'article 2, paragraphe 2, du règlement P to B¹⁷. Au stade de la revendication de compétence de la loi (ou *jurisdiction to prescribe*), il n'y a aucune extraterritorialité, puisque le critère d'applicabilité est précisément l'exercice d'activités sur le territoire de l'Union. La solution habituelle ne devrait pas soulever de difficultés dans le cadre du *public enforcement*. À terme, si le *private enforcement* se développait, l'on sera confronté à la question de savoir si ce texte peut être qualifié de loi de police au sens du droit international privé au même titre que les articles 101 et 102 TFUE. La réponse sera certainement affirmative, mais il est temps d'ajuster notre longue-vue et de revenir sur les relations entre le DMA et la politique de concurrence.

II. Deuxième vue : Les relations entre le DMA et la politique européenne de concurrence

11. Le point de départ est connu. Le DMA trouve son origine dans les insuffisances de la politique européenne de concurrence à réguler de manière suffisamment rapide les plateformes. L'idée était bien au départ d'avoir un nouvel outil, comme cela apparaissait dans l'intitulé même du projet initial¹⁸. Il a souvent été affirmé que le DMA permettrait une intervention *ex ante* contrairement à l'application des règles de concurrence, qui se ferait *ex post*. Cette opposition *ex ante/ex post* paraît d'un intérêt limité. Indépendamment du fait que le droit de la concurrence peut intervenir également *ex ante* – le contrôle des concentrations en étant la preuve –, le DMA relève à la fois de l'*ex ante* et de l'*ex post*. Certes, il définit préalablement des obligations, mais si ces dernières ne

16 V. *infra*.

17 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, *JOUE* n° L 186 du 11 juill. 2019, p. 57.

18 V. *supra* n° 4.

sont pas respectées, tout un mécanisme de sanctions est prévu. L'on peut même se demander si la qualification de contrôle *ex ante* n'est pas quelque peu abusive en l'absence de mécanisme d'autorisation préalable, qui est la caractéristique d'un contrôle *ex ante*.

Il paraît plus intéressant de vérifier la compatibilité des objectifs et l'organisation de la complémentarité.

1. L'objectif du DMA

12. L'objectif du DMA est affirmé à l'article 1, paragraphe 1. Comme souvent en droit de l'Union, il est double. Il est d'abord de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et à ce titre, le texte participe à la construction du marché unique numérique.

Cela n'appelle pas grand commentaire tant cette double fonction caractérise également la politique européenne de concurrence. Est-il utile de rappeler que cette dernière a été conçue à l'origine comme un outil d'accompagnement du principe de libre circulation et donc de la création d'un marché commun, même si cette première fonction dite d'"intégration" a perdu de son importance au détriment de la fonction régulatoire propre à tous les droits de la concurrence ?

13. Pour réaliser cet objectif, le DMA "établit des règles harmonisées visant à garantir la *contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique*".

Les règles visent d'abord à garantir la contestabilité des marchés. Les marchés doivent rester ouverts et l'on doit veiller à ce qu'ils ne soient pas dominés de manière excessive par certains opérateurs. Cet objectif est en ligne avec le retour à l'approche structurelle, qui avait toujours été mise en avant par l'école ordolibérale allemande, laquelle a dominé les premières décennies de la politique européenne de concurrence¹⁹. L'approche, qui a prévalu au début du XXI^e siècle, tendant à faire du bien-être du consommateur l'alpha et l'oméga des politiques de concurrence, semble désormais dépassée en Europe.

Les règles visent ensuite à garantir l'équité des marchés. Sans être totalement absentes, les notions d'équité et de loyauté ont longtemps été secondaires au sein de la politique européenne de concurrence. Cela n'est plus vrai. Depuis plusieurs années, la loyauté, ou *fairness*, est apparue d'abord dans les discours, en particulier de la commissaire Vestager²⁰, puis dans les propositions de textes. La loyauté dans les échanges commerciaux peut être appréhendée à différents niveaux²¹ : dans les relations horizontales entre les systèmes juridiques, comme l'illustre la proposition de règlement sur le contrôle des

subventions étrangères²²; dans les relations verticales entre les firmes et leurs partenaires commerciaux en amont ou en aval, comme le règlement P to B, et précisément le DMA.

14. Comme l'on pouvait s'y attendre, les objectifs du DMA et de la politique européenne de concurrence sont donc parfaitement compatibles.

2. L'articulation des différents moyens

15. Cela étant, comme la boîte à outils est dotée d'un outil supplémentaire, la question de l'articulation des différents moyens à la disposition des régulateurs se pose nécessairement. Elle est bien évidemment cruciale pour les opérateurs visés, qui sont assujettis à des contraintes de plus en plus lourdes.

16. Ces questions d'articulation sont nombreuses. Il y a tout d'abord l'articulation du DMA et des différents textes qui visent plus particulièrement le secteur numérique : articulation entre le DMA et le DSA, qui a retenu l'attention, mais également articulation du DMA avec un texte d'ores et déjà existant, le règlement P to B²³, ou encore avec les règles sur les communications électroniques²⁴. Le problème d'articulation surgit également dans les relations avec d'autres textes de portée générale, comme le RGPD et bien sûr les règles de concurrence, qu'elles soient européennes ou nationales.

Les colégislateurs ont bien sûr été conscients des difficultés et l'on peut saluer notamment l'effort opéré pour harmoniser les définitions en renvoyant à des textes existants dans les domaines les plus divers (communications électroniques, données personnelles, services de paiements, contrôle des concentrations²⁵), qui s'ajoutent aux précisions apportées à l'article 1^{er}. Martine Behar-Touchais nous éclairera sur ce point²⁶ et je me contenterai de quelques brèves remarques sur l'articulation DMA/règles de concurrence.

17. Le problème de l'articulation entre le droit de la concurrence à vocation générale et le droit de la régulation sectorielle est bien connu en Europe depuis le début des années 1990. La complémentarité des deux interventions a été organisée et le système fonctionne plutôt bien dans le domaine des industries de réseau ou des services financiers. L'on peut certes profiter de cette expérience, mais il me semble que les données sont plus complexes. À la différence de l'énergie ou de la banque, l'on n'est pas dans un secteur d'activité déterminé. Le numérique – ou la digitalisation – a envahi tous les

19 V. not. C. Mongouachon, L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique, *Concurrences* n° 4-2011, art. n° 38770, pp. 70-78.

20 V. p. ex., Rapport sur la politique de concurrence, 2016, p. 7; Rapport sur la politique de concurrence, 2018, p. 4.

21 La loyauté ou *fairness* dans le déroulement des procédures est un autre objectif qui rejoint le principe d'égalité des armes évoqué par la Cour de justice et englobe le respect des droits de la défense.

22 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021) 223 final, 5 mai 2021.

23 Préc.

24 Art. 1.3.

25 V. art. 2 (3), 2 (5), 2 (6), 2 (8), 2 (9), 2 (13), 2 (16), 2 (17), 2 (25), 2 (26), 2 (28), 2 (30), 2 (31), 2 (32).

26 V. *infra*.

secteurs d'activité. Il repose surtout sur des techniques, qui sont, de plus, en constante évolution.

18. Dans cette perspective, permettre aux États membres de continuer à appliquer les spécificités de leurs droits de la concurrence nationaux, comme le prévoit l'article 1, paragraphe 6, du règlement, voire "d'autres règles imposant des obligations compatibles avec le droit de l'Union" (art. 1.5), laisse à tout le moins perplexe²⁷. Pour illustrer les risques d'éclatement et de fragmentation du marché intérieur, il suffit d'évoquer la manière dont le règlement P to B a été rattaché en France au titre IV sur les pratiques restrictives²⁸. L'objectif est également de construire un marché unique du numérique. Le DSA est là pour nous le rappeler. Il faut choisir. Si l'on met en place une législation européenne, comme l'on s'efforce de le faire, il est difficile de justifier au regard du principe de libre circulation l'application de réglementations nationales spécifiques alors que la réglementation européenne est supposée satisfaire les objectifs d'intérêt général qui ont été identifiés et que l'objectif est d'établir des "règles harmonisées", comme le rappelle l'article 1, paragraphe 1. Est-il utile d'insister sur le fait que l'instrument du règlement a été choisi, ce qui rend inutile tout débat sur la méthode d'harmonisation et la marge de manœuvre laissée aux États membres ? Quoi qu'il en soit, il est temps précisément d'ajuster la focale sur le texte lui-même.

III. Troisième vue : Le texte lui-même

19. De manière classique, l'on peut reprendre la distinction entre les règles substantielles et le système de mise en œuvre.

1. Les règles substantielles

20. S'agissant des règles substantielles, le mécanisme est conceptuellement assez simple en ce sens qu'il impose une série d'obligations spécifiques, sous forme de listes de *do's* et *don'ts* aux opérateurs qui sont définis comme des contrôleurs d'accès.

21. La définition des contrôleurs d'accès, qui fait l'objet du chapitre II, est donc un élément fondamental du système. David Bosco en fera la présentation²⁹, ce qui me permet de me limiter à quelques observations.

S'agissant du principe, le fait d'imposer des sujétions particulières à des opérateurs qui occupent une place particulière sur le marché n'est en soi pas nouveau. Cela se pratique de longue date dans le domaine des communications électroniques, où l'on utilise la notion d'opérateurs disposant d'une puissance significative³⁰.

Pour définir ces contrôleurs, l'article 3, paragraphe 1, se réfère à trois critères cumulatifs qui évoquent des notions connues en droit de la concurrence, comme la position dominante. On retrouve les qualificatifs habituels : important, service de plateforme essentiel, position solide et durable. Cela étant, il ne s'agit que d'évocations, car, à la différence des communications électroniques, où les notions se confondent³¹, la qualification est attribuée indépendamment de toute référence au marché.

Enfin, alors qu'en matière de communications électroniques, ce sont les autorités nationales de régulation qui définissent les opérateurs disposant d'une puissance significative³², la liste des contrôleurs d'accès est établie par la Commission.

22. Les différences s'accroissent encore lorsqu'on entre dans les détails. Le caractère imprécis des critères oblige à recourir à des présomptions qui sont définies par rapport à des seuils cumulatifs définis à l'article 3, paragraphe 2. La technique évoque les seuils cumulatifs utilisés pour définir une concentration de dimension européenne à l'article 1 du règlement (CE) n° 139/2004. Leur fonction est identique puisque le franchissement des seuils est un critère d'applicabilité de la règle. L'analogie s'arrête là. Dans le DMA, ces seuils de l'article 3, paragraphe 2 ne sont que des présomptions simples, d'où un mécanisme de mise en œuvre du statut qui repose à la fois sur l'opérateur, qui doit notifier dès qu'il franchit les seuils³³, et sur la Commission, qui peut désigner comme contrôleurs d'accès des entreprises qui ne franchissent pas les seuils³⁴.

La détermination des seuils a fait l'objet des débats habituels. Les membres de la table ronde sont beaucoup mieux placés que moi pour se prononcer sur leur pertinence. Je me bornerai à une remarque : le facteur temps est fondamental. Point important, s'agissant d'un statut qui confère des obligations spécifiques, il a été pris en compte au niveau de l'entreprise, puisqu'il y a heureusement une procédure de réexamen de l'état de contrôleur d'accès³⁵. La pertinence globale du niveau des seuils paraît plus aléatoire. Le texte prévoit uniquement une

30 Art. L 37-1 code des postes et des communications électroniques (Cpce).

31 Pour rappel, "[e]st réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Dans ce cas, l'opérateur peut également être réputé exercer une influence significative sur un autre marché étroitement lié au premier" (art. L 37-1, al. 3, Cpce).

32 En France, la décision est prise par l'Arcep après avis de l'Autorité de la concurrence.

33 Art. 3.4.

34 Art. 3.8.

35 Art. 4.

27 Dans le cas des contrôleurs d'accès, les articles 101 et 102 TFUE seront toujours applicables. Compte tenu de la règle de convergence, permettre l'application des règles de concurrence nationales signifie seulement laisser aux États membres la possibilité de continuer à appliquer des interdictions spécifiques, comme l'abus de dépendance économique. L'article 1.6 sous a) est inutile. Seul l'article 1.6 sous b) a un sens aussi longtemps que l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 n'est pas modifié dans le sens de la généralisation totale de la règle de convergence.

28 V., en particulier, L. Arcelin, Adaptation du règlement P2B: Les errements de la loi DDADUE, in La loi DDADUE: Simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence, L. Idot (dir.), *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98839, pp. 42-45.

29 V. *infra*.

adaptation régulière des méthodes de calcul des seuils³⁶, indépendamment de la réévaluation périodique du règlement³⁷. L'on a vu le résultat avec le règlement sur le contrôle des concentrations..., il est quasiment impossible de modifier les seuils, ce qui avec l'écoulement du temps modifie sensiblement le paysage.

23. Quant aux obligations qui incombent aux contrôleurs d'accès, je laisserai le soin à Michel Debroux de vous les présenter. La classification faite par les politiques qui distinguent entre les obligations de faire et des obligations de ne pas faire est peu pertinente sur le plan juridique. Indépendamment d'obligations spécifiques, comme celles relatives à l'interopérabilité³⁸, ou encore l'obligation de déclarer certains projets de concentration³⁹, dont cette présentation ne tient pas compte, le texte repose sur la distinction principale entre les obligations déterminées, qui sont visées à l'article 5, et les obligations susceptibles d'être précisées visées à l'article 6, et l'on retrouve dans les deux catégories des obligations de faire et de ne pas faire⁴⁰. Cette distinction, qui me laisse pour le moment perplexe, car je n'en perçois pas encore la raison d'être, est en toute hypothèse inédite. Une chose est sûre : il serait tout à fait erroné d'utiliser la distinction des règlements d'exemption "ancienne génération" entre clauses noires et clauses grises. Tout dans ces listes paraît noir, mais il est vrai que l'on sait grâce à Pierre Soulages qu'il y a d'innombrables variétés dans le noir...

Dans les deux cas, l'on recourt à des listes. Là encore le procédé n'est pas nouveau, y compris en droit de l'Union. L'on pense à la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives⁴¹ et précisément aux listes de clauses dans les vieux règlements d'exemption. À titre personnel, je n'aime pas les listes..., même si je comprends bien l'objectif, qui est de garantir aux opérateurs un minimum de prévisibilité. Des garde-fous ont, il est vrai, été introduits, comme une procédure de mise à jour⁴², ou encore une procédure anticourtage⁴³. Là encore, je ne doute pas que les membres de la table ronde auront de nombreux commentaires.

36 Art. 3.6.

37 Art. 53.

38 Art. 7.

39 Art. 14. Le texte est supposé régler la question controversée des *killer acquisitions* dans le secteur du numérique, puisque l'objectif est clairement de permettre aux autorités nationales, qui seront par ailleurs informées par la Commission (art. 14.4), de faire jouer le renvoi ascendant de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004 (art. 14.5).

40 Pour l'article 5 : les obligations de faire (5.2, 5.4, 5.5, 5.9 et 5.10), les obligations de ne pas faire (5.3, 5.6 à 5.8) ; pour l'article 6 : les obligations de faire (6.3, 6.4, 6.7 à 6.12), les obligations de ne pas faire (6.5, 6.6, 6.13).

41 Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 95 du 21 avr. 1993, p. 29.

42 Art. 12.

43 Art. 13.

2. Le système de mise en œuvre

24. Reste le système de mise en œuvre. En l'absence de communication dédiée, je me permettrai de faire quelques remarques. L'on peut résumer le système en indiquant que c'est un mélange de tradition et de modernité.

25. La tradition est respectée, car l'on retrouve la distinction bien connue entre le *public enforcement* et le *private enforcement*.

26. S'agissant du *public enforcement*, dans les propositions initiales, le contraste était assez net entre le projet de DSA, où l'on proposait l'extension de la logique du réseau, et le projet de DMA, dans lequel la Commission était au cœur du mécanisme de mise en œuvre⁴⁴. Compte tenu des opérateurs visés par ces obligations, cette application centralisée, évoquant le système de compétence exclusive du règlement (CE) n° 139/2004, n'était pas choquante. Nombreuses ont été les voix qui ont demandé qu'un plus grand rôle soit accordé aux ANC (autorités nationales de concurrence)⁴⁵. Ces dernières ont officiellement pris position en ce sens⁴⁶, encouragées par la déclaration antérieure de trois ministres, dont le ministre français de l'Économie, en mai 2021⁴⁷.

27. Après de nombreuses discussions, le système a été maintenu dans ses grandes lignes. Comme le précise désormais le considérant 91, la Commission est la seule autorité habilitée à mettre en œuvre le règlement, ce qui paraît en soi justifié⁴⁸. Ses pouvoirs sont calqués sur ceux dont elle dispose en droit de la concurrence, qu'il s'agisse des pouvoirs d'enquête⁴⁹, ou de décision⁵⁰, les entreprises disposant de leur côté de droits équivalents⁵¹. Cela n'exclut pas certaines spécificités, comme le fait que l'accent est davantage mis sur les enquêtes de marché⁵², ou encore le contrôle de l'exécution des décisions⁵³. Si le régime des amendes en cas de non-respect des règles ou décision est proche du droit antitrust⁵⁴, le plafond, qui est

44 V. pour une brève comparaison, L. Idot, Quel système de gouvernance pour le DMA et le DSA ?, *Europe* 2022, focus 9.

45 V., sur le rôle des ANC dans le contrôle des plateformes, C. Carugati, The role of national authorities in the Digital Markets Act, *Concurrences* n° 1-2022, art. n° 105100.

46 Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union: How national competition agencies can strengthen the DMA, 22 juin 2021, disponible sur le site de l'Autorité, communiqué du 23 juin 2021.

47 Déclaration conjointe des ministres français, allemand et néerlandais de l'Économie, 27 mai 2021.

48 La question va se poser en interne au sein de la Commission de savoir comment organiser les équipes pour la mise en œuvre du règlement (association de la DG concurrence et d'autres DG ?). L'on pourrait envisager dans un premier temps une *task force* comme cela avait fait au départ pour l'application du règlement (CEE) n° 4064/89.

49 Chap. V, art. 20 à 24. On retrouve la panoplie habituelle : demandes d'information (art. 21), interrogatoires et prise de déclarations (art. 22), inspections (art. 23).

50 On relèvera le pouvoir d'adopter des mesures provisoires (art. 24), des décisions d'acceptation d'engagements (art. 25), des décisions de violation (non-compliance) (art. 29), d'injonctions sous astreinte (art. 31).

