

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Annule & remplace le même document du 30 novembre 2021**

**La réglementation ex ante sur les marchés numériques – Note de référence**

**Rédigée par le Secrétariat**

2 décembre 2021 via Zoom

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de référence lors de l'examen du point 2 de l'ordre du jour de la 136<sup>ème</sup> réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE du 1<sup>er</sup> au 3 décembre 2021.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne représentent pas nécessairement le point de vue officiel de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :  
<https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter M. Antonio CAPOBIANCO.  
[Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

**JT03486670**

# La réglementation ex ante sur les marchés numériques\*

---

Les marchés des plateformes numériques présentent des caractéristiques particulières qui peuvent justifier une réglementation spécifique, et la question a fait l'objet, ces dernières années, de plusieurs rapports de haute tenue rédigés par des experts nommés par des gouvernements et des autorités réglementaires. Afin de traiter ces particularités, un grand nombre de juridictions ont proposé l'année dernière une certaine forme de réglementation ex ante afin de compléter l'application existante ex-post du droit de la concurrence. Toutefois, ces différentes propositions n'ont pas été coordonnées entre les juridictions concernées. Il en a résulté des divergences significatives dans la manière dont les réglementations cherchent à régler les problèmes, ce qui pourrait finalement affecter leur succès. Afin de soutenir la discussion sur les mérites et les objectifs de la réglementation ex ante dans ce contexte de cacophonie réglementaire, cette note rassemble certaines des propositions de réglementation et de réforme de la législation existante les plus saillantes, telles qu'elles étaient connues en août 2021, afin de les comparer et de les mettre en contraste. Cette vue d'ensemble vise à éclairer le débat sur le degré dans lequel il est possible d'adapter les approches réglementaires mondiales aux spécificités des plateformes.

---

---

\* Cette note a été rédigée par Ania Thiemann et Gaetano Lapenta, et le texte des encadrés a été rédigé par Thaianne Abreu. Les auteurs ont bénéficié des précieux commentaires et apports d'Ori Schwartz, Directeur de la Division de la concurrence, et de ceux d'Antonio Capobianco, Pedro Caro de Sousa, James Mancini, Federica Maiorano, Takuya Ohno et Carolina Abate (tous membres de la Division de la concurrence de l'OCDE).

# Table des matières

La réglementation ex ante sur les marchés numériques	2
1. Introduction	5
1.1. Les principales initiatives réglementaires analysées	6
2. Justification et objectifs de la réglementation	8
2.1. La préoccupation croissante inspirée par le renforcement du pouvoir de marché des plateformes numériques	8
2.2. Le manque perçu d'efficacité de l'application du droit de la concurrence à elle seule	10
2.2.1. La relation entre le droit de la concurrence et la réglementation ex ante sur les marchés numériques	12
3. L'objet des réglementations <i>ex ante</i> dans la sphère numérique	17
3.1. Équité	17
3.2. Contestabilité et pouvoir de marché	20
3.3. Innovation et transparence	22
4. Mesures clés contenues dans les principales initiatives réglementaires	26
4.1. Champ d'application des dispositions et entreprises soumises à ces dispositions (« Qui ? »)	26
4.1.1. Champ d'application des réglementations proposées	26
4.1.2. Définition des entreprises soumises aux règles ex ante	29
4.1.3. La procédure de désignation des entreprises soumises à la réglementation ex ante	32
4.1.4. Régime institutionnel : l'autorité chargée d'appliquer les nouvelles règles ex ante	32
4.2. <i>Faire et ne pas faire</i> (« Comment ? »)	35
4.2.1. Interdictions de plein droit, justifications et autres considérations	35
4.2.2. Réglementations basées sur des principes et réglementations basées sur des règles	36
5. Mesures destinées à prévenir les comportements anticoncurrentiels	40
5.1. Mesures visant à lutter contre les pratiques d'exploitation abusive	40
5.1.1. Auto-référencement (« Self-preferencing »)	40
5.1.2. Ventes liées et groupées	42
5.1.3. Clauses de la nation la plus favorisée et accords de parité entre plateformes	44
5.2. Mesures relatives à l'accès aux données : atténuer le risque de pratiques d'exclusion	45
5.2.1. Portabilité des données	46
5.2.2. Obligations de donner accès aux données	48
5.2.3. Interopérabilité	52
5.3. Garantir la transparence et des pratiques commerciales équitables	53
5.4. Contrôle des fusions	55

6. Amendes et mesures correctives en cas de non-respect	57
7. Conclusion	60
Notes de fin de document	64
Bibliographie	78

## Graphiques

Graphique 1. Procédure proposée par la DMT pour l'élaboration du code	37
---	----

## Encadrés

Encadré 1. Réglementation et application du droit de la concurrence dans le débat de l'OCDE	13
Encadré 2. L'UK Digital Regulation Cooperation Forum	33
Encadré 3. L'affaire <i>Google Shopping</i> devant la Commission européenne	41
Encadré 4. Le succès réel des droits de portabilité dans la promotion de la concurrence sur le marché dépendra de plusieurs facteurs	47
Encadré 5. Économies d'échelle grâce aux données et interdiction de mettre en commun des données inter-sources	49

# 1. Introduction

1. L'économie numérique mondiale a désormais atteint une taille et une importance considérables. L'influence des plateformes numériques s'est accrue dans une mesure significative, en particulier pendant la pandémie de COVID-19 de 2020-2021, qui a conduit un nombre croissant d'utilisateurs à traiter leurs transactions commerciales et sociales en ligne. Oxford Economics estime à 11.5 billions USD la valeur de l'économie numérique, soit environ 15.5 % du PIB mondial<sup>1</sup>. Les bénéfices des grandes plateformes numériques aux États-Unis ont atteint 192.4 milliards USD en 2020, soit une hausse de 21.1 % par rapport à l'année précédente<sup>2</sup>. La croissance spectaculaire des grandes entreprises technologiques, telles que Google, Amazon, Apple, Microsoft et Facebook, qui agissent à la fois comme des plateformes intermédiaires et des prestataires de services et de produits sur plusieurs marchés, a suscité des préoccupations accrues à propos des préjudices économiques potentiels entraînés par la structure concentrée de l'économie numérique (S. Prado, 2020<sup>[1]</sup>).

2. Sans négliger les bénéfices et les gains d'efficacité substantiels procurés par les plateformes numériques, il est indéniable que leur portée s'étend bien au-delà du marché. En tant qu'intermédiaires en ligne, les plateformes numériques rassemblent des personnes ou des entreprises qui recherchent des informations, des loisirs, des transactions et une interaction sociale en tant qu'acheteurs, vendeurs, producteurs de logiciels, utilisateurs, prestataires de services accessoires, etc. En raison de cette position centrale, ces plateformes agissent souvent en tant que passerelles ou, dans certains cas, en tant que contrôleurs d'accès (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>), pour les entreprises et les consommateurs qui souhaitent accéder aux marchés numériques. Elles jouent fréquemment un double rôle, en étant simultanément opérateurs de la plateforme (par ex., une place de marché en ligne ou « *marketplace* ») et vendeurs de leurs propres produits et services en concurrence avec des vendeurs rivaux. En outre, ces entreprises peuvent grouper un éventail de services numériques dans une offre intégrée axée sur les données qui leur permet d'assurer leur expansion sur des marchés adjacents. L'impact de ces « écosystèmes » est encore augmenté du fait de leur opacité et de leur complexité, et de l'avantage qu'ils détiennent, en termes de données, par rapport aux entreprises utilisatrices et aux concurrents potentiels (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>).

3. Un grand nombre de rapports et d'études politiques réalisés ces dernières années relèvent que les caractéristiques clés des marchés de plateformes numériques présentent les caractéristiques emblématiques d'une défaillance du marché (Colangelo, 2020<sup>[4]</sup>), et justifient donc une action réglementaire s'ajoutant à l'application de la législation antitrust *ex post*, au vu de leur influence significative sur les marchés et la société en général (Furman et al., 2019<sup>[5]</sup>) (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>). Ces préoccupations sont notamment inspirées par le fait que ces entreprises pourraient volontairement agir afin d'empêcher la concurrence, étant donné qu'elles sont devenues de plus en plus puissantes dans leurs domaines respectifs (Cappai et Colangelo, 2020<sup>[7]</sup>), mais également par des problèmes liés au respect de la vie privée, à la protection des données, à la politique, au contrôle des médias et même au processus démocratique lui-même (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>). Universitaires, régulateurs et gouvernements ont discuté de la nécessité de prendre des mesures correctives proconcurrentielles, visant à garantir que l'économie numérique continue de générer des niveaux élevés et durables d'investissements et d'innovation, afin de soutenir le développement économique et d'accroître le bien-être des consommateurs (Prado, 2020<sup>[8]</sup>); (US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020<sup>[9]</sup>) (Competition and

Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup> (Crémer, de Montjoye et Schweitzer, 2019<sup>[11]</sup>) (Stigler Committee, 2019<sup>[12]</sup>).

4. Cette note de référence du Secrétariat s'inscrit dans la lignée des travaux qui ont été consacrés de longue date à ce thème par le Comité de la concurrence de l'OCDE et ses partenaires de travail<sup>3</sup>. En décembre 2020, le Comité de la concurrence de l'OCDE a consacré deux tables rondes à la question de l'abus de position dominante sur les marchés numériques et à celle des écosystèmes numériques<sup>4</sup>. Elles ont été suivies par une discussion plus technique, en juin 2021, sur la Portabilité et l'interopérabilité des données et la concurrence<sup>5</sup>. Dans le prolongement de ce thème, et afin de refléter les développements récents, cette note discute de certaines des initiatives réglementaires qui ont été mises en avant au cours des 12 derniers mois, afin d'imposer des règles sur les marchés de plateformes numériques.

5. Notre note prend pour point de départ les caractéristiques particulières des marchés numériques qui peuvent justifier une réglementation spécifique, telles qu'elles sont évoquées dans plusieurs rapports de haute tenue rédigés par des experts nommés ces dernières années par des gouvernements et des régulateurs (Crémer, de Montjoye et Schweitzer, 2019<sup>[11]</sup>) (Furman et al., 2019<sup>[5]</sup>) (Stigler Committee, 2019<sup>[12]</sup>). Afin de traiter ces particularités, un grand nombre de juridictions ont proposé l'année dernière une certaine forme de réglementation ex ante afin de compléter l'application existante du droit de la concurrence. En dépit de l'omniprésence du problème, et du consensus presque universel sur la nécessité d'adopter une certaine forme de réglementation ex ante – ou, à tout le moins, de réviser le droit de la concurrence –, les différentes juridictions ne sont pas parvenues à se coordonner. Il en a résulté des divergences significatives dans la manière dont les réglementations cherchent à résoudre les problèmes, ce qui pourrait finalement affecter leur succès. Afin de soutenir la discussion sur les mérites et les objectifs de la réglementation ex ante dans ce contexte de cacophonie réglementaire, cette note rassemble certaines des propositions de réglementation et de réforme de la législation existante les plus saillantes, telles qu'elles étaient connues en août 2021, afin de les comparer et de les mettre en contraste. Cette vue d'ensemble vise à éclairer le débat sur la mesure dans laquelle il est possible d'adapter les approches réglementaires mondiales aux spécificités des plateformes

6. Cette note de référence est structurée de la manière suivante. La Section 2. résume les caractéristiques particulières d'une plateforme numérique et les défis posés en termes d'application du droit de la concurrence, qui justifient de proposer une réglementation ex ante de ces marchés. La Section 3. discute de certains des objectifs spécifiques qui sont fréquemment poursuivis par les initiatives réglementaires, en particulier l'équité et la contestabilité. La Section 4. décrit le champ d'application des réglementations et les activités et services économiques auxquels elles s'appliquent ou s'appliqueront. La Section 5. parcourt les dispositions essentielles des réglementations, en se focalisant sur les mesures visant à atténuer les conduites d'exploitation abusive et d'exclusion, et en mettant en lumière les convergences et les divergences entre les différentes initiatives. La Section 6. traite des amendes et des mesures correctives possibles en cas de non-conformité et la section 7. est consacrée à la conclusion.

7. Avant de passer au cœur de la discussion, nous énumérons ci-dessous les initiatives réglementaires examinées dans cette note, qui ont toutes été rendues publiques à la date d'août 2021. Il n'est pas possible d'examiner ici toutes les initiatives réglementaires traitant des plateformes numériques dans le monde, mais nous avons sélectionné celles qui sont représentatives des types d'approches réglementaires choisies par différentes juridictions.

## 1.1. Les principales initiatives réglementaires analysées

8. Afin d'être à la fois accessible et pertinente, cette note de référence ne prétend pas donner une liste exhaustive de toutes les propositions réglementaires qui ont été formulées dans tous les pays membres de l'OCDE. Elle se concentrera plutôt sur les initiatives suivantes, afin de refléter le débat public et de couvrir autant d'approches distinctives que possible :

- Australie : Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Bill 2021 (Code de négociation obligatoire entre les médias d'information et les plateformes numériques) ; Assentiment royal : 2 mars 2021 ; Loi promulguée le 25 février 2021 (avec les amendements du Sénat) ;
- Allemagne : Loi contre les restrictions de concurrence (Loi sur la concurrence – GWB), 10<sup>ème</sup> modification, promulguée le 18 janvier 2021 (en particulier le nouvel article 9(a)) ;
- 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, « Digital Markets Act » et, par abréviation, DMA), soumise le 15 décembre 2020 ;
- France : Proposition de loi, approuvée par le Sénat, visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, renvoyée à l'Assemblée nationale le 20 février 2020<sup>6</sup> ;
- Italie : Proposition de réformes du droit de la concurrence, dans le cadre de la loi annuelle pour le marché et la concurrence de 2021 (AS1730, 22 mars 2021)<sup>7</sup> ;
- Japon : Loi sur l'amélioration de la transparence et de l'équité de plateformes numériques spécifiques (Loi n°38 de la 2<sup>ème</sup> année de l'ère Reiwa 2020 ; date de promulgation 1<sup>er</sup> février 2021) ;
- Royaume-Uni : Avis de l'UK Digital Markets Taskforce (ci-après dénommée « DMT » ou « Taskforce ») sur un « nouveau régime proconcurrentiel pour les marchés numériques », UK Competition and Markets Authority (CMA) ; et Stratégie marchés numériques de la CMA, version de « février 2021 mise à jour » ;
- États-Unis : 5 projets de loi présentés à la Chambre des représentants par plusieurs personnes le 11 juin 2021, et ensuite soumis à la Commission des affaires judiciaires :
  - H.R. 3816 (« American Choice and Innovation Online Act ») ;
  - H.R. 3825 (« Ending Platform Monopolies Act ») ;
  - H.R. 3826 (« Platform Competition and Opportunity Act of 2021 ») ;
  - H.R. 3843 (« Merger Filing Fee Modernization Act of 2021 ») ; et
  - H.R. 3849 (« Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021 », ou l'« ACCESS Act of 2021 »).

9. Ces initiatives et d'autres seront discutées au cours de l'audition d'experts qui sera organisée par le Comité de la concurrence le 2 décembre 2021.

## 2. Justification et objectifs de la réglementation

10. Cette section décrit brièvement les raisons qui expliquent les initiatives réglementaires examinées dans cette note. Les arguments avancés relèvent de deux grandes catégories. La première de ces catégories a trait à la défaillance du marché dans le secteur des plateformes numériques, découlant du fait que les plateformes ont pu asseoir davantage leur pouvoir de marché. La seconde invoque le manque d'efficacité perçu de l'application du droit de la concurrence pour traiter pleinement les problèmes de concurrence posés par les marchés des plateformes numériques.

### 2.1. La préoccupation croissante inspirée par le renforcement du pouvoir de marché des plateformes numériques

11. De nombreuses initiatives réglementaires examinées dans cette note ont pour source la préoccupation croissante inspirée par le fait qu'un petit nombre de grandes plateformes numériques ont pu consolider davantage et enraciner leur pouvoir de marché. Cette préoccupation ressort d'un rapport rédigé en 2020 par la Sous-commission antitrust de la Chambre des représentants américaine<sup>8</sup>. Évoquant les quatre plus grandes plateformes numériques, Amazon, Apple, Facebook et Google, la Sous-commission antitrust constate ce qui suit :

*(...) En premier lieu, chaque plateforme sert actuellement de contrôleur d'accès ("gatekeeper") capable de bloquer l'accès à un canal de distribution clé. En contrôlant l'accès aux marchés, ces géants peuvent choisir les gagnants et les perdants dans toute notre économie. Ils n'exercent pas seulement un pouvoir gigantesque mais en abusent en facturant des redevances exorbitantes, en imposant des conditions contractuelles oppressives et en extrayant des données de grande valeur fournies par les personnes et les entreprises qui utilisent leurs services. En second lieu, chaque plateforme utilise sa position de contrôleur d'accès pour maintenir son pouvoir de marché. En contrôlant l'infrastructure de l'ère du numérique, ces plateformes ont surveillé d'autres entreprises afin d'identifier des rivaux potentiels, et ont finalement racheté ou copié des concurrents ou éliminé autrement des menaces concurrentielles. Enfin, ces entreprises ont abusé de leur rôle d'intermédiaires afin d'asseoir et de renforcer encore leur position dominante. Que ce soit par des pratiques de self-preferencing, de prix prédateurs ou d'exclusion, les plateformes dominantes ont exploité leur pouvoir pour devenir encore plus dominantes.*

12. Le pouvoir de marché des plateformes numériques évoqué dans cette citation résulte en partie des caractéristiques économiques distinctives des marchés numériques qui, prises dans leur ensemble, peuvent conduire à une certaine défaillance du processus concurrentiel naturel qui, dès lors, ne produisent pas les résultats attendus du jeu normal de la concurrence. Ces caractéristiques incluent :

- la présence d'économies d'échelle importantes, avec des coûts marginaux faibles ou nuls ;
- des effets de réseau directs et indirects extrêmement importants, grâce auxquels une plateforme qui a déjà un grand nombre d'utilisateurs fidèles peut encore en attirer un plus grand nombre ;
- une boucle de rétroaction entraînée par les données, qui renforce encore les effets de réseau ;
- des économies de gamme remarquables, dues au rôle des données en tant qu'intrant critique ; et

- des effets de conglomérat<sup>9</sup>.

13. Ces derniers effets sont renforcés par des biais comportementaux des consommateurs et la tendance au mono-hébergement. Ils sont également encouragés par les plateformes, seconde raison pour laquelle elles enracinent davantage leur pouvoir de marché.

14. L'ensemble de ces caractéristiques génère une dynamique selon laquelle le gagnant remporte tout/presque tout, où les marchés sont enclins à s'incliner et à devenir hautement concentrés autour d'une seule plateforme dominante ou d'un petit nombre de plateformes dominantes. Si une plateforme a accès à des intrants clés (par exemple des données ou l'accès à une infrastructure en ligne essentielle), à des capitaux et à un nombre important et stable d'utilisateurs grâce à la dynamique précitée, elle peut exploiter ce pouvoir de marché sur d'autres marchés. Cette stratégie peut être mise en œuvre par l'acquisition d'autres entreprises, par exemple pour obtenir un ensemble de données cruciales ou pour éliminer un concurrent potentiel (les « acquisitions tueuses »<sup>10</sup>), en créant des « douves » autour de leurs entreprises (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>). En raison des barrières significatives à l'entrée qui les rendent difficilement contestables (Autorités de la concurrence du Benelux, 2019<sup>[13]</sup>) (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) (Cappai et Colangelo, 2020<sup>[7]</sup>) (Thiemann et Neto, 2021<sup>[14]</sup>) (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>), les grands acteurs en place semblent ne pas être menacés par de nouvelles entrées sur le marché, et sont difficiles à déloger, étant donné que des entreprises et des start-ups numériques innovantes qui n'ont pas accès aux mêmes avantages concurrentiels (par exemple, base d'utilisateurs, données, présence sur des marchés différents) ont des difficultés à leur faire concurrence.

15. L'exploitation du pouvoir de marché signifie que les plateformes qui sont des contrôleurs d'accès sont en mesure de créer un écosystème de services, dans lequel les utilisateurs peuvent être rendus captifs en raison des coûts élevés qui pourraient être facturés, en cas de changement de fournisseur, au titre de chaque nouveau service ajouté à l'écosystème (Bourreau, 2020<sup>[15]</sup>) (Autorités de la concurrence du Benelux, 2019<sup>[13]</sup>). Dans certains cas, le préjudice causé à la concurrence pourrait être difficilement réversible.

