

RÉ CU LA TION

ÉCONOMIE, EMPLOI ET TRAVAIL

MARS 2021

**DIGITAL MARKETS ACT :
RÉVOLUTION OU
CONTRADICTION
JURIDIQUE ?**



TABLE DES MATIÈRES

CE QU'IL FAUT RETENIR _____ 4

INTRODUCTION _____ 6

**PARTIE 1 - UN RENVERSEMENT
DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT
DE L'UNION EUROPÉENNE _____ 10**

Quelle sécurité juridique dans ce nouveau cadre ? _____ 11

Comment ce nouvel outil s'articule-t-il avec le cadre existant ? _____ 11

L'instauration d'un régime de présomption _____ 14

**Quel équilibre des pouvoirs demain
au sein de l'Union européenne ? _____ 17**

Une concentration des pouvoirs inédite au sein
de la Commission européenne _____ 17

Quelle place pour la prévisibilité des règles ? _____ 19

**PARTIR 2 - UN OBJET JURIDIQUE INÉDIT
QUI SOULÈVE DES INTERROGATIONS
QUANT À L'APPRÉHENSION
DE CETTE NOUVELLE ÉCONOMIE _____ 22**

Le marché numérique et ses acteurs : le flou conceptuel _____ 23

Vers une remise en cause des modèles d'affaires du numérique ? _____ 27

Comprendre les modèles d'affaires dans le numérique _____ 27

Un objectif manqué pour la publicité ? _____ 30

Interdiction ou négociation sur les modèles d'affaires ? _____ 31

**Quel impact sur les investissements
dans l'innovation européenne ? _____ 32**

CONCLUSION _____ 35

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Présenté comme un paquet législatif commun encadrant les plateformes numériques, le portage parallèle de la législation sur les marchés numériques et de la législation sur les services numériques pose une question d'articulation. Ils reposent, en effet, sur deux logiques de coordination des régulateurs différentes et n'usent pas des mêmes définitions pour désigner souvent les mêmes acteurs.
- Par sa construction inédite, entre régulation sectorielle et droit de la concurrence, le projet de législation sur les marchés numériques interroge quant à sa légitimité et son efficacité.
- En l'état, le texte apparaît constituer une rupture à maints égards avec la construction du droit de l'Union européenne, et pourrait, à ce titre, créer un précédent portant atteinte au principe de sécurité juridique.
- Présenté sur un fondement, le marché unique, c'est-à-dire le rapprochement des législations afin d'éviter une compartimentation, le texte semble, pourtant, prétendre adresser une problématique d'une autre nature, le droit de la concurrence, c'est-à-dire des comportements d'entreprises privées.
- À ce titre, il offre un renversement de perspective par rapport au droit de la concurrence. Le régulateur ne part pas, en effet, d'une défaillance de marché, pour ensuite proposer un remède et résoudre cette défaillance. Il présuppose que la puissance de l'acteur - en premier lieu définie par sa taille - constitue en elle-même une défaillance de marché. Il instaure ainsi un régime de présomption d'atteinte au fonctionnement des marchés.
- De critères assez flous pour désigner les plateformes numériques concernées (le « contrôleurs d'accès »), sont déduits des remèdes généraux ; ce qui induit une rupture d'égalité devant de la loi.
- Par ailleurs, le texte instaure des mécanismes de révision qui laissent une grande place à l'interprétation et, par conséquent, offrent peu de stabilité juridique aux acteurs.
- Le texte soulève également des interrogations quant à la séparation des pouvoirs au niveau des institutions de l'Union européenne et la possible confusion des rôles dans la chaîne juridique qui se pose lorsqu'un même organe, en l'occurrence la Commission européenne, participe de la définition de la règle, en instruit l'éventuelle violation, détermine la sanction et finalement l'adapte.
- De même, l'articulation avec les autorités de concurrence nationales et la logique de réseau sont peu abordées par le texte, ainsi que les questions de chevauchement et de recouvrement des différents textes européens entourant les services numériques.
- Le champ des garanties procédurales semble également particulièrement étroit. Or, ce n'est pas seulement une question de respect de droit de la défense d'entreprises, mais aussi des principes de respect de la propriété et de la protection des investissements qui apparaissent affaiblis.
- D'un point de vue économique, l'appréhension des modèles d'affaires nécessite une plus grande précision que celle que semble offrir le texte en l'état. Les remèdes envisagés conduisent, pour nombre d'entre eux, à une modification substantielle du modèle d'affaires des plateformes numériques concernées.
- Enfin, la régulation au cœur du projet de législation sur les marchés numériques, en se fondant sur une logique de seuil et une logique *ex ante*, est porteuse de plusieurs risques sur les dynamiques des startups européennes qu'il convient d'anticiper.

INTRODUCTION

« Nous voulons aussi construire de meilleurs marchés numériques et le règlement sur les marchés numériques est un bon exemple de la manière dont droit de la concurrence et régulation peuvent se compléter pour laisser les marchés ouverts. »

Margrethe Vestager, vice-présidente de la Commission européenne,
L'Agefi, le 4 février 2021

D'un point de vue économique, le numérique est un objet complexe à analyser et réguler, tant il est à la fois secteur avec de multiples marchés et vecteur de transformation des autres secteurs économiques. L'économie numérique a permis l'émergence des plateformes numériques, entre marchés et entreprises¹. Elle présente des défis inédits pour le marché unique européen. Les effets de réseaux sur lesquels elle repose tendent ainsi à une transformation oligopolistique des marchés concernés. Toutefois, ce phénomène de concentration n'est pas inédit en soi et existe sur nombre de marchés². Ce qui est inédit, c'est la vitesse à laquelle cette concentration s'est opérée et les capacités qu'ont développées les plus grandes de ces plateformes numériques, au premier rang desquelles : Google, Facebook, Amazon, Apple et Microsoft. Les protocoles et normes des infrastructures technologiques qui les sous-tendent peuvent être à l'origine de problèmes concurrentiels complexes à appréhender par les régulateurs : collusion algorithmique et discrimination dans les transactions notamment³. L'application du droit de la concurrence serait ainsi rendue difficile dans le champ numérique, au regard de l'asymétrie de moyens - humains, techniques et financiers - et d'information entre ces acteurs et les régulateurs chargés de veiller au maintien de la concurrence sur les marchés concernés. À l'heure où l'étude de volumétrie de données croissantes dans les opérations contrôlées et l'analyse de ces marchés, prend une place toujours plus importante, cet écart rend l'analyse des marchés et donc le contrôle de la concurrence par les régulateurs délicats⁴.

1 Renaissance Numérique, « Réguler les plateformes numériques : Pourquoi ? Comment ? », mai 2020, 48 p. : https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/222/original/NOTE_Regulation_des_plateformes.pdf?1589181907

2 Renaissance Numérique, « Plateformes et dynamiques concurrentielles », octobre 2015, 34 p. : <https://www.renaissancenumerique.org/publications/plateformes-et-dynamiques-concurrentielles>

3 Frédéric Marty, Sophie Harnay, et Joëlle Toledano, « Algorithmes et décision concurrentielle : risques et opportunités », *Revue d'économie industrielle*, vol. 166, no. 2, 2019, pp. 91-118.

4 Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., « The EU Digital Markets Act », *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910 : <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eu-digital-markets-act>

Il est, par exemple, particulièrement complexe de comprendre les impacts d'une très grande puissance de calcul sur des marchés différents. Dès lors, le temps de la procédure des régulateurs se trouverait en décalage avec le temps de l'innovation et de la transformation sur ces marchés, et les remèdes proposés deviendraient anachroniques⁵. L'affaire de *Google Shopping* serait illustrative en la matière⁶.

Dans ce contexte, la Commission européenne propose à l'Union européenne (UE) de se doter d'un nouvel outil pour garantir l'ouverture sur ces marchés, en renforçant sa capacité de contrôle sur ces derniers. C'est l'objet de la proposition de législation sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*, dite « DMA ») présentée le 15 décembre 2020⁷. Ce texte est complété par un autre sur la régulation des plateformes numériques, la proposition de législation sur les services numériques (*Digital Services Act*, dite « DSA »), publié le même jour, et qui vise, lui, à réviser les règles relatives à la responsabilité des fournisseurs de services numériques sur les contenus et produits qu'ils relaient⁸. À ce titre, présenté comme un paquet législatif commun encadrant les plateformes numériques, ce double portage pose une question d'articulation⁹.