51 Art. 32 et 33 sur les délais de prescription en matière de sanctions ; art. 34 sur le droit d'être entendu et d'avoir accès au dossier, art. 36 sur le secret professionnel.

52 Chap. IV, art. 16 à 19.

53 Art. 26.

54 Art. 30.

normalement de 10 % du chiffre d'affaires mondial, est porté à 20 % en cas de réitération⁵⁵ et surtout l'adoption d'une décision est enfermée dans un délai⁵⁶.

28. La Commission doit naturellement travailler en liaison avec les divers régulateurs nationaux, qui seront réunis *via* un groupe de haut niveau⁵⁷, comme le mentionne l'article 37, qui n'est qu'un rappel du principe de coopération loyale.

Au sein des régulateurs nationaux, les ANC bénéficient d'un statut particulier qui s'explique par le fait que l'application du règlement se fait sans préjudice de l'application des règles de concurrence⁵⁸. Quelques dispositions ponctuelles précisent qu'elles reçoivent les informations sur les concentrations⁵⁹ et peuvent être associées aux enquêtes⁶⁰ menées par la Commission sur leurs territoires, ainsi qu'au contrôle des mesures⁶¹.

La disposition la plus importante, qui figure à l'article 38, est le résultat des négociations finales. Le Réseau européen de la concurrence est naturellement le lieu privilégié pour organiser les échanges entre la Commission et les ANC. Une autorité nationale peut déclencher une enquête visant un contrôleur d'accès, voire même adopter des mesures sur la base de son droit national de la concurrence, sous réserve d'informer la Commission⁶². De plus, si elle est compétente et dispose des pouvoirs en droit national, l'autorité nationale peut de sa propre initiative déclencher une enquête visant un contrôleur d'accès pour non-respect des obligations des articles 5 à 7 en en avertissant au préalable la Commission. Le déclenchement par la Commission de l'enquête dessaisit naturellement l'ANC⁶³.

Pour les enquêtes de marché, un autre mécanisme a par ailleurs été mis en place au profit des États membres, calqué cette fois-ci sur la procédure de renvoi de l'article 22 en contrôle des concentrations. Trois États membres, ou plus, peuvent demander à la Commission de déclencher une enquête de marché pour l'une des trois raisons envisagées par le règlement⁶⁴.

29. Dans ce contexte d'application centralisée, l'on peut s'étonner du fait que la possibilité pour les juridictions nationales d'intervenir ait été indirectement affirmée. Cela est confirmé par la mise en place d'une procédure de coopération entre la Commission et les juridictions nationales⁶⁵, calquée là encore sur celle qui existe en droit antitrust⁶⁶, ainsi que par une référence expresse à la possibilité d'actions représentatives⁶⁷.

Consacrer ainsi immédiatement le *private enforcement* paraît prématuré. Compte tenu des enjeux et plus encore de la complexité du système, il aurait été sans doute plus prudent d'attendre une phase d'expérimentation. Si le *private enforcement* devait être envisagé d'emblée pour accroître l'efficacité du mécanisme, il aurait sans doute été préférable d'être plus explicite pour limiter les risques d'adaptation hasardeuse des droits nationaux⁶⁸. Alors que l'objectif est d'avoir un marché unique du numérique, cela accroît considérablement les risques de fragmentation. Il n'est pas certain que les garde-fous introduits, qui interdisent à un juge national d'aller à l'encontre d'une décision de la Commission⁶⁹, soient suffisants.

30. Quoi qu'il en soit, la modernité est également présente en particulier dans les obligations spécifiques imposées aux contrôleurs d'accès, comme la nécessité de faire des audits⁷⁰ ou de mettre en place un système de compliance. Autre signe des temps, le rôle des lanceurs d'alerte est également prévu⁷¹. Le *whistleblowing* est ainsi officiellement consacré dans un texte, les informations pouvant être transmises directement à la Commission ou par l'intermédiaire d'une ANC.

Une autre consécration, celle du droit mou, peut également être relevée. En plus de sa compétence d'exécution pour les mesures d'application⁷², et d'une délégation de pouvoir, plus inhabituelle, pour modifier les obligations substantielles⁷³, la Commission se voit expressément reconnaître la possibilité d'adopter des lignes directrices⁷⁴.

31. Ce ne sont que de premières réactions sur un texte dont on attend encore une version en français. Comme vous avez pu le constater, les questions sont nombreuses et il est grand temps de laisser la parole aux intervenants. ■

55 Art. 30.2. V. égal., art. 18.3 sur les conséquences de la réitération.

56 Art. 29.2. V. égal. l'insertion de délais dans les conséquences à tirer des enquêtes de marché (art. 18.4. et 18.7, 19.3).

57 V. égal. la création d'un groupe de haut niveau avec des représentants de tous les régulateurs concernés (art. 40).

58 Art. 1.6.

59 Art. 14.4, pour les concentrations.

60 Art. 16.5 pour l'association possible à une enquête de marché ; art. 22.2 et 23.3, pour l'association à une inspection, avec un devoir d'assistance si nécessaire (art. 23.7 à 23.10).

61 Art. 26.2.

62 Art. 38.2 et 38.3.

63 Art. 38.7.

64 Art. 41.

65 Art. 39.

66 On retrouve la demande d'information ou d'avis (art. 39.1), la transmission des jugements à la Commission (art. 39.2^o), la procédure d'*amicus curiae* (art. 39.3).

67 Art. 42. Le texte renvoie à la directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, *JOUE* n° L 409 du 4 déc. 2020, p. 1.

68 Prenons le cas du droit français : la spécialisation des tribunaux en droit de la concurrence doit-elle jouer ? doit-on reconnaître une possibilité d'action au ministre de l'Économie ?

69 V. l'article 39.5, qui est la reprise de l'article 16.1 du règlement (CE) n° 1/2003.

70 Art. 15.

71 Art. 27.

72 Art. 46.

73 Art. 49.

74 Art. 47.

L'articulation du DMA avec les autres textes existants

Martine Behar-Touchais

martine.behar-touchais@univ-paris1.fr

Professeur

Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Directrice du Département des Masters de droit privé

Ancien membre du collège du Conseil de la concurrence

1. Dans son fameux article intitulé “Amazon’s Antitrust Paradox”, Lina Khan plaide déjà en 2017 pour un droit antitrust qui “accorderait une attention particulière aux barrières à l’entrée, aux conflits d’intérêts, à l’émergence des gatekeepers et aux risques de goulets d’étranglement, à l’utilisation et au contrôle des données, et à la dynamique du pouvoir de négociation”¹.

Marie-Anne Frison-Roche et Jean-Christophe Roda y voient, non sans raison, “un résumé de la philosophie du DMA”², mais on peut y voir aussi les prémises de nombreux conflits de textes en perspective.

Le sujet de l’articulation du DMA avec les autres textes existants pourrait paraître de prime abord très technique. À la vérité, la technique est ici un voile qui cache des questions fondamentales.

Il s’agit d’abord de déterminer l’objectif des textes, les intérêts qu’ils protègent, et de savoir si leur conciliation va être harmonieuse ou chaotique.

Ensuite, même si le DMA a principalement la vocation d’intervenir *ex ante*, on sait que les obligations imposées *ex ante* ne seront pas toutes respectées, et qu’il faudra sanctionner *ex post*. Or, en droit répressif, il s’agit d’avoir des sanctions dissuasives, mais qui restent proportionnées, même si l’auteur de l’infraction est très puissant. Un cumul des textes qui conduirait à un cumul de sanctions pourrait porter atteinte à la proportionnalité de la sanction. On doit aussi se demander dans quelle mesure le principe *ne bis in idem* pourrait être concerné.

La technique est donc ici un voile qui cache des questions fondamentales.

2. Ce n’est toutefois pas la première fois que l’on rencontre un conflit de textes en droit du marché. Et la tendance est indubitablement au cumul.

Si l’on excepte la question de savoir si le droit national et le droit de l’UE peuvent s’appliquer de concert³, très tôt s’est posée la question de la conciliation entre la régulation sectorielle et le droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans l’affaire *Deutsche Telekom*, la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) a-t-elle admis que les conditions tarifaires validées par un régulateur sectoriel national peuvent être qualifiées d’abus de position dominante au regard de la règle générale de concurrence⁴.

La conciliation a été plus chaotique entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives de concurrence, encore appelé droit des pratiques commerciales déloyales B to B. Ainsi, dans l’affaire *Booking*, l’Autorité de la concurrence (ADLC)⁵ a obtenu l’engagement de la plateforme de supprimer la clause de parité tarifaire dans les rapports entre les différentes plateformes de réservation hôtelières (OTA), mais en admettant que Booking pouvait continuer d’exiger que les hôtels ne fassent pas de prix plus intéressants sur leur propre site internet que sur la plateforme de réservation Booking.com. Mais, cette distinction a été paralysée en France par l’annulation totale de la clause par le juge judiciaire sur le fondement du déséquilibre significatif⁶.

3 C’est le cas en droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit national ne pouvant toutefois qu’aller dans le même sens que le droit de l’UE du fait du principe de primauté. Ce n’est pas le cas, en principe, en droit des concentrations, où selon que la concentration est ou non de dimension européenne, on applique le droit de l’UE ou les droits nationaux, sous réserve du jeu des renvois.

4 CJUE, 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission européenne*, aff. C-280/08 P, EU:C:2010:603 ; D. Bosco, L’opérateur historique, le régulateur et le juge de concurrence (cacophonie en trio), *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. 274 ; L. Idot, Abus de position dominante, secteur régulé et ciseau tarifaire, *Europe* 2010, comm. 424.

5 Aut. conc., déc. n° 15-D-06 du 21 avr. 2015 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 ; *RLC* 2015/44, p. 28 et note V. Sélinisky.

6 Cf. notre article Quand le droit des pratiques restrictives de concurrence empiète sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc* : le juriste dans la cité, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 53 et s.

1 L. M. Khan, Amazon’s Antitrust Paradox, *Yale law Journal*, vol. 126, n° 3, 2017, p. 745, <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox> : “In practice, adopting this approach would involve assessing a range of factors that give insight into the neutrality of the competitive process and the openness of the market. These factors include: (1) entry barriers, (2) conflicts of interest, (3) the emergence of gatekeepers or bottlenecks, (4) the use of and control over data, and (5) the dynamics of bargaining power.”

2 M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2022, p. 579.

La perturbation ainsi occasionnée a d'ailleurs été relevée dans le rapport d'étape de l'ADLC sur sa décision *Booking*⁷.

Mais il est vrai qu'en droit antitrust, l'article 3, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 et le considérant 9 du même texte admettent le cumul du droit des pratiques anticoncurrentielles avec des "*dispositions législatives nationales en cause [qui] visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché*".

3. On va retrouver ces problèmes au centuple avec le Digital Market Act (DMA), adopté le 5 juillet 2022, avec une difficulté majeure qui sera celle de déterminer si l'objectif du DMA est vraiment différent de celui des autres règles (régulation, pratiques anticoncurrentielles, ou encore pratiques commerciales déloyales B to B).

En effet, dans une première approche, le DMA semble être à la croisée des chemins : ni tout à fait régulation sectorielle, ni tout à fait loi de concurrence sectorielle, ni tout à fait loi sectorielle de condamnation des pratiques commerciales déloyales, les règles du DMA sont inclassables, selon les premières analyses doctrinales.

En effet, si l'on se demande si le DMA est une loi de régulation sectorielle des *gatekeepers*, on a envie de répondre d'abord positivement, car son objectif est d'abord d'intervenir *ex ante*. Le but du DMA est de prévenir les manquements plutôt que de les sanctionner⁸. Mais la réponse négative s'impose aussi très vite, quand on observe les sanctions importantes prévues par le DMA, qui intervient aussi *ex post*. Son article 30 prévoit des sanctions de 10% ou 20% en cas de récidive dans les huit ans. Les auteurs du DMA ont bien conscience que le respect des obligations *ex ante* est relativement aléatoire face à des entreprises aussi puissantes. C'est pourquoi ils ont prévu des sanctions importantes, et des règles anti-contournement, car ils s'attendent à une résistance des MAMAA (nouveau nom des GAFAM).

Le DMA serait-il alors une loi de concurrence sectorielle ? C'est le sentiment de Nicolas Petit⁹ et sans doute, quoique de manière plus nuancée, de Marie-Anne Frison-Roche et Jean-Christophe Roda, qui y voient "*un outil de droit des marchés concurrentiels*"¹⁰, tout en notant l'"*influence croisée*" et "*les liens synergiques avec les autres branches du droit des marchés concurrentiels*".

7 Bilan de l'efficacité des engagements pris par Booking.com devant l'Autorité de la concurrence, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/bilan_engagements_booking_final_9fev17.pdf.

8 Cf. dans les motifs du DMA : "[L] application des règles en matière de pratiques anticoncurrentielles concerne la situation des marchés spécifiques, intervient inévitablement après que la pratique restrictive ou abusive s'est produite et implique des procédures d'enquête longues pour établir l'existence de l'infraction. La proposition actuelle réduit au minimum les incidences structurelles néfastes des pratiques déloyales *ex ante*, sans limiter la possibilité d'intervenir *ex post* en vertu des règles de concurrences nationales et de l'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), COM(2020) 842 final, 15 déc. 2020.

9 En ce sens, N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, 2021, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 7, 2021, pp. 529-541., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3843497.

10 M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *op. cit.*, p. 579.

Considérer que le DMA est une loi de concurrence sectorielle repose d'ailleurs sur des arguments de poids.

- D'une part, beaucoup de comportements interdits l'ont été auparavant par le droit antitrust. Il suffit de citer l'autopréférence condamnée dans l'affaire *Google Shopping*¹¹ ou l'utilisation abusive des données des internautes, condamnée par le Bundeskartellamt dans l'affaire *Facebook*¹². Le fait de parler de plateforme essentielle fait aussi inéluctablement référence à la théorie des infrastructures essentielles.
- D'autre part, l'objectif de préserver la contestabilité du marché semble aller aussi en ce sens : le concept de contestabilité utilisé dans le DMA semble envisager la promotion de l'entrée de nouvelles entreprises sur les marchés principaux et auxiliaires où opèrent les *gatekeepers*, ainsi que sur les autres marchés où ils ne sont pas présents. Pour Nicolas Petit, l'objectif est d'assurer "l'égalité des chances" sans qu'il soit besoin de prouver la position dominante, avec comme source d'inspiration l'article 106 du TFUE sur les entreprises ayant des droits spéciaux et exclusifs.

À l'opposé, on pourrait objecter que l'on ne recherche pas l'effet sur le marché des infractions prévues au DMA. Mais cela ne pourrait-il pas signifier qu'il est présumé compte tenu de la puissance des *gatekeepers*? Mais, on ne sauvera pas davantage une pratique condamnée par le DMA en prouvant qu'elle aurait des gains d'efficacité et donc un bilan globalement positif¹³.

Le DMA serait-il alors une loi sectorielle sur les pratiques commerciales déloyales B to B ?

- La raison de la penser pourrait être que le DMA contient des interdictions *per se*, qui foisonnent en droit des pratiques commerciales déloyales B to B.
- Le DMA se dit au surplus avoir un objectif "*complémentaire*", mais "*différent de la protection de la concurrence non faussée*", selon son considérant 11. Le DMA protège selon lui "*un intérêt juridique différent*" des règles de concurrence.
- Le concept d'équité semble aussi aller en ce sens : le concept d'équité semble signifier que les règles du jeu établies par les *gatekeepers* ne devraient pas créer de déséquilibres envers les utilisateurs professionnels et les utilisateurs finaux, ou être établies de manière à avantager les dits *gatekeepers* de façon disproportionnée.
- L'idée semble être d'assurer, comme en droit des pratiques commerciales déloyales B to B, un partage équitable des avantages économiques dans la chaîne de valeur.

11 Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, EU:T:2021:763.

12 Bundeskartellamt, 6 févr. 2019, aff. B6-22/16 ; Bundeskartellamt, communiqué du 7 févr. 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

13 L'exemption de l'article 9 du DMA est fondée sur d'autres critères (santé publique, sécurité publique).

À regarder certains textes du DMA, on retrouve d'ailleurs le vocabulaire du droit des pratiques restrictives de concurrence français. L'article 12, paragraphe 5 (a) du DMA est assez remarquable à cet égard. Il dispose dans sa version traduite librement : *“Une pratique visée aux paragraphes 1, 3 et 4 est considérée comme limitant la contestabilité des services de la plateforme centrale ou comme déloyale lorsque : (a) il existe un déséquilibre entre les droits et les obligations des utilisateurs professionnels et le contrôleur d'accès obtient un avantage de la part des utilisateurs professionnels qui est disproportionné par rapport au service fourni par ce contrôleur d'accès à ces utilisateurs professionnels (...).”*¹⁴.

Ce texte sanctionne donc un déséquilibre disproportionné. On est très proche de la sanction du déséquilibre significatif en droit français (la soumission en moins) ou du déséquilibre manifeste en droit belge.

Ce dernier rapprochement nous semble le plus adéquat, mais la première approche doctrinale est d'admettre que le DMA aurait plutôt un objectif hybride.

Il a toutefois le mérite d'être une réglementation qui cible quelques entreprises¹⁵. Au moins, il n'aura pas le défaut du droit français, qui n'a cessé de faire des lois pour la grande distribution, mais de les généraliser à toutes les entreprises.

Ici le législateur de l'UE assume : il fait une législation spéciale parce qu'il y a des entreprises spéciales, hors norme, dans le domaine du numérique.

4. Le caractère hybride du DMA et la difficulté de préciser l'intérêt juridique protégé par le DMA vont cependant rendre difficile la résolution de certains conflits.

Certes, la difficulté sera moindre pour les conflits de textes réglés clairement par le DMA (I.). Elle apparaîtra en revanche pleinement pour les conflits dont le sort reste incertain en raison du manque de précision du DMA (II.).

I. L'admission par le DMA de certains cumuls de textes

5. Le DMA admet un cumul de certaines incriminations (1.), mais on doit se demander si cela implique un cumul de poursuites et de sanctions (2.)

1. Les cumuls d'incriminations

6. Après avoir fait le point des cumuls admis par le DMA (1.1), nous tenterons de les justifier (1.2), et d'apprécier s'il existe des limites à ces cumuls (1.3).

