HAL
open science

La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulatoire des plateformes d'intermédiation électroniques

Marie Cartapanis, Frédéric Marty

To cite this version:

Marie Cartapanis, Frédéric Marty. La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulatoire des plateformes d'intermédiation électroniques. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2020, 2020 (3), pp.80-85. hal-03183583

HAL Id: hal-03183583

https://hal.science/hal-03183583v1

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Général

Chroniques | Concurrences N° 3-2020 | pp. 78-87

Marie Cartapanis
marie.cartapanis@univ-amu.fr
Maître de conférences
Université Aix-Marseille

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
as.chonegrimaldi@parisnanterre.fr
Professeur de droit privé
Université Paris Nanterre

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherches CNRS
Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

INSTITUT de droit de la concurrence

la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le thème des plateformes numériques, 24 juin 2020). Ce dernier prenant acte de la difficulté d'inférer le pouvoir économique de la mesure des parts de marché propose de prendre en compte des éléments plus large liés au contrôle exercé par chaque plateforme structurante des différents écosystèmes numériques sur leurs communautés d'utilisateurs (clients et complémenteurs) et sur les données.

Rappelons que le rapport d'information établi par les députés Patrice Anato et Constance Le Grip pour la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale avait proposé d'abandonner la notion de marché pertinent afin de prendre en compte plus finement la notion de "concurrence potentielle" et de gains d'efficacité (Anato P. et Le Grip C., (2019), Rapport d'information sur le droit européen de la concurrence face aux enjeux de la mondialisation, Commission des affaires européennes, Assemblée nationale, 27 novembre 2019). Le suivi des travaux de la Commission européenne permettra donc de rendre d'un débat déterminant pour la politique de concurrence européenne.

M. C. & F. M. ■

Plateformes numériques – Régulation : La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulatoire des plateformes d'intermédiation électroniques *(Comm. eur., Étude d'impact initiale – Paquet législatif sur les services numériques - Instrument de régulation ex ante pour les grandes plateformes en ligne ayant des effets de réseau importants et agissant en tant que verrou d'accès au marché dans le marché intérieur de l'Union européenne, Ares(2020)2877647, 2 juin 2020 et Étude d'impact initiale - nouvel instrument concurrentiel, Ares(2020)2877634, 4 juin 2020).*

Le traitement concurrentiel des plateformes numériques fait l'objet de nombreuses réflexions non seulement dans la littérature économique mais également dans la sphère des politiques publiques.

Par exemple, la *Competition and Markets Authority* (CMA) britannique a proposé le 1er juillet 2020 au Gouvernement de mettre en œuvre un cadre régulatoire spécifique pour contrôler le pouvoir de marché de deux plateformes précises, en l'espèce *Google* et *Facebook*. Dans la continuité des recommandations du Rapport Furman, qui lui a été remis en 2019, la CMA propose la mise en place d'une régulation *ad hoc* pour contrecarrer les effets de la concentration du pouvoir économique des plateformes électroniques et pour permettre à la fois une concurrence à égalité des armes et éviter que les consommateurs et les complémenteurs (i.e. les entreprises utilisatrices des services de la plateformes et apportant des services qui lui sont complémentaires) ne fassent l'objet de comportements abusifs.

Dans le même temps, les députés Valéria Faure-Muntian et Daniel Fasquelle ont déposé le 24 juin 2020 un rapport d'information au nom de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le thème des plateformes numériques. Leurs propositions (que nous présentons dans cette même chronique) vont également dans le sens de l'ajout d'une régulation spécifique en complément d'une application des règles de concurrence, elle-même assouplie.

Enfin, est proposé en Allemagne un 10ème amendement à la loi sur la concurrence permettant de traiter des situations dans lesquelles les structures de marché font que des opérateurs détiennent et exercent un pouvoir économique sur plusieurs marchés (notion d'opérateurs particulièrement importants pour la concurrence sur plusieurs marchés). Le projet d'adaptation du droit de la concurrence au numérique insiste également sur les enjeux d'une dominance structurelle et sur les risques concurrentiels qu'il est difficile de traiter avec les outils actuels du droit de la concurrence. Il en est ainsi du risque de distorsion de concurrence au sein des écosystèmes (*self-preferencing*), du basculement vers des situations d'ultra-dominance pérenne (*tipping*), de capacité à étendre sa position de marché vers des marchés connexes par effet de levier, notamment basé sur des avantages en termes de données, de jouer stratégiquement sur la portabilité des données et l'interopérabilité des services ou encore de la possibilité de profiter d'asymétries d'informations vis-à-vis des autres acteurs de l'écosystème (Budzinski O., Gaenssle S. and Stöhr A., (2020), "The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law : Towards a new concept of 'outsanding relevance accross markets'", *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 26, 142, June).

