



ATELIER #2: Selfpreferencing (18 juin)

Participant(e)s:

Olivier Fréget / Elisabeth Bargès / Aymeric Belaud / Ferghane Azihari / Fabienne Marquet / Georgios Mavros / Aurélien Portuese

Le deuxième panel aborde la question de l'autopréférence (ou *self-preferencing*) qui constitue l'un des objectifs opérationnels du *Digital Markets Act* (DMA).

Pour résoudre efficacement le *problème* de la discrimination des plateformes à l'égard des tiers, la Commission a voulu combiner une réglementation *ex-ante* et *ex-post*. Elle a opéré une distinction entre les pratiques interdites, quoi qu'il arrive (article 5 du DMA) et celles qui peuvent être interdites, au cas par cas, après examen (article 6)

S'il n'est pas illégitime d'entrer dans un schéma de régulation des pratiques de *self-preferencing*, le maniement d'une telle notion n'est pas sans danger.

L'objectif de ce deuxième panel est de soulever les points de frictions et d'amorcer un débat sur les questions techniques qui sont liées à ces problématiques.

L'interdiction du *self-preferencing* prévue par le DMA

Comme le relèvent justement les économistes de la Commission européenne¹, les plateformes sont rarement de purs intermédiaires qui laissent toute la production de biens et de services à des entreprises externes. La plupart des plateformes sont des entreprises hybrides qui intègrent verticalement et/ou horizontalement un ou plusieurs produits ou services comme source de revenus.

Par exemple, en plus de fournir une plateforme permettant à des tiers de vendre leurs produits, la plateforme Amazon vend également des produits pour son compte. Selon la Commission, le risque de préjudice réside dans le fait que la plateforme a intérêt à favoriser son propre "affilié" et à fausser la concurrence d'une manière qui peut réduire le bien-être des consommateurs.

Le *self-preferencing* n'est pas spécifique aux plateformes numériques, mais s'agissant de ces acteurs économiques en particulier, il s'effectue par le biais d'algorithmes complexes, ce qui complique considérablement le travail d'enquête et de surveillance des autorités de concurrence.

¹ *The EU Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts* : disponible [ici](#).

Pour faciliter la détection du *self-preferencing* dans ce secteur, le texte proposé prévoit donc qu'une plateforme, ou plutôt un *gatekeeper*, ne devrait accorder aux produits ou aux services qu'il fournit « *aucune forme de traitement différencié ou préférentiel* », que ce soit par des moyens juridiques, commerciaux ou techniques (considérant 49 du DMA). Après avoir été initialement placée dans l'article 5, la pratique du Self preferencing a finalement été classée à l'article 6 du DMA, parmi les obligations « *susceptibles d'être précisées* » incombant aux contrôleurs d'accès.

La première question qui se pose est celle de la pertinence de ce choix. Pour les entreprises concernées, qui veulent éviter le débat théorique et rester autant que possible « *les pieds sur terre* » en apportant la preuve de leur plus-value, la neutralité des plateformes est presque une chimère.

En effet, l'un des premiers objectifs des entreprises visées par le *Digital Markets Act* est de proposer des outils pertinents, et appropriés, pour les besoins des consommateurs. Par conséquent, les recommandations faites par une plateforme à ses utilisateurs ne peuvent pas être « *neutres* » et non-discriminatoire envers les tiers : c'est à la fois contraire au *business model* de l'entreprise et à l'intérêt des utilisateurs de la plateforme. La notion de neutralité est donc contraire à l'objectif même des services numériques.

Une deuxième question se pose sur l'intérêt d'avoir séparé les obligations incombant aux contrôleurs d'accès prévues à l'article 5 du DMA et celles qui sont « *susceptibles d'être précisées* », dont l'interdiction du *self-preferencing*, prévues à l'article 6. Les critères du texte ne sont pas univoques et doivent être précisés en collaboration avec les parties prenantes : États membres, entreprises, associations de consommateurs... qui devraient avoir leur mot à dire dans l'édition de lignes directrices.

