



DSA/DMA: Comment atteindre les ambitions numériques européennes ?

ATELIER #1: Compatibilité du DMA avec le Droit européen (11 juin)

Participant(e)s :

Aymeric Belaud / Pierre Bentata / Olivier Fréget / Henri Isaac / Isabelle Landreau / Fabienne Marquet / Florence Ninane / Aurélien Portuese

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié une proposition de règlement relative aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, appelée *Digital Markets Act* (DMA). À mi-chemin entre droit de la concurrence et régulation sectorielle, le DMA est une réglementation unique en son genre qui rend nécessaire un débat public, sur ses objectifs, et un débat technique, sur les moyens choisis par le régulateur pour y parvenir.

C'est aussi une évolution importante du rôle de gouvernance économique de la Commission européenne qui se dote avec le paquet DMA/DSA d'instruments juridiques suffisamment puissants pour dépasser son rôle de régulateur et devenir un acteur interventionniste dans l'économie, un moteur d'une politique industrielle européenne.

Cette perspective interpelle sur l'équilibre des pouvoirs entre les institutions européennes, et, en particulier, entre l'Exécutif et le juge européen d'une part, et entre l'Union et les États membres d'autre part. En réunissant des juristes et des économistes, l'objectif de ce premier panel était de faire le point sur cet aspect particulier du *Digital Markets Act* et sur l'imbrication du texte dans le droit européen et les normes fondamentales. La présence de juristes nous a permis de pousser une réflexion sur le respect des droits de la défense et du principe d'innovation et de regarder en profondeur si la matérialisation du "techlash" européen à l'encontre des *Big Tech* aura l'effet escompté, à savoir éviter la fragmentation de la réglementation du numérique entre les États membres.

En suivant les règles de *Chatham House*, ce panel a permis aux différents intervenants d'aller au fond du débat et de mettre en évidence les points de friction et les questions qui fâchent, afin d'ouvrir le débat.

Le droit de la concurrence, en quête de sens

Entre retour de l'ordo-libéralisme allemand pour les uns et interventionnisme "à la française" pour d'autres, à l'ère du numérique, le droit de la concurrence est en

quête de sens. Les intervenants de ce premier panel reconnaissent que le moment est historique pour le droit de la concurrence et le rôle des institutions européennes dans la régulation de l'économie. Un véritable saut qualitatif est opéré par le DMA, qui n'est pas une "réglementation comme les autres".

Dans le panel, les juristes ont analysé le DMA comme la mise en œuvre du "*principe de précaution appliqué au droit de la concurrence*" qui a d'ailleurs fait l'objet d'une note du *European Policy Information Center*. Le DMA répond à une logique selon laquelle le régulateur agit par peur d'un risque structurel au marché. Cette approche mérite un véritable débat, car c'est un changement politique majeur du sens donné à l'outil de régulation.

Le DMA inaugure des nouveautés procédurales et s'articule en trois principes : une régulation asymétrique qui cible les grandes plateformes numériques qualifiées de "*gatekeepers*" (les contrôleurs d'accès), une régulation *ex-ante* et des moyens renforcés pour donner à la Commission le pouvoir d'assurer sa mission de surveillance.

Les principales obligations comportementales imposées aux "*gatekeepers*" visent à préserver les dynamiques concurrentielles. Les injonctions plus occasionnelles du DMA aux *gatekeepers* pour qu'ils adoptent un comportement *fair-play* ou pour qu'ils assurent des conditions de concurrence équitables s'inscrivent dans la tradition européenne d'utiliser le droit de la concurrence pour neutraliser non seulement les causes du pouvoir de marché, mais aussi, exceptionnellement, ses manifestations.

Le DMA semble fondé sur la prémisse, dont la solidité est questionnée, que l'approche traditionnelle de l'application du droit de la concurrence n'est pas efficiente dans le secteur numérique. L'établissement individuel de preuves, ainsi que l'évaluation juridique et économique du pouvoir de marché et la détermination du comportement abusif seraient inefficaces pour remédier aux entorses à la concurrence, étant donné la forte probabilité et/ou les niveaux élevés de préjudices associés à certaines formes de comportement des *gatekeepers*.

De plus, l'application traditionnelle du droit de la concurrence, qui consiste à infliger des amendes pour comportement abusif de pouvoir de marché dans les cas marginaux, ne dissuaderait pas suffisamment de mauvais comportements, car les sanctions pécuniaires représentent simplement un coût d'exploitation pour les *gatekeepers*. Une réglementation qui interdirait systématiquement des catégories de comportement commercial, quelles que soient les circonstances du marché, laisse moins de possibilités de distinction aux défendeurs dans un cas particulier et garantit des niveaux de "dissuasion" générale plus élevés que les procédures *antitrust* spécifiques.