1.1 Les différents types de cumul

7. Trois types de cumul sont visés.

1.1.1 Le cumul des obligations *ex ante* du DMA avec d'autres textes *ex ante*.

8. Les obligations *ex ante* issues du DMA se cumulent avec le contrôle *ex ante* des concentrations. Son article 1, paragraphe 6, précise que “[l]e présent règlement est sans préjudice (...) du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil [du 20 janvier 2004] et des règles nationales relatives au contrôle des concentrations”¹⁶. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi il n'y aurait pas eu un tel cumul.

9. Dans son exposé des motifs, le DMA précisait dans sa version originale¹⁷ que “[l]a proposition est également cohérente avec la réglementation *ex ante* ciblée et adaptée à des secteurs spécifiques, telle que les règles applicables aux services de communications électroniques ou à la vente à découvert, de même qu'avec les initiatives existantes visant les pratiques commerciales préjudiciables dans le monde 'hors ligne'”. Il indiquait alors en note la directive (UE) 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales B to B dans la chaîne alimentaire ou la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives. Si la référence à la directive 93/13/CEE subsiste (cons. 12), la référence à la directive (UE) 2019/633 a disparu de la version définitive. L'idée serait en tout cas que les listes noires de clauses abusives ont un effet préventif *ex ante*, pouvant se cumuler avec le DMA.

On pourrait dire la même chose de nombreuses règles, comme celles du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) (sur lequel on va revenir ci-après). Tous les textes qui comportent d'importantes sanctions ont aussi des effets préventifs.

1.1.2 Le cumul des obligations *ex ante* du DMA avec l'intervention *ex post* des autres textes

10. Dans son exposé des motifs, le DMA précise que “[l]a proposition vient compléter les règles de concurrence existantes de l'UE (et nationales)”.

Le DMA affirme donc qu'il se cumule d'abord avec les textes de l'UE :

¹⁴ <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-22.pdf>.

¹⁵ Certains considèrent toutefois qu'il cible trop.

¹⁶ V. aussi cons. 9a

¹⁷ Le texte paru après le trilogue ne comporte pas encore les motifs. Nous ignorons donc si ce texte est conservé. Il n'y a en revanche aucune mention faite à la directive (UE) 2019/633, dans les considérants et le texte final du DMA.

- sur les pratiques anticoncurrentielles (art. 1, § 6) ;
- sur les données : RGPD¹⁸, DSA, directive 2002/58/CE¹⁹ (cons. 12) ;
- sur des thèmes très spéciaux : droit d’auteur²⁰, services de paiement²¹, services de médias audiovisuels²², accessibilité applicable aux produits et services²³ (cf. cons. 12) ;
- sur la protection des consommateurs²⁴ (cf. cons. 12).

Le DMA se cumule aussi avec des règles nationales de concurrence :

- interdisant les accords anticoncurrentiels, les décisions d’associations d’entreprises, les pratiques concertées et les abus de position dominante (art. 1, § 6),
- mais aussi interdisant d’autres formes de comportement unilatéral (comme l’interdiction de l’abus de dépendance économique, ou des prix abusivement bas) dans la mesure où elles sont appliquées à des entreprises autres que les *gatekeepers* ou reviennent à imposer des obligations supplémentaires aux *gatekeepers* (art. 1, § 6).

1.1.3 Le cumul des infractions *ex post* du DMA avec l’intervention *ex post* des autres textes

11. Tous les cumuls précédents valent tant pour l’*ex ante* que pour l’*ex post*, d’autant que le DMA ajoute dans ses motifs : “*La proposition actuelle réduit au minimum les incidences structurelles néfastes des pratiques déloyales*

18 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), *JOUE* n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

19 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *JOCE* n° L 201 du 31 juill. 2002, p. 37.

20 Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *JOUE* n° L 130 du 17 mai 2019, p. 92.

21 Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 337 du 23 déc. 2015, p. 35.

22 Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive “Services de médias audiovisuels”), *JOUE* n° L 95 du 15 avr. 2010, p. 1 ; directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive “Services de médias audiovisuels”), *JOUE* n° L 303 du 28 nov. 2018, p. 69, compte tenu de l’évolution des réalités du marché

23 Directive (UE) 2019/882 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d’accessibilité applicables aux produits et services, *JOUE* n° L 151 du 7 juin 2019, p. 70.

24 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (“directive sur les pratiques commerciales déloyales”), *JOUE* n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22 ; directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 95 du 21 avr. 1993, p. 29 (qui a aussi des effets *ex post*).

ex ante, sans limiter la possibilité d’intervenir *ex post* en vertu des règles de concurrences nationales et de l’UE.”

Il ne faut donc pas penser que l’*ex ante* concernerait le DMA, et l’*ex post* le droit des pratiques anticoncurrentielles. Le DMA prévoit aussi des sanctions *ex post* !

Cela veut dire que les mêmes faits (par exemple l’autoprédilection) seront susceptibles de plusieurs qualifications : pratique anticoncurrentielle ou infraction au DMA.

1.2 L’explication du cumul par des intérêts juridiques différents

12. Il faut tout d’abord souligner qu’il y a une explication du cumul, qui n’est pas mentionnée dans le DMA. Il y a en effet une dimension “politique” de la résolution du conflit qui ne peut être méconnue.

L’action publique contre les *gatekeepers* fondée sur le DMA appartient exclusivement à la Commission européenne. Il faut donc avoir conscience que si le DMA était lui-même d’application exclusive, seule la Commission pourrait sanctionner les manquements des *gatekeepers*. En permettant le cumul, le texte ne prive pas les autres autorités, comme les autorités nationales de concurrence (ANC) du Réseau européen de la concurrence (REC ou ECN), des pouvoirs qu’elles avaient antérieurement de sanctionner les pratiques des *gatekeepers*.

Et cela peut se comprendre, au-delà de l’aspect politique, dans un but de dissuasion.

13. Mais ce n’est pas cette raison qui est affichée. Au considérant 11 du DMA, il est expliqué que “[l]e présent règlement poursuit un objectif complémentaire, mais différent de la protection d’une concurrence non faussée”.

14. Ces belles formules ne sont pas sans aucun artifice.

On peut admettre qu’il y a des intérêts protégés différents, si l’on condamne Facebook pour un abus de position dominante d’exploitation parce qu’il a commis une pratique illicite relative aux données d’une part, et si l’on condamne Facebook directement pour violation de la législation sur les données d’autre part.

Mais, quand le Tribunal de l’UE condamne l’autoprédilection dans l’affaire *Google Shopping*²⁵, et qu’on l’interdit dans le DMA, sont-ce vraiment deux intérêts juridiques qui sont satisfaits ?

Il nous semble que l’on protège le même intérêt avec deux techniques différentes :

- une technique qui suppose la preuve des effets, sauf infraction par l’objet, et qui permet en théorie de sauver la pratique par un bilan favorable qui ne l’est cependant jamais en pratique ;
- l’autre technique, plus simple à mettre en œuvre, de l’infraction *per se*, ne permettant ni en théorie ni en fait le sauvetage de la pratique.

25 Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17. préc.

Et ne présume-t-on pas tout simplement qu'une autopréférence par un *gatekeeper* aura forcément un effet sur le marché, et n'aura jamais un bilan économique favorable, ce qui justifierait la technique de l'interdiction *per se*²⁶ ?

L'identification des intérêts protégés est néanmoins très importante pour une éventuelle application de la règle *ne bis in idem*.

1.3 La limite du cumul ?

15. En vertu du considérant 10, “*le présent règlement (...) devrait s'appliquer sans préjudice des articles 101 et 102 du TFUE, des règles de concurrence nationales correspondantes et des autres règles de concurrence nationales relatives au comportement unilatéral (...) qui sont fondées sur une évaluation individualisée des positions sur le marché et du comportement sur le marché, y compris ses effets probables et la portée précise du comportement interdit, et qui prévoient la possibilité pour les entreprises de faire preuve d'efficacité et de justification objective*”.

Le considérant 10 se termine en insistant : “*Toutefois, l'application de ces règles ne devrait pas porter atteinte aux obligations imposées aux contrôleurs d'accès au titre du présent règlement ni à leur application uniforme et effective sur le marché intérieur.*”

Donc une ANC ne saurait accepter, dans une procédure de pratiques anticoncurrentielles, des engagements qui seraient contraires à une obligation du DMA. Ou si elle le faisait, lesdits engagements ne dispenseraient pas l'entreprise de ses obligations et des sanctions du DMA.

Sans quoi, il y aurait une atteinte à l'effet utile du DMA, qui semble primer dans cette mesure²⁷.

Mais *quid* de l'hypothèse inverse ? Par exemple, si la Commission a décidé exceptionnellement d'accorder une exemption (art. 10) au *gatekeeper*, ou une suspension de ses obligations (art. 9), pourra-t-on condamner pour ce même comportement le *gatekeeper* en droit des pratiques anticoncurrentielles ?

Même si ce sera probablement discuté²⁸, cela devrait selon nous ne pas être possible, dans la mesure où l'article 1, paragraphe 7, du DMA précise que les autorités nationales ne prennent “*aucune décision qui irait à l'encontre d'une décision adoptée par la Commission en vertu du présent règlement. La Commission et les États membres travaillent en étroite coopération et coordination dans le cadre de leurs mesures d'exécution*”. En outre, les articles 37 et s. du DMA ont prévu une coopération entre la Commission et les ANC²⁹.

26 V. en droit américain la place des interdictions *per se*, et de celles soumises à la règle de raison, en droit antitrust : cf. D. Fasquelle, *Droit américain et communautaire des ententes : étude de la règle de raison*, GLN/Joly éditions, Paris, 1993.

27 La préservation de l'effet utile de la règle nous paraît être un critère très important. C'est d'ailleurs celui que nous proposons pour le conflit entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives de concurrence. Nous suggérons de n'admettre le cumul, comme le fait le règlement (CE) n° 1/2003, que si cela ne porte pas atteinte à l'effet utile des articles 101 et 102 TFUE : cf. article précité in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc.

28 Un doute subsiste si l'on tient compte du fait que pour la Commission ce ne sont les mêmes intérêts juridiques qui sont protégés.

29 V. aussi cons. 12.

L'admission des cumuls d'incriminations a donc un champ d'application assez large, et l'on doit se demander à présent si cela s'accompagne d'un cumul de poursuites et de sanctions.

2. Les cumuls de poursuites et de sanctions ?

16. Si les obligations *ex ante* n'ont pas porté leurs fruits, le DMA est réaliste : il prévoit des sanctions *ex post*. Mais se pose la question de savoir si l'on peut poursuivre successivement le même *gatekeeper* pour ces deux incriminations et si l'on peut le sanctionner doublement.

Or, concomitamment au DMA, la CJUE a éclairé sa jurisprudence sur la règle *ne bis in idem*. Après l'avoir rappelée (2.1), on tentera de l'appliquer aux cumuls de poursuites et de sanctions entre le DMA et les autres droits pour lesquels le DMA admet expressément le cumul (2.2). On prendra l'exemple d'un cas d'autopréférence pour être plus concret. Si un *gatekeeper* a été sanctionné pour violation de l'obligation du DMA de ne pas faire d'autopréférence, peut-il être de nouveau jugé devant une AAI (autorité administrative indépendante) ou un juge pour violation de l'article 102 TFUE du fait de cette même autopréférence ? ou inversement ?

2.1 Rappel de la règle *ne bis in idem*

17. Le principe *ne bis in idem* constitue un principe fondamental du droit de l'Union³⁰, qui est désormais consacré à l'article 50 de la Charte, inspiré de l'article 4 du protocole n° 7 à la CESDH. L'article 50 de la Charte dispose que “[n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi”. Ainsi, le principe *ne bis in idem* interdit un cumul tant de poursuites que de sanctions présentant une nature pénale au sens de cet article pour les mêmes faits et contre une même personne³¹.

L'emploi du terme “pénalement” ne signifie pas que le principe ne jouerait que devant un juge pénal. L'application de l'article 50 de la Charte s'étend à des poursuites et à des sanctions qui doivent être considérées comme présentant une nature pénale sur le fondement des critères de l'arrêt *Engel*³², donc aux procédures qui tendent à l'infliction de sanctions administratives à caractère pénal.

La CJUE³³ rappelle que “[l'] application du principe *ne bis in idem* est soumise à une double condition, à savoir, d'une part, qu'il y ait une décision antérieure définitive (condition

30 CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582, pt 59.

31 CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15, EU:C:2018:197, pt 25.

32 CEDH, plén., 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, n° 5370/72, pt 82 ; CEDH, gde ch., 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, n° 73053/01, pts 30 et 31 ; Rec. CEDH 2006-XIII.

33 CJUE, 22 mars 2022, *bpost SA c/ Autorité belge de la concurrence*, aff. C-117/20, EU:C:2022:202.

'bis') et, d'autre part, que les mêmes faits soient visés par la décision antérieure et par les poursuites ou les décisions postérieures (condition 'idem')" (pt 28). Elle ajoute que "le critère pertinent aux fins d'apprécier l'existence d'une même infraction est celui de l'identité des faits matériels³⁴, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles qui ont conduit à l'acquiescement ou à la condamnation définitive de la personne concernée" (pt 33).

Mais la CJUE admet que ce droit fondamental peut être limité sur le fondement de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. Mais une limitation du droit fondamental de l'article 50 de la Charte doit répondre à un objectif d'intérêt général (pt 44). Pour cela, plusieurs conditions doivent être réunies :

– Il faut en premier lieu que les deux réglementations en conflit poursuivent des objectifs légitimes qui sont distincts (pt 45). C'était le cas dans cette espèce, où la réglementation sectorielle avait pour objectif la libéralisation du marché intérieur des services postaux, alors que la loi sur la protection de la concurrence et l'article 102 TFUE poursuivent l'objectif de garantir que la concurrence n'est pas faussée dans ce marché³⁵.

– Il faut en deuxième lieu qu'il soit légitime de poursuivre de manière cumulée ces deux objectifs (pt 47).

– Il faut enfin respecter le principe de proportionnalité (pt 48), qui exige que "le cumul de poursuites et de sanctions prévu par la réglementation nationale ne dépasse pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis". Pour que le cumul soit strictement nécessaire, il faut un "lien matériel et temporel suffisamment étroit entre les deux procédures en cause" (pt 53).

La CJUE en conclut qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi d'apprécier si le cumul de sanctions de nature pénale peut se justifier, par le fait que les poursuites engagées par ces autorités visent des buts complémentaires, ayant pour objet des aspects différents du même comportement infractionnel. Elle n'exclut pas le cumul des sanctions, "à condition qu'il existe des règles claires et précises permettant de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul des poursuites et des sanctions ainsi que la coordination entre les deux autorités compétentes, que les deux procédures aient été menées de manière suffisamment coordonnée dans un intervalle de temps rapproché et que l'ensemble des sanctions imposées corresponde à la gravité des infractions commises" (pt 58).

34 Les faits matériels doivent être identiques et non pas simplement similaires (pt 36) ; et "l'identité des faits matériels s'entend comme un ensemble de circonstances concrètes découlant d'événements qui sont, en substance, les mêmes, en ce qu'ils impliquent le même auteur et sont indissociablement liés entre eux dans le temps et dans l'espace" (pt 37).

35 V., en ce sens, arrêts du 13 juill. 2006, *Manfredi e.a.*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, pt 31, ainsi que du 17 févr. 2011, *TeliaSonera Sverige*, aff. C-52/09, EU:C:2011:83, pts 20 à 22.

Le même jour, la CJUE³⁶ a aussi appliqué ces principes au cumul des poursuites et de sanctions entre deux autorités de concurrence de deux États membres³⁷. Si l'ANC d'un État A a condamné une entreprise pour entente en raison d'un objet ou d'un effet anticoncurrentiel de la pratique sur les territoires A et B, l'ANC de l'État B ne pourra pas condamner de nouveau la pratique pour le territoire B. En revanche, l'ANC d'un État C le pourrait, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la pratique sur le territoire C n'ayant pas été pris en compte par la première condamnation.

2.2 Application aux doubles poursuites et sanctions sur le fondement du DMA et sur le fondement par exemple des articles 101 et 102 TFUE

18. Le raisonnement vaut pour tout cumul entre le DMA et un autre texte (par exemple avec le RGPD). Mais nous prendrons ici uniquement l'exemple d'un cumul du DMA avec les articles 101 et 102 TFUE.

A priori, il ne devrait pas y avoir cumul, sauf si l'on entre dans les conditions de la limitation. Ce sont donc ces conditions qu'il faut rechercher.

2.2.1 Des objectifs légitimes distincts

19. À cet égard, les deux réglementations en conflit poursuivent-elles des objectifs légitimes qui sont distincts ? La réponse est positive si l'on en croit le DMA, malgré les réserves que nous avons exprimées sur la confusion entre l'objectif et la technique. Pour nous il y a un objectif et des techniques distinctes.

2.2.2 La légitimité de poursuites de manière cumulée de ces objectifs

20. Est-il ensuite légitime de poursuivre de manière cumulée ces deux objectifs ? La réponse est très subjective, et le cumul des incriminations voulu par le DMA plaide en faveur d'une réponse positive.

2.2.3 Le respect du principe de proportionnalité

21. Le principe de proportionnalité serait-il respecté ? Là encore la réponse est subjective, mais de notre point de vue, il le serait si l'on reste en dessous du plafond de l'infraction la plus lourdement condamnée : donc en dessous de 10 % si l'infraction est commise pour la première fois (le DMA et les articles 101 et 102 TFUE ont un même plafond), en dessous de 20 % en cas de récidive (le DMA prévoyant dans ce cas le plafond le plus élevé).

22. Un raisonnement par analogie avec le droit pénal *stricto sensu* conduit en effet à proposer de ne pas dépasser le plafond le plus élevé.

36 CJUE, 22 mars 2022, *Bundeszweibewerbsbehörde c/ Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH*, aff. C-151/20, EU:C:2022:203.

37 Sur cette question, cf. M. Behar-Touchais, La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires et la règle "non bis in idem", in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, Années 2004-2006*, Pedone, Paris, 2008, p. 165 et s.

Au fil des années, les pénalistes ont construit une théorie efficace du concours d'infractions. Par exemple, en droit pénal français, on distingue deux cas de figure :

- En premier lieu, l'article 132-2 du code pénal français dispose qu'"[i]l y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction". Il y a donc ici une pluralité de faits, et la doctrine parle de concours réel d'infractions.

Si toutes ces infractions sont poursuivies en une seule poursuite, chaque infraction établie conduit à une déclaration de culpabilité, mais ne sera prononcée qu'une seule peine de même nature³⁸. Le plafond sera le maximum légal le plus élevé de cette peine (art. 132-3 du code pénal).