Ainsi, les deux études d'impacts préliminaires lancées par la Commission s'inscrivent dans un mouvement très large (auquel nous pourrions également rattacher le rapport du Centre Stigler de l'Université de Chicago lui-même publié en 2019). Le 26 juin 2020 dans le cadre son intervention dans le cadre de la 15ème conférence de l'ASCOLA, *Competition in Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times*, Margrethe Vestager, Commissaire à la concurrence, insistait sur les risques irréversibles pour la concurrence qui pourraient survenir dans un marché sur lequel une plateforme dominante pourrait atteindre le point de bascule vers une dominance écrasante, du fait des économies d'échelle et d'envergure, des externalités de réseaux, de la gratuité de certains services et des avantages liés aux données. En d'autres termes, le blocage du processus de concurrence peut ne pas provenir du comportement d'une entreprise donnée mais de la structure même du marché. De tels risques concurrentiels supposent pour la Commission, une évolution des règles d'encadrement des marchés.

Les deux consultations lancées par la Commission les 2 et 4 juin derniers sont particulièrement représentatives d'une possible inflexion des politiques de concurrence dans un sens s'écartant significativement de la pratique décisionnelle des quatre dernières décennies. Notre première section présente les deux consultations. Notre deuxième section développe une analyse juridique de celles-ci.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Notre troisième section donne quelques éléments d'analyse dans une perspective d'économie de la concurrence.

Présentation des deux consultations de la Commission européenne

La première initiative porte sur le futur paquet législatif sur les services numériques. Elle consiste en une consultation quant à un possible instrument de régulation *ex ante* des très grandes plateformes en ligne jouant le rôle de contrôleurs d'accès (*gatekeeper*).

Les objectifs de la Commission portent sur le contrôle de plateformes qui sont à la fois des verrous d'accès au marché et qui exercent un pouvoir structurant (i.e. de régulation privée) sur les entreprises qui utilisent leurs services. Dès lors que leurs positions de marché ne seraient plus contestables en termes concurrentiels, des principes fondamentaux d'accès au marché, de loyauté dans les relations commerciales et d'équité pourraient être remis en cause. Plus inédit encore, le document de consultation de la Commission évoque des dimensions d'intérêt général allant au-delà des aspects concurrentiels et économiques.

Comme il est la règle dans les études préliminaires d'impact proposées par la Commission différents *scenarii* sont proposés. Parmi les options proposées, l'option 3a et 3b interpellent. Il est envisagé plusieurs outils. D'abord, un outil *ex ante* applicable aux grandes plateformes en ligne et qui permettrait, d'une part, l'élaboration d'une liste de pratiques commerciales déloyales interdites (option 3a), et, d'autre part, un nouveau cadre réglementaire *ex ante* autorisant la Commission européenne à imposer, après analyse préalable, des mesures correctives telles que des obligations d'accès aux données non personnelles, des exigences concernant la portabilité des données personnelles ou des exigences d'interopérabilité (option 3b de la consultation, relative à la création d'un nouvel outil visant la régulation *ex ante* des grandes plateformes en ligne et option 2 de la proposition portant sur la création d'un nouvel outil en droit de la concurrence).

Ainsi, le troisième scénario, le plus radical, est le plus significatif pour notre propos. Il repose sur des règles prohibant *ex ante* et *per se* certaines pratiques. Deux principes de base du *consensus antitrust* né dans les années soixante-dix (Newman J. (2019), "Reactionary Antitrust", Concurrences, 4-2019, pp. 66-72) sont potentiellement remis en cause à savoir l'approche par les effets et la prise en compte du bien-être du consommateur comme unique critère de décision. Le champ des interdictions concernerait les discriminations en faveur de ses propres services ou l'imposition de clauses contractuelles déséquilibrées. Des règles seraient également édictées en matière d'accès et de neutralité aux systèmes d'exploitation, de transparence algorithmique ou d'encadrement de la publicité en ligne.