16. L'impact sur le marché et le pouvoir de négociation vis-à-vis des utilisateurs peuvent atteindre un point où une plateforme qui est un contrôleur d'accès devient une sorte de régulateur privé, qui est en mesure de fixer les règles sur le marché, tout en n'étant soumis ni à la responsabilité découlant du jeu des pouvoirs et contre-pouvoirs qui caractérise la démocratie (comme le sont les régulateurs publics), ni à la discipline du marché. Par exemple, les grandes plateformes sont en mesure d'imposer des clauses et conditions opaques que les consommateurs sont obligés d'accepter s'ils souhaitent utiliser leurs services (un problème que la Loi japonaise sur la transparence vise, entre autres, à régler). Ces règles peuvent être utilisées pour renforcer la propre position de la plateforme, par exemple en dissuadant les utilisateurs de recourir au multi-hébergement ou de changer de prestataire de services, en collectant un plus grand nombre de données qui vont ensuite alimenter des boucles de rétroaction ou en empêchant les consommateurs de faire des choix éclairés à propos du ou des services de remplacement qu'ils utilisent (pourraient utiliser) (Takigawa, 2021<sup>[16]</sup>). Cela signifie que des marchés peuvent parfaitement être dominés par un tout petit nombre d'entreprises qui sont des contrôleurs d'accès et, dès lors, ne pas être concurrentiels (Autorités de la concurrence du Benelux, 2019<sup>[13]</sup>). La difficulté pour les consommateurs de changer de fournisseur peut encore être aggravée par l'asymétrie des informations sur la collecte et l'utilisation des données par les plateformes numériques (Carugati, 2020<sup>[17]</sup>) ou la valeur du service effectivement fourni par ces plateformes aux consommateurs.

17. Ces problèmes de concurrence ont des conséquences, non seulement pour les concurrents mais également pour les consommateurs et la société dans son ensemble. La Taskforce britannique sur les marchés numériques (Digital Markets Taskforce britannique (DMT)) évoque notamment le préjudice spécifique causé aux consommateurs par le pouvoir de marché des plateformes, y compris du fait que, sur un marché plus concurrentiel, les consommateurs pourraient ne pas devoir fournir autant d'informations sur eux-mêmes afin d'accéder à des services sur Internet ; et pourraient bénéficier d'une

« plus grande protection de leurs données et d'un plus grand contrôle sur celles-ci » ou pourraient recevoir une sorte de récompense pour la fourniture de données<sup>11</sup>. La DMT énumère d'autres préjudices, notamment des prix généralement plus élevés dans toute l'économie que cela ne serait autrement le cas ; et une innovation et un choix réduits<sup>12</sup>. La DMT évoque également le préjudice causé aux innovateurs, à l'économie et à la société dans son ensemble, avec ses impacts sur « la santé mentale, la pluralité des médias, la véracité de l'information et la démocratie »<sup>13 14</sup>. La Sous-commission antitrust américaine reconnaît également que le préjudice causé par le pouvoir de marché des plateformes numériques touche toute la société :

*Les effets de ce pouvoir de marché significatif et durable sont coûteux. La série d'auditions organisées par la Sous-commission a amplement démontré que ces entreprises se servent de leur position dominante d'une manière qui érode l'entrepreneuriat, dégrade la protection en ligne des données privées des Américains et sape le dynamisme d'une presse libre et pluraliste. Le résultat est le suivant : moins d'innovation, moins de choix pour les consommateurs et une démocratie affaiblie<sup>15</sup>.*

18. En résumé, les plateformes ou les écosystèmes numériques génèrent des problèmes de concurrence auxquels il faut s'attaquer, comme le souligne la Commission allemande pour le « Droit de la concurrence 4.0 ».

*La combinaison d'une position dominante sur le marché de la plateforme, doublée d'une position de contrôleur d'accès et du pouvoir de fixer les règles, génère le risque de distorsion de la concurrence sur la plateforme et d'expansion du pouvoir de marché à des marchés voisins, au-delà du marché de la plateforme. En raison du puissant effet de contrôle que les plateformes exercent sur le comportement de leurs utilisateurs, du rythme souvent rapide de développement sur les marchés numériques et de l'importance des avantages du premier arrivé, le défaut d'intervention ou l'intervention tardive contre des pratiques abusives coûte généralement très cher<sup>16</sup>.*

19. La section suivante examine la seconde catégorie d'arguments, liés au manque perçu d'efficacité de l'application du droit de la concurrence pour régler les problèmes posés par les plateformes numériques.

## 2.2. Le manque perçu d'efficacité de l'application du droit de la concurrence à elle seule

20. Plusieurs actions ont été engagées ces dernières années contre les grandes plateformes sur le fondement du droit de la concurrence. Elles ont souvent été intentées plus particulièrement sur le fondement de l'abus de position dominante ou monopolistique et d'opérations de fusion possiblement anticoncurrentielles. Les affaires contre Amazon, Apple, Facebook et Google (les « GAFA ») ont été engagées par la Commission européenne, le *Bundeskartellamt* allemand, la Competition and Markets Authority britannique (CMA), la Fair Trade Commission coréenne, la Competition Commission indienne, la Federal Trade Commission américaine et le ministère de la Justice américain, ainsi que par des groupes de procureurs d'États américains<sup>17</sup>. Plusieurs de ces procédures ont duré des années avant d'aboutir à une décision (Furman et al., 2019<sup>[5]</sup>) (Crémer, de Montjoye et Schweitzer, 2019<sup>[11]</sup>).

21. Inspirée par certaines de ces affaires, la discussion sur les raisons pour lesquelles il est nécessaire d'adopter une réglementation *ex ante* des plateformes numériques tend à se concentrer sur le fait que l'application du droit de la concurrence semble ne pas s'attaquer efficacement et rapidement aux défis concurrentiels posés par ces plateformes. En l'occurrence, les arguments sont de deux grands ordres : ceux qui soulignent que la structure économique des marchés numériques les met en quelque sorte hors de portée des outils du droit de la concurrence ; et ceux qui relèvent des défaillances dans la manière dont le droit de la concurrence et son application « fonctionnent » lorsqu'il s'agit des marchés numériques.

22. Dans le premier groupe, les arguments évoquent notamment le fait qu'en raison de la dynamique particulière de ces marchés, qui tendent à basculer vers la position dominante ou le monopole (la Commission européenne (Commission européenne, 2020<sub>[18]</sub>) fait référence à des « baisses soudaines et radicales de la concurrence »), les outils traditionnels du droit de la concurrence ont été moins efficaces afin de parvenir à des résultats satisfaisants pour les entreprises concurrentes : l'application du droit de la concurrence dans la sphère numérique a été trop complexe, trop lente et parfois trop spécifique (en visant des pratiques illicites très particulières) pour protéger une concurrence efficace sur ces marchés, (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sub>[19]</sub>) (Furman et al., 2019<sub>[5]</sub>) (Stigler Committee, 2019<sub>[12]</sub>), (CERRE, 2020<sub>[20]</sub>) ; ou « n'a pas imposé les mesures correctives nécessaires afin de préserver et de restaurer les bénéfices d'un marché concurrentiel pour [...] les consommateurs » (Monti, 2021<sub>[21]</sub>).

23. (Marsden et Podszun, 2020<sub>[6]</sub>) estiment que « la procédure prend beaucoup de temps, l'élaboration de théories du préjudice dans des affaires individuelles est laborieuse, [et] la définition des bonnes mesures correctives s'est avérée très difficile par le passé »<sup>18</sup>. (Wheeler, Verveer et Kimmelman, 2020<sub>[22]</sub>) soutiennent que « les systèmes développés pour superviser des pratiques à une époque antérieure ne sont plus adaptés à l'ère industrielle et des décennies de jurisprudence qui les rendent insuffisants à l'ère actuelle du numérique », et ajoutent que les longues « batailles » juridiques qui ont opposé les autorités antitrust des États-Unis et de l'Union européenne et les grandes plateformes montrent les limites des mesures correctives antitrust, purement ex-post, pour encourager la concurrence dans l'économie des plateformes (S. Prado, 2020<sub>[1]</sub>). Certains considèrent que cette situation a conduit dans certains cas à une application insuffisante du droit de la concurrence, ou, à tout le moins, à un risque (Stigler Committee, 2019<sub>[12]</sub>).

24. C'est pourquoi la Commission européenne propose l'adoption d'une réglementation *ex ante* en notant que « la politique de concurrence ne peut pas à elle seule traiter tous les problèmes systémiques qui peuvent surgir dans une économie des plateformes », y compris les problèmes découlant du fait que des plateformes privées contrôlent l'accès aux marchés, aux clients et aux informations (Commission européenne, 2020<sub>[18]</sub>). La proposition de Législation sur les marchés numériques (DMA) souligne que

*(...) la législation existante de l'Union européenne ne répond pas, ou pas efficacement, aux entraves observées sur le marché intérieur en ce qui concerne son bon fonctionnement, lesquelles entraves sont dues au comportement de contrôleurs d'accès qui n'occupent pas nécessairement de position dominante au sens du droit de la concurrence.*<sup>19</sup>

25. D'autres initiatives reflètent des vues similaires : la Digital Markets Taskforce britannique, se référant à des études antérieures, reconnaît également que « les lois existantes sur la concurrence ne sont pas suffisantes, en elles-mêmes, pour traiter ces défis »<sup>20</sup>.

26. Aux États-Unis, en revanche, les critiques se sont davantage concentrées sur les défauts perçus de l'application même du droit de la concurrence. Dans une étude (Chopra et Khan, 2020<sub>[23]</sub>) exposent leurs vues sur ce qu'ils perçoivent comme une faiblesse de l'application du droit de la concurrence aux États-Unis :

*Les procédures sur le fondement de la législation antitrust sont longues et onéreuses, et exigent une enquête approfondie et de coûteuses analyses d'expert. En théorie, cette approche facilite une analyse nuancée de la responsabilité en fonction des faits de la cause, ainsi que des mesures correctives personnalisées. Mais en pratique, le fait de se fonder exclusivement sur un jugement au cas par cas a produit un système d'application du droit de la concurrence qui génère de l'ambiguïté, épuise les ressources, privilégie les entreprises en place et prive les personnes et les entreprises d'une opportunité réelle de participer au processus de création de règles antitrust appartenant au droit substantiel.*<sup>21</sup>

27. Étant donné que le cadre légal en vigueur aux États-Unis diffère de celui qui s'applique dans l'Union européenne, les entraves à une application efficace du droit de la concurrence sont susceptibles de différer dans les deux juridictions. Aux États-Unis, dès 2017, (Khan, 2017<sub>[24]</sub>) a plaidé pour une révision du droit de la concurrence, afin de doter les autorités de la concurrence d'outils nouveaux, plus agiles et

efficaces afin de combattre les pratiques anticoncurrentielles des plateformes numériques, ce qui peut servir d'argument en faveur d'une réglementation *ex ante* dans certaines circonstances. La Sous-commission de la Chambre des représentants a avancé une analyse similaire, arguant que les « lois [américaines] doivent être actualisées afin de garantir que notre économie demeure dynamique et ouverte à l'ère du numérique. »<sup>22</sup>

28. Enfin, plusieurs autorités de la concurrence<sup>23</sup> ont expérimenté et commenté les difficultés d'utilisation des outils conventionnels du droit de la concurrence, fondés sur les prix et le bien-être des consommateurs, afin de traiter les problèmes de concurrence émergents dans l'économie numérique. Ces difficultés sont essentiellement liées à la nature multifacée des marchés numériques, ainsi qu'aux services à prix zéro, aux effets de réseau, aux économies d'échelle et de gamme et à l'importance de l'accès et à la monétisation des données des marchés numériques (CNUCED, 2021<sup>[25]</sup>) (OCDE, 2020<sup>[26]</sup>) (OCDE, 2019<sup>[27]</sup>). D'autres<sup>24</sup> ont indiqué que la définition du marché en cause et la détermination de la position dominante sur des marchés numériques posent des défis particulièrement importants<sup>25</sup>. Les mécanismes standard d'analyse économique et les outils traditionnels du droit de la concurrence, notamment la part de marché et l'augmentation significative et non transitoire des prix (servant à définir le marché en cause dans l'évaluation de l'abus de position dominante et le contrôle des ententes) ont également été jugés insuffisants dans les affaires impliquant des plateformes numériques (CNUCED, 2021<sup>[25]</sup>) (OCDE, 2016<sup>[28]</sup>) (OCDE, 2019<sup>[27]</sup>).

29. Il semble donc qu'il existe un large consensus sur la nécessité d'adopter une certaine forme de réglementation *ex ante* afin de compléter l'application du droit de la concurrence et de lutter rapidement et efficacement contre les barrières structurelles et les risques de pratiques anticoncurrentielles sur les marchés de plateformes numériques en évolution rapide. Cela étant dit, les autorités nationales de la concurrence et les juridictions diffèrent encore sur leur conception de la meilleure approche : veulent-elles une réglementation *ex ante* séparée et sectorielle ; de nouveaux instruments en vertu du droit de la concurrence ou simplement une adaptation des outils existants du droit de la concurrence<sup>26</sup> ?

### **2.2.1. La relation entre le droit de la concurrence et la réglementation *ex ante* sur les marchés numériques**

30. Il ressort de ce qui précède qu'il existe un mécontentement général à propos de l'efficacité et de la rapidité de l'application du droit de la concurrence lorsqu'il s'agit de s'attaquer aux pratiques anticoncurrentielles spécifiques des plateformes. C'est ce mécontentement, ainsi que les préoccupations inspirées par les conséquences des caractéristiques structurelles du marché, qui explique les initiatives visant à l'adoption d'un régime de réglementation *ex ante*. Le risque que des mesures correctives *ex-post* puissent être inefficaces et ne soient pas imposées en temps voulu, peut plaider en faveur d'une réglementation *ex ante* afin de protéger l'ouverture du marché et la concurrence (Kobayashi et Wright, 2020<sup>[29]</sup>). La réglementation devrait empêcher les entreprises dominantes d'exercer leur pouvoir de marché d'une manière préjudiciable (Chopra et Khan, 2020<sup>[23]</sup>). Tel est particulièrement le cas si l'application passée du droit de la concurrence livre des enseignements importants et s'il est improbable que des particuliers engagent des actions contre ces entreprises dominantes. La jurisprudence sur les plateformes numériques n'est pas encore très vaste, mais elle a indubitablement éclairé sur de nombreuses clauses qui devraient figurer dans les réglementations, y compris en ce qui concerne l'auto-référencement (« self-preferencing ») et l'accès aux données<sup>27</sup>. En outre, jusqu'à présent, il semble que les actions judiciaires de particuliers aient une portée très limitée ou suscitent un intérêt très limité<sup>28</sup>.

31. Ces considérations entrent probablement en ligne de compte dans la formulation de certaines des propositions réglementaires. Les propositions semblent souvent destinées à compléter le droit de la concurrence existant et à contrebalancer le risque d'application insuffisante de ce droit sur les marchés numériques, comme le Comité Stigler l'a mis en lumière.<sup>29</sup> Le risque d'application insuffisante du droit de la concurrence est également une préoccupation particulière de la Digital Markets Taskforce britannique,

spécialement en ce qui concerne les propositions relatives au régime des fusions<sup>30</sup>. La Commission allemande (Commission 'Competition Law 4.0', 2019<sup>[30]</sup>) semble également indiquer que ses recommandations visent à compléter le droit de la concurrence, à la fois au niveau national et au niveau de l'UE. Les mesures américaines semblent également viser à compléter le droit de la concurrence existant, étant donné que la plupart des projets de loi assimilent explicitement une violation de ses dispositions à une violation de la législation antitrust.

32. La DMA s'efforce d'explicitier ce point. Le considérant (5) traite de la question de l'articulation entre le droit de la concurrence et la réglementation *ex ante*. Il souligne en particulier que :

*Si les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent toujours au comportement des contrôleurs d'accès, leur champ d'application se limite à certains cas de pouvoir de marché (par exemple, la position dominante sur certains marchés) et de comportement anticoncurrentiel, tandis que l'application intervient ex post et requiert au cas par cas une enquête approfondie sur des faits souvent très complexes. En outre, la législation existante de l'UE ne répond pas, ou pas efficacement, aux entraves observées sur le marché intérieur en ce qui concerne son bon fonctionnement, lesquelles entraves sont dues au comportement de contrôleurs d'accès qui n'occupent pas nécessairement de position dominante au sens du droit de la concurrence<sup>31</sup>.*

33. Indépendamment de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence et de son application en temps voulu, ces mesures visent également à traiter des caractéristiques structurelles des marchés numériques qui peuvent empêcher l'entrée et l'expansion de nouveaux acteurs, c'est-à-dire des mesures qui visent à la fois à soutenir la concurrence *dans* le marché et la concurrence *pour* le marché. Les propositions comme celle de la DMA ou de l'article 19(a) de la Loi allemande sur la concurrence sont asymétriques, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent qu'à certaines des entreprises opérant sur le marché, et non pas uniformément à toutes ces entreprises (Botta, 2021<sup>[31]</sup>) (Carugati, 2020<sup>[17]</sup>). Dans l'économie numérique, en raison des barrières structurelles à l'entrée et de la dynamique permettant au gagnant de remporter presque tout, les entreprises tendent à concourir pour le marché, plutôt que dans le marché (OCDE, 2016<sup>[28]</sup>) (Carugati, 2020<sup>[17]</sup>) (Eisenmann, Parker et Van Alstyne, 2011<sup>[32]</sup>). Toutefois, certaines des mesures visent clairement à permettre et encourager également la concurrence dans le marché, par exemple en « épinglant » uniquement de (très) grandes plateformes (Franck et Peitz, 2021<sup>[33]</sup>) ; en accordant l'accès aux bases de données de grandes entreprises<sup>32</sup>, ou en garantissant la transparence afin de permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés. La question de savoir si ces mesures fonctionneront dépendra du point de savoir si les défaillances du marché observées dans les marchés numériques sont des problèmes structurels de concurrence (c'est-à-dire résultant de défaillances structurelles du marché, notamment les effets de réseau et les coûts marginaux nuls) ; ou si elles sont causées par les grandes plateformes elles-mêmes (défaillance provoquée par un marché monopolistique) (Carugati, 2020<sup>[17]</sup>).

34. Plusieurs des initiatives visent spécifiquement la nécessité d'une relation meilleure et plus clairement articulée entre le droit de la concurrence, les réglementations *ex ante* proposées pour les marchés numériques et d'autres réglementations, notamment en matière de protection des données, de protection des consommateurs, etc. (voir, par exemple (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>)). L'Encadré 1 évoque la complémentarité entre la réglementation *ex ante* et l'application du droit de la concurrence.

### Encadré 1. Réglementation et application du droit de la concurrence dans le débat de l'OCDE

En juin 2021, le Comité de la concurrence a discuté de l'application du droit de la concurrence et des alternatives réglementaires. La section consacrée à la réglementation et au droit de la concurrence, comme moyen de remédier à la défaillance du marché, est particulièrement pertinente en l'occurrence.<sup>1</sup>

Le droit de la concurrence et la réglementation sont souvent présentés comme des approches alternatives afin de régir la concurrence et de traiter les problèmes de défaillance du marché (Shelanski, 2019<sup>[34]</sup>). Le concept de **défaillance du marché** est extrêmement vaste, mais sert souvent de raccourci pour justifier une intervention publique dans le fonctionnement des marchés. Les sources principales de défaillance du marché énumérées par l'OCDE (OCDE, 2021<sup>[35]</sup>) sont respectivement : (1) le pouvoir de marché ; (2) les biens publics (et le parasitisme) ; (3) les externalités ; (4) une information asymétrique ou imparfaite ; (5) l'immobilité des facteurs ; et (6) l'absence de droits de propriété clairement établis (voir également (OCDE, 2019<sup>[36]</sup>). Un autre élément est particulièrement important pour la réglementation des plateformes numériques, à savoir l'exploitation de biais comportementaux, qui est une autre raison expliquant pourquoi les marchés peuvent ne pas bien fonctionner (Ishenko et al., 2016<sup>[37]</sup>).

Cette note de référence établit une distinction initiale entre la réglementation et le droit de la concurrence en fonction du type de défaillances du marché qu'ils cherchent à traiter. Le droit de la concurrence vise à empêcher l'acquisition illégitime d'un pouvoir de marché et, si un pouvoir de marché a déjà été accumulé, à contrôler son exercice, de manière à réaliser pleinement les avantages typiques de la concurrence – prix moins élevés, choix plus étendu et meilleure qualité (Dunne, 2015<sup>[38]</sup>). Étant donné que la réglementation économique joue également un rôle clé pour réduire les défaillances du marché, - y compris un pouvoir monopolistique -, par exemple en présence d'un monopole naturel, cette distinction n'est pas particulièrement utile (OCDE, 2019<sup>[36]</sup>).