Mais il est aussi possible qu'il y ait une pluralité de poursuites, si plusieurs instances répriment des infractions qui ont été commises sans être séparées par une condamnation définitive. L'article 132-4 du code pénal prévoit dans ce cas que "[l]orsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé"³⁹.

- En second lieu, il y a un cumul idéal d'infractions quand un fait unique peut recevoir plusieurs qualifications pénales différentes, dès lors que celles-ci ne présentent entre elles aucune incompatibilité et sont susceptibles d'être appliquées concurremment⁴⁰. Depuis l'arrêt *Oliveira c/ Suisse*⁴¹, la CEDH admet qu'un fait unique puisse conduire à deux actions pénales distinctes et au prononcé de deux amendes, l'une pour défaut de maîtrise du véhicule, l'autre (3 ans après) pour avoir provoqué des lésions corporelles par négligence, sans méconnaître l'article 4 du protocole additionnel n° 7 prévoyant que nul ne peut être jugé deux fois pour les mêmes faits. Mais elle le décide, car "en l'occurrence, il n'y a pas eu cumul des peines mais absorption de la plus légère par la plus lourde" (pt 27).

N'oublions pas au demeurant que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux s'interprète conformément à l'article 4 du protocole 7 de la CESDH.

38 Cass. crim., 8 mars 2017, n° 15-87.422 ; l'article 132-5 du code pénal prévoit que "les peines privatives de liberté sont de même nature et toute peine privative de liberté est confondue avec une peine perpétuelle".

39 Le Conseil constitutionnel, dans une décision très critiquable du 25 mars 2022, a toutefois refusé d'appliquer aux sanctions administratives ce cumul plafonné : déc. n° 2021-984 QPC, *Société Eurelec trading (Cumul de sanctions administratives)*.

40 Cass. crim., 19 mars 1996, n° 94-81420, *Bull. crim.* n° 117 ; Cass. crim., 12 juill. 2016, n° 15-85.894 ; Cass. crim., 8 mars 2016, n° 14-88.347 ; Cass. crim., 22 mars 2011, n° 09-88.333.

41 CEDH, 30 juill. 1998, *Oliveira c/ Suisse*, n° 25711/94, *Rec. CEDH*, p. V - 1990 ; *AJDA* 1998, p. 984, *chron. J.-F. Flauss ; RSC* 1999, p. 384, *obs. R. Koering-Joulin*.

Le Conseil constitutionnel français déduit aussi du principe de proportionnalité, découlant lui-même de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'on retient la peine de la plus haute qualification pénale : "[E]n vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires [et] que le principe de proportionnalité qui en découle implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé"⁴².]” Donc le cumul de qualifications concernant un même fait conduit à une seule peine de même nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.

Donc, dans tous ces cas, en droit pénal, la peine est plafonnée au plafond le plus élevé.

23. Or, la question de l'application du DMA et des articles 101 ou 102 TFUE pose une question de concours idéal d'infractions. C'est pourquoi il nous semble que la proportionnalité impose de plafonner la sanction des entreprises dans ce cas au plafond le plus élevé.

Certes, le risque de sanction trop lourde mise à la charge d'une entreprise aussi puissante qu'un MAMAA (GAFAM) ne provoquera pas beaucoup d'émotion. Certains ont même déjà dit que des sanctions de plusieurs milliards n'étaient qu'un coût d'exploitation pour un MAMAA. Mais au-delà des *gatekeepers*, c'est un choix de société. Voulons-nous abandonner le principe de proportionnalité de la sanction, qui est pourtant le gage d'un État démocratique ? Voulons-nous nous radicaliser dans la recherche de la sanction dissuasive, au point d'en oublier toute mesure, parce qu'il s'agit de sanctionner des MAMAA ?

24. La seule hypothèse où, pour notre part, nous pourrions convenir qu'une amende pourrait être plus élevée que ce plafond le plus élevé, et pourtant rester proportionnée, ce serait en cas de preuve réelle que les profits induits de cet acte illicite sont supérieurs à ces 10 % ou 20 %. En effet, dans le cas d'une faute lucrative⁴³, il reste proportionné de priver l'auteur de l'infraction des profits illicites⁴⁴ qu'il a faits délibérément. La vertu préventive d'une telle règle existe d'ailleurs, puisque l'opérateur, qui fera son bilan pour décider ou non de commettre la faute lucrative, verra qu'il pourrait être perdant et choisira peut-être une autre voie. Mais cela supposerait une preuve réelle des profits illicites, qui se concilie mal avec le caractère un peu expéditif de la sanction d'une infraction *per se*.

25. En outre, il ne faut pas oublier que le DMA permet les actions privées (art. 39 du DMA), et que c'est peut-être plus à ce titre que l'on devrait admettre les dommages et

42 Cons. const., déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 85.

43 N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, thèse, Paris 5, dir. M. Behar-Touchais, Economica, Paris, 2018 ; D. Fasquelle, L'existence de fautes lucratives en droit français, in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, colloque, M. Behar-Touchais (dir.), *LPA* 20 nov. 2002, n° 232, p. 27 et s.

44 M. Séjean, La restitution du profit illicite, *RIDC* 2-2014, pp. 345-362.

intérêts restitutoires, comme on le fait déjà pour le préjudice de contrefaçon⁴⁵, ou celui lié à la violation du secret des affaires⁴⁶, et d'une manière plus atypique, pour celui causé par la concurrence déloyale⁴⁷.

2.2.4 la coordination entre les autorités compétentes

26. Enfin, la coopération entre autorités qui permet de justifier une limite à la règle *ne bis in idem* existe ici. Le DMA prévoit en effet une coopération entre la Commission chargée de l'action publique en matière de DMA et les ANC des États membres chargées d'appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles. Les articles 37 et s. imposent une information mutuelle de leurs mesures d'application respectives par l'intermédiaire du REC, et la transmission d'informations, y compris confidentielles. L'ANC doit informer la Commission par écrit de sa première mesure d'enquête (sauf en matière de concentration). Si l'ANC veut imposer des obligations au *gatekeeper*, elle doit communiquer à la Commission le projet trente jours avant. La Commission peut demander aux ANC de l'aider à toute enquête de marché pour le DMA. Les ANC peuvent même, de leur propre initiative, et sous réserve que leur droit national le permette, mener une enquête sur un cas de non-respect éventuel des articles 5, 6 et 7 du DMA sur leur territoire, puis en faire rapport à la Commission afin de la soutenir dans sa compétence exclusive pour appliquer le présent règlement.

En conséquence, grâce à cette coopération, il est probable que les difficultés théoriques abordées n'existeront pas en pratique, et que les sanctions qui pourraient se cumuler resteront proportionnées.

27. En définitive, cette première analyse donne tout de même un sentiment de complication inutile, d'"usine à gaz" ! N'aurait-il pas été préférable, au moins pour les règles qui s'appliquent *ex post*⁴⁸, d'admettre qu'il existe en droit antitrust des pratiques anticoncurrentielles interdites *per se* (comme en droit américain), que le droit spécial de la concurrence relatif aux *gatekeepers* prime le droit général, qu'il s'applique au sein du REC, et que la Commission a un droit de préemption des affaires ?

Il reste que la difficulté sera encore plus grande, pour les hypothèses où le DMA ne mentionne pas le cumul ou le non-cumul des textes.

45 Art. L 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle.

46 Art. L 152-6 du code de commerce.

47 Comp. Cass. com., 12 févr. 2020, n° Q 17-31.614 ; J. Larrieu, Le préjudice, tout le préjudice, au-delà du préjudice, *Propri. industr.* 2020, n° 5, comm. 33.

48 Pour les règles *ex ante*, par exemple pour dire qui est un *gatekeeper*, la compétence exclusive de la Commission peut mieux se comprendre.

II. Le silence du DMA sur certains cumuls ou non-cumuls de textes

28. Une des questions très délicates qui se posera demain sera la question du cumul ou non du DMA avec le droit des pratiques commerciales déloyales B to B ou droit des pratiques restrictives de concurrence (livre IV du titre IV du code de commerce en France).

L'incertitude existe quant au cumul des incriminations (1.), et quant au cumul de poursuites et de sanctions (2.).

1. Incertitude quant au cumul ou au non-cumul d'incriminations

29. Les arguments de texte ne sont pas univoques (1.1), et les arguments de contexte doivent aussi être pris en compte (1.2).

1.1 Arguments de texte

1.1.1 Argument favorable au cumul

30. Un premier argument de texte est favorable au cumul. En effet, le DMA se cumule avec certains textes européens concernant des pratiques commerciales déloyales.

Le considérant 12 du DMA admet le cumul du DMA et du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019, dit "règlement P to B". Or, le règlement P to B a été intégré en droit français dans le droit des pratiques restrictives de concurrence, à l'article L 442-1 III du code de commerce. Cette qualification de pratique commerciale déloyale B to B est cependant une qualification française.

Par ailleurs, dans ses motifs, la proposition de DMA admettait également le cumul du DMA avec la directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne alimentaire. Mais cette directive n'est pas visée dans les considérants et les articles du DMA. Cela signifie qu'un *gatekeeper* qui se met à vendre en ligne de l'alimentaire serait soumis à la fois au DMA et à la directive du 17 avril 2019.

Ces deux cas ne sont toutefois que des initiatives européennes. Aucun cumul n'est envisagé avec un texte national de droit des pratiques commerciales déloyales B to B.

1.1.2 Argument de texte mitigé contre le cumul

31. Un deuxième argument paraît *a priori* défavorable au cumul. L'article 1, paragraphe 5, exclut en effet toute obligation supplémentaire imposée par un État membre

à un *gatekeeper*, “aux fins de garantir la contestabilité et l'équité des marchés”. Mais le texte ajoute aussitôt : “Aucune disposition du présent règlement n'empêche les États membres d'imposer aux entreprises, dont les fournisseurs de services de plateforme essentiels pour des matières extérieures aux champs d'application du DMA, des obligations compatibles avec le droit de l'Union, si ces obligations ont le statut de contrôleur d'accès au sens du présent règlement.”

Finalement, ce texte est moins défavorable au cumul qu'il n'y paraît. Il peut vouloir dire en effet :

- que si un État membre a une législation spécifique sur les *gatekeepers*, il ne peut leur imposer “aucune obligation supplémentaire par voie législative, réglementaire ou administrative aux fins de garantir la contestabilité et l'équité des marchés” ;
- en revanche, s'il a une législation générale interdisant des pratiques commerciales déloyales *per se*, elle pourrait s'appliquer.

Par exemple, ce texte n'interdirait pas d'appliquer l'article L 442-1 I 2° du code de commerce français, à un *gatekeeper*, sans tenir compte de sa qualification de *gatekeeper*, mais parce qu'il aura soumis une entreprise à un déséquilibre significatif.

Mais cela conduirait à retenir deux infractions de déséquilibre disproportionné ou significatif !

1.1.3 Arguments défavorables au cumul

32. Malgré tout, les arguments défavorables au cumul semblent l'emporter.

En effet, l'exposé des motifs de la proposition de DMA montre que ce sont des pratiques commerciales déloyales qui sont visées. Il y est indiqué que “[l]a proposition de législation sur les marchés numériques porte quant à elle sur les déséquilibres économiques, les pratiques commerciales déloyales des contrôleurs d'accès et leurs répercussions néfastes, telles que la fragilisation de la contestabilité des marchés de plateformes”. Le texte définitif du DMA parle lui aussi des “pratiques déloyales” (cons. 3, 6, 7, 13, etc.).

Le DMA paraît bien être un texte sur les pratiques commerciales déloyales des *gatekeepers*.

En outre, si l'on reprend l'article 12, paragraphe 5 (a), du DMA, sur le déséquilibre disproportionné commis par un *gatekeeper*, on ne peut manquer de relever que c'est un texte spécial qui écarte le texte national plus général sur le déséquilibre significatif commis par toute entreprise (art. L 442-1 I 2° du code de commerce). Au surplus, le principe de primauté devrait impliquer qu'on ne puisse pas exiger la soumission (sur le fondement du texte français) quand on oppose un déséquilibre disproportionné à un *gatekeeper*, puisque cette condition n'est pas exigée dans le DMA.

Pour les pratiques commerciales déloyales visées dans le DMA, le DMA plus spécial (car il ne concerne que les *gatekeepers*) semble devoir s'appliquer, à l'exception des textes nationaux plus généraux. Il y aurait donc non-cumul pour toutes les pratiques identiques visées dans le DMA, et dans le droit national des pratiques commerciales déloyales.

33. Cette conclusion est renforcée par le considérant 9 issu du trilogue, aux termes duquel “[u]ne fragmentation du marché intérieur ne peut être efficacement évitée que si les États membres sont empêchés d'appliquer les règles nationales spécifiques aux types d'entreprises et de services couverts par le champ d'application du présent règlement et qui poursuivent les mêmes objectifs que celui-ci. Cela n'exclut pas la possibilité d'appliquer d'autres législations nationales qui poursuivent d'autres objectifs d'intérêt public légitimes définis dans le TFUE” ou dans la jurisprudence de la CJUE.

Le texte ne réserve que les intérêts légitimes définis dans le TFUE ou dans la jurisprudence de la CJUE. Or, le droit national des pratiques commerciales déloyales B to B n'est pas défini dans le TFUE, et n'est pas *a priori*⁴⁹ concerné par la jurisprudence de la Cour de justice.

34. Enfin, il n'y aura aucune coordination entre la Commission et les États membres pour l'application du DMA et d'un droit national des pratiques commerciales déloyales B to B. Les articles 37 et s. du DMA prévoient une coopération avec les États membres qui appliquent les règles de l'article 1, paragraphe 6. Mais, cet article 1, paragraphe 6, ne vise pas le droit des pratiques commerciales déloyales B to B. Il vise le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations. Quand il vise “des règles nationales de concurrence interdisant d'autres formes de comportement unilatéral”, il vise l'abus de dépendance, les prix abusivement bas, mais non le droit des pratiques commerciales déloyales B to B (qui ne sont pas des règles de concurrence pour le droit européen).

L'ensemble de ces textes semble donc montrer que le DMA est trop proche du droit des pratiques commerciales déloyales B to B, pour être considéré comme ayant un objectif distinct. S'il n'y avait que les textes, nous concluons au non-cumul du DMA et du droit des pratiques commerciales déloyales B to B. Mais il y a aussi le contexte.

1.2 Arguments de contexte

35. Nous avons expliqué qu'il y avait une dimension politique à la résolution du conflit. Si, en droit français, l'action du ministre de l'Économie contre les pratiques commerciales déloyales des *gatekeepers* était entravée par le non-cumul avec le DMA, il y aurait probablement un contournement de ce non-cumul par l'utilisation à outrance du règlement P to B, qui se cumule avec le DMA.

⁴⁹ Sauf quand il résulte de la transposition d'un texte de droit de l'UE.

La question est donc de savoir si une application exclusive du DMA aux pratiques commerciales déloyales des *gatekeepers* priverait le ministre de tout moyen d'agir.

Or, ce n'est pas si sûr, car le ministre pourrait peut-être invoquer le DMA devant un juge.

Nous avons présenté pour l'instant l'action publique fondée sur le DMA (de la compétence exclusive de la Commission), et les actions privées, possibles devant les juges des États membres de l'Union (et peut-être au-delà). Mais, la distinction est peut-être plutôt entre l'action d'une autorité administrative ne nécessitant pas le recours à un juge (de la compétence exclusive de la Commission), et l'action devant un juge (art. 39 du DMA).

Or, même si l'action du ministre de l'Économie fondée sur l'article L 442-1 du code de commerce est pour nous incontestablement une action publique⁵⁰, c'est une action portée devant un juge, qui pourrait bien bénéficier de l'article 39 du DMA. Le ministre pourrait alors se fonder sur le DMA devant un tribunal, et n'aurait plus alors besoin de se fonder sur le droit français, pour tout ce qui est commun aux deux.

Il est même possible que le ministre soit obligé de se fonder sur le DMA, si l'on admet que le texte spécial du DMA déroge au texte général national. La conséquence curieuse serait que le ministre de l'Économie serait la seule "autorité de concurrence" à pouvoir mettre en œuvre le DMA, parce qu'il le ferait en saisissant un juge⁵¹.

En revanche, le ministre ne devrait pas pouvoir utiliser contre un *gatekeeper* sur le fondement du DMA son pouvoir d'injonction et d'astreinte, qu'il s'est fait octroyer à l'occasion de la loi DDADUE n° 2020-1508 du 3 décembre 2020, car ce pouvoir administratif s'exerce sans recours au juge, on retomberait sur la compétence exclusive de la Commission.

Finalement, les chances qu'il y ait non-cumul entre le DMA et le droit national des pratiques commerciales déloyales B to B ne sont pas obligatoirement compromises par le contexte "politique". Mais il est vrai que cette analyse ne repose que sur le droit français.

50 CA Paris, 21 juin 2017, *Expédia*, RG 15/18784 : "[L]'action du ministre (...) [est] une action publique"; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811 (action "dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet"); CA Paris, ch. 1-1, 15 sept. 2015, RG 15/07435 ("l'action du Ministre étant, au regard de sa nature et de son objet, de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions françaises"); contra CA Paris, ch. 5-4, 5 janv. 2022, RG 20/00737 ; la CJUE vient d'ailleurs d'être saisie de la question de savoir si l'action du ministre relève de la manière civile ou commerciale des règlements européens (Bruxelles I bis, Rome I et Rome II).

51 Le président de l'ADLC peut aussi saisir le juge en vertu de l'article L 442-4 du code de commerce ("l'action est introduite devant la juridiction (...) par le ministre public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence"), mais il ne le fait pas, car une fois le juge saisi, il ne peut rien lui demander, car il a été oublié ("[l]e ministre chargé de l'économie ou le ministre public peuvent demander à la juridiction").

2. Incertitude quant au cumul des poursuites et des sanctions

36. La question d'un cumul des poursuites et des sanctions ne se pose que s'il est répondu positivement au cumul des incriminations, ce qui est tout de même l'hypothèse rationnellement la plus improbable (hors règlement P to B). Mais comme la volonté de sanctionner les puissants est quelquefois plus forte que le raisonnement rationnel, on doit se poser la question.

En cas de déséquilibre significatif réalisé par un *gatekeeper* sur un de ses partenaires commerciaux, le *gatekeeper* risquerait-il d'être sanctionné deux fois pour les mêmes faits ?

La règle *ne bis in idem* semble s'y opposer, si l'on admet que c'est le même objectif qui est poursuivi.