Cette réglementation pourrait être prise en charge par un régulateur européen. Ce dernier pourrait également introduire des exigences spécifiques en matière d'accès à des données non personnelles, de portabilité des données ou encore d'interopérabilité. Cette régulation conduirait donc à compléter l'analyse casuistique *ex post* propre à l'application des règles de concurrence (basée sur l'évaluation de l'effet net des pratiques), par des règles *per se* interdisant certaines pratiques et imposant des obligation spécifiques. En d'autres termes, pour reprendre l'expression de M. Vestager (26 juin 2020), des *dos and don'ts*.

La seconde initiative tient en une consultation sur un éventuel nouvel outil en matière de concurrence. Elle intervient en complément et non en substitution de la première citée. La consultation porte sur des problèmes de concurrence structurels auxquels les outils de concurrence ne pourraient remédier, tels des barrières à l'entrée, des verrouillages de consommateurs et de partenaires commerciaux ou des avantages liés à un accès asymétrique aux données. Un des éléments clés de la réflexion de la Commission européenne tient à l'impossibilité de contrecarrer l'évolution de plateformes même non encore dominantes vers des positions de monopole irréversibles ou de contrôler l'extension de leurs positions dominantes d'un marché adjacent à l'autre du fait de leurs avantages de structures. Il s'agit des notions de *risques structurels pour la concurrence*, d'une part, et de *manque structurel de concurrence*, d'autre part, que la Commission met en exergue dans son document de consultation. La seconde notion fait écho à des défaillances du processus concurrentiel qui ne seraient pas exclusivement liées à des comportements qui ne répondent pas aux conditions d'une concurrence par les mérites.

Cette consultation propose la création d'un nouvel outil en droit de la concurrence, complémentaire aux initiatives en matière de régulation *ex ante* des plateformes. Celui-ci permettrait à la Commission européenne d'imposer des mesures correctives selon un principe assez similaire à celui précédemment exposé. Plusieurs domaines d'application sont envisagés : dans une première acception, cette possibilité s'appliquerait sans constatation préalable d'un *abus de position dominante*, et aurait, soit une portée horizontale (option 1), soit une portée limitée à certains secteurs ou entreprises (option 2). Dans une seconde acception, la Commission propose un instrument qui s'appliquerait sans constatation d'une *position dominante*, avec une portée, soit horizontale (option 3), soit limitée à certains secteurs ou à certaines entreprises (option 4). Cet instrument viendrait s'appliquer dans deux hypothèses : lorsqu'il existe un risque structurel qui empêche le bon fonctionnement du marché intérieur ou lorsque l'absence de concurrence structurelle empêche le bon fonctionnement du marché intérieur.

À nouveau, les scenarii les plus radicaux sont les plus intéressants à considérer. Un premier outil concurrentiel pourrait porter sur des situations de dominance (même issue des mérites propres à la plateforme considérée) et pourrait donner lieu, même sans caractérisation d'une infraction aux règles de concurrence, à la communication de préoccupations de concurrence pouvant donner lieu à des engagements de nature comportementale ou structurelle, dès lors que la position dominante semblerait irréversible. Le second outil qui serait sur la structure du marché viserait quant à lui à prévenir l'établissement d'une telle dominance avant qu'elle ne soit effective.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

La nouveauté que pourraient apporter ces instruments serait double vis-à-vis du consensus décrit *supra*. D'une part, la "sanction" est détachée de la démonstration d'un abus. D'autre part, ce n'est pas un comportement qui est visé mais la structure même du marché actuelle ou potentielle s'il s'agit de prévenir la constitution d'une position dominante que l'on craint pérenne. L'hypothèse est que la sanction de comportements anticoncurrentiels peut être inopérante pour rétablir la concurrence sur les marchés concernés.

Discussion juridique

Les deux consultations conduisent à plusieurs interrogations au sujet de leur articulation avec le principe de subsidiarité (a), le principe de proportionnalité (b) et le principe de la présomption d'innocence (c). Elles questionnent, par ailleurs, le bien-fondé du droit de la concurrence en matière de régulation de la structure d'un marché (d).