(OCDE, 2021<sup>[35]</sup>), citant (Dunne, 2015<sup>[38]</sup>), note que la réglementation peut, par ailleurs, traiter un ensemble de problèmes beaucoup plus vaste que le droit de la concurrence, et va souvent au-delà du simple traitement de défaillances du marché comprises au sens étroit comme l'incapacité du marché à être aussi efficace qu'il le pourrait. En effet, d'autres raisons peuvent justifier l'adoption d'une réglementation, notamment la justice distributive, des considérations géographiques et la protection de droits. Dans ces conditions, des justifications autres que la défaillance du marché conduisent souvent à l'adoption d'une réglementation, ce qui n'est pas le cas du droit de la concurrence. (OCDE, 2021<sup>[35]</sup>) note que la réglementation déplace parfois les objectifs du droit de la concurrence dans la poursuite d'autres objectifs sociaux. On peut citer à titre d'exemple, les services publics réglementés qui sont soumis à des obligations de service universel, pour des raisons d'équité, sans lien avec leur situation de monopole.

Cette note évoque également le choix des **régimes de contrôle du marché** applicables, en notant que la position classique soutient qu'il conviendrait, si possible, de préférer l'application du droit de la concurrence. Les imperfections du marché ne justifient l'adoption d'une réglementation économique que dans le cas où les réponses du marché n'y remédient pas efficacement (voire même les aggravent), et s'il existe des interventions faisables qui, au moins en principe, peuvent générer des améliorations nettes du bien-être (Ishenko et al., 2016<sup>[37]</sup>). Néanmoins, le droit de la concurrence ne peut pas être préféré à la réglementation dans tous les cas. En premier lieu, la réglementation peut poursuivre des objectifs autres que l'efficacité pure du marché, et peut s'attaquer à des défis autres que le pouvoir de marché, par exemple des préoccupations en matière de santé et de normes de sécurité (OCDE, 2011<sup>[39]</sup>). En second lieu, même en présence de préoccupations à propos du pouvoir de marché, la réglementation peut être mieux placée que le droit de la concurrence pour traiter les problèmes concernés, comme cela peut être le cas dans les monopoles naturels, ou dans la réglementation sectorielle. Le droit de la concurrence a une efficacité limitée pour traiter les problèmes structurels du marché, y compris ceux qui impliquent la simple existence d'un monopole ou d'un oligopole, les pratiques d'exploitation abusive, ou encore les problèmes qui exigent une application ou une surveillance permanente<sup>2</sup>. Par ailleurs, les procédures engagées directement sur le fondement d'une réglementation spécifique peuvent fournir un moyen plus complet et plus efficace que l'application épisodique de la législation antitrust afin de remédier à des défaillances constantes du marché. Cette note parvient donc à la conclusion que

*...Les problèmes de marché peuvent souvent être traités au moyen de l'application du droit de la concurrence ou d'une alternative réglementaire – ou par une forme d'intervention publique qui combine des éléments des deux. En fonction des circonstances, l'application de la réglementation et l'application du droit de la concurrence peuvent être des solutions alternatives, ou peuvent se compléter mutuellement. Qui plus est, la solution qui sera adoptée en pratique contiendra souvent des éléments à la fois de la réglementation et du droit de la concurrence, y compris si un seul de ces outils de supervision du marché est formellement invoqué. Cette nature duelle de l'intervention publique n'est pas*

*limitée à l'application dans le cadre d'une procédure contentieuse – en effet, plusieurs instruments législatifs adoptent expressément une nature « hybride », reflétant à la fois des caractéristiques du droit de la concurrence et de la réglementation. Ces instruments législatifs sont généralement adoptés pour traiter les limites auxquelles se heurtent les approches du droit de la concurrence et de la réglementation, et pour combiner les vertus de chacune – un objectif que l'application du droit de la concurrence et l'application de la réglementation cherchent également à réaliser en pratique, comme cette note de référence le démontre clairement.<sup>3</sup>*

Note :

<sup>1</sup> Voir la page web consacrée à cette table ronde qui, en plus de la note de référence du Secrétariat, contient des vidéos des interventions des experts et les contributions soumises par certains pays : <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-enforcement-and-regulatory-alternatives.htm>

<sup>2</sup> Voir également les discussions qui ont eu lieu au cours de la table ronde organisée par l'OCDE en 2011 sur le thème « Les moyens de défense fondés sur une conduite réglementée ». « La défense pour conduite réglementée est un élément important pour faire en sorte que l'État puisse exercer son pouvoir souverain d'appliquer la réglementation qu'il juge justifiée pour des raisons économiques et/ou sociales, même si cette réglementation peut être en contradiction avec la politique de concurrence. » <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>

<sup>3</sup> (OCDE, 2021, p. 44<sup>[35]</sup>)

Source : OCDE (2021), Competition Enforcement and Regulatory Alternatives, Document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE, <http://oe.cd/cera>

35. Étant donné l'existence du droit national de la concurrence, certains ont posé la question de savoir si l'adoption de nouvelles réglementations *ex ante* a la moindre justification, et si les buts et objectifs des nouvelles règles ne sont pas déjà couverts par les dispositions existantes et l'application *ex post* du droit de la concurrence (Competition Policy Council Communiqué, 2021<sup>[40]</sup>). Autrement dit, il s'agit de savoir quelle serait la valeur ajoutée des réglementations du point de vue de l'application du droit de la concurrence, sachant que le droit de la concurrence appliqué *ex post* peut déjà réguler le marché en interdisant certaines conduites (Strowel et Vergote, 2016<sup>[41]</sup>). Par exemple, le Conseil de la politique de concurrence du Canada écrit que : « *En matière de politique économique, l'application appropriée du droit de la concurrence sur les marchés numériques devrait être la première défense et la réglementation directe le dernier recours.* »<sup>33</sup> Le Conseil soutient qu'il existe un risque de commettre l'erreur de penser que « ce qui est gros est mauvais », puisque « même sur un marché caractérisé par de puissants effets de réseau, les concurrents peuvent se livrer une concurrence vigoureuse pour le marché »<sup>34 35</sup>.

36. Des conflits de compétences peuvent également s'élever entre le droit de la concurrence fédéral et étatique, ou entre la réglementation *ex ante* et d'autres domaines du droit, par exemple la réglementation sur la protection des données (Takigawa, 2021<sup>[16]</sup>)<sup>36</sup>. Il peut également y avoir des situations dans lesquelles le problème de la compétence conjointe peut se poser ; en raison du fédéralisme (États-Unis, Allemagne, Suisse et autres États fédéraux) ou dans l'UE par exemple.

37. Reconnaisant ces difficultés, un document conjoint rédigé par les directeurs des autorités de la concurrence nationales de l'UE, publié en juin 2021<sup>37</sup>, souligne le risque que des décisions contradictoires soient adoptées au niveau de l'UE et au niveau national. Ce document souligne la valeur du droit de la concurrence en tant que « *moyen efficace de maintenir la dynamique concurrentielle y compris dans l'économie numérique* ». Néanmoins, il reconnaît la nécessité de disposer d'un ensemble complet d'outils en raison de la complexité et de l'évolution rapide des marchés numériques, et pointe donc la complémentarité entre le droit de la concurrence (européen) et la DMA. Afin d'améliorer l'application du droit de la concurrence, les autorités de la concurrence de l'UE appellent à la création d'un mécanisme de coopération et de coordination entre les autorités nationales de la concurrence, avec la possibilité complémentaire pour ces autorités d'appliquer la DMA en plus de son application par la Commission européenne.

38. La justification des nouvelles initiatives réglementaires semble donc fermement motivée à la fois par une crainte à propos de la capacité à traiter convenablement les problèmes de concurrence découlant de la structure économique des écosystèmes des plateformes numériques et par le désir d'ajouter de nouveaux outils à la boîte à outils traditionnelle du droit de la concurrence, par exemple en ce qui concerne

la définition du marché et la charge de la preuve. Ces problèmes seront plus amplement traités dans les sections 4. et 5. de cette note. Une question épineuse demeure, à savoir l'articulation de ces nouvelles réglementations avec le droit de la concurrence existant. Ainsi qu'il a été suggéré au cours des discussions de l'OCDE dans (OCDE, 2021<sup>[35]</sup>), la solution devra probablement être trouvée dans une forme hybride, peut-être originale, de réglementation et de contrôle des plateformes numériques.

39. Après ces développements consacrés aux motifs invoqués pour justifier les propositions d'adoption d'une réglementation *ex ante* des marchés numériques, la section suivante va s'intéresser à l'objet et aux objectifs de ces initiatives.

# 3. L'objet des réglementations *ex ante* dans la sphère numérique

40. Généralement parlant, les initiatives proposant des réglementations *ex ante* visent à garantir l'équité, la contestabilité, la transparence et l'innovation, ainsi qu'à sauvegarder des intérêts publics qui vont au-delà de considérations purement économiques (Cappai et Colangelo, 2020<sup>[7]</sup>). Les notions d'équité et de contestabilité apparaissent comme un leitmotiv fréquent. Cette section commence par examiner ces deux notions tour à tour, en mettant en lumière le fait que certains termes demeurent mal définis ou définis de manière vague, ce qui peut rendre les dispositions concernées difficilement applicables et, partant, difficilement exécutoires.

## 3.1. Équité

41. La notion d'« équité », de « concurrence équitable » ou de « protection d'une concurrence équitable » est un thème récurrent dans la quasi-totalité des initiatives réglementaires ici analysées. Imposer une condition d'équité sur les plateformes numériques est un moyen de traiter les problèmes posés par le pouvoir de marché, et les pratiques d'exploitation ou abusives des plateformes se trouvant dans une position dominante.

42. Bien qu'il ne soit pas une proposition de loi en soi, le rapport de la DMT britannique intitulé « Advice of the Digital Markets Taskforce »<sup>38</sup> indique que le futur code de conduite a pour objet d'empêcher « des pratiques d'une entreprise [ayant le Statut d'entreprise stratégique sur le marché] qui pourraient saper une concurrence équitable »<sup>39</sup>. Ce rapport propose des objectifs clairs pour un futur code de conduite, qui incluraient le « commerce équitable » et « des choix ouverts ». Ces derniers sont définis comme la situation dans laquelle « *les utilisateurs ne se heurtent à aucune barrière pour choisir librement et aisément entre les services fournis par les [entreprises numériques dominantes] et ceux fournis par d'autres entreprises* »<sup>40</sup>.

43. La DMA fait de nombreuses références à la concurrence équitable ou à l'équité, y compris dans son titre<sup>41</sup>. En particulier, selon le considérant (4), les caractéristiques clés des grands fournisseurs de services de plateforme, ou « contrôleurs d'accès » (voir Section 4. pour une discussion complète de ce terme) mènent à des déséquilibres en matière de pouvoir de négociation et donc à « des pratiques et conditions déloyales à l'égard tant des entreprises utilisatrices... ». Le considérant (5) note : « *Des conditions plus justes et plus équitables pour tous les acteurs du secteur numérique permettraient à ces derniers de tirer davantage parti du potentiel de croissance de l'économie des plateformes.* » La DMA identifie comme problématiques les services qui sont caractérisés par une intermédiation multiface entre les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux, qui sont dans les mains d'« une ou très peu de très grandes plateformes numériques » qui (i) « fixent les conditions commerciales avec une autonomie considérable », (ii) « agissent en tant que points d'accès permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs clients et vice versa », et (iii) abusent de leur pouvoir de contrôleurs d'accès par le biais de comportements déloyaux à l'égard des entreprises utilisatrices et des consommateurs qui en sont économiquement dépendants » (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sup>[19]</sup>).

44. Bien qu'il n'existe aucune disposition explicite sur l'équité en tant que telle dans les cinq projets de loi soumis au Congrès américain, ces cinq projets (à l'exception de l'US Bill on *Merger Filing Fee Modernization*) disposent qu'une violation de leurs dispositions constituera « une méthode inéquitable de concurrence » en vertu de l'article 5 du Federal Trade Commission Act.

45. L'équité est également un thème général de la loi japonaise : l'article 1, consacré à son objet, dispose que la loi vise notamment à « améliorer la transparence et l'équité de plateformes numériques spécifiques en désignant des fournisseurs de plateformes, en divulguant les conditions de fourniture des services, etc. de certaines plateformes numériques spécifiques, en évaluant la transparence et l'équité de plateformes numériques spécifiques et en prenant d'autres mesures »<sup>42</sup>. La loi japonaise franchit un pas supplémentaire en imposant aux plateformes l'obligation de garantir cette équité : « *Les mesures liées à l'amélioration de la transparence et de l'équité des plateformes numériques sont celles en vertu desquelles les plateformes numériques contribuent à améliorer les bénéfices générés pour les utilisateurs, et jouent un rôle important pour améliorer la vitalité et le développement durable de l'économie et de la société du Japon. Au vu de ce qui précède, les fournisseurs de services de plateforme numérique devraient déployer des efforts volontaires et proactifs afin d'améliorer la transparence et l'équité des plateformes numériques (...)* ».<sup>43</sup>

46. La 10<sup>ème</sup> modification de la loi allemande, bien qu'elle ne cite pas l'équité comme un principe primordial, a pour objectif de renforcer le contrôle des abus commis par des entreprises numériques puissantes. Elle dispose qu'un abus est commis si une entreprise dominante (...) « *entrave directement ou indirectement une autre entreprise de manière déloyale ou traite directement ou indirectement une autre entreprise d'une manière différente de celle dont elle traite des entreprises similaires, sans aucune justification objective* »<sup>44</sup>.

47. Le terme « équité » est toutefois manifestement absent du Code australien imposant une négociation obligatoire entre les médias d'information et les plateformes numériques. (Cappai et Colangelo, 2020<sup>[7]</sup>) soulignent que, dans son approche des grandes plateformes, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) a opté pour un code de conduite afin de traiter ce qu'elle considère comme un « déséquilibre du pouvoir de négociation » entre les plateformes en ligne et les entreprises de médias, ce qui peut être interprété comme un manque d'équité dans leurs transactions.

## Observations

48. Les principes d'équité prônés par les initiatives réglementaires entendent traiter les craintes exprimées à propos du potentiel de comportement d'exploitation abusive des plateformes (CMA, 2020<sup>[42]</sup>). Le bon fonctionnement des marchés exige un niveau minimum d'équité entre les acteurs du marché. (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>) notent que l'équité s'est avérée être un « pilier de l'économie de marché » et que « *la confiance exige un niveau de base d'équité qui doit en dernier ressort être garanti au moyen de la réglementation* »<sup>45</sup>.

49. L'équité est donc manifestement au cœur des préoccupations des rédacteurs de la DMA. Dans la DMA, les mots « équitable » ou « équité » ou des termes similaires sont mentionnés 137 fois, souvent dans des phrases comme « s'attaquer aux pratiques inéquitables » ou « des conditions plus justes et plus équitables pour tous les acteurs » (p. 10 du mémorandum explicatif accompagnant la proposition de règlement). Bien que les récentes évolutions sociétales, notamment une défiance croissante du public envers les gouvernements et le processus démocratique, et les inégalités croissantes puissent expliquer une utilisation croissante de la notion d'équité en tant que « fil conducteur » de la politique de concurrence européenne (Dunne, 2020<sup>[43]</sup>), il n'en demeure pas moins qu'elle est également un concept quelque peu nébuleux. Comme le note (Dunne, 2020<sup>[43]</sup>) : « *la proposition selon laquelle le processus de concurrence doit générer de l'équité pose des questions délicates : depuis « qu'est-ce que l'équité ? » jusqu'à « l'équité pour qui ? »* »<sup>46</sup>.

50. La DMA n'indique pas très clairement, non plus que certaines des autres initiatives, ce qu'il faut entendre par équité, au-delà du nivellement des conditions de concurrence, étant donné que l'utilisation de ce terme demeure vague et doit être plus précisément définie (Schnitzer et al., 2021<sup>[44]</sup>) (Crawford et al.,

2021<sub>[45]</sub>). Il est nécessaire de définir plus précisément le terme *équité* dans les réglementations (Schnitzer et al., 2021<sub>[44]</sub>). Il s'agit de savoir, ce qui n'est pas clair actuellement, quelle est la signification réelle de ce mot en termes de concurrence : s'agit-il de rétablir une égalité de concurrence entre les entreprises, ou d'améliorer le bien-être des consommateurs et l'efficacité du marché ? Ce point doit être clarifié pour une meilleure application des réglementations puisqu'il n'existe aucune définition de l'équité « en droit de la concurrence » (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>). Il s'agit également de savoir si l'équité ne signifie pas seulement une *concurrence* équitable. À la lumière de développements comme un mouvement croissant de concentration, la hausse des prix à la consommation, le creusement des inégalités et les conséquences de la crise liée à la pandémie de Covid-19, il se peut qu'il existe un sentiment général dans la société, estimant que la législation antitrust peut et devrait remplir d'autres objectifs. L'*équité*, tel que ce terme est employé dans les réglementations, peut donc également faire référence à la redistribution, à un meilleur traitement des utilisateurs ou à toute une série d'autres objectifs.

51. Afin de clarifier ce concept, nous pouvons nous tourner vers (Motta, 2004<sub>[46]</sub>), qui commence par définir l'équité en termes d'équité envers les clients, lesquels sont protégés par la loi, par exemple contre les prix excessifs facturés par des entreprises dominantes (p. 25). Toutefois, il souligne à juste raison que le concept d'équité peut entrer en conflit avec la notion d'égalité ou avec le critère de bien-être économique.

*Prenons par exemple la question politiquement sensible des petits commerçants contre les grandes chaînes de supermarchés. Dans de nombreux pays, la crainte est souvent exprimée que les chaînes de supermarchés exploitent leur supériorité en termes de volumes pour avoir un pouvoir de négociation et pouvoir acheter auprès des producteurs et des fabricants à des prix considérablement inférieurs à ceux qui sont consentis aux petits commerçants. Cela permet aux premiers de vendre à des prix inférieurs à ceux des derniers. En conséquence, les petits commerçants ont des difficultés économiques et pourraient être forcés de fermer boutique. Certains soutiendront que cela est déloyal et qu'il faudrait donc protéger les petits commerçants. Je doute que cet argument soit justifié du point de vue de l'équité. Il est certain que ce raisonnement serait en contradiction avec les principes de base de l'efficacité. (...) Ce processus de rationalisation, selon lequel seules les entreprises les plus efficaces demeureront sur le marché, est bénéfique pour une communauté dans son ensemble, car il conduira à une baisse des prix sur le marché au bénéfice des consommateurs. Entraver ce processus en limitant la capacité des grandes entreprises à baisser les prix nuirait au bien-être des consommateurs.*

52. Motta poursuit en distinguant deux sortes d'égalité : l'égalité *ex ante* (mêmes opportunités disponibles pour chaque entreprise), qu'il estime compatible avec la politique de concurrence et qui devrait garantir des *conditions de concurrence égales pour toutes les entreprises* (soulignage de l'auteur) ; et l'égalité *ex post* (c'est-à-dire des résultats égaux) qui, selon Motta, « ne coïncide malheureusement pas nécessairement avec la politique de concurrence » (p. 26).

53. Une meilleure définition des termes aidera à interpréter les obligations qui sont imposées aux plateformes. Les tribunaux doivent également partager la même compréhension lorsque « *une entreprise accusée par la Commission de violer ses obligations en vertu de la DMA sollicite une réparation judiciaire* »<sup>47</sup>. (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>) mettent en garde contre le fait que « *des définitions inappropriées de la contestabilité et de l'équité conduiront à des conclusions politiques malavisées* » (p. 6). En conséquence, les auteurs proposent une définition de l'équité qui devrait guider l'interprétation des projets de réglementations :

*L'équité est l'organisation de l'activité économique au bénéfice des utilisateurs, de telle sorte qu'ils reçoivent une juste récompense de leurs contributions au bien-être économique et social et que les entreprises utilisatrices ne soient pas restreintes dans leur capacité à faire concurrence.* (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>)<sup>48</sup>

54. En toute hypothèse, il semble largement admis que certains termes nécessitent une interprétation commune afin que les propositions soient efficaces.