Si une entreprise a été condamnée par la Commission sur le fondement du DMA, pour le territoire européen, elle ne devrait donc pas l'être une seconde fois sur le fondement de l'article L 442-1 I 2° du code de commerce français, le territoire français étant inclus dans le territoire de l'UE.

En tout état de cause, un cumul des sanctions, *a priori*, non envisageable, ne pourrait l'être aucunement au-delà du plafond de la sanction la plus élevée.

37. Supposons toutefois qu'il y ait un cumul des incriminations et un cumul des sanctions.

Le cumul d'une amende administrative (DMA) et d'une amende civile répressive (droit français) n'a pour l'instant pas été envisagé, mais devrait répondre aux principes ci-dessus dégagés de proportionnalité et de respect du plafond le plus élevé.

En revanche, en vertu du DMA, l'entreprise pourra être condamnée à des sanctions administratives, et du fait du pouvoir d'injonction et d'astreintes octroyé au ministre, s'il y avait cumul, le ministre pourrait liquider une astreinte à son encontre plafonnée à 1% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise. Il s'agirait alors d'un cumul de sanctions administratives, dont notre Conseil constitutionnel, très mal avisé sur ce point, a admis le cumul illimité⁵². Néanmoins, le Conseil n'a statué que sur l'absence d'inconstitutionnalité d'un cumul illimité des sanctions administratives. Or, ici, c'est le principe de proportionnalité du droit de l'UE qui serait en cause.

38. En définitive, voici de belles questions en perspective, qui ne manqueront pas de se poser dans les premières années d'application du DMA. ■

52 Cf. *supra*.

À propos du concept de “contrôleur d’accès” dans le DMA

David Bosco

david.bosco@univ-amu.fr

Professeur

Université d’Aix-Marseille

1. Dans le Digital Markets Act (DMA)¹, la notion de “contrôleur d’accès” (ou *gatekeeper*)² a une fonction particulière, si l’on compare ce texte aux règles habituelles du droit de la concurrence – ce qui est le reflet de la singularité du DMA. Chacun sait qu’en droit des pratiques anticoncurrentielles, au titre de l’article 102 TFUE, la notion d’entreprise permet de cibler les entités sujettes à l’application *ratione personae* du traité. Les règles de l’article 102 TFUE s’appliqueront matériellement alors si l’entreprise considérée d’une part occupe une position dominante et d’autre part exploite celle-ci de manière abusive.

2. Dans le DMA, le concept a tout à la fois le rôle de délimiter le champ d’application *ratione personae* du texte – les obligations du DMA s’appliquent aux contrôleurs d’accès –, et celui de délimiter son champ matériel – les obligations du DMA s’appliquent dans la mesure où l’entité contrôle l’accès à certains services. Le concept désigne une entité juridique, débitrice de certaines obligations, et aussi un phénomène économique lié à l’exercice d’un pouvoir de marché. Cette originalité du concept et son ambivalence expliquent sans doute la difficulté que les législateurs de l’Union ont rencontrée pour être clairs sur ce concept, de bout en bout du processus législatif.

3. Pour ce qui concerne le champ d’application matérielle du DMA, la réflexion n’a cessé d’évoluer pour arriver jusqu’au texte, tel qu’il a été publié en 2022. Mais, au fond, le noyau dur du concept a été relativement

stable (I). En revanche, en ce qu’il délimite le champ d’application personnel, le concept est arrivé à maturité très tardivement dans le processus législatif (II.).

I. Le concept de “contrôleur d’accès” et le champ d’application matériel du DMA

4. On a beaucoup discuté, pendant la négociation du DMA, des contours du concept. Par exemple : quels sont les “services de plateforme essentiels” qui entreraient dans le champ du texte³ ? À partir de quel seuil peut-on considérer qu’une entreprise est suffisamment importante sur le marché pour être considérée comme un contrôleur d’accès⁴ ?

5. Mais en revanche, le noyau dur du concept n’a pas été véritablement remis en question depuis la proposition de la Commission. Il tient principalement dans une approche quantitative : il est question de saisir certains opérateurs qui ont une taille importante sur le marché de la prestation de certains services numériques. Il est

1 Cette étude a considéré la version du DMA votée par le Parlement le 5 juillet 2022 : Résolution législative du Parlement européen du 5 juillet 2022 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD)). Pour de premiers commentaires (rédigés à partir de la proposition de la Commission), P. Ibáñez Colomo, The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 7, 2021, pp. 561-575 ; N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 7, 2021, pp. 529-541.

2 On trouve encore peu de littérature sur le sujet, v. cependant D. Geradin, What Is a Digital Gatekeeper? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Market Act? (18 févr. 2021), <https://ssrn.com/abstract=3788152>.

3 On sait que la liste proposée par la Commission a été enrichie par les colégislateurs, notamment *in fine* pour appréhender aussi les services de recherche en ligne (*web browsers*) et les assistants virtuels (*virtual assistants*).

4 À cet égard, il a été décidé de relever les seuils pour embrasser moins large. Désormais, l’article 3, paragraphe 2, dispose que : “An undertaking shall be presumed to satisfy the respective requirements in paragraph 1: (...) as regards paragraph 1, point (a), where it achieves an annual Union turnover equal to or above EUR 7,5 [au lieu de 6,5 dans la version proposée par la Commission] billion in each of the last three financial years, or where its average market capitalisation or its equivalent fair market value amounted to at least EUR 75 [au lieu de 65 dans la version proposée par la Commission] billion in the last financial year, and it provides the same core platform service in at least three Member States [...]”

considéré que cette taille les rend incontournables, ce qui justifie de leur imposer des obligations particulières dans la prestation du service numérique.

6. Il est regrettable que cette approche n'ait pas été véritablement discutée à l'occasion du trilogue entre les institutions de l'Union, car elle nous semble présenter des points de faiblesse. D'abord, d'un point de vue technique, il peut sembler discutable de fonder le concept de "contrôleur d'accès" à partir d'une simple approche quantitative, certes commode, mais grossière. Ensuite, et plus fondamentalement, il peut sembler réducteur de croire que le problème principal que posent les entreprises dominantes dans le secteur du numérique peut être résumé à une simple problématique de "contrôle d'accès". Les entreprises dominantes du numérique sont des écosystèmes complexes dont le modèle de fonctionnement pose assurément des questions nouvelles au droit de l'Union. Dans ce contexte, il n'est pas sûr que le concept du "contrôle d'accès" soit une bonne clé d'entrée pour analyser cette problématique.

7. En premier lieu, il est évident qu'il existe un décalage entre l'idée à l'origine du concept et sa concrétisation. Dans le DMA, c'est essentiellement le poids économique du "contrôleur d'accès" sur son marché qui l'attire dans le champ du texte. L'article 3 dispose que la qualification dépend de trois facteurs. Ils se rapportent tous à la taille, ou au poids, de l'entreprise :

"Article 3

Désignation des contrôleurs d'accès

1. Une entreprise est désignée comme étant un contrôleur d'accès si :

- a) elle a un poids important sur le marché intérieur ;
- b) elle fournit un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux ; et
- c) elle jouit d'une position solide et durable, dans ses activités, ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche."

Les présomptions qui suivent se rapportent, elles aussi, à la seule taille de l'opérateur sur le marché du service de plateforme essentiel :

"2. Une entreprise est réputée satisfaire aux exigences respectives du paragraphe 1 :

- a) en ce qui concerne le paragraphe 1, point a), si elle a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Union supérieur ou égal à 7,5 milliards d'euros au cours de chacun des trois derniers exercices, ou si sa capitalisation boursière moyenne ou sa juste valeur marchande équivalente a atteint au moins 75 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et qu'elle fournit le même service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres ;
- b) en ce qui concerne le paragraphe 1, point b), si elle fournit un service de plateforme essentiel qui, au cours du dernier exercice, a compté au moins 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans

l'Union et au moins 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union, faisant l'objet d'une identification et de calculs conformément à la méthode et aux indicateurs définis dans l'annexe ;

c) en ce qui concerne le paragraphe 1, point c), si les seuils visés au point b) du présent paragraphe ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices."

8. Il se constate donc que le critère de déclenchement de la contrainte réglementaire réside dans la seule considération de critères quantitatifs concernant l'entreprise, et non pas dans le constat de son pouvoir de marché comme en matière antitrust. Les entreprises numériques sont régulées simplement lorsque, et parce que, elles sont grosses. À cet égard, le concept de "contrôleurs d'accès" est trompeur dès lors qu'il laisse penser que l'entité est régulée parce qu'elle est, en quelque sorte, un opérateur incontournable, un partenaire obligé pour les entreprises utilisatrices. Ce n'est pas le cas : c'est l'importance quantitative de l'opérateur qui déclenche la régulation, et non pas sa position stratégique sur le marché qui est prise en compte⁵.

9. Il pourra, certes, être noté que l'article 3, paragraphe 1 b) dit au sujet du service proposé par le contrôleur d'accès qu'il doit être un "point d'accès majeur" (*gateway*), mais la lecture de l'article 3, paragraphe 2 b) montre qu'il est ainsi qualifié en raison de sa taille. Certes, on notera que l'importance quantitative des entreprises visées sur le marché les rendra *de facto* incontournables pour les utilisateurs des services et qu'une taille importante permet de présumer le pouvoir de marché. Mais il demeure que la taille des opérateurs n'est pas, en elle-même, le signe d'un déficit de concurrence. Une concurrence vivace peut certainement exister entre des opérateurs d'une taille importante sur le même marché. La définition du pouvoir de marché dans les marchés numériques est une question éminemment complexe qui ne devrait pas se résumer à une simple mesure de la taille des opérateurs⁶.

10. En résumé, le concept de contrôleur d'accès renvoie à une image que les dispositions de l'article 3 n'évoquent pas vraiment. La simple taille ne devrait pas être le déclencheur d'une réglementation contraignante.

11. Cette réserve faite, il reste à observer en second lieu que, pourtant, le législateur a voulu de toute évidence régir les situations où un opérateur, incontournable sur le marché du service de plateforme essentiel, impose des conditions abusives à ses partenaires, qu'il s'agisse de transactions déloyales ou de pratiques de verrouillage du marché. Le but du DMA est bien d'encadrer ce type de phénomène de captivité des utilisateurs du service numérique pour lequel le "contrôleur d'accès" fixe les règles du jeu.

⁵ Sur les limites d'une approche par la taille, v. aussi J. Laux, S. Wachter et B. Mittelstadt, *Taming the Few: Platform Regulation, Independent Audits, and the Risks of Capture Created by the DMA and DSA*, *Computer Law & Security Review*, vol. 43, 2021, art. n° 105613.

⁶ V. récemment OCDE, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, 2022, <https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf>.

12. Cette méthode, qui consiste à raisonner “par service” peut montrer quelques limites, car les entreprises que le DMA vise sont, en réalité, actives sur de très nombreux services en même temps, et y jouent des rôles très différents. Par exemple, Google est certainement un contrôleur d'accès pour ce qui concerne le service de recherche en ligne (art. 2 (2), b), mais il est plutôt un *challenger* sur les services d'informatique en nuage (art. 2 (2), i)⁷. Comment appliquer donc les règles du DMA dans le cadre de ces “écosystèmes”⁸ complexes ?

13. L'approche retenue par le DMA est la suivante : la Commission opérera dans sa décision de désignation une identification des activités pour lesquelles l'entreprise concernée a une position de contrôleur d'accès, et les obligations du DMA ne s'appliqueront à elle que pour ce qui concerne ce service. Par exemple, si l'on suit cette méthode, cela veut dire qu'en vertu de l'article 6, paragraphe 1 du DMA, Amazon ne peut pas utiliser les données que lui fournissent les utilisateurs de son service d'intermédiation en ligne (c'est-à-dire sa place de marché Amazon.com). En revanche, Amazon pourrait utiliser ces données dans le cadre d'un autre de ses services où il n'est pas “contrôleur d'accès” (par exemple son service de vidéo à la demande Prime⁹).

14. Cette méthode n'est pas vraiment appropriée pour les écosystèmes où différents services s'entremêlent, et pour lesquels les entreprises du numérique occupent des positions stratégiques différentes.

15. D'abord, d'un point de vue technique, le DMA n'est pas toujours clair sur le point de savoir si une obligation considérée s'applique à l'entreprise seulement pour le service où elle occupe une position de contrôleur d'accès, ou plutôt pour l'ensemble des services qu'elle propose. Par exemple, l'article 6, paragraphe 5 relatif à l'interdiction de l'autopréférence, indique : “5. *Le contrôleur d'accès n'accorde pas, en matière de classement ainsi que pour l'indexation et l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même qu'aux services ou produits similaires d'un tiers. Le contrôleur d'accès applique des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires à ce classement.*” Cette interdiction vise-t-elle seulement le service pour lequel l'entreprise est en position de contrôleur d'accès¹⁰ ? Cela serait conforme à la disposition générale de l'article 6, paragraphe 1, selon lequel : “*Le contrôleur d'accès se conforme à toutes les obligations énoncées au présent article pour chacun de*

ses services de plateforme essentiels énumérés dans la décision de désignation conformément à l'article 3, paragraphe 9.” Mais l'article 6, paragraphe 5 ne le dit pas expressément, alors que d'autres dispositions prennent soin de préciser qu'elles s'appliquent aux services de plateforme essentiels. Par exemple encore, la lecture de l'article 6, paragraphe 1, combinée à celle de l'article 6, paragraphe 2, laisse croire qu'un contrôleur d'accès (par exemple Amazon sur le marché des services d'intermédiation) peut utiliser les données non publiques générées par les entreprises utilisatrices dans le cadre de l'utilisation du service de plateforme essentiel (dans l'exemple, la place de marché d'Amazon) pour les besoins d'un autre service qui ne serait pas considéré comme essentiel (par exemple, Amazon Business), ce qui ne paraît pourtant guère cohérent avec l'esprit du DMA.

16. Ensuite, le DMA déroge lui-même à cette approche à plusieurs reprises où une obligation est formulée pour viser un service de plateforme essentiel, mais aussi tous les autres services prestés par le contrôleur d'accès. C'est le cas, par exemple, pour les règles relatives au traitement de données.

L'article 5 dispose que :

“2. *Tout contrôleur d'accès est tenu de ne pas :*

a) traiter, aux fins de la fourniture de services de publicité en ligne, les données à caractère personnel des utilisateurs finaux qui recourent à des services de tiers utilisant des services de plateforme essentiels fournis par le contrôleur d'accès ;

b) combiner les données à caractère personnel provenant du service de plateforme essentiel concerné avec les données à caractère personnel provenant de tout autre service de plateforme essentiel ou de tout autre service fourni par le contrôleur d'accès, ni avec des données à caractère personnel provenant de services tiers ;

c) utiliser de manière croisée les données à caractère personnel provenant du service de plateforme essentiel concerné dans le cadre d'autres services fournis séparément par le contrôleur d'accès, y compris d'autres services de plateforme essentiels, et inversement ; et

d) inscrire les utilisateurs finaux à d'autres services du contrôleur d'accès dans le but de combiner des données à caractère personnel,

à moins que ce choix précis ait été présenté à l'utilisateur final et que ce dernier ait donné son consentement au sens de l'article 4, paragraphe 11, et de l'article 7 du règlement (UE) 2016/679.”

17. On voit ici que le DMA ne raisonne pas “par service” mais plutôt dans le cadre de l'écosystème de l'entreprise concernée : celle-ci ne peut pas faire une utilisation croisée des données acquises dans le cadre de ses différents services, y compris ceux qui ne relèvent pas de la qualification de “service de plateforme essentiel”. Qu'il soit permis de noter, d'ailleurs, que cette perspective est regrettamment réductrice, car elle met l'accent sur des phénomènes de concurrence verticale (ce que l'on pourrait nommer la concurrence “intra-écosystème”),

⁷ Google occupe une part de marché d'environ 9% dans le secteur des services de *cloud*, alors qu'Amazon occupe environ 35% du marché.

⁸ Sur la notion, v. déjà F. Nachira, A. Nicolai, P. Dini, M. Le Louarn et L. Rivera Leon (dir.), *Digital Business Ecosystems*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg 2007, <http://www.digital-ecosystems.org/dbe-book-2007>. V. aussi K. Kapoor, A. Ziaee Bigdeli, Y. K. Dwivedi, A. Schroeder, A. Beltagui et T. Baines, A socio-technical view of platform ecosystems: Systematic review and research agenda, *Journal of Business Research*, vol. 128, 2021, pp. 94-108, <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2021.01.060>.

⁹ L'application du DMA à ce service est discutable. De même qu'il est loin d'être certain que le DMA s'applique à Netflix.

¹⁰ Par exemple, Google ne peut pas pratiquer l'autopréférence sur son moteur de recherche, mais pourrait mettre en œuvre cette pratique sur un autre marché qu'il ne domine pas (par exemple, celui des assistants virtuels).

sans suffisamment considérer les enjeux de concurrence horizontale (nommons-la : “concurrence interécosystèmes numériques”) qui sont pourtant très importants dans l’économie numérique. Les concurrents les plus dynamiques des entreprises dominantes dans le secteur numérique sont précisément les autres entreprises dominantes. Par exemple, le concurrent le plus sérieux d’Amazon sur le marché des infrastructures de *cloud* est Microsoft ; le concurrent le plus zélé sur le marché des boutiques d’applications de Google est Apple, etc. L’utilisation croisée des données acquises sur un marché non dominé vers un marché dominé par un autre contrôleur d’accès pourrait être utile pour activer une concurrence fragile¹¹.

18. Quoi qu’il en soit, on voit ici que l’approche “par service” retenue par le DMA présente des limites. On peut lui préférer l’approche allemande de la nouvelle Section 19a GWB, qui désigne un opérateur qui a une importance significative “à travers des marchés”¹² et permet d’imposer des obligations transversales. Les rédacteurs du DMA ont été vraisemblablement confrontés à cette limite, et ont tenté de la dépasser dans la délimitation du champ d’application personnel du DMA.

II. Le concept de “contrôleur d’accès” et le champ d’application personnel du DMA

19. La notion de “contrôleur d’accès” touche aussi à la définition du champ d’application *ratione personae* du DMA. Il est étonnant de constater à quel point le critère de désignation de l’entité juridique devant se soumettre aux obligations du DMA a profondément évolué tout au long du processus législatif.