Articulation avec le principe de subsidiarité

La première question que posent ces deux consultations, celle de la conformité des propositions relatives à la création d'un nouvel outil visant la régulation *ex ante* avec l'article 5, § 3 TUE est anticipée par la Commission européenne. Le principe de subsidiarité consacré par cet article implique en effet que l'Union intervienne seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres.

À cet égard, l'on conviendra aisément que la nature transfrontalière et systémique des services fournis par certaines plateformes en ligne implique une intervention à l'échelle européenne. Comme le précise la Commission européenne, les plateformes numériques visées par le texte – celles qui bénéficient d'importantes économies d'échelle et font office de *gatekeepers* – peuvent être juridiquement établies dans un État membre et fournir leurs services à la quasi-totalité des consommateurs européens. C'est pourquoi les objectifs peuvent être mieux atteints à l'échelle européenne. Cela permet, par ailleurs, d'éviter une fragmentation du marché unique en règlementations différentes et potentiellement contradictoires dans les États-membres.

Articulation avec le principe de proportionnalité

D'autres interrogations ne sont toutefois pas anticipées par la Commission européenne. Premièrement, on peut se demander si le fait d'imposer des remèdes structurels à une entreprise qui n'est pas en situation d'infraction est conforme au principe de proportionnalité de l'article 5.1 TUE, selon lequel l'Union européenne ne doit pas, dans l'exercice de ses compétences, aller au-delà que ce qui est strictement nécessaire pour atteindre ses objectifs. À cet égard, il semble permis de faire un rapprochement avec l'injonction structurelle qui avait été instaurée en France par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (ou "Loi Macron »). Rappelons que son article 39 permettait à l'Autorité de prononcer une injonction structurelle "*en cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 %*", et dès lors que l'Autorité de la concurrence constatait une concentration excessive dans la zone considérée et l'existence de prix ou des marges élevés pratiqués par l'entreprise.

Cette disposition, aujourd'hui censurée par le Conseil constitutionnel, présentait un point commun avec les propositions de la Commission européenne : toutes deux ont pour objet d'offrir à l'autorité en charge d'appliquer le droit de la concurrence le pouvoir de prononcer des remèdes en l'absence de comportement abusif caractérisé, dès lors que la structure de marché présente une concentration excessive. Or, le Conseil Constitutionnel a censuré les dispositions de la loi Macron susvisées sur le fondement de l'atteinte disproportionnée portée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. Il a notamment considéré que ces dispositions, qui impliquaient l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors qu'aucun abus n'avait été constaté portaient atteinte à la liberté d'entreprendre d'une part, et au droit de propriété d'autre part (Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-715 du 5 août 2015, pt 32). Cette solution pourrait être transposée à l'échelle européenne : la possibilité d'imposer des obligations d'accès aux données non personnelles et des exigences en matière de portabilité des données personnelles et d'interopérabilité en l'absence de comportement abusif, voire de position dominante peut entrer en conflit avec les articles 16 (liberté d'entreprendre) et 17 (droit de propriété) de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne.

Articulation avec le principe de la présomption d'innocence

Deuxièmement, il convient d'évaluer l'articulation des propositions formulées avec l'article 48.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui consacrent la présomption d'innocence. On sait en effet que le droit de la concurrence a une "coloration pénale" et que le juge de l'Union considère que le principe de la présomption d'innocence, s'applique aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes. Aussi, "*l'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a, comme elle y est tenue, établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question*" (TPICE, 8 juillet 2004, *JFE Engineering / Commission*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, pts. 173, 177 et 178).

Or, les remèdes proposés par la Commission s'apparentent à des injonctions comportementales ou structurelles détachées de toute décision constatant une infraction, ce qui peut être jugé contraire au principe de la présomption

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

d'innocence (on sait d'ailleurs qu'un simple blâme peut avoir une "coloration pénale" et violer l'article 6.1 de la CESDH. En ce sens, voy. CEDH, 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, n° 5242/04).