À mi-chemin entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle, le DMA repose sur trois grands principes :

- une régulation asymétrique qui cible les grandes plateformes numériques qualifiées de « contrôleurs d'accès » (*gatekeepers*, en anglais),

5 Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., « The EU Digital Markets Act », *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910 : <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eu-digital-markets-act>

6 Case AT.39740 Google Search (Shopping), Commission Decision of 27 June 2017 : https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

7 Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) », 15 décembre 2020 :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=fr>

8 Commission européenne, « 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 », 15 décembre 2020 :

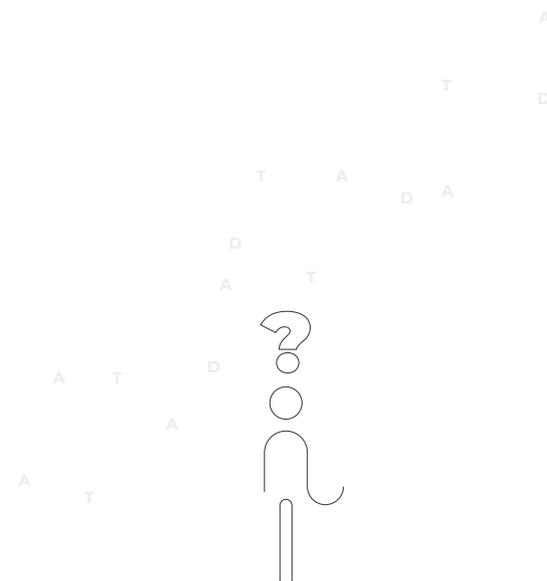
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=fr>

9 Voir partie I, B, 1.

- une régulation *ex ante*, imposant aux « contrôleurs d'accès » un certain nombre d'obligations,
- des moyens renforcés pour permettre à la Commission européenne d'assurer sa mission de surveillance.

D'un point de vue juridique, ce projet législatif apparaît constituer une rupture à maints égards avec la construction du droit de l'UE, et pourrait, à ce titre, créer un précédent portant atteinte au principe de sécurité juridique : peu de lisibilité sur son articulation avec les outils juridiques existants, instauration d'un régime de présomption d'atteinte au fonctionnement des marchés et concentration des pouvoirs. D'un point de vue économique, les mesures proposées interrogent tant sur la robustesse de la définition des problèmes visés, que sur la compréhension des modèles d'affaires des acteurs concernés, et sur les conséquences qu'elles pourraient induire pour l'innovation au sein du marché unique européen.

Dès lors, la proposition de législation sur les marchés numériques soulève de nombreuses questions qu'il convient d'éclairer, afin d'éviter les potentiels « effets de bord » pour l'économie et le droit européens. Au travers de cette note, Renaissance Numérique se prête à cet exercice. Le think tank espère que cette analyse permettra d'orienter utilement les débats à venir.



PARTIE 1

UN RENVERSEMENT DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE



Étonnamment, le projet de législation sur les marchés numériques apparaît peu tenir compte du passé normatif européen dans la construction de ce nouveau cadre visant à garantir l'ouverture du marché unique numérique. Une telle approche ouvre la voie à un manque de cohérence des normes nouvelles par rapport aux outils juridiques existants. Il pourrait en résulter des conflits de normes importants et une profonde incertitude juridique pour les acteurs du marché unique numérique européen. En cela, cette proposition de règlement pourrait constituer un affaiblissement de la méthode de construction du droit de l'Union européenne.

QUELLE SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS CE NOUVEAU CADRE ?

COMMENT CE NOUVEL OUTIL S'ARTICULE-T-IL AVEC LE CADRE EXISTANT ?

L'architecture du droit de l'UE est ébranlée par le projet de DMA. Présenté sur un fondement, le marché unique, c'est-à-dire le rapprochement des législations afin d'éviter une compartimentation, le texte semble, pourtant, prétendre adresser une problématique d'une autre nature, le droit de la concurrence, c'est-à-dire des comportements d'entreprises privées. À ce titre, il est intéressant de noter que le panel d'économistes qui a produit une analyse pour le centre de recherche de la Commission européenne, ne traite que d'enjeux concurrentiels¹⁰. La seule possibilité de prendre comme base juridique une habilitation donnée à la Commission européenne d'édicter des normes, qui lui permettrait de résoudre des questions interétatiques pour traiter des questions comportementales tenant aux pouvoirs d'entreprises privées, pourrait créer un précédent important entre les différents outils sur lesquels les politiques européennes sont fondées.

Admettre que la Commission européenne puisse créer des normes nouvelles, dépassant les pouvoirs que les traités lui ont donnés en matière de droit de la concurrence, aux seules fins de réguler les comportements d'acteurs privés

¹⁰ Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., « The EU Digital Markets Act », *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910 : <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eu-digital-markets-act>

et non de faire converger des objectifs et des visions nationales divergents au sujet du marché européen, conduit à faire de l'Union européenne un outil de réglementation en soi, de façonnage presque des marchés, mettant à mal son objectif de seulement veiller à l'établissement d'une concurrence non faussée.

À ce titre, la construction du droit de l'Union européenne, notamment à travers les étapes de formalisation de la législation et sa logique de livres verts et livres blancs¹¹, se fonde toujours sur une analyse fine du cadre existant et la constatation de divergences entre les législations des États membres. Concernant la législation sur les marchés numériques, les outils existants apparaissent avoir été faiblement appréhendés dans la logique de construction de ce nouveau cadre.

Pareille démarche eût été plus aisément compréhensible, si au lieu de prendre la décision d'ajouter une nouvelle brique à l'édifice juridique européen, les travaux de la Commission européenne s'étaient en premier lieu donnés pour objectif de renforcer des outils intermédiaires de contrôle de la concurrence sur les marchés qui peuvent exister au niveau des États membres. À titre d'exemple, le règlement *Platform-to-Business* (P2B)¹², entré en application en juillet 2020 et qui vise à encadrer les relations commerciales entre les plateformes numériques et les entreprises utilisatrices, traite déjà de plusieurs pratiques mises en œuvre par les services d'intermédiation en ligne¹³.

En outre, si l'on s'intéresse au seul droit de la concurrence, la jurisprudence intègre déjà certaines des questions que le DMA veut traiter. C'est par exemple le cas de la question des clauses préférentielles, au travers notamment de l'affaire de *Booking.com*¹⁴.

11 Voir leur définition sur le site EUR-Lex :

https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=fr

12 « 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 » : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>

13 Par exemple, plus de transparence concernant la construction des classements sur ces services.

14 Autorité de la concurrence, « Décision 15-D-06 du 21 avril 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 » :

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-bookingcom-bv-bookingcom-france-sas-et>

De même, l'argument avancé par la Commission européenne dans son exposé des motifs, selon lequel le droit de la concurrence est toujours à risque d'intervenir trop tard, mériterait une réflexion plus approfondie. La Commission dispose, en effet, des moyens d'imposer des mesures provisoires¹⁵. L'imposition de mesures provisoires conservatoires lui permettrait ainsi de geler une situation potentiellement anticoncurrentielle, pour avoir le temps de mener une enquête de fond et de définir un éventuel abus de position dominante ou une entente verticale. Certes, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a quelque peu paralysé l'application de cet instrument en en soumettant le prononcé à des conditions trop strictes¹⁶. Il aurait pu être envisagé de revoir le règlement de procédure qui en prévoit la possibilité, pour redonner des marges de manœuvre tant à la Commission européenne qu'aux tiers et d'attendre le retour d'expérience de la nouvelle directive d'harmonisation des droits nationaux sur ce point. La démonstration de l'efficacité de cet outil sur des marchés émergents n'est plus à faire, comme le montre l'expérience de l'Autorité de la concurrence française.