20. La proposition de la Commission fourmillait de notions plus ou moins rigoureuses : “plateformes en ligne”, “fournisseur de services de plateforme essentiels”, “écosystèmes de plateformes”, et donc “contrôleurs d’accès”. La notion était neuve dans la législation européenne, ce qui posait naturellement un problème d’interprétation. Il n’est pas inutile de rappeler brièvement le système imaginé par la Commission, car il éclaire quelques problèmes d’interprétation que le DMA pourra poser à l’avenir. Cette approche a été abandonnée, à l’occasion du trilogue, pour finalement revenir à un concept très traditionnel en droit de la concurrence : celui d’“entreprise”.

11 Pour une analyse de l’impact du DMA sur le marché des données, et en ce sens que le DMA sera contreproductif et plutôt favorable aux entreprises dominantes : P. Baschenhof, *The Digital Markets Act (DMA): A Procompetitive Recalibration of Data Relations?*, *Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, vol. 2022, n° 1, pp. 101-154.

12 Le texte de la loi allemande sur la concurrence (GWB) vise les opérateurs ayant “a paramount significance for competition across markets”.

21. L’approche initiale de la Commission était la suivante : les obligations prévues par le DMA devaient être supportées par le “fournisseur d’un service de plateforme essentielle” (art. 3), qui était qualifié de “contrôleur d’accès” si les seuils quantitatifs de l’article 3 étaient atteints. La définition du champ d’application personnel des obligations était purement économique : l’obligation devait être exécutée par “le fournisseur d’un service”. Par ailleurs, la qualification de “contrôleur d’accès” étant attribuée au fournisseur du service essentiel, elle ne s’appliquait qu’aux activités de l’entreprise considérée à l’exclusion des autres. Prenons un exemple : Google aurait été qualifiée de “contrôleur d’accès” pour son service de recherche en ligne, mais pas pour l’ensemble de ses activités, et donc pas, par exemple, pour ses services de cloud. Contrôleur d’accès pour un service désigné, une même entité perdait cette qualité pour d’autres services pour lesquels elle ne répondait pas aux critères de l’article 3. La notion de “contrôleur d’accès” était purement fonctionnelle et économique. Pour cette raison, elle n’était pas opérationnelle pour mettre en œuvre juridiquement le DMA. Dans la proposition de la Commission, la notion d’“entreprise” était introduite pour des considérations juridiques de calcul de seuil (art. 3), de détermination de l’entité destinataire d’une demande de renseignement (art. 19) ou sujette à une inspection (art. 20)¹³. Par ailleurs, la proposition définissait l’“entreprise” de la manière suivante, à l’évidence inspirée par la définition “concurrentialiste” : “toutes les entreprises liées ou connectées formant un groupe par l’intermédiaire du contrôle direct ou indirect d’une entreprise par une autre et exerçant une activité économique, indépendamment de leur statut juridique et de leur mode de financement” (art. 2 (22)). Cette définition n’était pas très heureuse, elle mêlait maladroitement l’approche du droit des concentrations et celle du droit antitrust.

22. En résumé, l’approche initiale de la Commission était novatrice mais hasardeuse : elle multipliait les concepts nouveaux de manière sans doute inutilement complexe, et faisait ensuite retour aux concepts du droit de la concurrence, mais de manière confuse.

23. À l’issue des négociations entre les organes de l’Union, le système de définition du champ d’application personnel du DMA est sensiblement différent. Désormais, c’est le concept d’“entreprise” qui est convoqué. L’article 3 ne fait plus référence au “fournisseur d’un service de plateforme essentiel” mais plus simplement à l’entreprise : “Article 3 – Désignation des contrôleurs d’accès : 1. Une entreprise est désignée comme étant un contrôleur d’accès si (...)” L’approche est donc désormais celle-ci : l’entreprise est désignée comme “contrôleur d’accès” dès lors qu’elle fournit au moins un service de plateforme essentiel (par exemple Google est un “contrôleur d’accès” dès lors qu’il mérite cette qualification pour son service de recherche en ligne), mais elle ne devra respecter les obligations du DMA que pour les services identifiés dans la décision de désignation de la

13 La notion était utilisée sans rigueur : la proposition de la Commission faisait retour au concept de “contrôleur d’accès” en matière d’engagements (art. 23) ou d’amendes (art. 26), alors qu’il aurait été plus logique de viser l’“entreprise”.

Commission adoptée en vertu de l'article 3. Par exemple, l'entreprise Google est qualifiée de "contrôleur d'accès" dans son ensemble dès lors qu'elle fournit un service de plateforme essentiel, mais elle ne devra respecter les obligations du DMA que pour les services désignés dans la décision de désignation.

24. Ce système est plus simple que le précédent, dans lequel, rappelons-le, le concept de "contrôleur d'accès" ne visait pas une entité juridique mais le simple fait de la fourniture d'un service de plateforme essentiel. La nouvelle méthode fait cependant perdre au concept de "contrôleur d'accès" sa cohérence, car elle aboutit à qualifier *generaliter* de "contrôleur d'accès" une entreprise qui ne l'est pourtant que pour une seule (ou certaines) de ses activités. Amazon n'est pas un "contrôleur d'accès" en général, cette notion n'a de sens que pour un service en particulier que cet écosystème complexe propose.

25. D'un point de vue technique, la notion d'entreprise a été réaménagée dans la dernière version du DMA. L'article 2 (27) dispose ainsi qu'une entreprise est une "*entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, y compris toutes les entreprises liées ou connectées formant un groupe par l'intermédiaire du contrôle direct ou indirect d'une entreprise par une autre*". L'article 2 (28) ajoute que la notion de "contrôle" vise "*la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 139/2004*". La définition de l'article 2 (27) est largement perfectible; la formule "*entreprises liées ou connectées*" laisse songeur en particulier. Mais elle permet de comprendre que, au sens du DMA, toutes les entités contrôlées par la société de tête du groupe considéré font partie de la même "entreprise" qualifiée de "contrôleur d'accès".

26. Le recours au concept d'entreprise a finalement permis de rendre plus opérationnelle la mise en œuvre prochaine du DMA, selon le sens qui a été donné à cette notion par le droit de la concurrence. C'est là une démonstration supplémentaire que, contrairement au discours tenu par la Commission, le DMA en est une branche. ■

Nature, objectifs et régime des obligations imposées aux contrôleurs d'accès : Des obligations *ex ante* et *per se*, vraiment* ?

Michel Debroux

michel.debroux@rizom-legal.eu

Avocat

Paris et Bruxelles

Directeur d'études

École de droit et management, Université Paris-Panthéon-Assas

1. Le Digital Markets Act (DMA)¹, ce nouvel outil qui vient compléter la panoplie des moyens dont dispose la Commission européenne à l'égard des acteurs de l'économie numérique, a déjà donné lieu à de nombreux commentaires et suscité bien des débats, révélateurs des interrogations soulevées par ce texte et de la mission qui lui est assignée.

2. Ce règlement est en effet remarquable à de nombreux égards : par l'ampleur de ses ambitions, par la vitesse avec laquelle il a été élaboré, par son caractère hybride à la croisée du droit de la concurrence *ex post* et de la régulation *ex ante*, par la diversité des mesures qu'il prévoit ou encore par l'originalité des mécanismes d'autoadaptation qu'il contient. Il s'agit vraisemblablement de la plus importante initiative législative européenne de ces dernières années, et il s'inscrit dans un mouvement large que l'on peut faire remonter, au minimum, à l'établissement, en septembre 2018, de l'Observatoire sur l'économie des plateformes en ligne par la Commission européenne.

3. Sans prétendre à un rappel exhaustif de l'ensemble des initiatives impulsées ou accompagnées par la Commission européenne depuis cette date, signalons le règlement "P to B" (Platform to Business) adopté en 2019² ainsi que, bien sûr, le projet de règlement Digital Services Act (DSA), présenté par la Commission le 15 décembre 2020, en même temps que la proposition de règlement DMA.

4. La présente contribution, version écrite et développée d'une intervention effectuée lors du colloque organisé le 1^{er} avril 2022 à l'université de Nanterre³, n'a pas pour objectif de traiter de l'ensemble des questions soulevées par le DMA⁴, et encore moins de proposer un panorama d'ensemble de la politique de l'Union européenne en matière de régulation des marchés numériques.

5. Plus modestement, cet article vise à présenter une vision d'ensemble des obligations mises à la charge des destinataires du DMA, à savoir la poignée d'entreprises

* NOTA BENE : le jour de la remise de la présente contribution (5 juillet 2022), le Parlement européen a adopté à une quasi-unanimité la législation sur les marchés numériques (DMA et DSA) par 588 voix pour, 11 contre et 31 abstentions. Ces textes devraient être officiellement adoptés par le Conseil de l'Union européenne en juillet 2022 (DMA) et en septembre 2022 (DSA), puis publiés au Journal officiel, avant d'entrer en vigueur vingt jours après cette publication. Le DMA s'appliquera six mois après son entrée en vigueur, à savoir probablement vers la fin du mois de janvier 2023. Enfin, lorsqu'ils seront identifiés, les contrôleurs d'accès (*gatekeepers*) disposeront de six mois pour se conformer aux nouvelles règles. En d'autres termes, il faudra attendre l'été 2023, au mieux, pour que les règles qui sont décrites ci-dessous s'appliquent concrètement, sous réserve bien sûr d'éventuels contentieux sur l'identification en qualité de contrôleurs d'accès ou sur la portée des obligations qui leur sont imposées.

1 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), ci-après le "DMA". Au moment de la rédaction des présentes lignes, la version anglaise telle que communiquée par le Coreper le 11 mai 2022 (dossier interinstitutionnel 2020/0374(COD)) est la seule version disponible.

2 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, *JOUE* n° L 186 du 11 juill. 2019, p. 57.

3 Digital market act : Droit de la concurrence et géants du numérique, org. Anne-Sophie Choné et Michel Debroux, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE), Université Paris Nanterre, 1^{er} avr. 2022.

4 Pour un survol – non exhaustif – de quelques-uns des commentaires les plus autorisés, v. not. : P. Akman, Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act, *Eur. Law Rev.* 2022 (forthcoming) ; N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 7, 2021, pp. 529-541, n° spécial DMA : The Digital Markets Act and beyond; D. Fasquelle (dir.), DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?, *Concurrences* n° 2-2021, art. n° 99721 ; E. Claudel, Contrôler les GAF(M)AM : Le big bang du droit de la concurrence ? in *Laurence Idot Liber Amicorum : Concurrence et Europe*, C. Lemaire et F. Martucci (dir.), vol. 1 *Concurrences*, Paris, 2022, pp. 279-304, spéc. pp. 284-289 ; F. Jenny, Competition law enforcement and regulation for digital ecosystems: Understanding the issues, facing the challenges and moving forward, *Concurrences* n° 3-2021, art. n° 101662, pp. 38-62.

majeures de l'économie numérique qui auront le redoutable honneur d'être désignées "contrôleurs d'accès exploitant un service de plateforme essentiel", à l'issue d'un processus analysé dans la contribution du professeur David Bosco⁵ (ci-après les "contrôleurs d'accès").

6. Pour limitée que soit son champ d'étude, la présente contribution n'en est pas moins ambitieuse, puisque l'analyse de la nature, de la portée et du régime des obligations imposées aux contrôleurs d'accès conduit nécessairement à s'interroger sur l'adéquation entre ces obligations et l'ambition affichée par le texte. Cette ambition est double, à savoir la lutte contre d'une part "la faible contestabilité des marchés" et d'autre part "les pratiques déloyales dans le secteur numérique que les règles de concurrence de l'Union européenne ne peuvent pas traiter ou qui ne peuvent pas être réglées avec une efficacité maximale par les dispositions actuellement en vigueur au sein de l'Union européenne"⁶.

Le DMA est né d'une frustration, voire d'un sentiment d'échec des outils traditionnels de la régulation concurrentielle, toujours en retard d'une guerre dans le secteur numérique

7. Car le DMA est avant tout le fruit d'une frustration, voire d'un sentiment d'échec largement partagé par les autorités de concurrence⁷ et nombre de commentateurs⁸. Si la critique peut paraître sévère, elle reflète toutefois l'impression largement répandue d'un droit de la concurrence dont la fréquente mobilisation à l'encontre des GAFAM (devenus MAMAA⁹) montre tout à la fois l'efficacité et, paradoxalement, les limites¹⁰.

8. Certes, le sentiment de voir le droit de la concurrence être régulièrement à la peine pour appréhender l'émergence de modèles économiques nouveaux, bouleversant les acteurs traditionnels, voire révolutionnant des secteurs économiques entiers, n'est pas nouveau. Pensons au temps qui a été nécessaire pour appréhender les pratiques des anciens opérateurs monopolistiques lors de l'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications ou de l'énergie.

9. Dans le secteur numérique toutefois, le rythme constant des innovations technologiques donne parfois le tournis et a changé la donne, au point de sembler confirmer ce sentiment que le droit de la concurrence

ou l'autorégulation par la compliance sont toujours en retard d'une guerre. Le rythme des innovations n'est pas le seul facteur en cause, néanmoins, et nombre d'auteurs parmi les plus éminents soulignent les différences ontologiques qui existent entre les modèles économiques traditionnels bâtis par les firmes classiques ou "pipelines" et les modèles économiques des plateformes et écosystèmes numériques¹¹. Par conséquent, le recours à la régulation concurrentielle classique, sans être systématiquement vain, paraît fréquemment tardif (au mieux), voire inutile (au pire).

10. Qu'il suffise de rappeler, à cet égard, l'impression de répétition qui se dégage de la fréquence et l'importance des dossiers souvent très similaires traités dans le secteur numérique par les autorités de concurrence du monde entier, dont un aperçu partiel mais éloquent peut être trouvé dans le compendium récemment publié par le G7 des autorités de concurrence sous l'impulsion de l'autorité britannique¹².

11. C'est de ce constat frustrant qu'est née la philosophie du DMA : imposer *ex ante* des obligations *per se* pour garantir la contestabilité des marchés numériques et la loyauté des pratiques mises en œuvre par les géants qui dominent ces marchés. Si les espoirs placés dans ce texte par ses concepteurs sont considérables (I.), l'examen détaillé des obligations imposées aux contrôleurs d'accès (II.) conduit le commentateur à s'interroger sur l'adéquation entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en œuvre, singulièrement au regard de l'affirmation de la double caractéristique *ex ante* et *per se* qui est assignée à ces moyens (III.).

I. Une double ambition d'équité des pratiques et de contestabilité des marchés numériques

12. C'est peu dire que l'élaboration et l'adoption du DMA ont été rapides, pour un texte d'une telle importance – sans même mentionner le DSA, dont l'élaboration s'est faite en parallèle.

13. Qu'on en juge : évoquée dès la déclaration politique de la Commission von der Leyen en septembre 2019, l'ambition d'une refonte profonde de la politique numérique européenne (Shaping Europe's digital future) s'est traduite par le lancement de la double initiative DMA/DSA le 2 juin 2020, qui serait sans doute intervenu

5 Contribution de D. Bosco dans cette revue.

6 O. Guersent, L'Europe qui s'adapte à l'ère du numérique, in D. Fasquelle (dir.), préc., p. 7.

7 J. Crémer, Y.-A. de Montjoye et H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era: Final report*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2019.

8 "La régulation concurrentielle traditionnelle (sanctionnant le mal déjà fait) ou la compliance (autorégulation par les acteurs) ne sont pas les outils pertinents dans le monde de l'économie numérique", J.-L. Sauron, La régulation du numérique : Les outils de la politique de la concurrence ont-ils failli ?, *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98505, pp. 2-3.

9 Ne dites plus "GAFAM" (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft), mais MAMAA (Meta, Amazon, Microsoft, Apple, Alphabet)

10 E. Claudel, préc.

11 F. Jenny, préc., spéc. pt 127 et s.

12 G7 Competition Authorities, *Compendium of approaches to improving competition in digital markets*, 29 nov. 2021.

plus tôt, n'eût été la crise sanitaire de la Covid-19 en mars 2020. Les étapes se sont ensuite enchaînées rapidement : après une consultation publique menée entre juin et septembre 2020, la Commission a publié sa proposition le 15 décembre 2020, puis le Conseil et le Parlement européen ont adopté leur position de négociation respective le 25 novembre 2021 et le 15 décembre 2021.

14. L'accord interinstitutionnel issu du trilogue est intervenu le 24 mars 2022, le texte a été finalisé le 11 mai 2022 et le vote final du Parlement a été acquis le 5 juillet 2022, à la quasi-unanimité (voir le *nota bene* en tête de cette contribution).

15. Il s'est donc écoulé à peine deux années entre le lancement de l'initiative et l'adoption du texte final, durée déjà remarquable par sa brièveté et qui aurait pu être encore plus courte si la crise de la Covid-19 ne s'était pas invitée dans le programme entretemps. Cette rapidité est encore plus remarquable si l'on considère les ambitions considérables assignées à ce texte, souvent résumées au double objectif d'équité¹³ des pratiques des contrôleurs d'accès et de protection de la contestabilité des marchés, tel qu'il est énoncé dans le chapitre III.

16. Les concurrentialistes pourront retrouver dans l'objectif d'équité un écho de la lutte contre les abus d'exploitation, et dans celui de contestabilité un écho de la lutte contre les abus d'éviction. Sans être totalement faux, le rapprochement paraît réducteur, car, comme le souligne Pablo Ibáñez Colomo, plusieurs des obligations imposées aux contrôleurs d'accès au titre de ces dispositions paraissent aller au-delà des préoccupations "classique" de concurrence qu'ont fait apparaître les affaires récentes, et viser à une forme plus ambitieuse de structuration du marché, ou "*market shaping*"¹⁴.

17. Cette forme de structuration du marché traduit bien la nature hybride du texte, n'appartenant totalement ni à la sphère du droit de la concurrence ni à celle de la régulation¹⁵. Nombre de commentateurs s'accordent d'ailleurs à penser que si la Commission présente le DMA comme un outil "complémentaire" au droit commun de la concurrence, elle aura très probablement tendance à y recourir en priorité lorsque le choix se présentera. Cette

probable application préférentielle du DMA en lieu et place du droit commun de la concurrence n'est pas sans conséquences, qu'il s'agisse d'éventuelles actions en indemnisation que pourraient tenter de potentielles victimes, dont la position serait alors moins favorable qu'en présence d'une décision adoptée sur le fondement de l'article 102 TFUE¹⁶, ou encore de l'application du principe *ne bis in idem*¹⁷.

Pluralité d'objectifs, différences de nature ou de régime : Les obligations imposées aux contrôleurs d'accès se prêtent mal à la tentative – passion si française – d'une classification rationnelle

18. La pluralité des objectifs assignés aux obligations que nous allons détailler ci-dessous n'en facilite donc pas la catégorisation, voire – passion française – le classement rationnel et ordonné. Le commentateur ne pourra pas davantage trouver de secours dans la substance desdites obligations, ni même dans leurs régimes respectifs, en dépit de l'apparente clarté fournie par la numérotation.