Interrogations sur l'opportunité de convoquer le droit de la concurrence

Troisièmement, les propositions de la Commission dans la consultation relative à la création d'un nouvel outil visant la régulation *ex ante* des grandes plateformes en ligne altèrent la dimension universelle du droit de la concurrence qui doit s'appliquer à toutes les entreprises sans distinction. Cela est d'autant plus vrai que les propositions de la Commission ne visent pas un marché ou un secteur determiné, mais des *entreprises* particulières. Quels seront les critères de qualification de ce qui est désigné, à ce stade, comme "*les grandes plateformes en ligne"* (*large online platforms*) ?

Pour envisager des éléments de réponse, il est permis de se tourner vers les propositions formulées par l'Autorité française de la concurrence et sa conception des "*plateformes structurantes*". Rappelons, à cet égard, que pour l'Autorité française trois conditions cumulatives sont envisagées pour cette qualification : l'entreprise fournit en ligne des services d'intermédiation en vue d'échanger, d'acheter ou de vendre des biens, des contenus ou des services ; l'entreprise détient un pouvoir de marché structurant en raison de l'importance de sa taille, de sa capacité financière, de sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient, et qui lui permettent de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels elle intervient ; ce pouvoir est détenu à l'égard de ses concurrents, de ses utilisateurs et/ou des entreprises tierces qui dépendent pour leur activité économique de l'accès aux services qu'elle offre. Les éléments sur lesquels la Commission européenne insiste sont très proches de ceux mis en évidence par l'analyse française. Il s'agit des effets de réseau, de la taille de la base d'utilisateurs et/ou de la capacité à exploiter les données sur l'ensemble des marchés, du pouvoir de marché, et de la connexité des activités économiques.

La démarche de la Commission européenne est parfaitement louable. Il existe aujourd'hui un *quasi-consensus* sur la nécessité de rééquilibrer les rapports de force sur les marchés liés aux plateformes d'intermédiation en ligne. Compte tenu des enjeux majeurs que présentent ces marchés, le droit de la concurrence est-il *le mieux placé* et est-il *suffisant* pour poursuivre cet objectif ? En dehors de la question fondamentale de la redéfinition éventuelle des objectifs du droit européen de la concurrence, cela interroge également l'articulation entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation. Jusqu'à présent, il était acquis que le droit de concurrence se distinguait du droit de la régulation. Ces deux corps de règles ont en effet des objectifs divers et évolutifs qui ne se confondent pas. Les autorités de concurrence exercent une activité générale de surveillance des marchés *ex post* et discontinue, en appréciant la conformité de certaines pratiques au regard du maintien du processus de concurrence. Les autorités de régulation sont en charge d'une surveillance *ex ante* et continue, dans un secteur identifié. Or, on l'a dit, lorsque la Commission européenne propose explicitement des outils pour réguler les grandes plateformes en ligne, elle remet en cause la portée universelle du droit de la concurrence. Celui-ci s'oriente vers un droit de la régulation dans sa dimension sectorielle, voire dans une dimension *personnelle,* en ayant pour destinataires des entreprises déterminées.

Les propositions de la Commission induisent ainsi une évolution qui avait déjà été amorcée, à un degré moindre, avec la procédure d'engagements en droit *antitrust*. La procédure d'engagements suppose une intervention *avant* toute constatation d'une infraction au droit de la concurrence, mais le remède est fixé de manière bilatérale. Les outils envisagés par la Commission dans les textes ici commentés lui offrent le pouvoir d'intervenir, à la fois avant et en dehors de toute sanction, mais également de manière parfaitement unilatérale. Cela oriente ainsi le droit de la concurrence vers le droit de la régulation. On peut l'approuver ou s'y opposer, mais il est certain que ces deux projets de réforme remettent en cause la perméabilité des frontières entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation et s'insèrent dans une tendance plus globale : celle de la perte de confiance dans l'économie de marché où la concurrence est libre et non faussée.

Discussion économique

Les deux consultations de la Commission conduisent à soulever plusieurs questionnements en matière économique. Ils concernent le lien entre l'abus d'une position dominante et sa sanction (a), la notion de défaillance structurelle (b), la praticabilité de la concurrence sur les marchés de plateformes (c) et enfin la répartition des rôles entre régulation sectorielle et application des règles de concurrence (d).