Les critères du contrôle des concentrations auraient pu également être revus pour intégrer les difficultés posées par cette nouvelle économie¹⁷. À ce titre, il conviendra de préciser l'articulation de l'article 12 du projet de DMA, sur « l'obligation d'informer sur les concentrations », avec le cadre existant ; l'article 12 apparaissant, par ailleurs, assez imprécis. En effet, deux situations peuvent se rencontrer : soit les concentrations visées par l'article 12 sont soumises, quoi qu'il arrive, à une obligation de notification prévue par le régime

15 « Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité » :

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:FR:PDF>

Les mesures provisoires ont été instaurées par l'article 8 du règlement 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 (101 TFUE) et 82 (102 TFUE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elles sont prévues exclusivement pour les ententes et les abus de position dominante. L'article 22 de la proposition de législation sur les marchés numériques reprend cet article, avec un ajout au paragraphe 2 : « Cette décision est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun ». Si la Commission européenne utilise le même dispositif en théorie, elle ouvre la voie à une pratique différente des mesures conservatoires, selon qu'elles soient mises en œuvre en concurrence ou en marché intérieur.

16 Jacques Buhart, « Mesures provisoires imposées à Broadcom : le réveil d'un outil endormi ? », *Les Echos*, 7 novembre 2019 : <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0602181132839-mesures-provisoires-imposees-a-broadcom-le-reveil-d-un-outil-endormi-332883.php>

17 Les concentrations sont régies par le « Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:fr:PDF>

général des concentrations, alors l'outil n'apporte rien ; soit il n'y a pas de contraintes administratives de notification prévues par le régime général des concentrations, alors on ne sait pas ce que la Commission européenne pourrait envisager de faire à l'égard d'opérations qu'elle n'a pas la possibilité de contrôler *a priori*.

Au-delà des outils liés aux enjeux de concurrence, le projet de DMA s'inscrit dans un cadre juridique plus large entourant les services numériques, qu'il convient de bien appréhender pour préserver la sécurité juridique des acteurs sur le marché unique européen¹⁸. Pour assurer la cohérence avec le DMA, certains de ces textes pourront, à ce titre, devoir être réformés, afin d'éviter des conflits de normes.

L'INSTAURATION D'UN RÉGIME DE PRÉSUMPTION

La confusion de ce texte avec le droit de la concurrence pourrait conduire à une dénaturation de ce dernier. Le projet de législation sur les marchés numériques offre un renversement de perspective par rapport au droit de la concurrence. Dans ce texte, le régulateur ne part pas, en effet, d'une défaillance de marché, pour ensuite proposer un remède et résoudre cette défaillance. Il présuppose que la puissance de l'acteur - en premier lieu définie par sa taille - constitue en elle-même une défaillance de marché. Le concept de « contrôleur d'accès » n'est d'ailleurs pas même lié à un marché spécifique. **De critères assez flous pour désigner les plateformes numériques concernées (article 3), sont déduits des remèdes généraux ; ce qui induit une rupture d'égalité devant de la loi.** Pourquoi interdire en soi à une entreprise un comportement donné, au motif qu'elle serait trop puissante, sans qu'une démonstration, discutée et argumentée par toutes les parties intéressées, ne soit faite sur l'effet de cette puissance sur le fonctionnement concurrentiel du marché¹⁹. Symétriquement, une entreprise plus puissante sur le marché affecté par cette activité, que le « contrôleur d'accès », pourrait, elle, avoir toute latitude pour s'y renforcer.

¹⁸ L'Observatoire sur l'économie des plateformes en ligne présente un éventail, non exhaustif, de ce cadre dans son rapport « Measurement & Economic Indicators » (p.14).

¹⁹ Voir à ce sujet l'analyse de l'article 30 à la fin de cette partie.

C'est là se départir de l'approche mise en œuvre dans la réglementation dont on considère qu'elle a pu influencer le projet de DMA, à savoir celle des communications électroniques. En effet, depuis le deuxième paquet télécom²⁰, l'apport de la réglementation européenne est d'avoir posé comme principe qu'une réglementation de marché devait répondre à un problème identifié, non traitable par le droit de la concurrence, auquel est apporté un remède, lui-même analysé sur une certaine durée, afin de l'ajuster si nécessaire ou de l'arrêter si le problème est résolu.

Le seul exemple dans la législation de l'UE où le régulateur raisonne ainsi, c'est dans le cadre du contrôle des concentrations, qui repose sur des seuils *a priori*. Toutefois, le contrôle des concentrations ne vise pas un état de fait. Il concerne un projet auquel les entreprises qui lui sont parties, peuvent renoncer, si elles considèrent que la contrainte réglementaire qui leur sera imposée est trop lourde par rapport aux bénéfices attendus de l'opération. La logique de seuil mise en œuvre relève ainsi d'une procédure. Il s'agit d'optimiser la ressource limitée des autorités de régulation, qui ne peuvent vérifier qu'un certain nombre d'opérations et qui doivent alors pouvoir se concentrer sur celles dont elles peuvent, *a priori*, penser qu'elles sont susceptibles de poser un problème de concurrence, mais ne l'ont pas encore établi. Ainsi, entre le contrôle des concentrations et le projet de législation sur les marchés numériques, les coûts pour les entreprises ne sont pas les mêmes. En outre, le contrôle des concentrations repose sur un régime d'autorisation d'une opération privée qui ne s'est pas encore déroulée, et non pas sur une mesure imposée par l'administration pour modifier une entreprise ou un fonctionnement du marché déjà existant. En termes de respect des droits de la défense, la nuance est notable.

Par ailleurs, **outre que la proposition de législation sur les marchés numériques introduit une sorte de présomption de culpabilité concurrentielle, elle l'assoit sur un fondement particulièrement flou.** L'article 3 qui présente les critères pour définir les « contrôleurs d'accès » laisse, à ce titre, une large place à l'interprétation. De même, le paragraphe 4 explique que le fournisseur de « services de plateforme essentiels » qui atteint les seuils quantitatifs correspondants aux « contrôleurs d'accès », peut démontrer qu'il ne rentre pas dans cette catégorie d'acteurs, notamment sur la base des « circonstances

²⁰ Voir sa présentation sur le site de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) :

<https://archives.arcep.fr/index.php?id=9578&L=1#c51891>

dans lesquelles le service de plateforme essentiel concerné est assuré » : il est difficile d'interpréter ces « circonstances ». La Commission européenne évoque également, au paragraphe 1 de ce même article, un acteur qui « jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche », ou elle explique encore, dans son paragraphe 6, que « dans son appréciation, la Commission tient compte de l'évolution prévisible de ces éléments ». La possibilité d'être considéré comme susceptible de devenir « contrôleur d'accès » - notion de « contrôleurs d'accès émergents » (considérant 63) - ouvre la voie à de nombreuses interprétations possibles par le régulateur. À ce titre, la Commission européenne se repose sur des critères quantitatifs, mais se donne également la possibilité d'user de critères qualitatifs si les seuils des premiers ne sont pas atteints. Toutefois, l'approche de ces analyses de cas est faiblement précisée.

En cela, la proposition de DMA détourne l'analyse de marché de son objet initial : elle passe d'un outil d'analyse pour éclairer une décision à un outil de surveillance et de façonnage de marché. Il s'agit de constater une puissance économique - notamment par la taille -, qui a éventuellement des impacts sur de multiples marchés, et de mettre en œuvre un mécanisme qui nécessite de procéder à une analyse de marché pour déterminer que cet acteur est bien un « contrôleur d'accès ». Ainsi, le texte, qui veut sortir du droit de la concurrence, se repose sur ses outils²¹. Plutôt que d'être dévoyée, l'analyse de marché pourrait être repensée et évoluer. Dans le champ de l'analyse concurrentielle, des travaux ont été engagés pour établir de nouvelles approches de ces outils, afin de les rendre plus efficaces. À ce sujet, sont souvent confondues l'analyse dynamique de marché, qui peut être établie à partir d'un grand nombre d'outils, et non seulement les parts de marché, avec une analyse statique du marché. Les analyses de marché sont des outils méthodologiques qui comme tous les outils sont contestables et peuvent être améliorés, mais dont la définition *a priori* permet à ceux qui sont mis en cause de s'expliquer de manière contradictoire sur la base de concepts éprouvés. Déterminer l'existence d'une puissance sur un marché ne peut faire l'impasse d'une procédure contradictoire bien établie. Si l'on compare l'article 30 du projet de DMA, qui présente le « droit d'être entendu et le droit d'accès », aux droits de la défense présentés à l'article 27 du « Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité », l'ouverture de

la procédure est plus grande dans le second cas, car elle permet notamment à des parties tierces, « justifiant d'un intérêt suffisant, d'être entendues » (paragraphe 3). Par ailleurs, le paragraphe 4 de ce même article ouvre la voie aux observations des tiers, avant l'adoption de la décision par la Commission européenne. Dès lors, on peut s'interroger pourquoi la Commission n'a pas repris ces approches dans leur intégralité.