19. La substance des obligations est en effet variée, qu'elles visent le traitement des données personnelles des utilisateurs, les comportements vis-à-vis des entreprises utilisatrices des plateformes, les pratiques d'autopréférence, les conditions d'accès aux données fournies aux entreprises utilisatrices, les conditions d'interopérabilité, ou encore cette obligation prévue à l'article 14, totalement déconnectée des pratiques des contrôleurs d'accès sur le marché, qui leur impose de signaler des acquisitions non notifiables.

20. Dès lors, à défaut de pouvoir ordonner et rationaliser précisément le catalogue d'obligations imposées aux contrôleurs d'accès, l'on recourra ci-après à la méthode la moins contestable et la plus logique, à défaut d'être la plus éclairante : l'énumération dans l'ordre de la numérotation du texte.

13 Soulignons que l'objectif de "*fairness*" est également au cœur du règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, dit "règlement P to B" (Platform to Business), où le terme "*fairness*", souvent traduit en français par loyauté, est ici traduit par le terme "équité", tout comme dans la version française du DMA.

14 "*Some of the obligations seemingly addressing leveraging concerns go beyond past and ongoing competition law investigations, in the sense that they come across as more ambitious forms of market restructuring. These duties seek to maximise the modularity of digital ecosystems and open additional layers of the value chain to competition*", P. Ibáñez Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n° 7, 2021, pp. 561-575, spéc. p. 565.

15 P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, *Eur. Law Rev.* 2022 (*forthcoming*). Il faut également souligner l'affirmation contenue au considérant 11 du DMA, selon laquelle : "*This Regulation pursues an objective that is complementary to, but different from that of protecting undistorted competition on any given market, as defined in competition-law terms, which is to ensure that markets where gatekeepers are present are and remain contestable and fair, independently from the actual, likely or presumed effects of the conduct of a given gatekeeper covered by this Regulation on competition on a given market. This Regulation therefore aims to protect a different legal interest from that protected by those rules and it should apply without prejudice to their application.*"

16 D. Mandrescu, *The DMA and EU competition law: complementing or cannibalizing enforcement ?*, *Lexion legal blog*, 8 mars 2022 (dernière consultation : 6 avr. 2022).

17 M. Cousin, *Le Digital Markets Act, complément ou succédané du droit de la concurrence ?* in C. Lemaire et F. Martucci (dir.), *op. cit.*, pp. 305-316.

II. Une mosaïque d'obligations de nature et de régime variés, dont les contours sont susceptibles d'évoluer

21. Le DMA soumet les contrôleurs d'accès à une variété d'obligations énoncées pour l'essentiel dans ses articles 5 et 6 ainsi qu'à trois obligations "spécifiques" contenues dans les articles 7 (interopérabilité), 14 (notification de projets d'acquisition) et 15 (audit).

22. S'agissant du régime des obligations de l'article 5 et de l'article 6, signalons d'emblée une particularité, voire une étrangeté révélatrice d'un malaise.

23. Les obligations énumérées aux articles 5 et 6 sont toutes présentées comme directement applicables et obligatoires *per se* (la version anglaise recourt systématiquement à la formule "*shall*"), mais celles figurant à l'article 6 pourront – et sans doute devront ? – faire l'objet

d'une clarification préalable par le biais d'une procédure prévue à l'article 8. Cette procédure de clarification, par son existence même, révèle une forme de malaise de la part des rédacteurs du texte, qui semblent avoir une idée claire de l'objectif recherché mais hésiter sur les moyens techniques visant à la mettre en œuvre.

24. Ce dispositif traduit l'asymétrie d'informations entre la Commission et les contrôleurs d'accès sur certains aspects techniques des solutions nécessaires pour atteindre l'objectif affiché, et conduit à un inévitable "tâtonnement" organisé par l'article 8. Les contrôleurs d'accès seront tenus de proposer des mesures qui devront donc être testées, évaluées, voire précisées. La procédure de l'article 8 pourra être déclenchée soit par la Commission soit par un ou plusieurs contrôleurs d'accès, et prévoit l'adoption, dans un délai maximum de six mois après son déclenchement, d'un acte de mise en œuvre par la Commission... lequel bien sûr pourrait faire l'objet d'un contentieux.

À l'image des animaux d'Orwell, qui sont tous égaux, mais certains plus que d'autres, les obligations des articles 5 et 6 sont toutes directement applicables... mais certaines plus que d'autres

25. Passons à présent ces obligations en revue.

Tableau 1

Article	Nature de l'obligation	Commentaire / Exemple*
Article 5 : obligations directement applicables incombant aux contrôleurs d'accès (non susceptibles d'être précisées)		
5.2	"Opt-in" sur les données personnelles : interdiction de traiter, combiner ou croiser des données personnelles d'utilisateurs finaux (y. c. ceux utilisant les services d'entreprises tierces), sauf accord.	Sans doute l'une des interdictions les plus importantes, en ce qu'elle affecte directement le modèle économique de la majorité des plateformes.
5.3	Prohibition des clauses de parité (ou MFN) : Obligation d'autoriser les entreprises utilisatrices à promouvoir leurs offres et à conclure des contrats avec leurs clients en dehors de leur plateforme, à des prix ou conditions différents de ceux proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès.	Booking ne pourra interdire à des hôtels de faire des offres plus attractives sur leurs sites propres ou sur d'autres plateformes.
5.4	Prohibition des restrictions au "side loading" Obligation d'autoriser les entreprises utilisatrices (sans frais) à communiquer, faire des offres ou conclure des contrats avec des utilisateurs finaux déjà acquis, même lorsque ces entreprises utilisent la plateforme du contrôleur d'accès dans ce but.	Apple ne pourrait empêcher Spotify d'informer les utilisateurs de son application de la possibilité de souscrire à une option Premium sur le site internet de Spotify.
5.5	Obligation de permettre aux utilisateurs finaux d'accéder à des contenus, offres ou abonnements <i>via</i> l'application d'une entreprise tierce, lorsque ces contenus, offres ou abonnements auront été acquis sans recourir à la plateforme ou aux services du contrôleur d'accès.	Apple ne pourrait empêcher des utilisateurs Spotify ayant acquis un abonnement autrement que <i>via</i> l'appli Spotify, de l'utiliser dans cette appli.
5.6	Disposition "anti-bâillon" : Interdiction d'empêcher ou de restreindre la liberté pour les utilisateurs professionnels de contacter toute autorité publique compétente concernant des pratiques des contrôleurs d'accès.	En principe, cela devrait aller de soi, mais apparemment ce n'est pas le cas...

* Certain des exemples fournis dans ce tableau sont inspirés de l'excellente synthèse réalisée par Natalia Moreno Belloso le 13 mai 2022, The EU Digital Markets Act (DMA): A Summary (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4109299, dernière consultation le 25 juin 2022). Sous réserve de la désignation des sociétés nommées à titre d'exemple en qualité de contrôleur d'accès.

5.7	Interdiction de limiter le recours à des services annexes d'entreprises tierces (système d'identification propre, navigateur, système de paiement).	Apple ne pourrait limiter la possibilité des utilisateurs de ses plateformes de recourir à des systèmes de paiement autres qu'Apple Pay.
5.8	Disposition "anti-couplage" : Interdiction d'imposer l'inscription à d'autres services de la plateforme comme condition d'accès.	Google ne pourrait imposer à des annonceurs désireux de soumettre des offres à YouTube d'utiliser également les services de la plateforme Google Ads.
5.9 et 5.10	Imposer la transparence tarifaire des espaces publicitaires, mais aussi des mesures d'audience, auprès des annonceurs.	
Article 6 : obligations directement applicables mais susceptibles d'être précisées incombant aux contrôleurs d'accès		
6.2	Interdiction pour les contrôleurs d'accès de discriminer leurs utilisateurs professionnels lorsqu'ils sont concurrents verticalement, et d'utiliser leurs propres données non publiques.	Amazon ne pourra collecter et traiter des données relatives à l'activité générée par un vendeur en ligne utilisant sa plateforme, pour lui faire concurrence.
6.3	Obligation de permettre "aisément" la désinstallation ou la modification de paramètres par défaut d'applications préinstallées, sauf pour les applications essentielles.	Apple devra permettre la désinstallation facile d'Apple Music ou d'iBook.
6.4	Obligation de permettre l'installation et l'utilisation d'applications logicielles ou de boutiques d'applications logicielles de tiers utilisant, ou interagissant avec, les systèmes d'exploitation du contrôleur d'accès.	
6.5	Dispositif "anti-autopréférence" : Interdiction de discrimination via les algorithmes de recherche.	On retrouve ici l'interdiction des pratiques d'autopréférence mises en lumière dans l'affaire <i>Google Shopping</i> .
6.6	Dispositif limitant les clauses "anti-switching" : Un contrôleur d'accès ne pourra limiter la possibilité des utilisateurs finaux de changer d'applications et services.	Apple ne pourra limiter la possibilité pour l'utilisateur final de passer d'une appli avec laquelle Apple a conclu un accord d'exclusivité à une autre.
6.7	Disposition garantissant l'interopérabilité logicielle et matérielle : Les fournisseurs d'accès devront permettre aux entreprises utilisatrices et aux fournisseurs de services accessoires d'accéder aux mêmes fonctionnalités du système d'exploitation, et d'interopérer avec ces fonctionnalités.	Apple ne pourrait restreindre la possibilité pour un utilisateur de l'application Spotify d'accéder à l'assistant vocal d'Apple, Siri.
6.8	Obligation de fournir gratuitement aux annonceurs (et aux tiers autorisés par ces derniers) des informations sur la mesure de performances des publicités postées sur les plateformes des contrôleurs d'accès.	
6.9	Portabilité des données : Les contrôleurs d'accès devront fournir gratuitement aux entreprises utilisatrices un accès à, et garantir une utilisation effective des données agrégées ou non agrégées fournies ou générées dans le cadre de l'utilisation des services de plateforme essentiels concernés, par lesdites entreprises utilisatrices et par les utilisateurs finaux qui utilisent leurs produits et services.	Facebook devra autoriser les utilisateurs de ses réseaux sociaux à transférer gratuitement leurs données vers d'autres réseaux sociaux.
6.10	Portabilité des données (suite) : Les contrôleurs d'accès devront assurer la portabilité effective, gratuite et en temps réel, des données générées par l'activité d'une entreprise utilisatrice ou d'un utilisateur final.	Facebook ne pourra priver l'opérateur d'une appli de rencontres d'accéder aux données d'un utilisateur qui y accède via sa plateforme.
6.11	Accès FRAND : Pour les moteurs de recherche : un contrôleur d'accès doit accorder aux utilisateurs professionnels un accès FRAND (<i>fair, reasonable and non-discriminatory</i>) aux classements, recherches, clics, vues, etc.	
6.12	Accès FRAND (suite) : Un contrôleur d'accès doit accorder aux utilisateurs professionnels un accès FRAND à son magasin d'applications, à son moteur de recherche et à ses réseaux sociaux.	
6.13	Obligation de permettre de se désabonner sans difficultés excessives.	

** Trib. UE (9^e ch. élargie), 10 nov. 2021, Google LLC, anciennement Google Inc. et Alphabet, Inc. c/ Commission européenne ("Google Shopping"), aff. T-612/17, EU:T:2021:763.

Article 7 : interopérabilité des services de communications interpersonnelles indépendantes de numéros (Messenger, Telegram, etc.)		
7	Interdiction faite aux contrôleurs d'accès de limiter l'interopérabilité des services de communication interpersonnelle, permettant le transfert effectif de l'un à l'autre.	
Article 14 : signalement des projets d'acquisition, même non notifiables		
14	Obligation faite aux contrôleurs d'accès de communiquer à la Commission européenne des informations détaillées sur tout projet d'acquisition dans le secteur numérique, même non notifiable au titre du règlement (UE) n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations.	L'objectif est bien sûr de permettre à la Commission de recueillir des informations sur d'éventuelles acquisitions "prédatrices", en vue de faciliter la mise en œuvre – controversée- de la nouvelle approche de l'article 22 du règlement (UE) n° 139/2004.***
Article 15 : audit		
15	Obligation faite au contrôleur d'accès, dans les six mois qui suivent sa désignation en cette qualité, de faire réaliser à ses frais et de transmettre à la Commission un audit indépendant de toute technique utilisée pour profiler les utilisateurs de sa ou de ses plateformes.	L'audit devant être transmis au Comité européen de la protection des données (ex "G29" du règlement RGPD) ; d'éventuelles suites au titre de ce règlement pourraient en découler.

26. Ajoutons encore que le DMA a prévu des exceptions aux obligations décrites ci-dessus au titre de la sauvegarde de la santé publique et de l'intérêt public (art. 10), des mécanismes autorisant la Commission – sous certaines conditions – à mettre à jour et modifier les obligations listées aux articles 5 et 6 par le biais d'actes délégués (art. 12) et des mécanismes d'anticonournement (art. 13).

27. Que retenir de cet imposant catalogue, qui n'est pourtant que fortement résumé et simplifié dans le tableau ci-dessus.

28. Bien sûr, seuls le temps, l'usage, et l'issue qui sera réservée aux très probables contentieux qui découleront du DMA pourront dire si les ambitions assignées au texte seront atteintes au travers de cet ensemble d'obligations dont la nature, le régime ou encore la finalité peuvent fortement varier.

29. Ce n'est toutefois pas faire preuve d'un scepticisme excessif de souligner que la complexité des obligations imposées aux contrôleurs d'accès, et les nombreuses sinuosités inhérentes aux mécanismes destinés à en assurer la mise en œuvre, permet de douter que la double caractéristique d'obligations *ex ante* et *per se* qui sont au cœur du texte soit réellement appropriée.

30. Ces obligations sont-elles réellement *ex ante* et *per se* ?

III. Des obligations *ex ante* et *per se*, vraiment ?

31. À l'image de la variété des régimes, des substances et des ambitions assignées à ces obligations, il est impossible d'apporter une réponse tranchée à cette question, dans un sens ou dans l'autre.

32. La nature *ex ante* de ces obligations paraît toutefois relever en partie de la pétition de principe, surtout par les obligations de l'article 6 puisqu'elles sont susceptibles de nécessiter des clarifications au terme d'une procédure relativement complexe, ouvrant la porte à nombre de possibilités de contentieux.

33. Le contentieux peut en effet surgir de (presque) partout : contestation de la qualification de service de plateforme essentiel ou de la désignation en qualité de contrôleur d'accès (art. 3), contestation de la nature des pratiques auxquelles les qualifications de l'article 5 seront appliquées, contestation de l'appréciation que la Commission portera sur les mesures mises en œuvre par les contrôleurs d'accès pour se conformer aux articles 5 et 6, contestation des actes délégués visant à "clarifier" les obligations de l'article 6 selon la procédure de l'article 8, etc.

34. Outre la relative longueur du délai incompressible avant l'entrée en vigueur du règlement et l'application aux contrôleurs d'accès des obligations décrites ci-dessus (à savoir l'été 2023, cf. *nota bene*), il est donc fort possible que de possibles contentieux viennent encore retarder la mise en œuvre effective de ces obligations. L'horizon est-il

*** Dans son arrêt du 13 juillet 2022 rendu dans l'affaire T-227/21, le Tribunal (3^{ème} ch. élargie) a rejeté le recours formé par Illumina Inc. contre la décision de la Commission accueillant la demande de renvoi formée par l'Autorité française de la concurrence au titre de l'article 22 du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations. Ce faisant, le Tribunal a validé -sous réserve d'un éventuel pourvoi- la possibilité controversée permettant à la Commission d'examiner une opération de concentration ne satisfaisant ni les seuils prévus en droit européen, ni ceux prévus par le droit national d'un ou plusieurs Etats membres.

l'été 2023, l'année 2024, ou plus tard ? C'est impossible à dire aujourd'hui. Mais pour des obligations *ex ante*, le chemin est encore long.

35. Quant à la qualification *per se*, elle ne semble pas totalement appropriée non plus, à tout le moins, à nouveau, pour les obligations de l'article 6.

La qualification d'obligation *ex ante* et *per se* ne peut pas être systématiquement appliquée à l'ensemble des obligations imposées aux contrôleurs d'accès ; nombre d'entre elles (surtout celles prévues à l'art. 5) permettront toutefois à la Commission de contrôler rapidement et efficacement certaines pratiques. Mais en 2023. Ou 2024. Risque d'une "cible mouvante", à nouveau ?

36. La critique ne saurait être systématique, cependant : pour rapide qu'ait été son processus d'élaboration, le texte n'est pas issu de nulle part, et nombre des obligations qu'il prévoit ont déjà pour origine des dossiers contentieux qui ont permis d'en tester les contours et dont l'énoncé paraît suffisamment clair et précis pour limiter les possibilités de contentieux.

37. On pense naturellement ici à l'obligation de mettre en œuvre un régime d'*opt-in* sur les données personnelles (art. 5.2), la prohibition des clauses de parité (art. 5.3), aux dispositifs "anti-*side loading*" (art. 5.4) ou anti-bâillon (art. 5.6), etc.

38. Toutefois, ces outils ne seront pleinement à la disposition de la Commission qu'en 2023, voire 2024. Les pratiques visées par le DMA seront-elles encore au cœur des modèles économiques des contrôleurs d'accès à cet horizon ? La question reste ouverte. ■

Le point de vue des acteurs*

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

as.chonegrimaldi@parisnanterre.fr

Professeur

Université Paris Nanterre

Michel Debroux

michel.debroux@rizom-legal.eu

Avocat

Paris et Bruxelles

Directeur d'études

École de droit et management, Université Paris-Panthéon-Assas

Benoît De Nayer

benoit.denayer@actito.com

Codirecteur général

Actito, Louvain-la-Neuve

Pierre Petillault

p.petillault@alliancepresse.fr

Directeur général

Alliance de la presse d'information générale, Paris

1. Anne-Sophie Choné-Grimaldi : Le nouveau texte va s'appliquer aux seuls "contrôleurs d'accès", ainsi désignés par la Commission, qui est appelée à dresser une liste nominative de ceux-ci. Il nous semble que la démarche consistant à dresser cette liste *ex ante* est opportune. Elle remédie à l'insécurité juridique que l'on connaît en matière d'abus de position dominante et qui est liée, pour l'essentiel, au flou persistant relatif à l'opération de délimitation du marché pertinent. Est-ce que, selon vous, les critères permettant de dresser cette liste sont pertinents ?