55. Certaines initiatives semblent considérer que l'idée d'équité va au-delà du désir de compléter seulement la législation antitrust. Par exemple, l'analyse de la Sous-commission antitrust américaine<sup>49</sup> vise également à traiter des problèmes sociétaux et culturels liés à la protection des données et à la volonté

de garantir la pluralité des médias. Des objectifs similaires sous-tendent le Code australien imposant une négociation obligatoire entre les médias d'information et les plateformes numériques.

56. La section suivante développe la notion de contestabilité.

### 3.2. Contestabilité et pouvoir de marché

57. La contestabilité est un autre principe fondamental de la théorie du marché. La liberté de concurrence est réduite lorsque les entreprises atteignent une position monopolistique (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>). L'objectif d'ouvrir les marchés numériques (ou des éléments de ceux-ci) à plus de concurrence est un fil rouge général qui traverse la plupart des initiatives réglementaires ici analysées, y compris aux États-Unis et dans l'Union européenne (Schnitzer et al., 2021<sup>[44]</sup>).

58. Ainsi que nous l'avons décrit ci-dessus, les très grandes plateformes étendent leur domination à de nouveaux marchés, en utilisant différentes techniques, notamment l'enveloppement et l'intégration vertical, afin de créer de puissants écosystèmes (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) (OCDE, 2020<sup>[47]</sup>) (Eisenmann, Parker et Van Alstyne, 2011<sup>[32]</sup>). La structure même et les caractéristiques économiques sous-jacentes de ces marchés, notamment les économies d'échelle et de gamme et les effets de réseau, sans oublier des pratiques potentiellement anticoncurrentielles, contribuent à enraciner le pouvoir de marché. Il est donc difficile pour d'autres entreprises – qu'il s'agisse de rivaux ou d'entreprises utilisatrices – de faire concurrence ou même de pouvoir entrer sur le marché. Ces dispositions visent donc à promouvoir la concurrence et à réduire le risque de comportement anticoncurrentiel, tout en tentant, dans certains cas, de remédier au déséquilibre perçu (Schnitzer et al., 2021<sup>[44]</sup>).

59. En Europe, la DMA indique que l'objectif général de l'initiative est de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur en promouvant une concurrence efficace sur les marchés numériques, en particulier dans un environnement de plateformes en ligne contestable et équitable (Commission européenne, 2020<sup>[48]</sup>). Les termes « Équité et contestabilité » (et leurs variantes) sont mentionnés pratiquement à chaque page du long préambule de 33 pages de la DMA (Crawford et al., 2021<sup>[45]</sup>). Le considérant (2) souligne le fait que les caractéristiques des « services de plateforme essentiels », « combinées à des pratiques déloyales », « peuvent sensiblement compromettre la contestabilité des services de plateforme essentiels ». Aux États-Unis, l'objectif de contestabilité se reflète dans certains des projets de loi soumis au Congrès, en particulier le Bill on *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching*, qui indique que son objectif est de « promouvoir la concurrence, d'abaisser les barrières à l'entrée et de réduire les coûts de changement de fournisseur pour les consommateurs et les entreprises en ligne »<sup>50</sup>. De la même manière, les projets de réforme de 2021 soumis par l'autorité de la concurrence italienne<sup>51</sup>, bien qu'ils ne citent pas explicitement la contestabilité, font référence à la capacité des concurrents à avoir accès aux utilisateurs finaux ou aux fournisseurs via des plateformes numériques.

60. La contestabilité peut être atteinte en permettant un libre accès des utilisateurs, facilitant ainsi le multi-hébergement, qui est lui-même considéré comme une contrainte concurrentielle clé sur les marchés numériques (Schnitzer et al., 2021<sup>[44]</sup>) (OCDE, 2021<sup>[49]</sup>) (Alexiadis et de Streel, 2020<sup>[50]</sup>). La portabilité ou l'interopérabilité des données peut servir par ailleurs à traiter le problème des barrières à l'entrée et constitue un élément central dans de nombreuses dispositions (CERRE, 2020<sup>[51]</sup>). L'article 19(a) modifié de la Loi allemande sur la concurrence prohibe explicitement l'utilisation des données collectées pour relever les barrières à l'entrée sur le marché ou entraver la concurrence en refusant ou empêchant l'interopérabilité ou la portabilité des données (Franck et Peitz, 2021<sup>[33]</sup>). L'article 20 révisé stipule que le fait de « refuser de donner accès à ces données en échange d'une compensation adéquate peut constituer une entrave illégale à la concurrence ». Le projet de loi américain sur « l'augmentation de la compatibilité et la concurrence... » en permettant le changement de service impose également explicitement la portabilité des données comme un moyen d'accroître la concurrence<sup>52</sup>. La garantie de la portabilité et de l'interopérabilité des

données constitue également un élément central de la DMA de l'UE<sup>53</sup>. (Voir la section 5. de la présente note pour une discussion plus détaillée sur les dispositions en matière de portabilité et d'interopérabilité des données). Une petit nombre des initiatives cherchent à améliorer le choix des utilisateurs ou le multi-hébergement afin d'accroître la contestabilité du marché. En France, le projet de loi visant à « garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace »<sup>54</sup> entend garantir la contestabilité pour les utilisateurs finaux d'équipements, de manière à garantir le libre choix entre les systèmes d'exploitation concurrents, en stipulant que les boutiques d'applications ne devraient pas empêcher les utilisateurs finaux d'« accéder librement aux informations et aux contenus » et de les partager, et « d'utiliser et de fournir des applications et des services ».

61. Cette garantie d'accès est également une préoccupation de la Digital Markets Taskforce britannique, qui insiste sur le fait que les entreprises reconnues comme ayant le statut d'entreprises stratégiques sur le marché devraient être soumises à des « interventions proconcurrentielles », lesquelles incluent « des interventions en matière de mobilité des données personnelles, d'interopérabilité et d'accès aux données » (Section 4.5). La DMT estime qu'il s'agit d'éléments clés qui peuvent être « utilisés pour traiter les facteurs qui conduisent l'entreprise à détenir une telle position de puissance » (Section 4.5).

## Observations

62. Les principes de contestabilité ou de choix ouvert visent à s'attaquer au risque de comportement d'exclusion (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>). Outre les infrastructures et les services de communication, l'accès aux données qui circulent dans ces infrastructures revêt une importance croissante, étant donné que les données représentent une source clé de valeur, et que leur utilisation et leur réutilisation efficace et innovante peut générer des avantages économiques et sociaux. Toutefois, ces avantages – qui vont des applications innovantes jusqu'à une transparence et une responsabilité accrues – ne peuvent naître qu'à condition que les données soient disponibles (JFTC, 2017<sup>[52]</sup>). En conséquence, la politique de concurrence à l'ère du numérique doit se préoccuper d'un élément critique, à savoir garantir un meilleur accès aux données et un meilleur partage de celles-ci (OCDE, 2019<sup>[53]</sup>) (OCDE, 2021<sup>[49]</sup>). C'est pourquoi, afin de rendre les marchés plus contestables, l'accès aux données est une préoccupation majeure de la plupart des dispositions proposées.

63. Ainsi que l'ont souligné quelques auteurs, comme ils l'ont fait à propos du concept d'équité, le terme « contestabilité » n'est pas non plus très bien défini, par exemple dans la DMA (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sup>[19]</sup>). Ici encore, afin que la DMA et les réglementations similaires soient réellement utiles, les « objectifs fondamentaux » doivent être « clairs et servir de critère pour des développements futurs »<sup>55</sup>. Par ailleurs, il semble que les mesures prévues dans les différentes initiatives réglementaires afin de promouvoir la contestabilité ne cherchent pas seulement à s'attaquer aux caractéristiques structurelles des marchés qui pourraient empêcher l'entrée et l'expansion de nouveaux acteurs, mais également à empêcher un comportement anticoncurrentiel.

64. (Colomo, 2021<sup>[54]</sup>) observe que la notion d'équité en vertu de la DMA est plus large que la notion d'objet ou d'effet anticoncurrentiel. Il cite l'exemple des clauses de la nation la plus favorisée (NPF), qui ne sont pas intrinsèquement anticoncurrentielles en droit de la concurrence. Ces clauses peuvent même être équitables si elles règlent un problème de parasitisme et sont rédigées soigneusement et de manière étroitement définie. Par contraste, l'article 5 de la DMA les prohibe purement et simplement. Il entend ainsi garantir la contestabilité et rééquilibrer la position des contrôleurs d'accès par rapport aux petites entreprises, et donner à ces dernières une chance réelle de concourir en neutralisant les avantages concurrentiels dont jouissent les contrôleurs d'accès (Colomo, 2021<sup>[54]</sup>). Ainsi, l'équité signifie également l'égalité des chances, ou la redistribution par ceux qui ont beaucoup à ceux qui n'ont rien (par exemple, en ce qui concerne les données, voir supra), comme un moyen de maîtriser le pouvoir de marché.

65. Ces observations révèlent un autre objectif général commun à la plupart des initiatives, qui est de compléter les dispositions existantes du droit de la concurrence, afin de combattre l'abus de position dominante, en inférant le pouvoir de marché de certaines caractéristiques observées, sans qu'il soit préalablement nécessaire de définir le marché ou d'établir la domination (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>). Tel est également le cas de la loi allemande modifiée sur la concurrence. À titre de mesure préventive, le *Bundeskartellamt* peut désormais interdire certains types de pratiques des entreprises, qui, en raison de leur position stratégique et de leurs ressources, ont une importance primordiale pour la concurrence sur les marchés. Ces pratiques incluent par ex. l'auto-référencement (« self-referencing ») des propres services d'un groupe ou le fait d'empêcher des entreprises tierces d'entrer sur le marché en traitant des données importantes pour la concurrence.

66. Enfin, il existe des zones grises où les dispositions se chevauchent dans leur objet. Certaines réglementations semblent interpréter l'« équité » comme signifiant l'octroi d'un accès au profit des concurrents, plutôt que le résultat final en termes de bien-être. Ce type de dispositions semble se chevaucher avec l'idée de contestabilité ; tel est le cas, par exemple, des mesures prévues par l'article 19a de la Loi allemande modifiée, notamment l'interdiction de l'auto-référencement (« self-preferencing »)<sup>56</sup> ou le fait de conditionner les services à l'utilisation automatique de données sans sélection de celles-ci<sup>57</sup> qui visent également à ouvrir les marchés et à garantir l'accès. Des mesures similaires figurent également dans la DMA et dans les projets de loi américains, qui sont analysés dans la section 5 de cette note. Ce désir d'incliner le marché en faveur des concurrents des contrôleurs d'accès peut également être vu comme une extension du principe sous-jacent d'équité afin de protéger les petites entreprises ou les nouvelles entreprises.

67. Toutefois, l'accent ainsi mis sur les « petits » semble viser un nouveau concurrent ou un petit concurrent cherchant à accéder au marché, plutôt que le consommateur final. À l'exception notable de la DMT britannique et du projet de loi américain *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act de 2021*, il est comparativement peu fait mention de la promotion du bien-être du consommateur ni de mesures visant directement à promouvoir ce bien-être, au-delà de l'affirmation générale selon laquelle, peut-être, une concurrence plus intense est meilleure pour tout le monde. Bien que cela soit incontestablement vrai, comme en témoigne une littérature abondante, certaines fonctionnalités liées à l'intégration des plateformes numériques dans des écosystèmes ont généré des gains d'efficacité pour les consommateurs qui peuvent ainsi accéder à une vaste gamme de services à partir du même univers et avec un seul mot de passe. Certaines mesures destinées à accroître la contestabilité et à permettre la présence d'un plus grand nombre de fournisseurs sur le marché – bien qu'elles visent à empêcher des écosystèmes de devenir excessivement dominants – peuvent ériger des barrières à l'accès ou à l'usage des consommateurs (voir également les Encadrés 4 et 5 sur les problèmes posés en termes de données).

68. Nous allons à présent évoquer brièvement deux objectifs supplémentaires communs à la plupart des initiatives, à savoir l'innovation et la transparence.

### 3.3. Innovation et transparence

69. Les initiatives réglementaires sont également motivées par le désir de stimuler l'innovation, d'une part, et de garantir une plus grande transparence, d'autre part (par ex. en ce qui concerne les termes et conditions ou d'autres informations mises à la disposition des utilisateurs des services fournis par des entreprises désignées), que ce soit pour les entreprises concurrentes ou les consommateurs. La Commission européenne s'est inquiétée du manque perçu de compétitivité et d'innovation du secteur numérique européen (Commission européenne, 2020<sup>[18]</sup>). L'exposé des motifs et le préambule de la DMA contiennent de nombreuses références au besoin de stimuler l'innovation.

70. En particulier, le considérant 79 stipule que

*L'objectif du présent règlement est de garantir la contestabilité et l'équité du secteur numérique en général, et des services de plateforme essentiels en particulier, en vue d'encourager l'innovation, la qualité des produits et services numériques, l'équité et la compétitivité des prix, ainsi qu'un niveau élevé de qualité et de choix pour les utilisateurs finaux dans le secteur numérique.*

71. Plusieurs dispositions imposent le partage des données et l'accès aux données, en vue d'accroître le potentiel d'innovation des entreprises de petite taille (voir la section 5.3 pour une discussion sur ce point). La Taskforce numérique britannique (DMT) insiste encore plus sur l'encouragement de l'innovation, qui est un leitmotiv clé. Tandis que la DMA lie l'équité et la contestabilité (en employant généralement les deux mots dans la même phrase), la DMT lie « la concurrence et l'innovation ». En effet, le mot « innovation » apparaît 65 fois dans le rapport de la DMT à la CMA, et constitue un objectif central de la future Digital Markets Unit que la Taskforce appelle de ses vœux (voir la section suivante pour plus d'informations). Les Recommandations 12 et 13 soulignent l'importance de créer le bon cadre pour la concurrence et les innovations, et de s'attaquer aux pratiques qui peuvent empêcher l'innovation.

72. Aux États-Unis, le Projet de loi n° 3816 (*American Choice and Innovation Online Act*) a également pour objectif de stimuler l'innovation en empêchant les comportements abusifs qui peuvent réduire les incitations des entreprises en place à innover. Ce projet énumère trois pratiques discriminatoires principales et 10 pratiques discriminatoires supplémentaires qui empêchent finalement la concurrence et l'innovation et qui seront jugées illégales<sup>58</sup>. Bien que la Loi allemande sur la concurrence, telle que modifiée, ne stipule pas l'innovation comme un objectif, il est notable que le degré d'innovation stimulé par des pressions concurrentielles est l'un des critères atténuants pris en compte dans l'évaluation du pouvoir de marché d'une entreprise<sup>59</sup>. La loi japonaise pour l'amélioration de la transparence et de l'équité, bien qu'elle ne cherche pas directement à promouvoir l'innovation, met l'accent sur le fait que l'innovation est un facteur sous-jacent, moteur du changement technologique. Elle

*crée de nouvelles industries utilisant des données, change la structure socio-économique à l'échelle mondiale et joue le rôle de plateformes numériques. En raison de son importance croissante, elle devient déterminante pour protéger les intérêts des utilisateurs qui fournissent des produits, etc., tout en prenant en considération l'indépendance et l'autonomie des fournisseurs de services de plateforme numérique. Améliorer la transparence et l'équité de plateformes numériques spécifiques en désignant certaines plateformes, en divulguant les conditions de fourniture des services, etc. de ces plateformes spécifiques, en évaluant la transparence et l'équité de plateformes numériques spécifiques (...)*<sup>60</sup>

73. Ni la proposition française ni la proposition italienne ne font référence à l'innovation.

74. La transparence est un aspect lié à l'innovation ou qui peut contribuer à la stimuler. La plupart des initiatives réglementaires contiennent des dispositions qui visent à accroître la transparence afin de régler le problème de l'asymétrie de l'information entre les plateformes et les utilisateurs.

## Observations

75. Les mesures qui cherchent à stimuler l'innovation et la transparence dans les initiatives réglementaires sont très complémentaires des deux objectifs d'équité et de contestabilité. Si l'objectif primordial de la réforme du secteur numérique est d'améliorer le bien-être (Commission européenne, 2020<sub>[18]</sub>), les deux objectifs précités doivent alors former un tout. Le lien entre concurrence et innovation a été établi de manière empirique par plusieurs auteurs, bien qu'il existe un certain désaccord entre eux à propos de la nature exacte de la relation. Généralement parlant, il est établi qu'une intervention pour promouvoir la concurrence accroîtra l'innovation. Les entreprises qui sont confrontées à la concurrence de leurs rivaux innoveront plus que les monopoles (bien qu'après cette concurrence, une entreprise peut bien entendu finir par détenir un monopole grâce à un brevet). La relation n'est pas simple : il est possible que des marchés modérément concurrentiels soient les plus innovants, alors que des monopoles et des marchés extrêmement concurrentiels innoveront peu (OCDE, 2014<sub>[55]</sub> ; Aghion et al., 2005<sub>[56]</sub>).

76. (Crawford et al., 2021<sup>[45]</sup>) discutent en détail du lien entre la réglementation des plateformes numériques et l'innovation. Ils se rallient aux propositions de réglementation visant à promouvoir l'équité et la contestabilité et soulignent que « l'équité peut accroître les récompenses accordées à l'innovation et la contestabilité peut permettre aux entreprises les plus innovantes de faire plus facilement concurrence<sup>61</sup>. Ils contestent l'argument selon lequel plus de réglementation pourrait étouffer l'innovation chez les plateformes, en indiquant, entre autres, que la différence clé en matière d'innovation est :

*la différence entre le niveau absolu d'innovation des plateformes actuelles, par comparaison avec le niveau d'innovation que nous observerions si ces plateformes étaient confrontées à plus de concurrence. C'est la différence entre les deux qui importe pour la politique réglementaire<sup>62</sup>.*

77. En particulier, ils soutiennent que l'accroissement de la contestabilité des marchés numériques est susceptible d'accroître l'innovation, à la fois chez les entreprises en place et chez les nouveaux entrants. Ces mesures sont en outre soutenues par les dispositions qui accroissent la transparence (de l'utilisation des données, par exemple). En premier lieu, parce que ces dispositions peuvent fournir des intrants essentiels aux entreprises concurrentes, en second lieu par ce qu'elles accroîtront la responsabilité de ceux qui détiennent les données, et en troisième lieu parce qu'elles donneront du pouvoir aux utilisateurs et aux consommateurs.

78. La transparence a également été un sujet de préoccupation pour les décideurs politiques, de longue date et en particulier dans le domaine des relations commerciales<sup>63</sup>. On peut dire que la transparence est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour que la concurrence fonctionne bien sur les marchés numériques. La transparence peut aider à combattre l'opacité ou le fonctionnement de type « boîte noire » des plateformes, et particulièrement leur utilisation des algorithmes et de l'intelligence artificielle (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) (Ezrachi et Stucke, 2016<sup>[57]</sup>) (OCDE, 2016<sup>[28]</sup>). Les principes de transparence visent également à soutenir la liberté de choix, en veillant à ce que les plateformes fournissent des informations suffisantes aux utilisateurs, de manière à ce qu'ils puissent prendre des décisions éclairées (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>). Ils sont moins utiles, toutefois, pour les petites entreprises (clients, fournisseurs ou concurrents) qui n'ont pas de pouvoir de négociation. Des règles plus transparentes leur permettront certes de s'adapter plus facilement, mais ces règles seront toujours fixées par l'opérateur qui détient un pouvoir de négociation supérieur (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>). Il n'en demeure pas moins que le renforcement de la transparence, afin de révéler l'usage des données, ou le fonctionnement d'un algorithme, est une étape vers la facilitation de l'accès au marché.

79. La Section 5.3 analyse les différentes dispositions qui visent à stimuler l'innovation et à améliorer la transparence dans le double objectif de donner plus de liberté de choix aux consommateurs et de renforcer leur confiance.