QUEL ÉQUILIBRE DES POUVOIRS DEMAIN AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE ?

La nouvelle répartition des pouvoirs qu'instaure le projet de DMA éloigne les pouvoirs de la Commission européenne des principes cardinaux en matière d'équilibre des pouvoirs institutionnels. L'extension des pouvoirs de la Commission et le caractère flou, et donc potentiellement discrétionnaire, de certaines de ses mesures interrogent quant à l'espace accordé, par ce texte, au contradictoire. Au-delà des acteurs visés ici - les plus grandes plateformes numériques -, il conviendrait d'en mesurer les conséquences sur d'autres pans du cadre juridique européen, si une pareille approche se généralisait.

UNE CONCENTRATION DES POUVOIRS INÉDITE AU SEIN DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

En l'état, la proposition de législation sur les marchés numériques soulève des interrogations quant à la séparation des pouvoirs au niveau des institutions de l'Union européenne et la possible confusion des rôles dans la chaîne juridique qui se pose lorsqu'un même organe participe de la définition de la règle, en instruit l'éventuelle violation, détermine la sanction et finalement l'adapte. Telle est la situation s'agissant de la Commission européenne dans le cadre du projet de DMA. L'acteur qui participe à la définition des règles est le même qui en instruit le non-respect et détermine les sanctions. Ce cumul de fonctions transparait notamment à l'article 16, paragraphe 1, concernant l'« enquête sur le marché portant sur un non-respect systématique » : « Lorsqu'il ressort de l'enquête sur le marché qu'un contrôleur d'accès a systématiquement contrevenu aux obligations prévues aux articles 5 et 6 et qu'il a encore renforcé ou étendu sa position de contrôleur d'accès au regard des caractéristiques mentionnées

21 Par exemple, les « indices de pression concurrentielle ». Voir, Petit N., (2020), *Big Tech & The Digital Economy. The oligopoly scenario*, Oxford University Press, pp. 227-237

à l'article 3, paragraphe 1, la Commission peut, par voie de décision adoptée conformément à la procédure consultative visée à l'article 32, paragraphe 4, imposer à ce contrôleur d'accès toute mesure corrective comportementale ou structurelle qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour garantir le respect du présent règlement. »

L'avocat Olivier Fréget présente assez clairement les risques d'une telle concentration de pouvoirs : « au-delà de la dimension symbolique que représente la séparation du pouvoir, la séparation des pouvoirs participe d'une question d'efficacité. Si celui qui a (mal) écrit la règle peut la corriger au moment où il l'applique et sanctionner un acteur, alors que le reproche qu'il forme à l'encontre de ce dernier va au-delà de ce que le texte qu'il a lui-même rédigé édicte, ce cumul des pouvoirs engendre une disparition des incitations à élaborer de la norme efficace de la part du régulateur. (...) Dans le cadre du Digital Markets Act, la Commission va ainsi se doter d'un pouvoir d'intervention ex ante supplémentaire et inédit, alors qu'en même temps elle peut utiliser un droit de la concurrence – et ne s'en prive pas – déjà infiniment flexible pour régler des défaillances de marché. »²²

Cette concentration des pouvoirs au sein de la Commission européenne pose également un problème de répartition des compétences au sein de l'Union européenne. L'articulation avec les autorités de concurrence nationales et la logique de réseau, qui prévalaient jusqu'à présent, sont peu abordées par le texte, ainsi que les questions de chevauchement et de recouvrement des différents textes, alors que la directive ECN+ a récemment renforcé leurs pouvoirs²³. En choisissant des fondements juridiques différents, les réglementations nationales et européennes peuvent altérer, voire faire échec aux objectifs de politique économique qu'elles visent. À ce titre, le principal texte rivalisant avec la proposition de législation sur les marchés numériques est la nouvelle loi allemande sur la concurrence adoptée le 18 janvier 2021²⁴. Ce texte prévoit le même dispositif que le projet de DMA, mais

22 Lire son interview, parue le 20 janvier 2021, sur le site de Renaissance Numérique : <https://www.renaissancenumerique.org/publications/digital-markets-act-cinq-questions-a-olivier-freget-avocat-specialiste-du-droit-de-la-concurrence>

23 « Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur » : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=FRA>

24 « Amendment of the German Act against Restraints of Competition », Bundeskartellamt, 19 janvier 2021 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=FRA>

en fait, lui, un sujet de droit de la concurrence. En conséquence, l'autorité de la concurrence allemande, le Bundeskartellamt, n'aura d'autre but que la libre concurrence sur un marché donné. À l'inverse, puisque le projet de DMA se présente comme une mesure de marché unique, il pourrait faire l'objet, à terme, d'une jurisprudence qui l'éloignerait de l'objectif concurrentiel visé dans le texte allemand²⁵. Dès lors, quelle lisibilité et sécurité juridiques offre-t-on aux acteurs ? Le risque est une concurrence de compétences et que les mêmes comportements soient sanctionnés par des législations différentes. Comment les régulateurs travailleront-ils de concert pour éviter des dissonances ? À cela s'ajoute la possible confusion avec le deuxième volet du paquet législatif visant à réguler les plateformes numériques : la proposition de législation sur les services numériques. Le DMA et le DSA reposent, en effet, sur deux logiques de coordination des régulateurs différentes et n'usent pas des mêmes définitions pour désigner souvent les mêmes acteurs : « contrôleurs d'accès » pour le premier, « très grandes plateformes en ligne » pour le second. Ainsi, l'ambition d'harmonisation portée par la proposition législative pourrait ne pas être atteinte²⁶.

QUELLE PLACE POUR LA PRÉVISIBILITÉ DES RÈGLES ?

Au-delà de cette redistribution des pouvoirs, le projet de législation sur les marchés numériques instaure des mécanismes de révision qui laissent une grande place à l'interprétation et, par conséquent, offrent peu de stabilité juridique aux acteurs. Selon l'article 4, la Commission européenne doit ré-examiner « au moins tous les deux ans » la liste des « contrôleurs d'accès » et la liste des services de plateforme essentiels concernés par des obligations. De même, l'article 10 habilite la Commission européenne à revoir la liste des obligations qui incombent aux « contrôleurs d'accès ». Or, ces deux articles présentent peu de détails quant à la mise en œuvre de ces révisions, dont la Commission européenne a la prérogative. Le régulateur européen peut ainsi

25 Les professeurs Jens-Uwe Franck et Martin Peitz évoquent une « prévisible » (« foreseeable ») fragmentation du cadre juridique entourant les plateformes numériques au sein de l'Union européenne. Jens-Uwe Franck, Martin Peitz, « Taming Big Tech: What Can We Expect From Germany's New Antitrust Tool? », *Promarket*, 7 février 2021 : <https://promarket.org/2021/02/07/germany-antitrust-bundeskartellamt-19a-dma-big-tech/>

26 Voir notamment à ce sujet l'exposé des motifs de la proposition de législation sur les marchés numériques.

déclencher la désignation de nouveaux « contrôleurs d'accès », qui se trouveront, par conséquent, soumis à une réglementation remettant en cause la pérennité des investissements qu'ils ont pu effectuer (article 4) : les termes de « *changement important* » ouvrent, par exemple, la voie à de nombreuses interprétations. Par ailleurs, les fondements sur lesquels la Commission peut imposer de nouvelles obligations aux « contrôleurs d'accès » (article 10) sont assez flous, à l'instar de la notion de « *contestabilité* ». De même, selon l'article 3, paragraphe 5, « *la Commission est habilitée à adopter des actes délégués conformément à l'article 37, afin de préciser la méthode utilisée pour déterminer si les seuils quantitatifs fixés au paragraphe 2 sont atteints, et de l'adapter régulièrement, le cas échéant, aux évolutions du marché et de la technologie, en particulier en ce qui concerne le seuil visé au paragraphe 2, point a)* ».