2. Benoît De Nayer : Les dispositions du Digital Markets Act consacrées aux plateformes sont-elles satisfaisantes ? Initialement, le texte part d'une bonne intention, car les mécanismes actuels n'ont pas permis jusqu'à présent de couvrir la réalité existante. Toutefois, la locution selon laquelle "l'enfer est pavé de bonnes intentions" vient rappeler que la volonté de bien faire aboutit parfois au contraire du résultat escompté. Le texte apparaît aussi illisible qu'indigeste. Il est difficile de saisir l'intention du législateur européen. De surcroît, le texte paraît déjà extrêmement daté en ce qu'il se concentre sur certaines technologies déjà anciennes tout en délaissant de nouveaux secteurs. L'ampleur des enjeux ne semble pas comprise ; d'ici trois ans, les enjeux seront probablement très différents. Par exemple, le processus législatif a commencé avant même que n'émerge le métavers (ou en anglais *metaverse*), terme qui signifie "au-delà de l'univers" et désigne un univers parallèle au nôtre, dans lequel nous évoluons et interagissons comme dans la vie réelle, nous livrant à de la sociabilisation, des jeux ou même un travail. Ce métavers s'annonce déjà comme un nouvel avatar de la guerre des plateformes où l'on assistera rapidement à une nouvelle forme de concentration au profil des suspects usuels (Microsoft, Apple, Meta, Google...). Des dispositions plus générales auraient été préférables

pour atteindre et appréhender les travers de la technologie en perpétuel mouvement.

3. Si une attention particulière a été accordée au secteur B to C ("business to consumers") à travers, notamment, les dispositions relatives aux magasins d'application présents sur les téléphones et les télévisions connectées, il nous semble qu'un pan entier de l'industrie a été négligé, celui du logiciel dans le *cloud*. Ainsi en va-t-il de la question du "software as a service" (SaaS), ou logiciel en tant que service (en français), qui a été totalement oubliée. Le SaaS est un modèle de distribution du logiciel au sein duquel un fournisseur tiers héberge les applications et les rend disponibles pour ses clients par l'intermédiaire d'internet. C'est l'une des quatre catégories principales de *cloud computing*, au même titre que l'infrastructure en tant que service (IaaS), les plateformes en tant que service (PaaS) et le *deskstop* en tant que Service (DaaS).

4. Le SaaS a constitué, au courant des années 1990, une révolution copernicienne. Elle consiste à mettre à disposition de l'utilisateur un logiciel utilisable par un navigateur internet. Grâce à un logiciel SaaS, les entreprises n'ont plus besoin d'installer et de lancer des applications sur leurs propres ordinateurs ou sur leurs *data centers*. Le chiffre d'affaires du secteur du SaaS est plus important que celui d'Apple, de Google et d'Amazon réunis. Aujourd'hui 90% des logiciels relèvent du SaaS. Le SaaS représente une industrie gigantesque susceptible de générer des problèmes de concurrence qui impactent le consommateur final. Or, le législateur européen a "oublié" d'aborder la question du SaaS dans son œuvre régulatrice du jeu de la concurrence.

5. On peut ainsi se demander si le SaaS tombe dans la définition du *service cloud* visé par la DMA. Cela ne nous semble pas être le cas à l'heure actuelle. Des voix se sont d'ailleurs fait entendre récemment pour l'inclusion de ces logiciels dans le champ d'application de la DMA. Ainsi,

* Le style oral de l'intervention a été conservé. Nous remercions Clément Bizet, Teddy Malonga et Jérémie Vialens, doctorants du CEDCACE, pour leurs prises de notes.

en France, le Cigref (association représentant les grandes entreprises et administrations, clientes de l'industrie informatique, qui a pour mission d'accompagner ses membres dans leurs réflexions collectives sur les enjeux numériques) avait depuis plusieurs mois attiré l'attention sur les pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie du logiciel et établi une liste de dix principes pour l'octroi de licences logicielles équitables¹. Très récemment, le Cigref a annoncé, par voie de communiqué de presse, avoir saisi l'Autorité de la concurrence pour faire cesser les pratiques déloyales et anticoncurrentielles dont seraient victimes leurs membres². Le Cigref, comme le CISPE (Cloud Infrastructure Services Providers in Europe – Association représentative des fournisseurs de services cloud), appelle par ailleurs à considérer les dix principes qu'il a énoncés comme constituant une obligation des *gatekeepers* au sens de la DMA³.

6. Cette prise de conscience est liée à l'extraordinaire développement des "plateformes" SaaS. Dans le domaine du SaaS, la notion de plateforme est en effet centrale; elle a également une dimension financière. Les entreprises les mieux valorisées sont celles qui occupent une position incontournable dans un écosystème du fait qu'elles regroupent plusieurs pièces autour du logiciel principal (effet d'enclassement).

7. Le concept d'écosystème se matérialise dans les entreprises *cloud* (entreprises qui vont acquérir des pièces autour du logiciel principal pour abaisser la concurrence sur le marché situé en aval). Les entreprises ont tout intérêt à rajouter des fonctionnalités à un logiciel (par exemple pour un logiciel de gestion des ventes, l'ajout d'un logiciel de gestion du service client, puis de marketing). Couvrir (généralement par voie d'acquisition) toutes les briques d'un seul et même écosystème permet de devenir un acteur extrêmement puissant à déloger, tel Google ou Microsoft.

8. Il faut aller rechercher l'objectif d'une entreprise : est-ce de créer un écosystème ? On a de plus en plus d'entreprises qui acquièrent des *add-ons* (pièces rapportées) pour développer une position dominante et écraser la concurrence. L'exemple le plus manifeste est celui de la société Salesforce, qui a d'abord développé une activité de CRM (gestion relation client) puis s'est petit à petit développée, toujours sur le modèle du SaaS, pour dépasser Oracle ou encore Microsoft grâce à son logiciel devenu central. Petit à petit, Salesforce a développé de nouveaux services et le tout est devenu un écosystème. Il dispose lui-même de son propre "magasin d'applications" ou "store". Au départ, la présence sur cette place de marché était gratuite pour les partenaires, puis petit à petit, l'entreprise s'est rendu compte qu'elle disposait d'un effet de levier et est passée de 0 à 30% de marge sur les logiciels

vendus au travers de ce *store*. Les fournisseurs de logiciels présents sur ce *store* n'avaient que deux choix : s'acquiescer de la "taxe" Salesforce ou quitter le *store*, ce qui les condamnait à une faillite quasi certaine. Ce comportement pourrait être analysé comme un abus de position dominante. Salesforce ne s'est pas arrêtée là : petit à petit, elle a mis en place une stratégie consistant à acheter tous ses concurrents. Ainsi, elle est devenue extrêmement puissante, un acteur quasi impossible à déloger sur la base du droit positif. Salesforce vient ainsi d'annoncer qu'elle allait investir 3,5 milliards d'euros en France : un tel comportement est largement de nature à calmer les ardeurs de tout acteur qui souhaiterait se développer sur ce marché.

9. Microsoft et Google sont dans des situations proches en recourant au mécanisme de la subsidiation croisée. Ils "donnent" leur logiciel mais vendent de la publicité en ligne, ce qui leur permet de financer le développement desdits logiciels. L'exemple de Google Analytics, qui permet de mesurer la fréquentation de son site, est patent. Google a racheté une entreprise vendant des solutions d'analyse de site web et a rendu le service gratuit. Aujourd'hui, quasi toutes les entreprises y ont recours de manière telle que la concurrence a disparu. Cf. aussi Google Tag Manager, qui a, dès sa parution, "éteint le marché" du *tag management*.

10. Un comportement parasitaire dont un tel acteur pourrait être l'auteur ne peut être appréhendé par le Digital Markets Act, mais plutôt par une amélioration des règles existantes.

11. **Pierre Petillault** : Les éditeurs de presse sont fortement mobilisés par le Digital Markets Act en raison du déséquilibre criant dans le rapport de force avec les plateformes. Économiquement, ils doivent gérer la décroissance progressive de la presse papier, qui crée un effet de ciseau avec des coûts essentiellement fixes, tout en investissant dans le numérique, dont les revenus tardent à se matérialiser. Cette situation va durer pendant encore plusieurs années.

12. En ligne, le principal problème est la captation massive des recettes publicitaires par les plateformes, qui se sont imposées comme intermédiaires incontournables entre les publications de presse et le public. Or, au-delà des abonnements, la publicité est absolument indispensable au modèle économique de la presse d'information, dont elle représente 35% des revenus en moyenne. Ces revenus ont été divisés par deux pendant que le chiffre d'affaires publicitaire des plateformes explosait. Les droits voisins ont été un premier outil précieux pour remédier à la situation, mais ils sont un pur outil de propriété intellectuelle, sans effet sur le déséquilibre concurrentiel. Les pays anglo-saxons font, notamment en Australie, le choix d'adresser le sujet plutôt sous l'angle concurrentiel en régulant les conditions de négociation et en instaurant un mécanisme d'arbitrage contraignant. Aujourd'hui néanmoins, après deux ans de contentieux et deux décisions de l'Autorité de la concurrence, nous sommes arrivés à l'Alliance à des accords avec les principales plateformes et sommes en discussion avec les autres. Les premières rémunérations sont en train d'être versées aux éditeurs au titre du droit voisin.

1 <https://www.fairsoftware.cloud/principles/?lang=fr>.

2 <https://www.cigref.fr/wp-content/uploads/2022/05/Communique-de-presse-Le-Cigref-saisit-Autorite-de-la-concurrence-pour-pratiques-anticoncurrentielles-de-certains-editeurs-de-logiciels-09052022-1.pdf>.

3 L. Bertuzzi, European providers want DMA to address 'unfair practices' in cloud market, Euractiv, 28 oct. 2021, <https://www.euractiv.com/section/digital-single-market/news/european-providers-want-dma-to-address-unfair-practices-in-cloud-market>.

13. Les éditeurs de presse sont donc attentifs au Digital Markets Act dans la mesure où ce dernier opère un rééquilibrage. Le droit de la concurrence actuel atteint ses limites et n'arrive pas à agir efficacement dans l'univers numérique, que ce soit en matière de contrôle des concentrations ou de pratiques anticoncurrentielles. Les suites de l'affaire *Google Shopping* ont montré que même avec les meilleures intentions du monde il était difficile de revenir sur la domination des plateformes. Les remèdes mis en place n'ont pas permis de résoudre les difficultés sur le marché des comparateurs de prix en ligne, voire ont eu des effets pervers.

14. S'agissant du Digital Markets Act, le compromis auquel est parvenu le trilogue semble satisfaisant, notamment en ce qui concerne les obligations pesant sur les magasins d'applications qui sont au cœur du texte.

15. Rappelons que les éditeurs de presse, comme d'autres acteurs économiques, sont totalement dépendants des magasins d'applications. Or l'intermédiation entre éditeurs et lecteurs *via* ces magasins reste, pour l'heure, très opaque et à la main des deux principaux fournisseurs concernés. L'éditeur de presse ne connaît ainsi pas son client, n'est pas libre de ses pratiques tarifaires, a accès à très peu de données, etc.

16. Mais au-delà des magasins d'applications, la question du champ d'application du Digital Markets Act est essentielle. Il a été étendu lors du trilogue aux autres types de contrôleurs d'accès que sont les réseaux sociaux, les moteurs de recherche ou les navigateurs internet, ce qui est très bienvenu, de même que l'introduction d'un mécanisme d'arbitrage. Des remerciements sont adressés au Parlement européen ainsi qu'au Conseil pour avoir réussi à obtenir un renforcement du texte et l'extension de son périmètre.

17. Les éditeurs de presse sont moins concernés par l'interopérabilité des services de communication, qui présente surtout un enjeu pour le consommateur final.

18. **Anne-Sophie Choné-Grimaldi** : Comme d'autres avant moi, j'ai cherché une méthode de classification des pratiques. Pour l'heure, les clés de répartition utilisées par les auteurs du texte ne paraissent pas convaincantes.

19. Ainsi, formellement, les nouvelles obligations qui pèsent sur les contrôleurs d'accès sont réparties entre celles relevant de l'article 5, qui liste les obligations "*incombant aux contrôleurs d'accès*", et celles relevant de l'article 6 qui sont "*susceptibles d'être précisées*". Mais on ne sait pas vraiment quelle conséquence tirer de cette clé de répartition.

20. Autre clé de répartition, ces nouvelles obligations sont présentées par les institutions européennes comme relevant soit d'obligations de faire, soit d'obligations de ne pas faire. Mais il ne faut pas se laisser abuser par cette présentation rhétorique proposée par les rédacteurs du texte. Certaines expressions ("*s'abstient de...*") pourraient être totalement renversées ("*impose de...*"), de sorte qu'une obligation de ne pas faire peut être reformulée comme une obligation de faire, sans que la

modification ait d'incidence. D'ailleurs, on constate que, dans les versions successives du texte, certaines obligations formulées initialement comme des obligations de ne pas faire ont finalement été réécrites pour constituer des obligations de faire.

21. Une autre clé de répartition peut être proposée. Certaines obligations sont tournées vers l'exigence de loyauté des grandes plateformes à l'égard de leurs partenaires : interdiction d'utiliser les données générées par l'activité des entreprises référencées, fourniture gratuite à ces entreprises des données générées par leur activité. Tandis que d'autres obligations sont clairement tournées vers l'objectif de contestabilité, c'est-à-dire d'ouverture du marché à des concurrents potentiels : obligation de laisser une faculté de désinstallation des logiciels et applications fournis par le contrôleur d'accès, interdiction de l'autopréférence en matière de classement, obligation de donner aux moteurs de recherche concurrents un accès équitable et raisonnable aux données de recherche et de classement dont dispose le contrôleur d'accès ou de prévoir une interopérabilité entre les services de messagerie. Parfois, les deux objectifs se conjuguent harmonieusement, comme c'est le cas de l'interdiction des clauses de parité, qui préserve la faculté, pour les entreprises référencées, de vendre leurs prestations sans intermédiaire ou via une autre plateforme, une disposition qui protège tant les entreprises référencées que les plateformes concurrentes.

22. Cette répartition entre les obligations prévues pour protéger les droits des partenaires contractuels et celles prévues pour préserver la possibilité, pour les concurrents potentiels, de pénétrer le marché se superpose à celle que nous connaissons déjà en droit des abus de position dominante, entre les abus d'exploitation et les abus d'éviction.

23. Au-delà de ces questions de classification, que pensez-vous des nouvelles obligations mises à la charge des "contrôleurs d'accès"? Sont-elles de nature à protéger efficacement les activités des entreprises que vous représentez dans cette table ronde?

24. **Benoît De Nayer** : *A priori* oui. Dans le domaine du SaaS ou du *cloud*, on a un gros problème d'interopérabilité. Il existe aujourd'hui des API ("*application programming interface*") que certaines entreprises publient. Mais lorsqu'elles se développent par l'acquisition d'*add-ons*, ces entreprises peuvent décider d'arrêter de rendre publics ces API pour affaiblir la concurrence et lui limiter l'accès à des données. Par exemple : dès que Google voit un concurrent apparaître avec force, elle supprime des API quasiment sans préavis. Cela crée un risque de mort imminente des entreprises qui se sont développées sur la base des API de Google (ou d'Apple...). Elles sont alors privées de cet élément fondamental à leur activité. Certaines dispositions du DMA semblent permettre, en "*fairness*", de répondre à cette question. Par exemple, l'obligation de permettre d'accéder à certains services des téléphones (paiement par téléphone...) pourrait être étendue aux logiciels *cloud* en imposant aux entreprises de maintenir l'accès aux API et de communiquer en temps utile les nouveaux API et services.

25. Pierre Petillault : En ce qui concerne les pratiques au sein des magasins d'applications, c'est l'absence de transmission de données qui pose problème surtout pour identifier le client. Elle rend difficile la gestion de la relation avec les abonnés.

26. L'exemple du mécanisme d'arbitrage à l'australienne pour le financement de l'information est intéressant. Il s'agit là d'un pur outil concurrentiel. Le texte applicable en Australie permet à un éditeur d'informations de demander l'ouverture d'une négociation avec une plateforme. En cas d'échec des négociations au bout d'un délai donné, un arbitre peut être désigné par les pouvoirs publics. Il doit alors choisir, parmi l'offre présentée par l'éditeur et celle présentée par la plateforme, celle qui lui semble la plus raisonnable, sans possibilité d'altérer l'une des offres pour tenter de trouver un compromis. Ainsi, lors de la phase initiale de négociation, la plateforme est fortement incitée à ne pas abuser de son pouvoir et à trouver un accord avec l'éditeur. Lors de la phase d'arbitrage, le cas échéant, chacune des parties est incitée à présenter une offre raisonnable et équitable.

27. Michel Debroux : Le Digital Markets Act suscite des réactions diamétralement opposées. L'un des intervenants (Pierre Petillault) est satisfait du texte, l'autre (Benoît De Nayer) est sceptique. Cela est-il dû à la démarche législative choisie ? Était-il pertinent de vouloir aller plus vite que le droit de la concurrence de l'Union en adoptant le Digital Markets Act ? Était-ce la meilleure approche ? Ne fallait-il pas aller plus vite tout en utilisant le droit de la concurrence *stricto sensu* ?

28. Benoît De Nayer : La réponse est à rechercher dans l'activité administrative des autorités de concurrence, lesquelles devraient privilégier l'application des textes généraux existants.

29. Pierre Petillault : Avoir de l'*ex ante* est une excellente chose. L'évolution des usages des technologies est plus rapide que l'activité des autorités de concurrence, ces dernières pouvant être prises de vitesse et réagir trop tardivement. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Actions en réparation des pratiques anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux

PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, François Brunet, Jean-Mathieu Cot, Eric Paroche, David Tayar, Simon Vande Walle

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehoudj, Rafael Allendesalazar, Silvia Pietrini

Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin) (unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres : Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Select

Devis sur demande
Quote upon request

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)
- Revue Concurrences – Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)
Review Concurrences – Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)

> Abonnements Basic

Devis sur demande
Quote upon request

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)

> Revue Concurrences | Review Concurrences

HT TTC
Without tax Tax included

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)

Devis sur demande
Quote upon request

699 € 714 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site www.concurrences.com ou demandez un devis personnalisé à webmaster@concurrences.com.

To ensure the validity of the prices charged, please visit www.concurrences.com or request a personalised quote from webmaster@concurrences.com.

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

19 avenue Jean Aicard - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France