La sanction de la position dominante *per se* et la place de l'efficacité économique

Le premier questionnement tient à la disjonction entre la caractérisation d'un abus de position dominante et la sanction concurrentielle. L'acquisition ou la détention d'une position dominante ne sont pas sanctionnées en elles-mêmes. Le droit de la concurrence n'a à sanctionner que les pratiques qui conduisent à acquérir de telles positions sur une autre base que celle des mérites. Le risque est d'entraver des pratiques porteuses d'efficience ou encore de faire pièce à une structure de marché qui bénéficie aux consommateurs (par exemple en cas de rendements d'échelle croissants). L'économie de la concurrence doit alors prendre en considération les arbitrages sous-jacents entre efficacité à court et à long terme.

La proposition d'un cadre régulatoire *ex ante* au sein du *Digital Services Act package* témoigne dans la présentation de son "contexte" de la prise en considération de dimensions allant au-delà de l'efficience, tels l'équité (*fairness*), l'accès au marché, l'innovation mais aussi d'intérêts publics allant au-delà de la concurrence ou des considérations économiques.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Les propositions de la Commission s'inscrivent dans un débat plus large sur le traitement concurrentiel de questions qui ne sont pas celles d'un pouvoir de marché absolu mais relatif. La question est ici celle de la légitimité des règles de concurrence pour s'attacher aux déséquilibres contractuels. Dès lors que ces derniers ont un impact sur les capacités à investir et à innover des entreprises dépendantes, l'effet d'éventuelles distorsions n'est pas limité à une question de partage de la rente mais porte sur l'efficacité même du marché. Le dommage n'est pas limité à un partenaire commercial mais devient un dommage à l'économie.

Il convient également de s'interroger sur la possibilité de concilier cette approche avec l'approche par les effets. En filigrane se pose la question de la définition du marché pertinent. En effet, cibler des écosystèmes particuliers suppose de les saisir simultanément sur plusieurs marchés pertinents et de faire porter le cas échéant la régulation sur des marchés sur lesquels une position dominante n'est pas encore acquise. Des prohibitions *per se* sont également cohérentes avec une politique de concurrence basée sur des règles ; elles ne le sont pas dans le cadre de l'application d'une règle de raison reposant sur une balance des effets.

La notion de défaillance structurelle de marché

Le deuxième questionnement tient à la notion de défaillance structurelle. Les outils peuvent conduire à renouer avec les débats sur le *non-fault monopoly*. Il est en effet important de relever que dans les différents scenarii présentés dans la consultation sur le nouvel outil concurrentiel se retrouvent deux notions déjà au centre des débats antitrust il y a de cela cinquante ans. Il s'agit tout d'abord de la question de l'opportunité d'exiger des remèdes concurrentiels d'entreprises qui ne doivent leurs positions dominantes qu'à leurs mérites dès lors que celles-ci apparaissent comme pérennes. Il s'agit ensuite de s'interroger sur la possibilité d'intervenir pour contrecarrer la tendance naturelle de certains marchés à basculer vers une ultra-dominance même si cette convergence se fait sur la base des mérites pour des entreprises non encore dotées d'une position dominante.

Il ne convient pas ici de revenir en détail sur les débats américains des années 1970 mais de mettre en exergue quelques éléments qui montrent à quel point les préoccupations d'alors sur la concentration du pouvoir économique font écho aux nôtres. En 1968, fut publié le *Neal report* qui avait notamment proposé des mesures de déconcentration de l'industrie américaine (voir Hovenkamp H., (2009), "The 1968 Neal Report: An Introduction and Reprint", CPI Journal, Competition Policy International, vol. 5). Ce rapport, à contre-courant de l'approche de la 2nde École de Chicago qui allait devenir dominante à la fin des années 1970, a lancé une décennie qualifiée par Harry First de Woodstock Antitrust (First H., (2018), "Woodstock Antitrust", CPI Antitrust Chronicle, April).