La notion de *self-preferencing*

Notion nouvelle en droit de la concurrence, le *self-preferencing* est une "*notion limite*" mise en application en Europe dans [l'affaire Google Shopping](#) où le gendarme européen de la concurrence a infligé une amende de 2,42 milliards d'euros à Google pour avoir abusé de sa position dominante en tant que moteur de recherche, en accordant un avantage illégal à son propre service de comparaison de prix.

Les intervenants ont mis en garde contre le fait de tirer une règle générale abstraite à partir d'une "notion limite" issue de la jurisprudence, qui s'apparente un peu à un "fourre-tout". Cela pose aussi la question de la mise sous la même toise de pratiques menées par des plateformes aux fonctionnements et aux business modèles très différents. Il apparaît compliqué de traiter de la même manière des *markets place* et des moteurs de recherche, sans analyse approfondie de la réalité des effets du *self preferencing* et sans balance coûts-avantages.

Une interdiction stricte pourrait ajouter du risque à l'innovation. Les investissements dans le numérique sont très importants, pour des innovations qui ne rencontrent pas toujours le succès escompté. Faire en plus planer l'épée de Damoclès d'une éventuelle interdiction, une fois le produit lancé, sans éléments pour anticiper la décision, ne favorise pas la prise de risque.

Le danger de basculer en statut de “facilité essentielle”

Appliquée de manière stricte et large, cette interdiction du self-preferencing amènerait à considérer les plateformes comme des facilités essentielles. La notion de “*facilité essentielle*” construite par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, permet déjà d'appréhender les comportements que la Commission européenne veut éviter avec le *Digital Markets Act*. En effet, une facilité essentielle est une ressource ou une infrastructure, dont l'accès est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité économique. Ainsi, l'accès aux infrastructures aéroportuaires est indispensable pour créer une entreprise de transport aérien, l'accès à des gazoducs est indispensable pour distribuer du gaz, etc.

Cette régulation par la facilité essentielle est beaucoup plus stricte, et dépasserait le champ voulu par le législateur. Cette option est possible, mais il s'agit d'un choix politique fort qui doit être assumé comme tel, car les effets seraient puissants, et n'aboutiraient pas nécessairement aux effets recherchés par le DMA.

Une telle extrémité entraînera une forme de sanctuarisation de la plateforme, qui rendra sa position quasiment impossible à contester. Un problème du point de vue du droit de la concurrence, mais également pour l'innovation, en transformant l'entreprise qui gère la plateforme en rentier.

Par ailleurs, le droit de la concurrence inclut déjà dans les notions d'*entreprise* et de *firme*, l'activité économique qui relève de l'*intérieur* de l'entreprise et celle qui relève de l'*extérieur*. Au sein d'une entreprise, tout ce qui est à l'intérieur est *préféré* au sein de l'entreprise et ce qui est l'extérieur bénéficie de conditions de marché moins favorables. L'entreprise est une notion de droit qui permet de tracer la clôture entre ce qui *peut* être préféré par une entreprise et ce qui ne peut pas.

Les intervenants ont soulevé la difficulté d'appréhender les algorithmes : le régulateur n'est pas capable de fournir des preuves des pratiques du “deux poids deux mesures” des entreprises visées par le *Digital Markets Act*. Qu'est ce qui relève, au sein de l'algorithme, d'un biais de self-preferencing introduit par la plateforme, et de la simple prise en compte des préférences exprimées par les consommateurs ? Cette question est essentielle et doit faire l'objet de débats et d'éclairages techniques.

Les marchés concernés

Le *Digital Markets Act* vise à limiter le contrôle des *gatekeepers* sur les marchés dans lesquels ils opèrent, mais quels sont-ils ? En droit classique de la concurrence, le *self-preferencing* est une problématique de connexité de marchés déjà appréhendée par le droit. En pratique, la question qui se pose pour qualifier l'infraction est celle de la preuve de l'effet de levier d'une pratique de *self-preferencing* sur un marché connexe. Néanmoins, les connexités sont devenues des théories limites complètement élastiques, très floues et larges.

Le texte proposé par la Commission européenne semble ne retenir que le secteur du numérique et ne s'appliquer matériellement qu'aux *gatekeepers*, dont la définition reste floue et qui sont surtout définis par leur taille. Pour autant, l'élargissement du champ d'application du texte aux autres secteurs reste possible, en abaissant le seuil par exemple, plaçant l'Exécutif européen dans une position inédite de "régulatrice de l'innovation".