### **Conclusion de cette section**

80. Pour conclure cette section consacrée à l'objet et aux objectifs des réglementations analysées dans cette note, on peut dire que les initiatives réglementaires sont nées du désir de trouver des mesures capables de régler les problèmes communs découlant de la capacité des plateformes numériques à exploiter leur pouvoir de marché pour se livrer à des conduites d'exclusion ou d'exploitation abusive. En outre, d'autres préoccupations politiques semblent inspirer ces initiatives, notamment la promotion d'une plus grande équité au-delà de la plateforme elle-même, ou la capacité à contrôler les contenus. Toutefois, les objectifs des réglementations ne sont pas tous énoncés de manière explicite, ce qui est fâcheux car cela laisse une large marge d'interprétation du texte légal et ne fournit pas suffisamment d'orientations pour son application (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sup>[19]</sup>) (Crawford et al., 2021<sup>[45]</sup>). En effet, l'objectif doit parfois être inféré du texte même des dispositions. L'absence de définitions claires pourra dans certains cas s'avérer problématique pour l'application future de la réglementation, comme nous l'avons vu dans la section consacrée à l'équité, *supra*. Sans objectifs clairement énoncés et définis, les obligations énumérées risquent de ressembler à un « ensemble incohérent de règles issues d'un manuel de règles incomplet, qui n'est pas certain de ses propres objectifs finaux » (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sup>[19]</sup>). Si la

justification sous-jacente semble claire, comme une extension naturelle des multiples rapports, avis et consultations publiques qui sont intervenus au cours des deux dernières années, certains projets de réglementation gagneraient en utilité à définir clairement les termes employés (Crawford et al., 2021<sup>[45]</sup>).

81. Nous allons à présent analyser les mesures réglementaires elles-mêmes, en commençant par analyser leur champ d'application et leur application, avant d'aborder la manière dont elles visent à atteindre les objectifs énumérés ci-dessus, en particulier la lutte contre les pratiques d'exclusion et d'exploitation abusive.

# 4. Mesures clés contenues dans les principales initiatives réglementaires

82. Cette section donne un aperçu du champ d'application des réglementations et des approches clés choisies par les différentes juridictions, afin d'identifier des points de convergence et de divergence. Elle traitera en particulier des questions suivantes :

- Le champ d'application ; d'abord *ratione materiae* (secteurs et activités), puis *ratione personae*, à savoir les règles, les critères et les procédures pour identifier les destinataires des nouvelles réglementations *ex ante* et les institutions chargées d'appliquer les nouvelles règles (le « Qui » des réglementations) ;
- Les modèles et procédures de détermination des obligations et interdictions spécifiques applicables aux entreprises désignées, y compris la mesure dans laquelle il est possible d'avancer des justifications objectives, et/ou de procéder à une analyse au cas par cas (le « Comment »).

## 4.1. Champ d'application des dispositions et entreprises soumises à ces dispositions (« Qui ? »)

### 4.1.1. Champ d'application des réglementations proposées

83. Les réglementations et les initiatives analysées dans cette note n'ont pas toutes le même champ d'application *ratione materiae* et s'appliquent donc à des secteurs et à des activités économiques différents.

84. Certaines réglementations ne sont pas explicitement limitées à un secteur spécifique et pourraient s'appliquer indépendamment de l'activité économique spécifique concernée :

- Les dispositions allemandes *ex ante* s'appliquent aux entreprises actives dans une mesure significative sur les marchés multifaces et les réseaux<sup>64</sup>. Elles s'appliquent donc à toutes sortes de plateformes numériques (par ex., des moteurs de recherche, des places de marché en ligne, des systèmes d'exploitation mobiles et des boutiques d'applications, des plateformes de streaming audio et vidéo, et des plateformes de prise de rendez-vous en ligne) mais ne se limitent pas aux marchés numériques et pourraient également couvrir, en théorie, des marchés bifaces traditionnels, tels des centres commerciaux, des journaux financés par la publicité ou la TV (Franck et Peitz, 2021, p. 515<sup>[33]</sup>) ;
- La proposition italienne s'adresse en particulier aux marchés caractérisés par la présence d'une plateforme numérique ou d'entreprises qui ont besoin de cette plateforme pour avoir accès aux consommateurs finaux ou aux fournisseurs, bien que le texte des dispositions proposées ne soit pas spécifiquement et explicitement limité à ces marchés<sup>65</sup> ;
- La proposition française sur les entreprises soumises à la réglementation ne fait référence à aucun type spécifique d'activités économiques ou de services<sup>66</sup> ;

85. D'autres initiatives font référence aux marchés numériques en général :

- L'avis rédigé par la Digital Markets Taskforce (DMT's) britannique vise les marchés numériques en général. Son objet est « *de traiter la question du préjudice découlant du pouvoir de marché et de la position stratégique des entreprises numériques les plus puissantes, qui ont une portée et une influence considérables sur de nombreux aspects de nos vies*<sup>67</sup>. » Cependant, au moment de la désignation, la Digital Markets Unit (DMU) identifiera les activités spécifiques auxquelles le code de conduite s'appliquera.
- La Loi japonaise pour l'amélioration de la transparence et de l'équité concerne uniquement les plateformes numériques, définies comme des sites Internet ou d'autres espaces en ligne utilisés par un grand nombre de gens pour partager des produits, des services ou des droits<sup>68</sup>. En outre, elle couvre les services numériques fournis à des personnes grâce à Internet et à d'autres réseaux d'information et de communication avancés, à l'exclusion spécifique de la télédiffusion, telle que définie dans la Loi sur la télédiffusion (Loi n° 132 de 1952).

86. Enfin, d'autres propositions énumèrent les services numériques spécifiques fournis par des entreprises désignées auxquelles les nouvelles réglementations s'appliqueront :

- L'article 2(2) du projet de législation sur les marchés numériques de l'UE (« DMA ») énumère huit « services de plateforme essentiels » qui sont respectivement les suivants :
  - services d'intermédiation en ligne ;
  - moteurs de recherche en ligne ;
  - services de réseaux sociaux en ligne ;
  - services de plateformes de partage de vidéos ;
  - services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ;
  - systèmes d'exploitation ;
  - services d'informatique en nuage ;
  - services de publicité, y compris tous réseaux publicitaires, échanges publicitaires et autre service d'intermédiation publicitaire, fournis par un fournisseur de l'un quelconque des services de plateforme essentiels énumérés ci-dessus.

87. Cette liste pourra être étendue à l'avenir, à la suite d'une enquête sur le marché réalisée en vertu de l'article 17 de la DMA.

- Les projets de loi américains identifient trois grandes catégories de plateformes en ligne qui seront couvertes par les règles proposées<sup>69</sup> :
  - Un site Internet, une application en ligne ou mobile, un système d'exploitation, un assistant numérique ou un service en ligne qui « *permet à un utilisateur de générer un contenu qui peut être vu par d'autres utilisateurs sur la plateforme ou d'interagir avec un autre contenu sur la plateforme* »
  - Un site Internet, une application en ligne ou mobile, un système d'exploitation, un assistant numérique ou un service en ligne qui « *facilite l'offre, la vente, l'achat, le paiement ou l'expédition de produits ou de services, y compris des applications logicielles, entre et parmi des consommateurs ou des entreprises non contrôlés par la plateforme* »
  - Un site Internet, une application en ligne ou mobile, un système d'exploitation, un assistant numérique ou un service en ligne qui « *permet à l'utilisateur de faire des recherches ou demandes qui donnent accès à, ou affichent un grand volume d'informations.* »

## Observations

88. Ces initiatives semblent adopter des vues différentes sur la manière de définir les activités économiques relevant de leur champ d'application. Certaines réglementations ne sont pas limitées à des activités économiques spécifiques et s'appliquent sur tous les marchés. La question de savoir si elles se

focaliseront sur des marchés numériques spécifiques ou des problèmes spécifiques dépendra essentiellement de leur application concrète. En ce qui concerne les initiatives limitées à des services spécifiques, c'est-à-dire les projets de loi américains et la DMA, on constate que les services énumérés dans la DMA et dans l'*American Choice and Innovation Online Act*<sup>70</sup> se recoupent dans une mesure significative. Par exemple, la première catégorie définie en termes larges dans les dispositions américaines (qui vise les sites Internet, les systèmes d'exploitation ou les services qui permettent à un utilisateur de générer un contenu qui peut être vu par d'autres utilisateurs) regroupe au moins deux services de plateforme essentiels énumérés dans la DMA, à savoir les services de réseaux sociaux en ligne et les services de plateformes de partage de vidéos. De la même manière, il semble que la troisième catégorie visée dans le projet de loi américain sur les recherches ou demandes de l'utilisateur correspond à la catégorie des moteurs de recherche en ligne de la DMA.

89. Cependant, il existe également des différences dans le spectre des services couverts. Par exemple, le projet américain ne couvre pas explicitement les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation. Bien que l'on puisse soutenir qu'ils remplissent une fonction de réseaux sociaux et relèvent donc de la seconde catégorie précitée, il n'est pas tout à fait clair que les dispositions américaines s'appliquent à ces services (Schnitzer et al., 2021, p. 7<sub>[44]</sub>). De la même manière, le projet de loi américain ne couvre pas séparément les services de publicité. Ces services ne seront probablement couverts que dans la mesure où ils forment une partie intrinsèque du modèle économique de la plateforme, par exemple s'ils fournissent à la plateforme le moyen d'obtenir des subventions croisées au profit de ses services gratuits, mais cela n'est pas totalement clair (Schnitzer et al., 2021, p. 7<sub>[44]</sub>). Par ailleurs, le projet de loi américain peut potentiellement englober des services supplémentaires dans la troisième catégorie précitée, tels les assistants virtuels et les navigateurs qui ne sont pas énumérés dans la DMA (Schnitzer et al., 2021, p. 8<sub>[44]</sub>).

90. Simultanément, le fait de donner la liste exhaustive des services spécifiques auxquels les nouvelles règles s'appliqueront, comme le fait la DMA, peut comporter à la fois des avantages et des inconvénients :

91. D'une part, le fait que la loi donne une liste précise confère une sécurité juridique et garantit de viser uniquement les services (de plateforme) qui, sur la base des enseignements de l'expérience, ont posé ou sont susceptibles de poser le plus de problèmes de concurrence, bien que cet objectif pourrait également être atteint par le processus de désignation (en identifiant des services spécifiques couverts dans la décision de désignation) (Schnitzer et al., 2021, p. 8<sub>[44]</sub>). La DMA souligne explicitement le fait que les services de plateforme essentiels présentent certaines caractéristiques qui peuvent être exploitées par leurs fournisseurs. Ces caractéristiques incluent des économies d'échelle extraordinaires, de très puissants effets de réseau, la capacité à connecter de nombreuses entreprises utilisatrices avec de nombreux utilisateurs finaux grâce à la nature multifacée de ces services, un haut degré de dépendance à la fois des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux, des effets de verrouillage, un manque de multi-hébergement, l'intégration verticale et des avantages procurés par les données<sup>71</sup>. Certains auteurs mettent en lumière le fait qu'il est déjà prouvé que les marchés de certains services énumérés (tels les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les systèmes d'exploitation) présentent un degré élevé de concentration, avec une dépendance corrélative des entreprises utilisatrices à l'égard de certaines plateformes, tandis que pour d'autres services (messagerie, informatique en nuage) une dynamique similaire peut être possible mais moins systématique (Schweitzer, 2021, p. 15<sub>[58]</sub>).

92. D'autre part, le fait de lister des activités spécifiques peut contrecarrer l'objectif d'adopter des réglementations à l'épreuve du temps, et semble plutôt refléter les relations concurrentielles actuelles entre les services, qui pourraient changer à l'avenir. Par exemple, la DMA couvre uniquement les plateformes de partage de vidéos, mais, selon certains auteurs, ne semble pas couvrir les services de partage vidéo et audio sur abonnement (Cappello, 2021<sub>[59]</sub>) (Budzinski et Mendelsohn, 2021, p. 14<sub>[19]</sub>). Or, plusieurs arguments solides suggèrent qu'il existe une certaine concurrence entre ces services (Budzinski, Gaenssle et Lindstädt, 2021<sub>[60]</sub>). Par exemple, selon (Budzinski et Mendelsohn, 2021, p. 14<sub>[19]</sub>) une

plateforme de partage de vidéos comme YouTube offre la possibilité de louer des films, et s'adresse donc à des besoins des consommateurs similaires à ceux des services de partage de vidéos sur abonnement, sans exiger un abonnement. Par contraste, le fait d'inclure des services spécifiquement définis dans les réglementations peut conduire à appliquer un traitement différent à des services concurrents, en fonction du modèle économique adopté par l'opérateur, par exemple selon qu'il choisit de fournir une plateforme sur abonnement ou un service permettant de partager des vidéos à la demande, par le biais d'une plateforme financée par la publicité. En résumé, beaucoup d'arguments plaident en faveur d'un champ d'application large des mesures, sachant que le rythme de l'innovation est rapide, avec l'introduction constante de nouveaux services et de nouvelles caractéristiques qui changent la dynamique concurrentielle, et sachant qu'en tout cas il existe un processus de désignation qui garantit la sécurité juridique car il identifiera les services/activités spécifiques auxquels ces mesures s'appliqueront et ne s'appliqueront pas finalement.

#### **4.1.2. Définition des entreprises soumises aux règles ex ante**

93. Ainsi qu'il a été noté dans la Section 2. et dans (OCDE, 2018<sup>[61]</sup>), les marchés numériques présentent certaines caractéristiques spécifiques qui sont susceptibles d'augmenter les barrières à l'entrée. La dynamique de la concurrence pour le marché, le caractère multiface, les effets de réseau et de fortes économies d'échelle et de gamme peuvent rendre plus difficile l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents et, dès lors, rendre certains marchés numériques, notamment les marchés de plateforme numérique, plus enclins à basculer vers une position dominante. Or, bien que la position dominante ne soit pas prohibée en soi, il n'en demeure pas moins qu'une fois établie à la lumière de ces caractéristiques, il est difficile pour des rivaux de la déloger. Les dangers liés aux entreprises qui sont des conglomerats dominants sont particulièrement problématiques lorsqu'elles deviennent des « contrôleurs d'accès », c'est-à-dire des agents économiques qui contrôlent l'accès par un groupe d'utilisateurs à certains produits ou à un autre groupe d'utilisateurs (Bourreau et de Streel, 2019<sup>[62]</sup>).

94. En ce qui concerne les plateformes numériques, (Bourreau et de Streel, 2019<sup>[62]</sup>) identifient deux scénarios dans lesquels la présence d'un contrôleur d'accès peut restreindre la concurrence :

- Un contrôleur d'accès contrôle l'accès d'autres entreprises à certains utilisateurs. Si les consommateurs ne pratiquent pas le multi-hébergement (c'est-à-dire utilisent uniquement la plateforme du contrôleur d'accès), les entreprises qui souhaitent offrir leurs produits nouveaux n'ont pas d'autre choix que celui d'utiliser cette plateforme afin d'avoir accès aux consommateurs mono-hébergement. Par exemple, grâce à sa vaste base d'utilisateurs, Facebook peut contrôler l'accès aux utilisateurs (en particulier ceux qui passent beaucoup de temps sur cette plateforme) par les annonceurs, qui n'ont aucune autre alternative fiable que d'atteindre les mêmes utilisateurs que ceux qui utilisent le réseau social de Facebook (Bourreau et de Streel, 2019, p. 19<sup>[62]</sup>).
- Un contrôleur d'accès contrôle l'accès des clients à des produits ou services, et est donc capable d'influencer leurs modèles de consommation, par exemple en faisant apparaître des résultats sur son moteur de recherche dans un certain classement. Par exemple, le moteur de recherche Google peut faire apparaître les résultats de recherche dans un certain ordre, influençant ainsi le choix des utilisateurs et le détournant vers certains produits ou fournisseurs. De la même manière, Spotify pourrait utiliser son système de recommandation ou sa fonction « découverte hebdomadaire » afin de diriger les utilisateurs vers certains fournisseurs de contenus musicaux (en les menaçant ensuite s'ils décident d'augmenter leurs redevances pour fournir ces contenus musicaux) (Bourreau et de Streel, 2019, p. 19<sup>[62]</sup>).

95. Dans les deux scénarios, certaines caractéristiques du marché et certains comportements des consommateurs sont particulièrement importants pour qu'une position de contrôleur d'accès se matérialise :

- L'importance du pouvoir de marché d'une entreprise sur le marché d'intermédiation en amont ou sur le marché des terminaux des utilisateurs (téléphones mobiles, tablettes, systèmes d'exploitation). Par exemple, un opérateur de plateforme, même s'il n'est pas dominant, peut être l'unique ou le principal fournisseur de services d'intermédiation ;
- La nature durable ou transitoire du pouvoir de marché de l'entreprise, y compris les barrières à l'entrée auxquelles se heurtent les services existants ou futurs (CERRE, 2020<sub>[20]</sub>) ;
- L'existence d'entreprises qui dépendent du produit, du service ou de la position du contrôleur d'accès (CERRE, 2020<sub>[20]</sub>) ;
- La question de savoir si les utilisateurs pratiquent le multi-hébergement ou peuvent au moins passer à des fournisseurs de remplacement, c'est-à-dire la question de savoir s'ils utilisent un ou plusieurs services ou restent uniquement dans un écosystème, par exemple ;
- Les biais cognitifs des consommateurs, notamment le biais de cadrage (le fait d'être influencé par la manière dont les différentes options sont présentées), le biais de saillance (le fait de se focaliser sur l'article le plus proéminent) et le biais de choix par défaut (le fait d'accepter l'option par défaut)<sup>72</sup> ;
- L'intégration verticale de l'entreprise, ou écosystème, qui peut fournir une incitation à exploiter le pouvoir de marché sur d'autres marchés et à exclure les concurrents ;
- L'accès à des intrants importants sur le plan concurrentiel, par exemple des données, qui permettent à l'entreprise d'offrir de meilleurs produits ou services et de les personnaliser en fonction des clients, tandis que les concurrents ne disposent pas du même avantage.

96. Ces éléments se reflètent plus ou moins dans les différentes réglementations *ex ante* analysées dans cette note. Bien que les réglementations utilisent des dénominations différentes pour désigner les entreprises soumises aux nouvelles dispositions (par exemple, « contrôleurs d'accès » dans la DMA, « entreprises d'une importance primordiale pour la concurrence sur les marchés » en Allemagne, entreprises ayant un « statut d'entreprise stratégique sur le marché » au Royaume-Uni, « entreprises structurantes » dans le projet de loi français, « entreprises ayant une importance essentielle pour la concurrence sur plusieurs marchés » en Italie, « opérateur de plateforme couvert » dans les projets de loi américains), les **critères qualitatifs** servant à les identifier se réfèrent par exemple aux éléments suivants :

- la capacité de l'entreprise à contrôler l'accès de tiers aux marchés de l'offre et de la vente<sup>73</sup> et à agir en tant que « *contrôleur d'accès important permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux* »<sup>74</sup> ;
- le pouvoir de marché solidement établi de l'entreprise, qui est durable et n'est pas susceptible d'être balayé par la concurrence à court terme<sup>75</sup> ;
- l'intégration verticale de l'entreprise<sup>76</sup> ;
- l'accès de l'entreprise à des données importantes pour la concurrence<sup>77</sup>.

97. Toutefois, il existe également des différences et des divergences dans les critères adoptés.

98. Ainsi, la loi allemande et les propositions française et italienne se réfèrent au concept de domination sur un ou plusieurs marchés, ce qui exige d'emblée de définir le marché en cause (Franck et Peitz, 2021<sub>[33]</sub>) et éventuellement de constater l'existence d'une position dominante (y compris l'analyse des caractéristiques du marché en cause et la position de l'entreprise par rapport à ses rivaux).<sup>78</sup> La DMT et l'UE adoptent une position différente et, tout en soulignant l'importance d'avoir une preuve directe d'un pouvoir de marché solidement enraciné (par ex., substituabilité, rivalité concurrentielle, barrières à l'entrée et expansion)<sup>79</sup>, n'exigent pas de constater une domination ni même de définir le marché en cause. La DMT met cet aspect en lumière de manière très claire, lorsqu'elle observe que

*La définition formelle du marché en cause implique de fixer des règles claires arbitraires indiquant quels produits sont “dans” le marché et quels produits sont “hors” du marché. Cette tentative de fixer ces règles claires est souvent inutile. La preuve pertinente peut être analysée et interprétée sans devoir définir formellement un marché en cause. Par exemple, des documents internes discutant des concurrents, des opinions des clients ou des concurrents sur des produits ou services de substitution, et la preuve des changements de fournisseur peuvent être analysés sans devoir définir le marché en cause. Les parts de marché peuvent également être calculées sur de multiples bases différentes et interprétées sans se fonder sur la définition du marché. La fixation de ces règles claires ajoute également une complexité inutile. Par exemple, elle peut créer une duplication inutile et être inefficace car la même preuve est considérée deux fois : une première fois lors de la définition du marché en cause et une seconde fois lors de l'évaluation de la position d'une entreprise sur ce marché. De la même manière, elle peut conduire à formuler des questions d'une manière abstraite et indirecte, c'est-à-dire éloignée des preuves disponibles. Enfin, la définition formelle du marché encourage également une approche étroite, dans laquelle chaque produit ou service est alloué à un marché spécifique, de telle sorte qu'il est difficile de prendre en considération des interactions importantes au sein d'un écosystème de produits. Dans ces conditions, la définition formelle du marché est particulièrement inadaptée aux marchés numériques où des entreprises peuvent avoir développé des écosystèmes complexes de produits interdépendants. »<sup>80</sup>*

99. En vertu de certaines des initiatives *ex ante* ici analysées, la constatation de l'existence d'un pouvoir de marché (enraciné) pourrait exiger une certaine forme de définition du marché. Dans ce cas, il faudrait alors, par exemple, évaluer s'il existe des alternatives viables au produit ou au service du contrôleur d'accès. Toutefois, cela irait à l'encontre de l'une des justifications des propositions d'adoption d'une réglementation *ex ante* de ces marchés, qui est avant tout de permettre des interventions plus rapides avant qu'un préjudice ne survienne. En effet, exiger formellement de définir le marché en cause et, éventuellement, d'identifier une position dominante avant de pouvoir désigner les entreprises qui seront soumises à la réglementation risque d'augmenter considérablement la durée des procédures (par exemple, en suscitant des contestations à propos de la bonne définition du marché) (Franck et Peitz, 2021, p. 517<sup>[33]</sup>) et de compromettre l'application efficace des nouvelles règles *ex ante* (Botta, 2021<sup>[31]</sup>), en réintroduisant un élément de rigidité qui va à l'encontre de l'objectif, qui est de traiter les problèmes structurels de concurrence sur des marchés dynamiques caractérisés par une innovation disruptive (CERRE, 2021, p. 11<sup>[63]</sup>).