Hormis l'enjeu de « *viabilité économique* » porté par l'article 8 et pouvant conduire à la suspension de certaines obligations²⁷, la Commission européenne peut également exempter des acteurs identifiés comme « contrôleurs d'accès » de certaines obligations sur la base de critères particulièrement larges : « *moralité publique* », « *santé publique* », « *sécurité publique* »²⁸. Ce sont des critères de droit administratif, dont la nature s'est souvent forgée dans des questions relatives aux libertés fondamentales. *A priori*, ces critères existent dans la plupart des États membres, selon des définitions et des traditions constitutionnelles parfois divergentes, et ont pu faire l'objet d'une analyse, au cas par cas, par le juge communautaire²⁹, mais toujours dans la perspective d'analyser la proportionnalité d'une législation avec les objectifs

²⁷ Par ailleurs, il reste à définir les modalités pour être en mesure de démontrer cet enjeu de « *viabilité économique* ».

²⁸ Article 9 « *Exemption pour raisons impérieuses d'intérêt général* ».

²⁹ Celui-ci considère depuis 1970 (Cour de Justice des Communautés européennes, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft) que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, et que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.

Ces concepts apparaissent également dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Article 36 (ancien article 30 du Traité instituant la Communauté européenne) : « *Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.* »

de l'Union européenne : les comportements privés n'entretiennent pas avec des objectifs publics le même lien, sauf à ce que l'entreprise en cause soit investie expressément d'une obligation de mission de service public. L'éventail d'interprétations induit par cette jurisprudence, pourrait permettre à la Commission européenne d'en tirer des définitions très étroites et de refuser ainsi d'accorder certaines exemptions.

Le respect de l'État de droit exige certes des exceptions définies de manière abstraite, mais à condition que leur « *actualisation* » au cas précis soit effectuée par des acteurs qui n'ont pas d'intérêt dans leur interprétation et que cette dernière puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif.

Ainsi, le projet de législation sur les marchés numériques ouvre la voie à une possible approche discrétionnaire de la part de la Commission européenne. Dès lors, pour avoir un contrôle de proportionnalité de ses décisions, seule la voie de la justice - en l'occurrence ici, la Cour de Justice de l'Union européenne - sera à disposition des entreprises visées par le DMA : soit une procédure *a posteriori* et particulièrement longue, dont l'essentiel du débat pourrait échapper à la Cour, car elle pourrait ne se saisir que de certains éléments procéduraux ou substantiels. *Tel que le texte est construit aujourd'hui, le champ des garanties procédurales semble particulièrement étroit.* Ce n'est pas seulement une question de respect de droit de la défense d'entreprises qui, tant que la démonstration inverse ne sera pas apportée, doivent être réputées avoir atteint leur situation de pouvoir par leurs mérites, mais des autres principes de respect de la propriété et de protection des investissements qui apparaissent affaiblis au sein de la proposition de DMA.

Aussi, en l'état du texte, il convient de s'interroger sur l'impact que pourrait avoir cette nouvelle architecture du droit européen sur d'autres secteurs économiques, si cette approche était étendue au-delà du numérique.

PARTIE 2

UN OBJET JURIDIQUE INÉDIT QUI SOULÈVE DES INTERROGATIONS QUANT À L'APPRÉHENSION DE CETTE NOUVELLE ÉCONOMIE

LE MARCHÉ NUMÉRIQUE ET SES ACTEURS : LE FLOU CONCEPTUEL

Les concepts importants sur lesquels repose cette nouvelle réglementation sont définis de manière assez imprécise. Ainsi, la définition même d'un « contrôleur d'accès » reste assez floue. Il en va de même pour les « services de plateforme essentiels », et le sujet du seuil de basculement dans un marché verrouillé (« *tipping markets* »). Par ailleurs, quelles sont précisément les obligations qui pourraient s'imposer à ces plateformes ? À cet égard, la position du Regulatory Scrutiny Board de la Commission européenne sur l'étude d'impact de la Commission identifie bien le problème : « *The report does not fully justify the selection of the core platform services to be covered by the initiative* »³⁰.

Dans la rédaction actuelle de la législation sur les marchés numériques, on ne sait pas si une plateforme qui sera considérée comme un « contrôleur d'accès », sera concernée sur l'ensemble des activités dans lesquelles elle opère. Cela dépend de la définition des « services de plateforme essentiels ». En effet, les plateformes multi-faces, par construction, opèrent sur plusieurs marchés (faces). Seront-elles susceptibles, par des raisonnements de connexité, d'être réputées en position dominante sur plusieurs faces, y compris sur un marché sur lequel elles n'occupent qu'une position secondaire ou marginale, parce que leur modèle d'affaires rend ses activités connexes ? Par exemple, l'activité publicitaire d'Amazon, activité principalement destinée aux vendeurs de sa place de marché, sera-t-elle considérée comme une activité cœur de la plateforme ³¹?

Un « contrôleur d'accès » est essentiellement identifié par sa taille, calculée selon trois critères : le chiffre d'affaires, le nombre d'utilisateurs européens et la capitalisation boursière. Ainsi, une plateforme est présumée être un « contrôleur d'accès », si elle compte plus de 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels dans l'Union européenne et plus de 10 000 utilisateurs profession-

30 Commission européenne, « Regulatory Scrutiny Board Opinion - Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) », 19 janvier 2021.

31 L'activité publicitaire d'Amazon est estimée à environ 20 milliards de dollars en 2020 pour un chiffre d'affaires global de 386 milliards de dollars, soit environ 5 %.

nels actifs annuels dans l'UE. L'impact significatif sur le marché unique est présumé si la plateforme réalise un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace économique européen (EEE) supérieur à 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices financiers, ou possède une capitalisation boursière moyenne supérieure à 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice financier.

Cette approche ne tient pas compte des différences d'usage entre les plateformes. Ainsi, les consommateurs européens utilisent simultanément plusieurs plateformes de réseaux sociaux ou places de marché (comportement de *multi-homing*), alors qu'ils utiliseront un nombre beaucoup plus restreint de systèmes d'exploitation, autre type de plateforme numérique qui entre dans le périmètre du texte. On pourrait s'attendre à ce que les seuils d'utilisateurs soient adaptés en fonction de la nature de la plateforme ; ce qui n'est pas le cas.

Sur le critère du chiffre d'affaires, outre que le seuil fixé est relativement faible pour le marché unique européen, il demeure à ce stade une incertitude, pour certains modèles d'affaires : les services d'intermédiaires et les places de marché, les magasins d'applications. Prendra-t-on en considération le volume d'affaires (GMV, *Gross Merchandise Volume*, ou GBV, *Gross Booking Value*) de la plateforme ou son chiffre d'affaires, c'est-à-dire le montant des commissions qu'elle perçoit sur le volume d'affaires ? Par exemple, en 2020, Airbnb réalise un volume de réservations (GBV) de 6,6 milliards de dollars dans la zone EMEA et un chiffre d'affaires de 1 milliard de dollars dans cette même zone géographique³².

De même, l'utilisation de la capitalisation boursière et sa croissance sur trois ans, comme un indicateur de définition pour mesurer la puissance financière d'un acteur, est problématique à maints égards. Nombre de plateformes sus-

ceptibles de devenir des « contrôleurs d'accès » ne sont pas cotées et sont financées par des *venture capitalists* ou du *private equity* dans leur phase de conquête et de développement, c'est-à-dire lorsque qu'elles cherchent à atteindre la taille critique qui déclenche les effets de réseaux directs. Par ailleurs, les valorisations boursières ne constituent pas toujours un mécanisme d'évaluation pertinent de la valeur réelle des actifs et des flux de revenus futurs de la plateforme numérique. On semble à cet égard avoir oublié « la bulle Internet » du début des années 2000 et l'extrême survalorisation des entreprises de l'Internet et des télécommunications, comme si un tel phénomène ne pouvait se reproduire. On peut également s'interroger sur les valorisations réelles de certaines plateformes numériques, à une époque où les banques centrales alimentent depuis une décennie les marchés financiers avec des volumes de liquidités sans précédents (*Quantitative Easing*), faussant, par cette surabondance de liquidités, la valeur réelle des actions.