En effet, le DMA proposé par la Commission est le résultat de la fusion entre plusieurs initiatives dont le *Nouvel instrument de concurrence (New Competition Tool)* qui préconisait à l'époque une application la plus large possible de la réglementation à venir et notamment aux secteurs automobiles et pharmaceutiques, en prenant en compte que ces secteurs deviendraient de plus en plus numériques.

Il convient donc de s'interroger sérieusement sur les effets possibles, d'une extension de l'application du DMA à d'autres secteurs économiques, ou encore d'un simple abaissement du seuil pour entrer dans la catégorie de *gatekeeper*. Une perspective qui fait partie des possibles, avec comme tête de pont le concept de "gatekeeper émergent" qui laisse perplexe le panel.

Les effets de bords

Le texte risque de désorganiser le contrôle des pratiques anticoncurrentielles par les autorités nationales et de nuire à la sécurité juridique des justiciables européens. En effet, en l'état, le projet de texte ne prévoit pas clairement la répartition des rôles entre les autorités nationales de concurrence avec la Direction générale de la concurrence (DG COMP). Il est possible d'anticiper une application déconcentrée du DMA, comme en droit européen de la concurrence classique mais ces éléments doivent être clarifiés par l'Union européenne.

Le risque est également d'avoir une application du DMA, en parallèle du droit de la concurrence déjà existant, et éventuellement de réglementations sectorielles. Un travail approfondi de cohérence globale est indispensable pour éviter les conflits. La commission peut, en décidant qu'une pratique relève du DMA, et donc de sa compétence, se heurter à une autorité nationale, qui estime que la situation justifie son intervention au titre du droit "classique" de la concurrence.

Ces articles 5 et 6, en posant des interdictions *ex ante*, impliquent que le régulateur assure un suivi fin des pratiques des plateformes, afin de vérifier qu'elles enfreignent pas les interdictions. La plupart des actions passant par le biais d'algorithmes, une montée en compétence des autorités de régulation dans ce domaine est indispensable. La marche risque d'être très haute, voire impossible à franchir, au regard de la rapidité des évolutions et des changements d'algorithmes. La question de la capacité des régulateurs à assumer leur mission est clairement posée. Cela demande à la fois des recrutements importants de personnalités très qualifiées, mais également un accès aux algorithmes et innovations des plateformes, donc une forme de coopération dont les modalités restent à mettre en place, dans un texte juridique, car cette ouverture ne va pas de soi pour les acteurs économiques, qui peuvent brandir le secret des affaires.

Par ailleurs, le fait de réguler précisément le *self-preferencing* par un texte *ad-hoc* est plus dangereux qu'une application raisonnée du droit de la concurrence parce que cela peut modifier durablement, et en défaveur de l'autonomie stratégique européenne, les décisions d'investissement.

Enfin, l'articulation entre le DMA et des dispositions nationales risque de générer des difficultés s'agissant de la notion d'abus résultant du *self-preferencing*. En Allemagne, par exemple, le gouvernement a introduit un concept similaire à celui du *gatekeeper* du DMA. D'autres États membres, dont les Pays Bas, ont demandé à pouvoir imposer des règles parallèles au niveau national. Une harmonisation de la définition du concept semble plus que nécessaire.

Conclusion

Pour conclure, il manque dans le processus décisionnel des institutions européennes un espace de dialogue pour discuter de la manière dont le *Digital Markets Act* va être établi et appliqué par la suite. En proposant des interdictions et des obligations *ex-ante*, le texte n'offre pas aux entreprises la possibilité d'expliquer le *pourquoi* d'une situation et le bénéfice que peut en retirer l'utilisateur final.

On en vient finalement à se demander si les articles 5 et 6 du *Digital Markets Act* seront vraiment appliqués et surveillés par les gendarmes de la concurrence en Europe ou bien s'ils seront brandis comme argument de négociation pour pousser les entreprises à changer de *business model*. Le débat est ouvert.

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