100. Bien que les critères qualitatifs soient similaires dans les différentes réglementations proposées, la DMA, l'avis de la DMT, la loi japonaise pour la transparence et l'équité et certains projets de loi américains prévoient des **seuils spécifiques basés sur le chiffre d'affaires ou la capitalisation boursière** qui s'appliquent indépendamment de la constatation d'une position dominante, afin d'identifier les entreprises qui seront soumises aux nouvelles réglementations. Ces critères quantitatifs visent à garantir que les nouvelles réglementations couvrent les plateformes des très grandes entreprises qui ont des écosystèmes très étendus et qui ont posé la majorité des problèmes de concurrence à ce jour (Schnitzer et al., 2021<sup>[44]</sup>). La DMA et les projets de loi américains ajoutent également un critère relatif au **nombre d'utilisateurs finaux actifs et d'entreprises utilisatrices actives** de la plateforme<sup>81</sup>. L'avis de la DMT mentionne uniquement le nombre d'utilisateurs comme un critère possible pour évaluer la taille ou la gamme de l'entreprise, et souligne que « *la métrique la plus appropriée est susceptible de dépendre du contexte spécifique* »<sup>82</sup>. À la différence des projets de loi américains, la DMA donne à l'UE une certaine souplesse pour désigner un contrôleur d'accès, même si ces seuils basés sur le chiffre d'affaires et le nombre d'utilisateurs ne sont pas atteints. Cela sera possible à la suite d'une enquête sur le marché évaluant la taille du fournisseur, le nombre d'entreprises et d'utilisateurs finaux qui s'appuient sur la plateforme, les barrières à l'entrée et d'autres facteurs structurels<sup>83</sup>. D'une part, la plus grande souplesse des dispositions de la DMA reflète la volonté de se concentrer davantage sur la proportionnalité, afin d'éviter de cibler des entreprises sans une bonne justification, tout en pouvant soumettre à cette réglementation des entreprises qui ne remplissent pas formellement les critères quantitatifs. En outre, la DMA vise à ce que les nouvelles règles résistent à l'épreuve du temps, en évitant que la fragmentation des services soit utilisée de manière stratégique par des entreprises afin d'éviter de remplir les critères quantitatifs (Schnitzer et al., 2021, pp. 5,

10, 11<sup>[44]</sup>). D'autre part, cette souplesse pourrait créer de l'ambiguïté à propos du résultat du processus de désignation et augmenter les frais et accroître les risques pour les entreprises qui devront autoévaluer si elles relèvent de l'application des nouvelles dispositions.

101. Par contraste, bien qu'elle ait également envisagé l'option d'introduire des seuils fondés sur le chiffre d'affaires, afin de désigner les entreprises revêtant une importance primordiale sur les marchés (Mundt, 2021<sup>[64]</sup>), l'Allemagne n'a finalement introduit des seuils spécifiques basés sur le chiffre d'affaires qu'en vertu de ses nouvelles règles en matière de contrôle des fusions, et non comme un critère d'identification des entreprises soumises aux nouvelles interdictions *ex ante*. Les nouvelles règles en matière de contrôle des fusions, dans leur dernière version modifiée, donnent au *Bundeskartellamt* le pouvoir d'ordonner à une entreprise de notifier chaque concentration dans un ou plusieurs secteurs spécifiques de l'économie.<sup>84</sup>

#### **4.1.3. La procédure de désignation des entreprises soumises à la réglementation *ex ante***

102. Les nouvelles réglementations *ex ante* adoptent deux modèles différents en ce qui concerne la manière dont les entreprises concernées sont identifiées :

- Dans le premier modèle, les entreprises doivent **autoévaluer** si elles satisfont aux critères qualitatifs et, le cas échéant, aux critères quantitatifs posés par la loi, le décret ministériel ou les directives. Si elles remplissent ces critères, elles doivent **le notifier** à l'autorité compétente et lui fournir toutes les informations pertinentes. Tel est le modèle proposé dans l'UE, bien que l'article 3(3) de la DMA dispose que dans le cas où l'entreprise manquerait de notifier les informations requises, la Commission européenne peut désigner cette entreprise comme contrôleur d'accès. C'est également le modèle adopté par la loi japonaise pour l'amélioration de la transparence et de l'équité<sup>85</sup>.
- Dans le second modèle, l'autorité compétente doit **désigner** les entreprises soumises à la réglementation *ex ante*, et leur adresser sa décision ou les inclure dans une liste d'entreprises auxquelles les nouvelles règles s'appliqueront. Cela semble être le modèle adopté en Allemagne<sup>86</sup> et proposé en France<sup>87</sup>, en Italie<sup>88</sup>, au Royaume-Uni<sup>89</sup> et dans quatre des projets de loi présentés aux États-Unis<sup>90</sup>, étant donné qu'aucune de ces dispositions ne fait mention d'une obligation de notification imposée aux entreprises.

103. En outre, la DMA établit un renversement de la charge de la preuve et exige de l'entreprise qu'elle démontre, dans sa notification, que bien qu'elle satisfasse aux critères de seuil quantitatifs, elle ne satisfait pas aux exigences qualitatives (contrairement à ce qui est le cas en vertu de l'article 102 du TFUE, aux termes duquel il incombe à l'autorité de démontrer, conformément aux exigences légales en vigueur, que l'entreprise est dominante). Toutefois, la Digital Markets Taskforce (DMT) britannique déconseille clairement ce renversement de la charge de la preuve. La DMT recommande plutôt que l'autorité « ait la charge de prouver qu'une entreprise doit être désignée comme ayant le statut d'entreprise stratégique sur le marché et rapporte cette preuve selon les règles du droit commun, fondées sur la balance des probabilités ».<sup>91</sup>

104. Enfin, toutes les propositions prévoient que les décisions identifiant les entreprises soumises à la nouvelle réglementation soient revues périodiquement, tous les deux ans (par ex. en vertu de la DMA), tous les cinq ans (par ex. en Allemagne, en Italie et au Royaume-Uni) ou tous les dix ans (par ex. aux États-Unis).

#### **4.1.4. Régime institutionnel : l'autorité chargée d'appliquer les nouvelles règles *ex ante***

105. En ce qui concerne l'autorité chargée de faire appliquer les nouvelles règles, trois modèles peuvent être identifiés :

- Dans un modèle, l'**autorité de la concurrence, telle qu'elle est actuellement structurée**, a la charge de faire appliquer les nouvelles règles. Les nouvelles règles n'exigent donc pas explicitement la création d'une nouvelle unité au sein de l'autorité de la concurrence ou de créer un nouvel organe. Tel est le modèle adopté en Allemagne<sup>92</sup> et proposé en Italie<sup>93</sup> et en France<sup>94</sup>, où les nouvelles dispositions visent uniquement l'autorité nationale de la concurrence, sans autre spécification ou exigence.
- Un modèle similaire a été proposé en vertu de certains projets de loi américains, qui confèrent aux autorités de la concurrence (FTC et ministère de la Justice) le pouvoir d'appliquer les nouvelles règles. La différence par rapport au modèle précédent reflète les spécificités du système américain et concerne la **pluralité des organes responsables**, étant donné que la FTC et le ministère de la Justice ne seront pas seuls investis de cette tâche, laquelle incombera également à tout procureur général d'un État, qui pourra engager une action civile pour violation des nouvelles dispositions<sup>95</sup>.
- Enfin, dans un modèle différent, une **unité spécialisée ou un organe spécialisé** est créé au sein de l'autorité de la concurrence ou à l'extérieur de celle-ci. La DMA prévoit la création d'une nouvelle unité spécialisée dotée d'un nouvel effectif de 80 personnes d'ici 2025 (en supposant que la DMA soit adoptée d'ici 2022), bien qu'il ne soit pas certain qu'elle relèvera de la Direction générale de la concurrence, en tant que département séparé de celle-ci (Botta, 2021<sub>[31]</sub>) ou sera un département trans-Directions générales impliquant les trois Directions générales majeures (DG COMP, DG GROW et DG CNECT, qui, en vertu des dispositions proposées, supporteront la charge administrative de l'application de ces dispositions) (Budzinski et Mendelsohn, 2021, p. 11<sub>[19]</sub>). En ce qui concerne la coopération de cette nouvelle unité, la DMA crée le Comité consultatif en matière de marchés numériques<sup>96</sup> et dispose que les autorités nationales de la concurrence ne doivent pas prendre de décisions allant à l'encontre d'une décision adoptée par le Comité. Toutefois, bien qu'elle fasse généralement référence à la nécessité d'une coopération étroite en matière de mesures d'exécution<sup>97</sup>, la DMA ne fixe aucune règle spécifique à propos des mécanismes de coopération avec d'autres organes de l'UE ou des organes nationaux, en dépit du risque de chevauchement avec des régulateurs sectoriels ou des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence *ex post* (étant donné qu'un grand nombre des pratiques auxquelles s'attaquent les nouvelles règles *ex ante* pourraient également être visées – et l'ont été par le passé – *ex post* par le droit de la concurrence).
- Bien qu'elle adopte un modèle similaire, la DMT donne plus de détails sur le cadre institutionnel proposé. Elle recommande de créer une Unité marchés numériques (Digital Markets Unit (DMU)) ayant la « primauté » pour l'application des nouvelles règles, et recommande également que cette unité partage le pouvoir d'établir et d'appliquer le code de conduite avec Ofcom et la FCA<sup>98</sup>. La DMU britannique est également créée pour coopérer avec des homologues nationaux et étrangers et partager des informations avec eux. La DMU a été créée au sein de la CMA en avril 2021, afin de se concentrer sur les préparatifs et la mise en œuvre du nouveau régime lorsqu'il entrera en vigueur<sup>99</sup>. Afin d'encourager la coopération entre les autorités détenant différentes compétences en matière de réglementations applicables aux marchés numériques, le Royaume-Uni a également créé le Digital Regulation Cooperation Forum (DRCF), dont la mission est expliquée dans l'Encadré 2 ci-dessous.

### Encadré 2. L'UK Digital Regulation Cooperation Forum

En juillet 2020, la Competition and Markets Authority (CMA), l'Information Commissioner's Office (ICO) et l'Office of Communications (Ofcom) ont créé le Digital Regulation Cooperation Forum (DRCF). Son objectif est d'encourager une coopération accrue entre ces trois autorités pour l'élaboration de la réglementation

applicable aux marchés numériques. La Financial Conduct Authority (FCA) a rejoint ces trois autorités en tant que membre à part entière du DRCF en avril 2021.

Ces entités publiques détiennent des compétences différentes en matière de réglementation des marchés numériques, y compris en matière de concurrence, de protection des consommateurs, de droits à l'information et de réglementation des contenus en ligne, de la pluralité des médias et de l'information et de services financiers.

Afin de garantir que la réglementation soit cohérente, éclairée et réactive, le nouveau forum DRCF poursuit les six objectifs suivants :

- Collaborer afin de promouvoir une approche réglementaire cohérente et efficace des autorités compétentes qui sont en charge de différents aspects de l'économie numérique, grâce à un dialogue ouvert et à un travail effectué en commun ;
- Éclairer les décisions en matière de politique réglementaire, en utilisant l'expertise de toutes les autorités membres afin de développer des solutions pour réguler l'espace numérique ;
- Améliorer les capacités réglementaires en partageant les connaissances et les ressources, afin de garantir que toutes les autorités concernées disposent de l'expertise, des outils et des compétences nécessaires pour qu'elles exercent leurs fonctions de manière efficace ;
- Prévoir les évolutions futures des services en ligne en promouvant une compréhension commune des tendances numériques émergentes ;
- Promouvoir l'innovation en partageant des expériences et des connaissances ;
- Renforcer l'engagement international en partageant des informations et les meilleures pratiques concernant les approches de la réglementation applicable aux marchés numériques.

Le DRCF n'a pas de pouvoirs de décision et ne donne pas d'avis ou d'orientations formelles à ses membres. Le DRCF pourra également se coordonner avec d'autres réseaux et autorités gouvernementales au-delà de ses membres.

En mars 2021, le DRCF a publié son plan de travail pour 2021/2022, en annonçant qu'il se concentrera sur trois domaines prioritaires :

- Fournir une réponse stratégique aux évolutions industrielles et technologiques ;
- Développer des approches réglementaires conjointes et cohérentes ;
- Développer des compétences et des capacités grâce au partage des connaissances, de l'expertise et des ressources.

Voici deux exemples d'activités auxquelles le DRCF se consacre actuellement. En janvier 2021, la CMA a ouvert une enquête formelle sur le projet de Google visant à supprimer les cookies tiers et d'autres fonctionnalités de Google Chrome et à les remplacer par un nouvel ensemble d'outils afin de cibler des fonctions publicitaires et autres, de manière à mieux protéger, soi-disant, la vie privée des consommateurs. Afin de traiter les préoccupations légitimes en matière de respect de la vie privée, la CMA a engagé des discussions avec l'ICO par le biais du DRCF. Par ailleurs, le DRCF agit en qualité de forum de coopération dans le cadre des enquêtes de l'ICO sur l'utilisation des données à caractère personnel dans les enchères en temps réel portant sur la publicité numérique. Tandis que l'ICO se concentre sur les aspects de ce système liés à la protection des données, le DRCF veillera à ce que les considérations de la CMA relatives à l'impact sur la concurrence soient dûment prises en compte dans ces enquêtes.

Source : <https://www.gov.uk/government/publications/digital-regulation-cooperation-forum>; [https://www.ofcom.org.uk/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0017/215531/drcf-workplan.pdf](https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0017/215531/drcf-workplan.pdf); [https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2619734/drcf-response-to-dcms\\_-v3-april-12.pdf](https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2619734/drcf-response-to-dcms_-v3-april-12.pdf); [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/987358/Joint\\_CMA\\_ICO\\_Public\\_statement\\_-\\_final\\_V2\\_180521.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf).

## 4.2. Faire et ne pas faire (« Comment ? »)

106. Lorsque l'entreprise a été désignée conformément aux dispositions précitées, certaines obligations de faire ou de ne pas faire s'appliquent (peuvent s'appliquer) à elle. Cette section analyse la forme que prennent ces obligations, à la lumière des objectifs des régimes réglementaires proposés.

### 4.2.1. Interdictions de plein droit, justifications et autres considérations

107. L'analyse à laquelle l'autorité doit procéder afin d'imposer des obligations comportementales varie beaucoup selon les différentes réglementations, bien qu'aucune des dispositions n'exige de l'autorité compétente qu'elle rapporte la preuve de l'objet ou des effets anticoncurrentiels d'un comportement. Les règles peuvent être approximativement divisées de la manière suivante, en fonction de leur position sur le spectre des possibilités permettant aux entreprises de justifier leur comportement afin d'éviter que certaines obligations de faire et de ne pas faire s'appliquent à elles :

- À une extrémité du spectre, la DMA inclut une liste exhaustive d'obligations de faire et de ne pas faire qui s'appliquent **quasi automatiquement** aux contrôleurs d'accès désignés, quel que soit leur modèle économique spécifique (Cappai et Colangelo, 2020, p. 19<sup>[7]</sup>), ou la définition exacte du produit ou du marché géographique où ils opèrent. Une fois désignée comme un contrôleur d'accès, l'entreprise ne sera pas en mesure de justifier son comportement, par exemple en arguant qu'elle apporte des gains d'efficacité (par ex., innovation, meilleure qualité de service bénéficiant aux consommateurs finaux) ou qu'elle ne produit aucun effet d'éviction ou d'exclusion sur les concurrents (Chirico, 2021<sup>[65]</sup>) (CERRE, 2021, p. 33<sup>[63]</sup>). Cette règle accélérera probablement le processus réglementaire (Cabral et al., 2021, p. 10<sup>[2]</sup>). Ce point est très clair dans la DMA, qui dispose que la Commission européenne ne peut décider qu'une obligation ne s'appliquera pas à un service de plateforme essentiel spécifique que « *dans des circonstances exceptionnelles, uniquement justifiées par des raisons de moralité publique, de santé publique ou de sécurité publique* »<sup>100</sup>.
- À l'autre extrémité du spectre, l'avis de la DMT **ne stipule aucune obligation prédéfinie** ni aucune interdiction de plein droit, mais définit des objectifs généraux à poursuivre au moment où la DMU fixera le code de conduite à respecter par l'entreprise ayant un statut stratégique sur le marché. Elle pourra donc prévoir des exceptions, étant donné qu'une conduite peut, dans des circonstances spécifiques, être nécessaire ou objectivement justifiée, pour autant qu'elle génère des gains d'efficacité, de l'innovation ou d'autres avantages<sup>101</sup>.
- Les initiatives américaine, allemande et italienne semblent se situer au milieu du spectre. Les propositions allemande et italienne donnent explicitement aux entreprises la possibilité de prouver que leur conduite est « *objectivement justifiée*. » Le mémorandum explicatif accompagnant le projet de modifications de la loi allemande indique que

*dans le contexte de la justification objective, il convient de procéder à une balance des intérêts, qui tient compte, d'une part, de l'objectif légal de protéger la liberté de concurrence et, d'autre part, de la liberté légitime de l'entreprise et des éléments proconcurrentiels possibles de la conduite en question*<sup>102</sup>.

108. Par exemple, le *Bundeskartellamt* pourra prendre en considération les moyens de défense invoqués par les entreprises sur le fondement des gains d'efficacité (les entreprises pourraient arguer que certaines interdictions ne sont pas objectivement justifiées dans les circonstances particulières concernées) (Botta, 2021, p. 6<sup>[31]</sup>), l'impact du comportement concerné sur le marché, la nature du marché en cause et quelles seraient les chances de succès s'il devait imposer certaines obligations en vue de garantir la contestabilité du marché et la libre concurrence (Mundt, 2021<sup>[64]</sup>).

109. De la même manière, bien qu'ils ne prévoient pas la possibilité d'invoquer des gains d'efficacité comme un moyen de défense, les projets de loi américains permettent aux entreprises de présenter des « arguments de défense » pour justifier un comportement qui enfreint les dispositions réglementaires, en

prouvant que leur comportement ne porte pas préjudice à la concurrence, ou qu'il est nécessaire afin d'empêcher une violation de la loi, ou encore afin de respecter les règles en matière de protection des données<sup>103</sup>. Néanmoins, afin d'éviter de ralentir l'application des règles *ex ante* et de saper l'objectif initial de ces règles, les projets de loi font peser le fardeau de la preuve sur l'entreprise, laquelle doit soumettre une « preuve claire et convaincante » et ne peut pas invoquer le fait que le préjudice causé à la concurrence est compensé par des avantages quelconques, tels des gains d'efficacité ou des améliorations de la qualité (Schnitzer et al., 2021, p. 20<sup>[44]</sup>).