Le texte introduit la notion de « basculement de marché », c'est-à-dire le moment à partir duquel une plateforme devient dominante sur son marché. Autrement dit, la plateforme numérique a réussi à déclencher les effets de réseaux et accumuler un nombre croissant d'utilisateurs qui rend difficile l'accès au marché pour de nouveaux entrants. La plateforme bénéficie alors des « effets de *feedbacks* positifs » (Shapiro et Varian³³), et cette situation n'est pas transitoire, mais durable. Dans un tel contexte, la plateforme ne serait plus incitée à innover et se trouverait en situation de rente monopolistique. Cette dernière hypothèse est remise en question par certains travaux académiques récents, qui mettent en évidence que l'absence de concurrents ne signifie pas l'absence de concurrence et d'innovations³⁴. À ce sujet, le projet de DMA stipule : « *Un sous-ensemble de règles particulier devrait s'appliquer aux fournisseurs de services de plateforme essentiels susceptibles de jouir d'une position solide et durable dans un avenir proche. Les mêmes caractéristiques spécifiques des services de plateforme essentiels les rendent susceptibles de basculer : dès qu'un fournisseur de services a obtenu un certain avantage par rapport à ses concurrents ou à des concurrents potentiels en termes d'échelle ou de pouvoir d'intermédiation, sa position peut devenir inattaquable et évoluer au point de devenir solide et durable dans un avenir proche. Les entreprises peuvent tenter de provoquer ce basculement et*

33 Shapiro C., Varian H., (1998), *Information rules. A strategic guide to the network economy*, Harvard Business Review Press.

34 Petit N., (2020), *Big Tech & the digital economy. The moligopoly scenario*, Oxford University Press.

32 Source : Airbnb, rapport annuel 2020.

devenir des contrôleurs d'accès en recourant à certaines des conditions et pratiques déloyales régies par le présent règlement. Il semble adéquat d'intervenir dans une telle situation, avant que le marché ne bascule de manière irréversible » (considérant 26).

Comme le périmètre du texte porte à la fois sur une situation de « contrôleur d'accès » établie et à la fois sur une situation où une plateforme numérique pourrait le devenir, la question de l'évaluation de ce seuil de basculement devient un enjeu crucial pour savoir quelle plateforme est concernée par cette régulation. Comment peut-on établir ce seuil ? Le texte suggère l'utilisation de critères comme « (la) capitalisation boursière très importante, un ratio de valeur de fonds propres par rapport au bénéfice très élevé ou un chiffre d'affaires très important tiré des utilisateurs finaux d'un seul service de plateforme essentiel peuvent révéler un basculement du marché ou un potentiel d'utilisation d'un effet de levier par ces fournisseurs » (considérant 25).

Quelle méthodologie robuste permettra d'asseoir une décision de la Commission européenne ? On mesure bien l'importance d'un tel critère pour fonder une décision d'application du DMA sur certaines plateformes numériques susceptibles de devenir des « contrôleurs d'accès ». Comment ces dernières pourront-elles anticiper une telle décision, sur la base de quels critères objectivables ?

Une possibilité plus robuste que le cours de bourse consisterait à évaluer la croissance du nombre d'utilisateurs des « services de plateforme essentiels » de la plateforme au regard du volume d'investissements de la plateforme³⁵. Si le nombre d'utilisateurs croît alors que le volume d'investissement diminue, cela pourrait caractériser une situation typique d'effets de réseaux directs. Reste à définir la nature des investissements pris en considération dans une telle méthodologie. En outre, les plateformes numériques consi-

35 Selon une proposition de N. Petit, voir :

<https://twitter.com/CompetitionProf/status/1354334263735443456>

dérées comme des « contrôleurs d'accès » investissent massivement et de façon continue en R&D, même après avoir dépassé le seuil de basculement. Un tel critère, à lui seul, ne paraît donc pas plus robuste que ceux proposés par la Commission européenne.

VERS UNE REMISE EN CAUSE DES MODÈLES D'AFFAIRES DU NUMÉRIQUE ?

COMPRENDRE LES MODÈLES D'AFFAIRES DANS LE NUMÉRIQUE

L'appréhension des modèles d'affaires nécessite une plus grande précision que celle que semble offrir le texte actuellement. Ainsi, concernant les infrastructures d'informatique en nuage, la Commission européenne qualifie les services d'informatique en nuage parmi les huit catégories d'acteurs qui pourraient être considérés comme des « contrôleurs d'accès ». Ces services sont pourtant utilisés directement par les consommateurs finaux pour accomplir des tâches, bâtir des solutions technologiques et automatiser des processus de fonctionnement internes. Ils n'ont pas pour objet d'agir comme intermédiaires entre les utilisateurs commerciaux et les utilisateurs finaux. Pour appréhender correctement une telle activité, il convient de distinguer plusieurs couches de services, dont certaines ne sont destinées qu'aux seuls professionnels (PaaS, IaaS), et au sein de la couche logicielle (SaaS), il convient encore de distinguer les offres pour les particuliers des offres pour les entreprises. Appréhender de façon globale l'activité d'infrastructures en nuage (cloud computing), c'est s'empêcher de qualifier correctement les éventuels abus de position dominante.

Par ailleurs, les remèdes envisagés par le projet de législation sur les marchés numériques conduisent, pour nombre d'entre eux, à une modification substantielle du modèle d'affaires des plateformes concernées, et non seulement à une diminution de leur taille par cession d'actifs ou d'activités. Les contraintes qui pourraient s'imposer aux plateformes numériques vont bien

au-delà de classiques restrictions de certaines activités qui existent en droit de la concurrence (engagements ou in-jonctions), comme l'interdiction de l'agrégation de données en provenance de plusieurs services ou l'obligation de proposer un usage non personnalisé du service. Le texte propose plusieurs mesures qui toutes imposent à la plateforme numérique un changement de modèles d'affaires.

Les places de marché se voient dans l'obligation de laisser les marchands tiers contracter librement avec des clients de la plateforme, sans que celle-ci puisse interférer : « *permet aux entreprises utilisatrices de promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux acquis grâce au service de plateforme essentiels, et de conclure des contrats avec ces utilisateurs finaux, en utilisant ou non à cette fin les services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès, et permet aux utilisateurs finaux, par l'intermédiaire des services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès, d'accéder à des contenus, abonnements, fonctionnalités ou autres éléments et de les utiliser en se servant de l'application logicielle de l'entreprise utilisatrice, lorsque ces éléments ont été acquis par les utilisateurs finaux auprès des entreprises utilisatrices concernées sans avoir recours aux services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès* » (article 5, (c)).

Il en va de même avec **les magasins d'applications** qui ne sont qu'une variante des places de marché : « *les entreprises utilisatrices de ces contrôleurs d'accès devraient être libres de promouvoir et choisir le canal de distribution qu'elles jugent le plus approprié pour interagir avec les utilisateurs finaux que ces entreprises utilisatrices ont déjà acquis par l'intermédiaire des services de plateforme essentiels fournis par les contrôleurs d'accès* » (considérant 38).

De telles mesures reviennent à transformer le modèle d'affaires de la place de marché en modèle d'affiliation, ou d'apporteur d'affaires. Cela revient à condamner le modèle de la place de marché et généraliser le modèle d'affiliation, ou, en tout état de cause, à le limiter à un certain volume de transactions. **Concernant les magasins d'applications,**

le texte va encore plus loin, car il oblige ces plateformes à permettre d'autres magasins d'applications ou d'autres mécanismes d'installation de logiciels : « *permet l'installation et l'utilisation effective d'applications logicielles ou de boutiques d'applications logicielles de tiers utilisant, ou interopérant avec, les systèmes d'exploitation du contrôleur d'accès, et permet l'accès à ces applications logicielles ou boutiques d'applications logicielles par des moyens autres que les services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès* » (article 6, paragraphe 1, (c)).

Une autre obligation concernant les usages des données par les plateformes numériques conduit à un réel changement de modèle : « *s'abstient d'utiliser, en concurrence avec les entreprises utilisatrices de ses services de plateforme essentiels, les données quelles qu'elles soient non accessibles au public qui sont générées par les activités de ces entreprises utilisatrices, y compris par leurs utilisateurs finaux, ou qui sont fournies par ces entreprises utilisatrices ou par leurs utilisateurs finaux* » (article 6, paragraphe 1, (a)). Une telle mesure revient, de facto, pour la plateforme numérique à ne pas pouvoir utiliser les données de vente des marchands de la plateforme. Imagine-t-on imposer aux distributeurs alimentaires une telle obligation ? Comment pourraient-ils développer leurs marques « distributeur » qui viennent concurrencer les marques nationales ? Les marques « distributeur » pour une place de marché seront-elles encore possibles ? Les distributeurs alimentaires classiques ont donc le droit de construire leur rapport de force avec leurs fournisseurs grâce aux données de ventes, mais une plateforme numérique s'en voit dénier la possibilité.