Un autre point problématique, par rapport au droit de la Concurrence "classique", est l'abandon de l'idée qu'il faille un comportement fautif pour agir. Jusqu'ici, ce n'est pas la position dominante qui est sanctionnée, mais son abus. Or, au lieu de procéder au cas par cas, le DMA formule des règles générales *per se*. Les

prescriptions du DMA s'appliquent "*indépendamment des effets réels, probables ou présumés du comportement d'un contrôleur donné*". La position dominante se retrouve assimilée à un problème qui justifie, par lui-même, une intervention des pouvoirs publics, pour la réguler.

Le risque d'un déséquilibre des pouvoirs au niveau européen

Un enjeu important est apparu, celui de l'équilibre des pouvoirs. Ces textes ne donnent-ils pas à la Commission un pouvoir trop important ?

Avec ce texte, après des années de subsidiarité, on crée une puissance normative autonome au niveau européen, qui peut instruire des enquêtes et imposer des sanctions très importantes. Le paquet réglementaire donne à la Commission un rôle de procureur, de juge, et d'exécutif. De plus, la Commission est dispensée de justifier son intervention, avec une présomption d'atteinte au bon fonctionnement des marchés instituée par le texte, et peut s'auto-saisir de manière assez discrétionnaire.

Cela risque également de porter atteinte aux droits de la Défense, car les entreprises qui se retrouveraient classées dans la catégorie "gatekeeper" n'ont quasiment pas de recours, vu que la Commission n'est pas tenue d'appuyer sa décision sur des éléments objectifs et un raisonnement, comme c'est le cas actuellement pour l'introduction d'une action en droit de la concurrence. Difficile, pour la Cour de Justice, d'invalider une décision sans motifs ni analyse susceptible d'une contre-analyse. De nombreux jugements ont montré que des analyses sur des décisions parfois lourdes, prises par la Commission en matière de concurrence ou d'aides d'Etat, n'ont pas été validées par les magistrats. La balance des pouvoirs, qui est un fondement constitutionnel des démocraties libérales, risque d'être sérieusement déséquilibrée.

Un risque, évoqué lors de la table ronde, est que la cour de Justice se retrouve avec pour seule alternative de valider les décisions de la Commission, ou de remettre en cause l'ensemble du dispositif législatif. Cela ouvrirait, à n'en pas douter, une crise politique grave au sein des institutions de l'Union européenne.

Un autre point suscite des interrogations, celui du respect des droits de la Défense. Les décisions que la Commission peut prendre sont lourdes, et il est nécessaire d'assurer un minimum de contradictoire, de respect des droits de la défense et une séparation entre les fonctions d'instruction, de décision, et de proposition de réformes. Or, le DMA, dans sa rédaction actuelle, ne répond pas pleinement à ces attentes.

Cette question de la séparation des pouvoirs peut amener une évolution, consistant à confier une partie de ces pouvoirs, actuellement dévolus à la Commission, à un nouvel organisme, qui serait à créer au niveau européen. Naitrait ainsi une nouvelle entité, qui aurait un statut de régulateur fédéral, dont le statut ne semble prévu nulle part dans les traités.

Cela remettrait en question l'équilibre institutionnel entre la Commission européenne et les régulateurs nationaux de la concurrence, qui est déjà marqué par un pouvoir fort, quasi fédéral, de la Commission européenne.

Il apparaît aux participants à la table-ronde que ces évolutions possibles, si ce n'est probables à moyen terme, doivent faire l'objet d'évaluations et de débats approfondis.

Une base légale fragile

En principe, chaque proposition de directive ou règlement doit s'appuyer sur une compétence donnée par les Traités pour être conforme au droit de l'Union européenne. Pour le DMA, la Commission a choisi comme base légale de sa proposition l'[article 114](#) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), une voie juridique commode pour l'Exécutif européen puisqu'elle n'est pas soumise à l'unanimité des États membres.

Néanmoins, le risque est réel que le DMA soit justement *illégal* au regard de l'article 114. L'article 114 du TFUE permet à Bruxelles de prendre "les *mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur*". La Commission européenne ne peut utiliser l'article 114 du TFUE que pour harmoniser les réglementations nationales : avec cet article, les institutions de l'UE préemptent les réglementations nationales afin d'éviter les fragmentations réglementaires et d'achever le marché unique européen. L'objectif correspond précisément à l'objectif affiché du DMA : éviter une fragmentation de la réglementation pour résoudre les problèmes liés à la dépendance des entreprises aux services des *gatekeepers* et les problèmes qui découlent de leurs pratiques déloyales à l'égard de ces entreprises.