#### **4.2.2. Réglementations basées sur des principes et réglementations basées sur des règles**

110. La section précédente a analysé la possibilité pour l'autorité compétente et les entreprises désignées, respectivement, de procéder à une analyse basée sur les effets et à présenter des justifications objectives d'un certain comportement. La présente section traite d'un aspect similaire mais distinct, à savoir comment et dans quelle mesure les obligations de faire et de ne pas faire peuvent être personnalisées en fonction de l'entreprise désignée en cause.

111. L'une des différences majeures entre les réglementations *ex ante* ici examinées concerne le niveau de détail que les interdictions auront et le pouvoir discrétionnaire conféré à l'autorité compétente pour définir les interdictions et les obligations imposées à l'entreprise désignée. En d'autres termes, alors que certaines réglementations semblent définir une liste exhaustive rigide applicable à toutes les entreprises désignées, d'autres donnent à l'autorité chargée d'appliquer les nouvelles règles le pouvoir de les adapter à l'entreprise spécifique ou au modèle économique particulier en cause, lui permettant ainsi d'adapter les obligations de faire et de ne pas faire au modèle économique spécifique concerné.

112. D'une part, certaines dispositions *ex ante* constituent des **réglementations basées sur des principes**, accordant ainsi une certaine souplesse à la fois à l'autorité pour la définition des obligations applicables et à l'entreprise pour l'application de celles-ci.

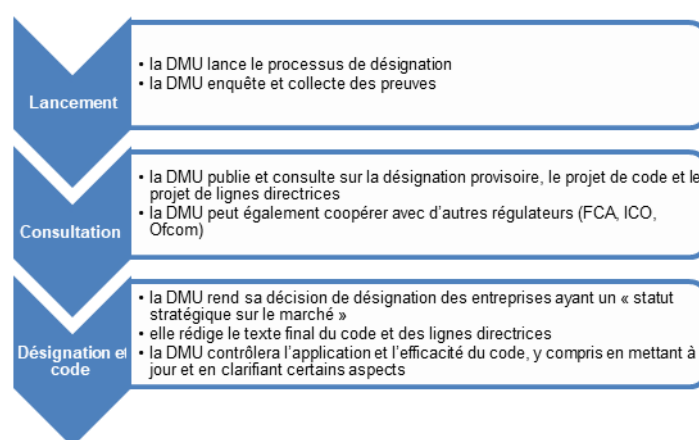
- Tel est le cas de l'avis de la DMT. Il préconise une « *approche fondée sur les preuves, avec des interventions ciblées sur le traitement de problèmes particuliers, plutôt que de se fonder sur des règles 'à taille unique'* »<sup>104</sup> et recommande de fixer des objectifs généraux tout en exigeant une évaluation au cas par cas (Cappai et Colangelo, 2020<sup>[7]</sup>)<sup>105</sup>. Les obligations de faire et de ne pas faire (sous la forme d'objectifs à atteindre et de principes à respecter) doivent être **personnalisées en fonction de chaque entreprise et des pratiques spécifiques possibles de l'entreprise désignée**, afin d'influencer son comportement spécifique en amont, dans le but d'empêcher un préjudice significatif avant qu'il ne se matérialise. Telle est la recommandation de la DMT, qui suggère d'introduire un code de conduite spécifique pour chaque entreprise ayant un statut stratégique sur le marché. Le code de conduite devrait :
  - fixer les objectifs spécifiques qu'il cherche à atteindre (par ex., commerce équitable, liberté de choix, confiance et transparence), à partir d'une liste d'**objectifs communs définis de manière exhaustive dans la législation** ;
  - définir les **principes** et les normes selon lesquels l'entreprise doit se comporter, y compris ce qu'une entreprise doit faire ou ne pas faire afin de réaliser les objectifs (par ex. en appliquant des conditions contractuelles équitables et raisonnables, en fournissant des informations claires aux consommateurs sur les services qu'ils reçoivent, en n'imposant pas des restrictions indues à la capacité pour les consommateurs de recourir à d'autres fournisseurs qui sont en concurrence avec la plateforme ayant le statut d'entreprise stratégique sur le marché). À la différence d'une liste noire étroite de restrictions spécifiques, ces principes seraient de haut niveau sans être trop prescriptifs (par ex. ils ne devront pas définir si les entreprises doivent fournir des informations sur les prix ou le format de prestation de leurs services) afin de conserver la souplesse suffisante pour traiter des comportements changeants et évolutifs des

entreprises. Ils devraient également prévoir des exceptions, étant donné qu'un comportement peut être nécessaire ou objectivement justifié dans des circonstances spécifiques, car elle génère des gains d'efficacité, de l'innovation ou d'autres avantages ; et

- donner des orientations sur l'interprétation de ces principes, avec des « *exemples* » non exhaustifs de comportements interdits (par ex. une condition peut être inéquitable pour les consommateurs si elle est appliquée par défaut et bénéficie à l'entreprise ayant un statut stratégique sur le marché, par comparaison avec des alternatives, à moins que l'option par défaut ne confère à des annonceurs des avantages compensant ses inconvénients)<sup>106</sup>.

113. Le code de conduite serait rédigé par la DMU, mais bénéficierait des informations recueillies à la suite d'une consultation organisée pendant la procédure de désignation<sup>107</sup>.

### Graphique 1. Procédure proposée par la DMT pour l'élaboration du code



Source : adapté par les auteurs de l'OCDE à partir de l'avis de la DMT, Annexe C, p. C26

114. D'autre part, un second groupe de dispositions instituent des **réglementations basées sur des règles**. En d'autres termes, plutôt que de fixer des principes, l'autorité compétente imposera des obligations de faire et de ne pas faire spécifiques. Toutefois, la marge de manœuvre laissée aux autorités pour définir les interdictions applicables varie beaucoup selon les juridictions :

- Un premier sous-groupe de réglementations impose des **obligations de faire et de ne pas faire** spécifiques qui s'appliquent **telles quelles** à l'entreprise désignée, tandis que l'autorité compétente n'a aucune souplesse pour étendre ou réduire les obligations qui s'appliquent à l'entreprise désignée. En d'autres termes, une fois que l'entreprise a été identifiée, il n'y a plus aucune possibilité de personnaliser les obligations de faire et de ne pas faire en fonction des circonstances particulières. Dans une certaine mesure, c'est le modèle adopté par la DMA, étant donné que les pratiques énumérées ont déjà été identifiées comme préjudiciables *en soi*, (« *compte tenu des caractéristiques du secteur numérique* » et « *au vu de l'expérience acquise, dans le contrôle du respect des règles de concurrence de l'UE par exemple* »)<sup>108</sup> de telle sorte que ces obligations sont d'application immédiate (Chirico, 2021<sup>[65]</sup>), bien que la DMA prévoit néanmoins une certaine souplesse dans cette application<sup>109</sup>.
- Un second sous-groupe de réglementations confère aux autorités une marge de discrétion et leur permet de **sélectionner ce qu'une entreprise doit faire et ne pas faire à partir d'une liste d'obligations de faire et de ne pas faire** figurant dans la loi. C'est le cas en Allemagne et en Italie. En Allemagne, le *Bundeskartellamt* « peut interdire » à l'entreprise ayant une importance primordiale dans tout le marché de se livrer à des pratiques énumérées à la Section 19a(2) de la loi allemande. L'emploi du terme « peut » suggère qu'avant que les interdictions ne s'appliquent à

une entreprise, l'autorité peut procéder à une analyse des circonstances particulières en cause et choisir, pour chaque entreprise, si ces interdictions doivent s'appliquer ou non (Mundt, 2021<sub>[64]</sub>). Cependant, le *Bundeskartellamt* ne peut imposer que les obligations énumérées dans la loi. Seul le ministère des Affaires économiques et de l'Énergie peut initier la procédure visant à étendre la liste des obligations de faire et de ne pas faire à l'issue d'une période de quatre ans, en présentant un rapport au Parlement. En d'autres termes, la liste des pratiques interdites est exhaustive, et alors que le *Bundeskartellamt* peut imposer moins d'interdictions à des entreprises désignées, il ne peut pas leur imposer des interdictions supplémentaires. De la même manière, les nouvelles dispositions italiennes, si elles sont approuvées, donneraient à l'autorité de la concurrence italienne le pouvoir d'interdire à l'entreprise désignée de se livrer à certaines pratiques énumérées dans ces dispositions<sup>110 111</sup>.

115. Toutefois, les frontières entre les trois modèles ne sont pas aussi nettement tranchées et il restera encore une marge d'interprétation. La DMA énumère les obligations de faire et de ne pas faire qui s'appliquent à un contrôleur d'accès désigné et la Commission européenne ne peut pas réduire ou étendre la liste pour un contrôleur d'accès donné. Par ailleurs, les entreprises auront encore une marge de manœuvre étant donné que le contenu spécifique des obligations de faire ou de ne pas faire permettra à l'entreprise de déterminer quelles dispositions s'appliquent à elle en pratique (CERRE, 2021, p. 32<sub>[63]</sub>). En d'autres termes, les mesures sont asymétriques (par ex. l'obligation de permettre l'installation et l'utilisation effective d'applications logicielles de tiers utilisant le système d'exploitation du contrôleur d'accès s'appliquera uniquement aux fournisseurs d'un système d'exploitation), tandis que d'autres sont universellement applicables (par ex. l'interdiction d'empêcher les entreprises utilisatrices de saisir une autorité publique à propos des problèmes posés par une pratique du contrôleur d'accès).

116. Cependant, il incombera au contrôleur d'accès d'auto-évaluer quelles dispositions s'appliqueront en pratique à son service ou à son modèle économique spécifique. Ce système risque, dans le cas où l'autorité compétente constaterait une violation des règles *ex ante*, de donner lieu à un contentieux sur la question de savoir si les conditions matérielles étaient réunies pour que l'interdiction ou l'obligation particulière concernée s'applique au modèle économique ou aux services de l'entreprise, sachant que ces conditions sont très hétérogènes (par ex., réseau social, plateforme n'effectuant pas de transactions, plateforme d'appariement n'effectuant pas de transactions, etc.) (ARCEP, 2020<sub>[66]</sub>) et, dès lors, se pose la question de savoir si le contrôleur d'accès avait l'obligation de s'y conformer (Mundt, 2021<sub>[64]</sub>). On peut citer, à titre d'exemple, l'obligation de garantir l'interopérabilité, prévue à l'article 6(1)(c) de la DMA, qui s'applique uniquement à l'utilisation d'applications logicielles tierces ou de boutiques d'applications utilisant le système d'exploitation du contrôleur d'accès. Le contrôleur d'accès peut prendre des mesures proportionnées afin d'éviter que les logiciels tiers ne mettent en danger l'intégrité de son système. En cas de litige sur la question de savoir si une mesure est proportionnée, il faudrait engager une procédure similaire à celle d'une enquête en vertu du droit de la concurrence (à cette exception notable près que l'entreprise, plutôt que l'autorité, aurait la charge de la preuve), ce qui pourrait réduire l'avantage découlant de la mise en place de réglementations *ex ante* (Mundt, 2021<sub>[64]</sub>).

117. Par ailleurs, une approche spécifique à une entreprise ou au cas par cas pourrait réduire la sécurité juridique et la prévisibilité, étant donné que « *la volonté de garantir une souplesse suffisante pour que le code traite des pratiques futures est en tension avec celle de donner aux entreprises ayant un statut stratégique sur le marché une sécurité suffisante, afin qu'elles sachent quelles pratiques le code pourrait couvrir et dans quel délai une mesure formelle pourrait être prise* »<sup>112</sup>. La prévisibilité réduite est partiellement atténuée par le fait que les objectifs poursuivis par le code de conduite sont posés dans la législation, de telle sorte que les entreprises sont en mesure de déterminer à l'avance quelles pratiques le code peut théoriquement viser. Par exemple, bien qu'il doive traiter de problèmes de concurrence, le code de conduite ne devrait pas être destiné à forcer les entreprises à prendre des mesures pour supprimer des contenus illégaux d'Internet, domaine qui devrait être traité par d'autres réformes plus vastes<sup>113</sup>. Simultanément, la souplesse évite le risque que des réglementations deviennent rapidement obsolètes sur des marchés numériques où les produits et les

services se développent à un rythme très rapide, et évite également le risque de conséquences indésirables, notamment la réduction de l'innovation et le risque de contournement (Cappai et Colangelo, 2020, p. 16<sup>[7]</sup>).

# 5. Mesures destinées à prévenir les comportements anticoncurrentiels

118. Une fois que l'entreprise a été désignée en tant que contrôleur d'accès ou entreprise ayant un statut significatif sur le marché ou en des termes similaires, comme indiqué ci-dessus, un certain nombre d'interdictions et d'obligations lui seront applicables. Ces dispositions contiennent de nombreuses mesures très spécifiques liées aux données, à l'accès aux données, à la portabilité, à l'interopérabilité, au partage des données, etc. Ces règles visent en particulier à traiter la question des barrières structurelles à l'entrée et le risque de comportement d'exclusion et d'exploitation (« équité » et « contestabilité »). Bien entendu, nombre de ces mesures, qui abordent le risque d'exploitation d'une position de pouvoir de marché, visent également à instaurer des conditions de concurrence équitables, par exemple en facilitant l'accès aux données.

119. Cette section est structurée comme suit :

- Dispositions relatives aux comportements présentant un risque d'exploitation et d'exclusion (5.1)
- Dispositions visant à atténuer les pratiques abusives en permettant l'accès aux données (5.2)
- Dispositions garantissant la transparence et des pratiques commerciales équitables (5.2.3)
- Contrôle des fusions (5.4).

120. La section 6 présente un aperçu des mesures correctives disponibles en cas de non-conformité.

## 5.1. Mesures visant à lutter contre les pratiques d'exploitation abusive

121. Si bon nombre des mesures examinées dans cette section semblent découler d'une volonté d'atténuer les comportements préjudiciables des plateformes en position dominante, plusieurs d'entre elles favorisent également un marché plus accessible, dans un souci d'encourager la concurrence sur le marché et d'égaliser les conditions de concurrence.

### **5.1.1. Auto-référencement (« Self-preferencing »)**

122. Des affaires récentes ont mis en lumière des pratiques abusives spécifiques par lesquelles des entreprises actives sur plusieurs marchés favorisent leurs propres produits par rapport aux produits concurrents. Cette problématique se pose surtout pour les plateformes qui, en plus de fournir des services d'intermédiation, vendent également leurs propres produits. Elles peuvent donc être incitées à favoriser leurs propres produits, par exemple en leur accordant un classement préférentiel sur la plateforme par rapport aux produits concurrents de tiers<sup>114</sup>. Le problème de l'auto-référencement est similaire à celui des stratégies de ventes liées et groupées, c'est-à-dire l'utilisation du pouvoir de marché sur un marché (par exemple, la plateforme d'intermédiation) afin d'évincer les concurrents sur un marché connexe (par exemple, le marché de détail en aval d'un produit donné)<sup>115</sup>. Comme indiqué dans (OCDE, 2020, p. 54<sup>[26]</sup>), étant donné que les plateformes numériques sont des hybrides qui intègrent, verticalement ou horizontalement, un ou plusieurs produits, et que leur modèle économique peut être fondé sur la

récupération d'investissements sur un marché par le biais de subventions croisées provenant d'autres marchés, les théories d'auto-référencement du préjudice pourraient devenir plus fréquentes dans l'application du droit de la concurrence. L'affaire Google Shopping de la CE en est un exemple (Encadré 3).

### Encadré 3. L'affaire *Google Shopping* devant la Commission européenne

En juin 2017, la CE a infligé à la société Google une amende de 2,4 milliards d'euros après avoir constaté qu'elle avait abusé de sa position dominante en favorisant son service de comparaison de prix et en rétrogradant celui de ses rivaux dans ses pages de résultats de recherche générale.

La CE a établi que le comportement consistant à afficher et à positionner plus favorablement, dans ses pages de résultats de recherche générale, le service de comparaison des prix de Google était abusif car il a exclu du marché les sites de comparaison de prix concurrents et réduit la possibilité pour les consommateurs d'accéder aux services de comparaison de prix les plus pertinents. La CE a fourni des preuves spécifiques que ce comportement avait pour effet de détourner le trafic des services de comparaison de prix vers le service de comparaison de prix de Google.

En appliquant sa théorie du préjudice, la CE a adopté une approche juridique similaire à celle des pratiques de vente liée et de refus de vente (OCDE, 2020, p. 54<sup>[26]</sup>). Elle a évalué si : (i) Google avait fait preuve de discrimination à l'égard des concurrents à la lumière d'un paramètre concurrentiel pertinent ; (ii) ce comportement était susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ; et (iii) il n'y avait pas de justification de ce comportement, pour une raison objective ou d'efficacité.

Google a fourni quelques justifications, principalement liées : (i) au fait que Google devrait avoir le droit de monétiser l'espace sur ses propres pages de résultats de recherche générale ; et (ii) au fait que ce comportement était nécessaire en vue de préserver et d'améliorer la qualité et l'utilité de son propre service de recherche générale. La CE a rejeté toutes les justifications avancées par Google après avoir conclu que l'entreprise n'avait pas fourni de preuves vérifiables afin de démontrer que son comportement était indispensable aux gains d'efficacité revendiqués ou que l'effet d'exclusion de son comportement pouvait être contrebalancé par des gains d'efficacité ou des avantages pour les consommateurs.

Source : Décision de la CE dans l'affaire AT. 39740 Google Search (Shopping), 27 juin 2017.

123. Les règlements analysés dans cette note comprennent des dispositions très similaires pour traiter les questions relatives à l'auto-référencement en vue d'assurer l'équité et d'éviter l'effet de levier du pouvoir de marché sur d'autres marchés :

- La DMA impose une interdiction d'accorder un traitement préférentiel dans le classement des services aux propres produits du contrôleur d'accès<sup>116</sup> ;
- La loi allemande interdit aux entreprises d'importance primordiale sur le marché croisé de favoriser leurs propres offres par rapport aux offres de leurs concurrents lors de la médiation de l'accès aux marchés d'approvisionnement et de vente, notamment en présentant leurs propres offres de manière plus favorable<sup>117</sup> ;
- La proposition italienne, si elle est adoptée, permettra à l'autorité de la concurrence d'interdire à certaines entreprises d'accorder un traitement préférentiel à leurs propres produits lorsqu'elles fournissent des services d'intermédiation. La disposition donne l'exemple d'un traitement préférentiel par le biais du positionnement des produits sur l'écran<sup>118</sup> ;
- La proposition américaine vise à rendre illégal le traitement préférentiel accordé aux produits de l'entreprise désignée en ce qui concerne les interfaces utilisateur, comme les moteurs de recherche ou de classement<sup>119</sup>.

## Observations

124. Toutes ces dispositions visent à garantir l'équité et la contestabilité, en empêchant les entreprises de profiter du pouvoir de marché dont elles disposent sur le marché de l'intermédiation pour l'étendre à d'autres marchés connexes.

125. Elles reposent sur le principe selon lequel, grâce à l'auto-référencement (« self-preferencing »), les entreprises verticalement intégrées pourraient étendre leur pouvoir de marché sur des marchés adjacents et compromettre la contestabilité du marché et l'équité en matière de concurrence (Marty, 2021, p. 16<sup>[67]</sup>). Le recours à des interdictions *ex ante* peut éviter des dommages irréversibles à la concurrence et l'utilisation de l'auto-référencement comme outil servant à maintenir ou étendre une position dominante (Marty, 2021<sup>[67]</sup>), et il peut fournir un niveau satisfaisant de sécurité juridique (Khan et Chopra, 2020<sup>[68]</sup>).

126. Si les fondements sont similaires, le champ d'application des dispositions semble être différent. Par exemple, alors que le DMA ne couvre que l'auto-référencement dans les services de classement, les initiatives américaine, allemande et italienne sont plus étendues (les moteurs de recherche ne sont donc qu'une partie des interfaces utilisateur possibles auxquelles la nouvelle interdiction s'appliquerait). Les discussions en cours au sein du Parlement européen et de sa Commission des affaires économiques et monétaires proposent toutefois d'étendre le champ d'application de la disposition de la DMA pour couvrir également d'autres types de comportements d'auto-référencement, par exemple en ce qui concerne l'affichage, la pré-installation, l'activation des paramètres par défaut<sup>120</sup>.