Une autre des mesures proposées constitue une remise en cause de la personnalisation des services proposés par les plateformes numériques. La personnalisation est donc vue comme problématique en soi, les plateformes devant proposer à l'utilisateur un service sans personnalisation. Le texte ne démontre pas en quoi la personnalisation en tant que telle est un problème. On peut considérer qu'une telle pratique constitue un effet de verrouillage. Cependant, c'est considérer que toute technique marketing qui vise à fidéliser des utilisateurs est en soi problématique, puisque toutes agissent de la sorte et ont la même finalité : retenir un client.

Le projet de DMA impose donc des mesures qui remettent en question les modèles d'affaires des plateformes numériques et leur imposeraient un changement radical de ces derniers.

UN OBJECTIF MANQUÉ POUR LA PUBLICITÉ ?

La proposition de législation sur les marchés numériques introduit une obligation de transparence pour les acteurs du marché publicitaire en ligne. Si cette transparence sur le prix payé par l'annonceur et la rémunération de l'éditeur est bienvenue, dans un marché où la formation des prix et le partage de la valeur entre les différents intervenants du marché est complexe³⁶, il est à craindre que cela ne soit pas suffisant pour développer la concurrence dans ce secteur³⁷. Comme le note le panel d'économistes qui a produit une analyse pour le centre de recherche de la Commission européenne : « *Online targeted advertising is a very concentrated market that is also very opaque. Articles 5(g) and 6(f) focus on transparency, which is certainly very helpful. However these articles do not seem to focus enough neither on structural problems (e.g. several layers of the « open display » ad tech chain), nor on behavioural features such as exclusive distribution of inventory through one's own tech stack or limiting interoperability with rival tech intermediaries* »³⁸.

L'intégration verticale entre l'amont et l'aval de Google et sa position de teneur de marché appelleraient une toute autre régulation que la simple transparence des prix. À cet égard, si l'on considère que les marchés publicitaires fonctionnant en temps réel sont des places de marché, alors une régu-

36 Observatoire de l'économie des plateformes en ligne, (2021), « Market power and transparency in open display advertising – a case study » : <https://platformobservatory.eu/research/>

37 Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., « The EU Digital Markets Act », *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910 : <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eu-digital-markets-act>

38 Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., « The EU Digital Markets Act », *Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910 : <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eu-digital-markets-act>

lation de type supervision financière est envisageable, en introduisant une séparation juridique entre le teneur de marché et les acteurs de l'offre et de la demande³⁹.

Par ailleurs, les difficultés, voire parfois l'impossibilité de vérification des mesures d'audience par des acteurs indépendants est un problème structurel de ces marchés, auquel le texte n'apporte pas de réelle réponse. Le texte évoque des prix trop élevés, sans que l'on ait des éléments pour véritablement le soutenir, et, sans une vision claire, précise et indépendante des audiences, il est difficile d'arguer d'un prix trop élevé des publicités.

Enfin, l'évolution rapide des modèles d'affaires, qui est une des caractéristiques de cet environnement, interroge quant à la pertinence de ces mesures. S'il en fallait encore une preuve, l'annonce de Google début mars 2021 de la fin de l'utilisation des cookies tiers dans le ciblage publicitaire en ligne à partir de 2022, constitue un profond changement des règles du jeu dans cette industrie, que le texte n'appréhende pas.

INTERDICTION OU NÉGOCIATION SUR LES MODÈLES D'AFFAIRES ?

Face à cette difficile appréhension des modèles d'affaires, l'approche auto-exécutoire des obligations imposées aux « contrôleurs d'accès », portée par l'article 5 du projet de DMA, soulève des questions quant à leur applicabilité, alors que ces obligations ne paraissent pas toujours adaptées aux modèles d'affaires visés. L'approche de l'article 6 pourrait alors avoir un plus grand intérêt, car elle favorise la discussion avec les acteurs concernés et donc devrait permettre une meilleure adaptation aux différents modèles d'affaires. Toutefois, la Commission européenne créera-t-elle une réglementation efficace, si elle passe son temps entre la révision de ce texte (tous les deux ans - cf. article 5) et sa négociation permanente (cf. article 6) ? Derrière la bonne appréhension des modèles d'affaires, se pose un enjeu de stabilité juridique sur le marché unique numérique.

39 Renaissance Numérique (2020), « Plateformes numériques : Pour une régulation en temps réel et collaborative », 10 p. : <https://www.renaissancenumerique.org/publications/plateformes-numeriques-pour-une-regulation-en-temps-reel-et-collaborative>

QUEL IMPACT SUR LES INVESTISSEMENTS DANS L'INNOVATION EUROPÉENNE ?

La régulation au cœur du projet de DMA, en se fondant sur une logique de seuil et une logique *ex ante*, est porteuse de plusieurs risques sur les dynamiques des startups européennes. Alors même que l'Union européenne cherche à faire émerger des plateformes numériques de taille mondiale, capables de rivaliser avec les plateformes américaines et chinoises, une telle régulation pourrait s'avérer en partie contre-productive.

Les seuils retenus par la proposition de législation sur les marchés numériques peuvent agir sur les entrepreneurs comme un signal à ne pas trop grandir, au risque de se voir imposer des règles spécifiques que le DMA introduit, y compris un changement de modèle d'affaires. Ceci apparaît contradictoire avec la volonté de faire émerger des plateformes numériques européennes pour concurrencer les plateformes chinoises et américaines aux tailles infiniment plus grandes.

Par ailleurs, le texte cherche à cet égard à empêcher les acquisitions dites « prédatrices » de jeunes pousses par les « contrôleurs d'accès ». Ceux-ci se voient dans l'obligation de notifier tout projet d'opération de rachat ou de concentration comme l'article 12 le stipule : « *Le contrôleur d'accès informe la Commission de cette concentration avant sa réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle* » (paragraphe 1). L'article précise que tout rachat doit être notifié, quelle qu'en soit la taille, et même s'il ne dépasse pas les seuils classiques de notification d'opération en droit de la concurrence : « *que ce projet soit soumis à une obligation de notification à une autorité de concurrence de l'Union en application du règlement*

(CE) no 139/2004 ou à une autorité nationale de concurrence compétente selon les règles nationales en matière de concentrations » (paragraphe 1).

Comme on l'a noté précédemment, la Commission aura donc le pouvoir d'autoriser de telles acquisitions sur des fondements différents de ceux du droit de la concurrence. Si les acquisitions prédatrices de startups existent, elles sont, dans la pratique, extrêmement peu nombreuses. Une récente étude du Trésor français sur les startups nationales met ainsi en évidence que ce phénomène s'avère des plus limités⁴⁰. L'étude montre que l'on peut considérer, selon les critères que l'on utilise, que seules 1 % à 6 % des acquisitions peuvent être considérées comme prédatrices. Au niveau européen, les seules données disponibles ne permettent pas de qualifier la nature de l'acquisition, prédatrice ou non. Elles permettent seulement de compter le nombre d'opérations sur une période donnée. Ainsi, sur la période 2013-2019, pour 100 acquisitions réalisées par une sélection de 50 plateformes numériques, seules 19 % d'entre elles concernent des entreprises européennes, et au final 6 % sont acquises par des entreprises européennes. Les acquisitions d'entreprises européennes par des plateformes numériques américaines représentent 14 % de leurs acquisitions, sans que l'on puisse conclure au caractère prédateur de ces acquisitions⁴¹.

Le risque que certaines opérations soient bloquées par la Commission européenne n'est pas nul ; ce qui constituerait pour les startups qui souhaitent être rachetées une perte d'opportunité. Cela peut amener ces entreprises à choisir des domiciliations juridiques en dehors de l'espace économique européen, afin d'éviter une telle réglementation.

Les acquisitions de startups européennes par des « contrôleurs d'accès » sont le reflet de plusieurs difficultés dans la chaîne de financement des entreprises innovantes au sein de l'Union européenne. Ces faiblesses sont largement documentées. Elles concernent le financement des phases de croissance (*late stage*) et l'absence d'un marché de sortie (*exit market*, comme le Nasdaq) pour les investisseurs de cette dernière étape de la chaîne de financement.