Au centre des préoccupations se tenait la question de la sanction de la *no-fault monopolization* (ou de la *no-conduct monopolization*). Dans cette perspective, si une firme est en mesure de disposer de façon durable d'une position d'ultra-dominance sans que cette position puisse être érodée par ses concurrents, il s'agit d'une *défaillance structurelle de marché* laquelle doit être corrigée par les règles de concurrence même si cette position de marché ne provient que des mérites passés de la firme au sens de la jurisprudence Grinnel de la Cour Suprême (Williamson O., (1972), "Dominant Firms and the Monopoly Problem : Market Failure Considerations", Harvard Law Review, volume 85, p. 1512).

Le concept de *no-fault monopoly* fit dans ce contexte l'objet d'une proposition d'intégration dans le *Sherman Act* sous la forme d'une section 2A spécifiant que "*every person who is found in a government proceeding to possess monopoly power in any relevant market would be subject to an appropriate remedy"* (Hart K. and al., (1980), "Comments on the proposal of professor John J. Flynn on no-fault monopoly*"*, *Antitrust Law Journal,* 48(3), pp. 897-905). Les arguments alors mis en avant étaient proches de ceux que nous connaissons aujourd'hui. Même sans conduite relevant d'une stratégie de monopolisation sanctionnable au travers de la Section 2 du *Sherman Act*, les industries apparaissaient comme de plus en plus concentrées et cette concentration était vue comme collectivement préjudiciable en ce qui concernait les prix et les incitations à l'innovation.

Avant même le revirement de la pratique décisionnelle de la Cour Suprême la fin des années 1970, de tels monopoles qui procédaient des structures mêmes du marché ne pouvaient être sanctionnés dans le cadre de procédures antitrust conventionnelles. D'où la proposition de fonder l'illégalité de la situation sur la durée de détention de la position dominante prise comme indice de l'incapacité des seules forces de marché à la remettre en cause (Turner F., (1969), "The Scope of Antitrust and other Regulatory Policies", Harvard Law Review, 82, p. 1207 et s.).

Ces débats disparurent avec le virage chicagoéen de l'antitrust à la fin des années 1970. Cependant quelques-unes de leurs caractéristiques peuvent être soulignées pour mettre en perspective les propositions actuelles. D'abord, les justifications avancées pour ces propositions intégraient les déséquilibres contractuels significatifs inter-firmes qui résultaient de ces *défaillances structurelles*. Ensuite, la procédure même proposée se rapproche de celle envisagée dans le cadre du *nouvel instrument concurrentiel* européen. Dans les propositions de John Flynn citées *supra*, une procédure sur la base de l'éventuelle section 2A du Sherman Act ne devait pas s'accompagner de sanctions pécuniaires et de caractérisation de violation des règles de concurrence susceptible de favoriser des actions de suite en réparation. Notons que la même approche prévaut dans l'option 1 du nouvel instrument concurrentiel : la Commission ne qualifierait pas une infraction aux règles de concurrence, ne prononcerait pas d'amendes et ne favoriserait pas ensuite les actions civiles.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Une concurrence praticable sur les marchés de plateforme ?

Le troisième questionnement porte sur les objectifs mêmes du droit de la concurrence. Doit-on viser un résultat (l'efficacité) ou un processus ? Dans le second cas, la dominance doit être évitée ou corrigée quel qu'en soit le coût. C'était l'argument des libéraux de l'Université de Chicago avant-guerre (Frank Knight, Henry Simons…) et celui des ordolibéraux. Un marché après un phénomène de bascule peut être efficace au point de vue économique du terme. C'est la conséquence même des rendements d'échelle croissants. Marco Iansiti et Karim Lakhani dans un récent ouvrage (Competing in the Age of AI: Strategy and Leadership When Algorithms and Networks Run the World, Harvard University Press, 2020) ont montré comment le modèle de développement des grands écosystèmes rend possible l'obtention de tels rendements croissants à rebours des modèles économiques des acteurs de l'économie "traditionnelle". Au-delà même de l'efficience, les capacités de collecte, de génération et de traitement des données leur permettent non seulement une performance sans cesse croissante en matière de prédiction des besoins des clients et d'évolution des marchés et une capacité inédite dans l'histoire économique de faire évoluer très rapidement les frontières des différents marchés. Il s'ensuit dans l'analyse d'Iansiti et Lakhani (2020) un accent mis sur la notion de *collision* pouvant interroger la capacité des opérateurs tiers à faire face à la concurrence de ces plateformes fusse par les seuls mérites.