En l'état, le DMA proposé par la Commission ne permet pas de prévenir la fragmentation réglementaire entre l'UE et les États membres, et entre les États membres entre eux. Tout en reconnaissant que la fragmentation du marché intérieur ne peut être évitée que si les États membres s'empêchent de mettre en oeuvre des règles nationales spécifiques, le DMA n'oblige pas les États membres à une telle discipline et laisse la porte ouverte à des surcouches de droit national. Selon la commissaire Vestager, la DMA permet aux États membres de "*faire plus*" au niveau national avec des obligations plus strictes que celles incluses dans la DMA ([The Digital Markets Act: Precaution over Innovation](#), Aurélien Portuese). Il risque donc d'y avoir 27 réglementations nationales sur les *gatekeepers* en Europe...

Un autre article des traités peut être problématique pour la proposition de la Commission.

En l'état, l'article 102 du TFUE dispose : "*Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon*

abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci”.

La logique de l'article 102 consiste à d'abord établir la défaillance de marché, puis l'attribuer et ensuite, déterminer si la correction de cette défaillance peut être adressée par la définition d'une règle (un remède).

D'une certaine façon, le DMA remet en cause la structure de l'article 102 et partant du droit de la concurrence tel qu'on le connaissait jusqu'alors. La notion de “gatekeeper” part du présupposé que la puissance de l'acteur constitue en lui-même une défaillance de marché, sans qu'il y ait besoin de la prouver, instaurant de ce fait une présomption d'atteinte au fonctionnement du marché.

Le DMA part d'une délimitation *ex ante* d'entreprises devant être régulées en court-circuitant ces étapes du raisonnement classiquement tenu par l'article 102 du TFUE. Ce faisant, le régulateur est tenté d'habiller juridiquement des mesures prises sur la base d'une suspicion à l'égard des acteurs considérés comme trop puissants. Les déclarations [récentes](#) d'Andreas Schwab, le rapporteur du texte au Parlement européen, selon qui le DMA doit se concentrer sur les 5 plus grandes entreprises technologiques américaines, créent une suspicion d'arbitraire politique.

Cette régulation *ex ante* permet enfin aux autorités de s'affranchir d'une partie des règles probatoires, dans un souci de rapidité. Comme l'exprime la proposition de la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition du règlement “l'article 102 du TFUE ne permet pas toujours d'intervenir avec la rapidité requise pour lutter contre ces pratiques pressantes le plus rapidement et le plus efficacement possible”.

Les pratiques déloyales des contrôleurs d'accès qui limitent la contestabilité visées aux articles 5 et 6 du DMA sont déjà sanctionnées par les dispositions existantes du droit de la concurrence. Ce doublon pose question : pourquoi en effet réinscrire ces pratiques dans un règlement si ce n'est pour s'affranchir de règles probatoires vues comme trop contraignantes.

Une législation qui sera incapable d'atteindre son objectif de renforcer la concurrence

"Le digital n'est pas un secteur, *tout* est digital". D'un point de vue économique, le numérique est un objet complexe à analyser et réguler, parce qu'il est à la fois un secteur économique et un vecteur de transformation des autres secteurs économiques. L'économie numérique a permis l'émergence des plateformes numériques, entre marchés et entreprises.

Cette réalité économique est un défi inédit pour l'Union européenne. Dans la mesure où le numérique innerve tous les marchés et tous les secteurs, le champ d'application du texte proposé par la Commission européenne, le *Digital Markets Act*, est incertain et manque de prévisibilité.

Les économistes du panel ont mis en garde contre le raccourci qui consisterait à calquer une vieille logique d'économie industrielle consistant à se méfier des entreprises, du seul fait de leur position dominante sur un secteur. Il y a en effet un réel décalage entre la réalité économique de ces *gatekeepers* et les propositions de la Commission.

Le DMA semble ne pas tenir compte suffisamment des "*effets de réseau*" qui sont un élément incontournable du fonctionnement des plateformes, qu'aucune loi ne pourra empêcher. L'effet de réseau est un phénomène par lequel l'utilité d'un outil, d'une plateforme, augmente avec chaque ajout d'utilisateur marginal. Par exemple, l'utilité d'être sur un réseau social comme Facebook sera d'autant plus grande qu'il y aura plus utilisateurs de ce système, qui peuvent chacun publier et voir des publications. Les effets de réseau produisent un "basculement inévitable dans les parts de marché. Les utilisateurs se regroupent autour d'une (ou plusieurs) plateforme(s). Contrairement à l'analyse de la dominance classique, l'accent n'est pas seulement mis sur la taille de l'entreprise.