40 Roulleau G., Hafied F. et C. Rachiq (2021), « Prises de participation financière dans les start-ups françaises : prédation ou développement ? », Document de travail de la DG Trésor n° 2021/1, février.

41 Observatoire de l'économie des plateformes en ligne, (2021), « Measurement & Economic indicators » : <https://platformobservatory.eu/app/uploads/2020/07/02MeasurementandEconomicIndicatorsoftheon-lineplatformeconomy.pdf>

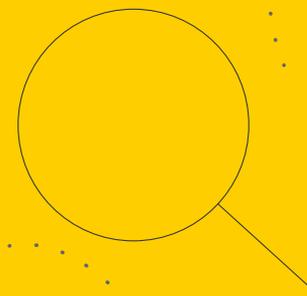
Comme le souligne le Rapport Tibi en France⁴² : « *En conséquence, au stade critique de leur développement international, les firmes ont à choisir entre la croissance, grâce à des fonds de capital-innovation étrangers, la vente avant l'atteinte de la maturité et l'introduction en bourse* ». Le rapport souligne que « *depuis Dassault Systèmes en 1996, il n'y a eu aucune introduction en bourse sur le marché français d'entreprises technologiques dont la valorisation dépasse le milliard d'euros. Toutes ont fait le choix de la cotation aux États-Unis sur le modèle de Business Objects en 1994 : Criteo (2013), DBV Technologies (2014), Collectis (2015) ou encore Talend (2016)* ».

Aussi, l'enjeu au niveau européen est plutôt de faire émerger des fonds d'investissement capables d'accompagner le développement des entreprises innovantes, notamment sur la phase *late stage*. Plus encore, c'est la question d'un marché financier européen de l'innovation, un Nasdaq européen, qui est posée.

Ainsi, le blocage d'opérations de rachat, en l'absence de solutions alternatives européennes solides et crédibles au financement de leur développement, risque de pénaliser les startups européennes.

42 Philippe Tibi (2019), « Financer la IV^e révolution industrielle - Lever le verrou du financement des entreprises technologiques » : <https://www.economie.gouv.fr/rapport-philippe-tibi-financement-des-entreprises-technologiques-francaises>

CONCLUSION



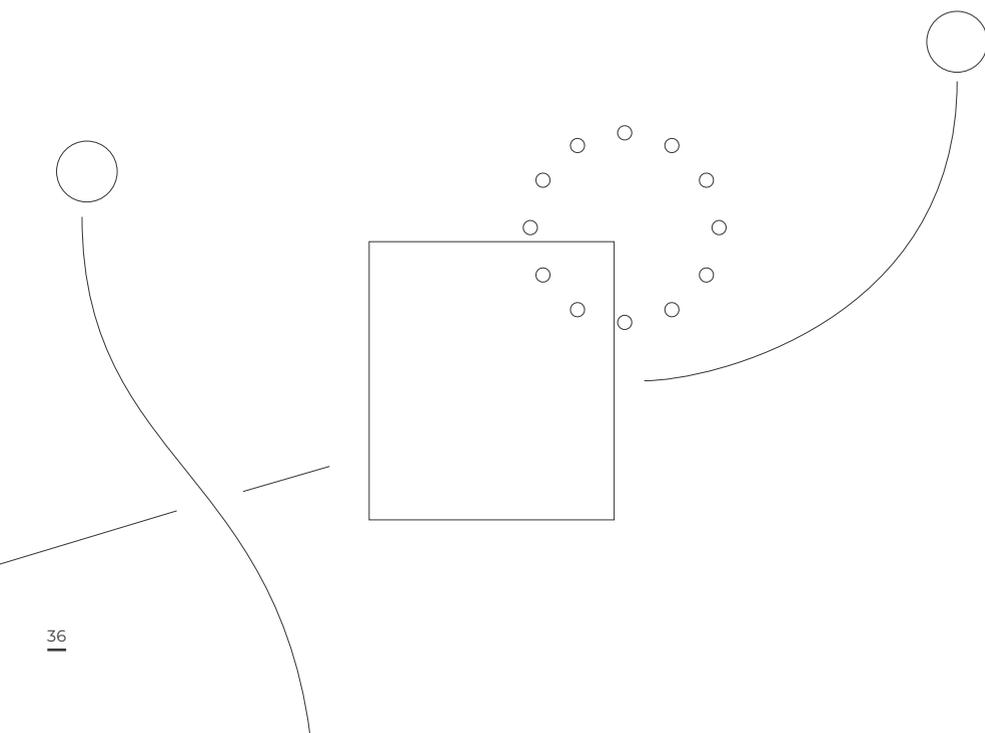
Par sa construction inédite, entre régulation sectorielle et droit de la concurrence, le projet de législation sur les marchés numériques interroge quant à sa légitimité et son efficacité. Tel qu'actuellement rédigé, avant son passage au Parlement européen, le texte dans sa logique d'application suscite beaucoup de questionnements. Sa logique veut que les « contrôleurs d'accès » s'auto-déclarent et, par eux-mêmes, mettent en œuvre les obligations contenues dans le texte sous le contrôle de la Commission européenne et de sa nouvelle unité spécifique prévue dans le texte. Quelle sera l'efficacité d'une telle procédure ? Le texte parviendra-t-il à atteindre son objectif de développer la concurrence sur ces marchés ? Permettra-t-il de voir se développer des plateformes numériques européennes puissantes et aptes à rivaliser avec leurs concurrentes chinoises et américaines ? Dans un contexte où l'innovation est rapide et permanente, que fera la Commission européenne face à de nouveaux types de plateformes qui ne seraient pas couverts par le périmètre du DMA ?

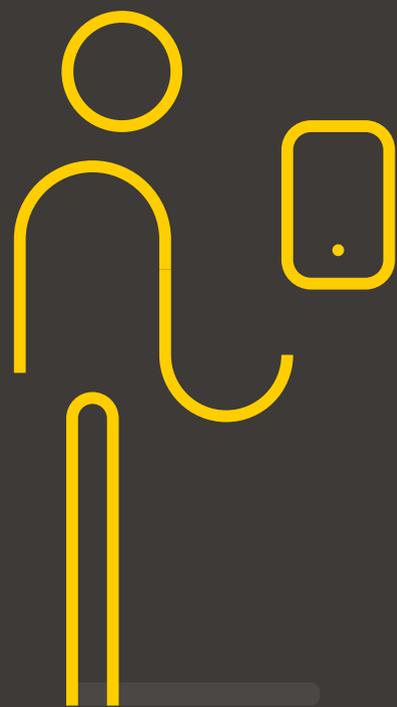
POUR ALLER PLUS LOIN

Renaissance Numérique (2020), « Réguler les plateformes numériques : Pourquoi ? Comment ? », 48 p. : https://www.renaissancenumerique.org/system/attach_files/files/000/000/222/original/NOTE_Regulation_des_plateformes.pdf?1589181907

Renaissance Numérique (2020), « Plateformes numériques : Pour une régulation en temps réel et collaborative », 10 p. : <https://www.renaissancenumerique.org/publications/plateformes-numeriques-pour-une-regulation-en-temps-reel-et-collaborative>

Renaissance Numérique (2015), « Plateformes et dynamiques concurrentielles », 34 p. : <https://www.renaissancenumerique.org/publications/plateformes-et-dynamiques-concurrentielles>





RÉDACTION

Henri Isaac, Président, Renaissance Numérique

Jennyfer Chrétien, Déléguée générale, Renaissance Numérique

CONTRIBUTION

Olivier Fréget, Fondateur et Associé, Cabinet Fréget Glaser & Associés

Etienne Drouard, Associé, Hogan Lovells



À PROPOS DE RENAISSANCE NUMÉRIQUE

Renaissance Numérique est le principal think tank français indépendant dédié aux enjeux de transformation numérique de la société. Réunissant des universitaires, des associations, des grandes entreprises, des start-ups et des écoles, il vise à élaborer des propositions opérationnelles pour accompagner les acteurs publics, les citoyens et les acteurs économiques dans la construction d'une société numérique inclusive.

Renaissance Numérique
32 rue Alexandre Dumas - 75011 Paris
www.renaissancenumerique.org