De telles capacités posent donc des problèmes à la fois en matière de concurrence inter-plateformes mais aussi intra-plateforme. La concurrence au sein même de la plateforme est une préoccupation légitime de concurrence. La firme pivot détermine les règles du jeu pour les entreprises qui opèrent sur la plateforme et qui y créent de la valeur mais elle peut être dans le même temps une concurrente de ses propres "complémenteurs" et induire des distorsions à son profit. Cette double fonction (*dual role*) met en cause la liberté d'accès au marché et l'objectif de concurrence à égalité des armes. Elle peut donc appeler une régulation des relations intra-plateforme pour contrôler la façon dont la firme pivot exploiter son pouvoir économique et technique vis-à-vis de ses complémenteurs (Caffarra C., Etro F., Latham O. and Scott Morton F., (2020), "Designing regulation for digital platforms: Why economists need to work on business models", Vox – CEPR Policy Portal, June).

Pour autant, le périmètre même de la régulation et ses objectifs doivent être interrogés en regard de la diversité des entreprises concernées tant en matière technique que de modèle d'affaires. Pour reprendre les conclusions de Caffarra et al. (2020), des écosystèmes dont le financement est basé sur la vente d'équipements (Apple) ou de licences logicielles (Microsoft) peuvent avoir des stratégies différentes de celles d'agrégateurs en concurrence sur le marché de l'attention (Facebook ou Google). Ces différences peuvent notamment s'observer en matière de capacité à s'approprier la valeur créée pour l'usager. Les premiers cités peuvent en partie internaliser cette "externalité" par les prix. Les seconds ne le peuvent aussi aisément et ne peuvent les valoriser qu'au travers du marché publicitaire. Les enjeux pour la concurrence et pour le consommateur peuvent être très spécifiques d'une plateforme à l'autre et appeler à une supervision régulatoire spécifique.

La ligne de séparation optimale entre concurrence et régulation sectorielle

Opter pour une régulation sectorielle suppose de cibler des secteurs bien précis et en l'espèce des écosystèmes spécifiques. Ce sont plus des entreprises particulières qui seraient régulées que des secteurs d'activités. Non seulement les entreprises concernées feraient face à une régulation spécifique et asymétrique mais se poserait également la question de savoir qui doit être le régulateur. Plusieurs dimensions pourraient être distinguées. Un régulateur européen pourrait garantir un traitement uniforme d'un État membre à l'autre mais des enjeux non économiques de la régulation, comme la défense du pluralisme, demeurent du ressort des États membres. De la même façon, la régulation doit-elle échoir à une autorité de régulation verticale ou à une autorité de concurrence ? Les propositions allemandes s'orientent vers la seconde option et le rapport de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale vers la première.

En effet, deux options sont ouvertes. La première est celle d'une régulation interdisant *per se* certaines pratiques aux entreprises concernées. La seconde est celle d'une procédure plus concurrentielle, renversant comme le proposait le rapport Crémer la charge de la preuve (Crémer J., de Montjoye Y-A. and Schweitzer H., (2019), Competition Policy for the Digital Era, Report of the DG Competition) et permettant aux entreprises de justifier objectivement leurs pratiques (Budzinski et al., (2020), *op. cit*.). La procédure envisagée en Allemagne se distingue donc des propositions européennes. Potentiellement mise en œuvre par le Bundeskartellamt, elle consisterait d'abord à identifier un pouvoir de marché (soit-il absolu, relatif, collectif ou systémique) et ensuite à en dériver sur une base individuelle des obligations afin de prévenir l'exploitation abusive de ce pouvoir. Au vu des spécificités de chaque écosystème, cette procédure pourrait, pour reprendre les termes d'Oliver Budzinski et de ses coauteurs, être plus adaptée à la dynamique des marchés numériques qu'une *one size fits all regulation*.

Au-delà même de la réflexion sur les finalités des missions de régulation et leur attribution, la question du coût économique de la régulation doit être posé. L'investissement informationnel nécessaire pour le régulateur sera significatif du fait de l'opacité même du fonctionnement des écosystèmes et une régulation asymétrique peut faire l'objet de stratégies d'influence des différentes parties prenantes.

M. C. & F. M. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.