Sur le plan économique, ce qui crée de la valeur pour les consommateurs et pour les entreprises visées par le texte proposé par l'Exécutif européen est le fait de bénéficier de services interconnectés, d'un effet de réseau. Pourtant, cet aspect positif pour l'utilisateur semble être précisément ce que tente d'endiguer la Commission avec l'article 5 du DMA qui prévoit que les plateformes ne pourraient plus proposer un identifiant unique pour leurs différents services.

Cette position n'est pas forcément pertinente, la question qui se pose est plutôt la suivante : est-ce qu'en étant dans l'environnement de tel ou tel GAFA, Apple par exemple, l'utilisateur est privé d'un autre environnement ? Est-ce que les services des *gatekeepers* sont exclusifs des autres, c'est-à-dire qu'ils empêchent l'accès aux autres services, ou non.

Pour les économistes, le critère pertinent pour une régulation dans le numérique n'est pas la taille, mais la capacité à tenir les consommateurs captifs sur un marché ou un service précis. En fin de compte, il y a un risque que le texte, une fois en application, ne limite pas le pouvoir de marché des plus gros, mais rende simplement leur activité plus compliquée. Le risque existe également d'une désincitation à la croissance par des effets de seuil importants. En dissuadant les nouveaux venus de se donner les moyens de contester la position du *gatekeeper*, on verrouille sa position et on affaiblit la concurrence.

Une législation encore trop imprécise, source d'insécurité juridique

Le panel s'est également interrogé sur la solidité de la définition de la notion de *gatekeeper*, clé de voûte du dispositif. Elle apparaît trop large et peu précise et recouvre potentiellement énormément de choses.

Récemment, la France et l'Allemagne ont demandé à ce que soient ajoutées les navigateurs et les enceintes connectées au champ d'application de la définition. Si par exemple, l'industrie automobile continue à évoluer vers un modèle où les données de conduite et de comportement routier seront centrales, les constructeurs automobiles, s'ils sont les passages obligés pour y accéder, pourraient bien se retrouver "gatekeeper".

Les économistes et les juristes ont exprimé les conséquences de l'absence d'appréhension globale de la définition d'une plateforme, situation qui conduit nécessairement à méconnaître le fondement des activités économiques du secteur. L'objet juridique même que l'Europe entend réguler est finalement un objet mal identifié, de cette "liste à la Prévert" ressort un problème important : finalement, que régule-t-on ?

L'articulation entre le DMA et le droit de la concurrence demeure floue. Leur superposition risque d'aboutir à une "jungle juridique", tant en matière de droit applicable que de répartition des compétences.

Au sein de la Commission européenne, la Direction générale de la concurrence serait amenée à appliquer à la fois le droit de la concurrence et le DMA. Au niveau national, des procédures parallèles et divergentes pourraient venir perturber l'application uniforme de ces droits, notamment via l'intervention des autorités nationales de concurrence ou d'autres instances comme la DGCCRF, le CSA ou la CNIL.

Le flou juridique est triple. Il concerne l'articulation entre DMA et droit de la concurrence d'abord, entre compétence européenne et nationale ensuite, entre autorités de concurrence et entre autorités de régulation sectorielles et autorités de concurrence enfin.

Ce flou est porteur d'insécurité juridique pour les acteurs économiques, dont les droits de la défense risquent d'être érodés. L'absence d'une véritable coordination entre la Direction générale de la concurrence et les autorités nationales de concurrence participe d'un environnement juridique fragmenté.

L'accroissement de l'activisme médiatique des autorités nationales de concurrence laisse également peser le risque d'une érosion de la présomption d'innocence, de nombreuses autorités nationales de concurrence étant tentées de "faire des coups" pour attirer l'attention médiatique sur certains dossiers. Un risque d'autant plus grand que le paquet DMA-DSA organise la montée en puissance du droit du pays de destination, au lieu du droit pays d'origine, qui est le socle du droit européen.

Il reste encore beaucoup de chemin, et donc de travail pour les parlementaires européens et les États, pour lever ces incertitudes et imprécisions.

Bibliographie

J. Chrétien et H. Isaac, *Digital Markets Act : Révolution ou contradiction juridique ?* (29 mars 2021), Renaissance Numérique, disponible en ligne : [lien](#)

N. Petit, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review* (11 mai 2021), disponible en ligne sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3843497>

J. Chrétien et H. Isaac, *Digital Markets Act : un remède aux maux de l'économie numérique européenne ?* (18 mai 2021), Confrontations, disponible en ligne : [lien](#)

A. Portuese, *The Digital Markets Act: Precaution over Innovation* (9 juin 2021), European Policy Information Center, disponible en ligne : [lien](#).

Les travaux ci-dessus sont issus d'ateliers organisés par le Mouvement Européen – France, What's Up EU et Sciences Po Alumni.