127. Les autorités chargées de l'application de la loi devront être bien outillées pour faire respecter les nouvelles dispositions. En effet, les stratégies d'auto-référencement des plateformes peuvent être difficiles à identifier et à sanctionner car elles sont le plus souvent mises en œuvre via des algorithmes qui placent les produits d'une entreprise au-dessus de ceux des entreprises concurrentes. Afin de faciliter le rôle de l'autorité dans le contrôle des mesures et des obligations, l'article 24, paragraphe 2, de la DMA prévoit la possibilité de nommer des experts et des auditeurs externes indépendants qui aideraient la CE<sup>121</sup>. Dans le même but, la proposition française permet aux autorités publiques d'accéder aux principes et méthodes de conception des algorithmes ainsi qu'aux données qui y sont utilisées<sup>122</sup>.

128. Ces mesures peuvent être complétées par une disposition permettant aux tiers de se plaindre des pratiques d'affichage des plateformes et de demander des réparations à un arbitre disposant d'une indépendance suffisante, de connaissances techniques et d'un accès aux données et aux algorithmes des plateformes (Cabral et al., 2021, p. 14<sup>[2]</sup>).

### 5.1.2. Ventes liées et groupées

129. The specific situations in which anticompetitive harm arises from tying and bundling have been extensively discussed in the literature (OCDE, 2020, p. 41<sup>[26]</sup>).

130. Comme indiqué plus haut, les entreprises numériques pourraient tirer parti de leur pouvoir de marché pour s'étendre à d'autres marchés et y évincer leurs concurrents. De nombreuses mesures, par exemple la DMA, concernent l'effet de levier du pouvoir de marché d'un service de plateforme de base à un autre (Colomo, 2021<sup>[54]</sup>). Les stratégies d'auto-référencement ne sont pas le seul moyen d'évincer les concurrents. En présence d'importantes barrières à l'entrée, les entreprises pourraient évincer leurs concurrents en liant leur produit ou service monopolistique à d'autres produits ou services complémentaires auxquels elles entendent étendre leur position sur le marché (Nalebuff, 2004<sup>[69]</sup>). Si une entreprise détient un pouvoir de marché sur le produit A et le lie à son produit complémentaire B, les nouveaux arrivants potentiels sur le marché du produit B seront découragés, car il n'y aura pas de demande pour le produit B sans le produit A et les nouveaux arrivants devront donc fournir les deux produits pour être compétitifs (Nalebuff, 2004<sup>[69]</sup>). Cette réaction des concurrents potentiels sera toutefois difficile si le marché du produit A est caractérisé par d'importantes barrières à l'entrée, ce qui exclut

pratiquement les concurrents du marché du produit B. Les situations spécifiques dans lesquelles des dommages anticoncurrentiels découlent des ventes liées et groupées ont fait l'objet d'une littérature abondante (OCDE, 2020, p. 41<sup>[26]</sup>).

131. Tous les règlements analysés dans cette note comportent des dispositions similaires sur les ventes liées et groupées :

- La DMT suggère d'insérer dans le code le principe selon lequel les entreprises ayant un statut stratégique sur le marché ne devraient pas regrouper leurs services lorsque cela peut avoir plus d'effets négatifs que de gains d'efficience pour les consommateurs. Les effets négatifs comprennent, par exemple, la réduction de la concurrence ou la disponibilité d'un moins grand nombre d'alternatives<sup>123</sup>. Compte tenu de la possibilité de conclusions divergentes, la DMT suggère de clarifier, dans les orientations fournies avec le code de conduite, la portée des services couverts par cette interdiction, ce qui doit être considéré comme un regroupement et la manière d'évaluer les effets négatifs et les avantages du regroupement.
- De même, pour tenir compte des effets mixtes possibles, la loi allemande semble se concentrer davantage sur les effets que sur la pratique en tant que telle et interdit à une entreprise désignée d'évincer des concurrents sur un marché sur lequel elle peut rapidement étendre sa position au moyen de stratégies de ventes liées et groupées. La loi fournit des exemples spécifiques de ces stratégies interdites. En particulier, les pratiques de regroupement susceptibles d'évincer les concurrents comprennent le fait de lier l'utilisation de l'offre d'une entreprise à l'utilisation automatique d'une autre de ses offres (bien que cette dernière ne soit pas nécessaire à l'utilisation de la première) sans donner à l'utilisateur un choix *suffisant* (par exemple en proposant le regroupement à un prix réduit alors que, théoriquement, les consommateurs peuvent toujours acheter les deux produits séparément). De la même manière, les entreprises ayant une importance primordiale sur le marché croisé peuvent évincer les concurrents par des pratiques de vente liée qui leur permettent de *conditionner* l'utilisation d'une de leurs offres à l'utilisation d'une autre offre (par exemple, pour reprendre un exemple tiré du mémorandum explicatif accompagnant le projet de loi<sup>124</sup>, en exigeant nécessairement un compte d'utilisateur auprès d'un autre service de plateforme pour s'inscrire à un service non lié)<sup>125</sup>.
- D'une manière similaire, bien qu'avec une formulation plus étendue et plus générale, la proposition italienne prévoit de permettre à l'autorité de la concurrence d'interdire les comportements visant à exclure les entreprises d'autres marchés par le biais de stratégies de ventes liées et groupées<sup>126</sup>.
- Dans le même ordre d'idées, compte tenu des effets mitigés que peuvent avoir les ventes liées et groupées, la DMA n'impose pas une interdiction claire et nette de ces pratiques. Elle souligne plutôt que la simple offre d'un produit ou d'un service, y compris au moyen d'une pré-installation, ne peut pas être considérée en soi comme un obstacle au changement de plateforme qui serait donc illégal<sup>127</sup>. Plutôt que d'interdire les ventes liées et groupées dès le départ, la DMA impose l'obligation de « *permettre aux utilisateurs finaux de désinstaller toute application logicielle préinstallée dans son service de plateforme essentiel* ». Toutefois, les contrôleurs d'accès auront toujours le droit d'empêcher la désinstallation d'applications logicielles lorsque celles-ci sont essentielles au fonctionnement du système d'exploitation ou de l'appareil et ne peuvent techniquement pas être proposées séparément par des tiers<sup>128</sup>. En plus de cette disposition largement applicable mais nuancée, la DMA impose également une interdiction étroitement définie de certaines pratiques de ventes liées et groupées, en interdisant aux contrôleurs d'accès d'exiger des utilisateurs qu'ils s'abonnent ou s'enregistrent à tout autre service de plateforme essentiel comme condition d'accès, d'inscription ou d'enregistrement à l'un quelconque de leurs services de plateforme essentiels<sup>129</sup>.
- De la même manière, les propositions américaines déclarent illégale la pratique selon laquelle les plateformes concernées empêchent les utilisateurs de désinstaller les applications préinstallées ou de modifier les paramètres par défaut<sup>130</sup>.

## Observations

132. Ces dispositions semblent fondées sur la reconnaissance du fait que les stratégies de ventes liées et groupées peuvent avoir des effets positifs et négatifs sur la concurrence et qu'il est donc difficile de prévoir avec certitude leur impact global sur le bien-être du consommateur final<sup>131</sup>.

133. Par conséquent, contrairement à d'autres pratiques, aucune des dispositions mentionnées ci-dessus n'impose une interdiction claire et nette des pratiques de ventes liées et groupées. Au lieu de cela, soit elles définissent étroitement leur champ d'application, en le limitant à permettre aux consommateurs de désinstaller des applications par défaut, soit elles mettent davantage l'accent sur les effets d'éviction et/ou les gains d'efficacité.

134. Même les auteurs qui ont une vision plus interventionniste tendent à inclure les stratégies de ventes liées et groupées dans une liste grise de pratiques qui sont *en principe* considérées comme anticoncurrentielles mais pour lesquelles une justification pro-concurrentielle est possible, bien que l'entreprise désignée supporte la charge de la preuve si elle invoque le moyen de défense tiré des gains d'efficacité (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>).

### 5.1.3. *Clauses de la nation la plus favorisée et accords de parité entre plateformes*

135. Alors que la loi allemande et les propositions italiennes ne comportent aucune règle sur les clauses de la nation la plus favorisée (NPF), la DMA déclare illégale toute disposition par laquelle les contrôleurs d'accès empêchent les entreprises utilisatrices d'offrir leurs biens ou services à des conditions plus favorables sur d'autres plateformes d'intermédiation que celle du contrôleur d'accès<sup>132</sup>. Bien que cela constitue une interdiction pure et simple des NPF étendues (Colomo, 2021, p. 9<sup>[54]</sup>), rien n'est dit sur les NPF étroites qui restreignent la capacité des utilisateurs professionnels à proposer des prix plus bas sur leurs propres canaux de vente par rapport à ceux affichés sur la plateforme du contrôleur d'accès.

136. En revanche, les propositions américaines semblent plus étendues et interdisent toute interférence ou restriction de la tarification des biens ou services de l'entreprise utilisatrice<sup>133</sup>, et couvrent donc à la fois les NPF étroites et étendues (Schnitzer et al., 2021, p. 18<sup>[44]</sup>).

137. En interdisant les NPF (du moins étroites), les réglementations analysées dans cette note semblent viser à augmenter la concurrence inter-plateformes, en permettant à de nouvelles plateformes d'entrer sur le marché et de rivaliser grâce à leurs frais de commission plus abordables et ainsi augmenter la contestabilité.

## Observations

138. D'emblée, il est important de distinguer

- les NPF étendues qui garantissent que le prix et les conditions offerts sur une plateforme ne sont pas supérieurs au prix disponible sur le site Internet du fournisseur ou sur toute autre plateforme d'intermédiation utilisée par le fournisseur ; et
- Les NPF étroites, selon lesquelles les fournisseurs ne sont pas autorisés à proposer sur leur propre site Internet des prix plus élevés que ceux affichés sur une plateforme. Toutefois, ils seront autorisés à proposer des prix plus bas sur d'autres plateformes d'intermédiation (OCDE, 2015<sup>[70]</sup>).

139. Les NPF étroites et étendues visent toutes deux à éviter le resquillage. Elles éliminent le risque que des fournisseurs tirent profit des investissements réalisés par la plateforme en vue d'améliorer la demande et incitent les consommateurs à utiliser la plateforme pour la recherche, les informations et d'autres services sur le produit, tout en les redirigeant finalement vers leur propre site Internet ou vers une

plateforme d'intermédiation tierce pour conclure la transaction finale. Cette stratégie permet d'éviter le paiement de frais (plus élevés) sur la vente réelle. Par ailleurs, comme le notent certains auteurs,

*en l'absence d'une telle protection, qu'elle soit étroite ou large, le risque d'une sous-cotation par des rivaux ou des fournisseurs pourrait conduire à un problème de hold-up et étoufferait probablement les investissements en aval. Le gain à court terme que le fournisseur ou le concurrent obtient en faisant du resquillage se traduit en fin de compte par une inefficacité à long terme, absorbée par le marché dans son ensemble. Si l'on ne s'attaque pas à ce problème, les sites de comparaison de prix risquent de s'affaiblir et, par conséquent, de ne pas contribuer à la circulation de l'information, à l'accès et à la dynamique concurrentielle du marché (Ezrachi, 2015<sup>[71]</sup>).*

140. Toutefois, les NPF étendues comportent également des risques supplémentaires. En particulier, elles augmentent le risque de prix uniformément élevés à l'échelle de l'industrie (car les fournisseurs ne seraient pas motivés à réduire les prix sur une plateforme si cela entraîne une réduction générale sur toute autre plateforme bénéficiant d'une clause NPF étendue) et réduisent la contestabilité inter-plateforme car elles dissuadent les plateformes de réduire leurs commissions (étant donné que les fournisseurs ne seront pas en mesure de réagir à la hausse des commissions de la plateforme en augmentant leur prix sur cette seule plateforme). En outre, des NPF étendues risquent d'élever des barrières à l'entrée pour les plateformes à faible coût qui ne seront pas en mesure d'obtenir des prix plus bas de la part des fournisseurs, bien qu'elles offrent des commissions moins élevées.

141. Pour ces raisons,

*plusieurs juridictions ont reconnu que l'intrusion restreinte dans la liberté du fournisseur de fixer son prix et ses conditions dans le cadre de NPF étroites constituait un équilibre satisfaisant, qui favorise les investissements en aval dans les caractéristiques améliorant la demande et les dispositions en matière d'information sans constituer une restriction trop intrusive dans la concurrence (Ezrachi, 2015, p. 26<sup>[71]</sup>).*

142. Les initiatives analysées dans cette note contiennent des dispositions très différentes. Alors que certaines n'interdisent pas du tout les clauses NPF étendues ou étroites (notamment l'Allemagne et l'Italie), d'autres incluent des règles uniquement sur les NPF étendues (par exemple, la DMA) ou sur les NPF étendues et étroites (par exemple, les projets de loi américains)<sup>134</sup>.

## 5.2. Mesures relatives à l'accès aux données : atténuer le risqué de pratiques d'exclusion

143. Pour faciliter l'accès au marché pour les concurrents nouveaux ou existants, plusieurs mesures visent directement à accorder l'accès aux données d'une manière ou d'une autre. Les consommateurs, tout comme les entreprises, utilisent de plus en plus d'appareils connectés et partagent de plus en plus leurs données en ligne, que ce soit intentionnellement (données dites « volontaires ») ou à leur insu, comme un sous-produit de l'utilisation des plateformes numériques (données dites « observées », par exemple l'historique des achats, l'historique des pages web visitées ou des requêtes soumises aux moteurs de recherche). Les données déduites constituent la troisième catégorie de données. Il s'agit des données qui peuvent être déduites du comportement d'un utilisateur (les éléments sur lesquels il clique, le temps qu'il passe sur la page, l'ordre dans lequel il parcourt les sujets), et qui sont obtenues à l'aide de l'algorithme et de l'intelligence artificielle d'une plateforme. Ce type de données, en particulier, a une grande valeur et est inaccessible à un nouveau concurrent. Les données sont utilisées pour prévoir la demande, développer ou améliorer les produits et services, ou cibler les publicités. Elles sont devenues importantes au point que, dans certaines circonstances, elles constituent un apport essentiel pour pouvoir être compétitif (OCDE, 2020, p. 27<sup>[26]</sup>) et qu'en conséquence, le manque d'accès aux données peut représenter une barrière à l'entrée. En particulier, les écosystèmes de plateformes qui peuvent prendre des données de marchés adjacents pour les analyser à l'aide d'un algorithme central créent une barrière élevée à l'entrée (Thiemann et Neto, 2021<sup>[14]</sup>). En outre, les entreprises peuvent traiter ces données avec

une efficacité croissante à leur propre avantage pour monétiser et améliorer leurs services (Carugati, 2020<sub>[17]</sub>). Le volume, la vitesse et la variété des données que les entreprises accumulent les rendent extrêmement importantes pour qu'elles puissent se montrer compétitives sur le marché. Bien entendu, l'accumulation de données en soi n'augmente pas les barrières à l'entrée, car la propension de l'accès aux données à augmenter les barrières à l'entrée dépend de la nature et de l'utilisation des données ainsi que de la disponibilité de ressources alternatives.

144. L'accès aux données peut être une source de pouvoir de marché, par exemple lorsqu'une plateforme numérique recueille de grands ensembles de données grâce à la taille de sa base d'utilisateurs, ce qui lui confère un avantage informationnel important qui peut être utilisé pour améliorer le produit ou le service (ce qu'on appelle les boucles de rétroaction)<sup>135</sup>. C'est ce que reconnaît, par exemple, la CE qui, dans le préambule de la DMA, fait remarquer que les données peuvent constituer une barrière à l'entrée très élevée et réduire la contestabilité du marché, en y créant une défaillance<sup>136</sup>. En outre, les données peuvent être une source de pouvoir de marché lorsque les utilisateurs ne sont pas multi-hébergés, lorsque les entreprises combinent de grandes quantités de données sur les utilisateurs finaux provenant de différentes sources ou lorsque le marché est caractérisé par des effets de réseau directs ou indirects qui rendent une position forte sur le marché plus difficile à renverser. Par conséquent, si les concurrents n'ont pas accès aux données de cette entreprise, les consommateurs peuvent se retrouver bloqués dans les services de l'entreprise dominante (Carugati, 2020<sub>[17]</sub>).

145. Nous présentons ci-dessous une vue d'ensemble des réglementations *ex ante* concernant les pratiques liées aux données des entreprises désignées, dans le but de renforcer la contestabilité et d'accorder aux autres entreprises un avantage pour concurrencer les entreprises désignées.

### 5.2.1. Portabilité des données

146. L'accès aux données est essentiel pour surmonter les conséquences négatives des effets de réseau sur la concurrence et promouvoir ainsi la contestabilité du marché<sup>137</sup>. La portabilité des données pourrait être un moyen d'accorder aux concurrents l'accès aux données nécessaires à la concurrence, en permettant aux consommateurs de transférer leurs données personnelles d'une entreprise à une autre, et de passer ainsi plus facilement à d'autres fournisseurs, sans perdre tous les avantages liés à l'utilisation du même produit ou service sur une longue période.

147. Plusieurs dispositions des réglementations *ex ante* analysées dans cette note visent à garantir que les entreprises offrent un droit effectif à la portabilité des données :

- Au Royaume-Uni, la DMU sera habilitée à mettre en œuvre des interventions liées aux données, notamment des mesures visant à favoriser un plus grand contrôle des consommateurs sur leurs propres données<sup>138</sup>, par exemple en facilitant la mobilité des données à l'initiative des consommateurs<sup>139</sup> ;
- Dans l'UE, si elle est approuvée, la DMA imposera aux contrôleurs d'accès l'obligation de fournir une portabilité effective des données et de faciliter l'exercice des droits de portabilité des données, conformément aux règlements sur la protection des données, notamment par un accès continu et en temps réel<sup>140</sup> ;
- Aux États-Unis, le projet de loi *American Choice and Innovation Online Act*, interdit à l'opérateur d'une plateforme concernée d'empêcher la portabilité des données par les entreprises utilisatrices vers d'autres systèmes ou applications<sup>141</sup>. De même, le projet de loi *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act* prévoit que l'opérateur d'une plateforme concernée maintienne une interface permettant le transfert sécurisé de données à un utilisateur ou, avec le consentement d'un utilisateur, à une entreprise utilisatrice dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par la machine<sup>142</sup>, bien que (contrairement à l'UE) aucune exigence ne soit imposée

pour que le flux des données se déroule en temps réel et de manière continue (Schnitzer et al., 2021, p. 21<sup>[44]</sup>);

- L'amendement allemand permet au *Bundeskartellamt* d'interdire aux entreprises désignées de refuser la portabilité des données ou de la rendre plus difficile, avec pour conséquence d'entraver la concurrence<sup>143</sup> ;
- De même, si elle est approuvée, la proposition italienne permettra à l'autorité de la concurrence italienne d'interdire aux entreprises désignées de dresser des obstacles à la portabilité des données<sup>144</sup>.

## Observations

148. Ces obligations *ex ante* sont destinées à lever certaines barrières structurelles et sont essentielles pour ouvrir les marchés des plateformes numériques et garantir la contestabilité et la concurrence *sur* le marché (Schnitzer et al., 2021, p. 21<sup>[44]</sup>). Elles semblent être suffisamment larges pour garantir que la portabilité des données est « *effective* » et que les entreprises ne rendent pas l'exercice de ce droit « *plus difficile* ». La plupart des commentateurs estiment que la garantie des droits de portabilité des données est essentielle pour limiter le risque de comportement d'exclusion (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>) (Furman et al., 2019<sup>[5]</sup>) (Crémer, de Montjoye et Schweitzer, 2019<sup>[11]</sup>). Le succès réel des droits de portabilité des données dans la promotion de la concurrence sur le marché dépendra d'un certain nombre de facteurs (voir Encadré 4 ci-dessous).

### Encadré 4. Le succès réel des droits de portabilité dans la promotion de la concurrence sur le marché dépendra de plusieurs facteurs

La portabilité des données peut contribuer à lever certaines des barrières à l'entrée qui découlent de l'accumulation de données sur les marchés des plateformes numériques.

Elle peut réduire les coûts de changement de fournisseur, ce qui facilite l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et intensifie la concurrence entre les entreprises déjà présentes sur le marché. Par exemple, sans la portabilité des données, les utilisateurs peuvent être dissuadés de passer à un autre réseau social si cela les oblige à télécharger à nouveau toutes leurs photos, leur contenu ou leurs informations de profil. Si les consommateurs ont le droit de transférer leurs données, ils auront moins de difficultés à choisir d'autres services et, par conséquent, de nouvelles entreprises pourraient entrer sur le marché. La portabilité des données pourrait également permettre le multi-hébergement si les consommateurs sont en mesure de transférer leurs données vers plusieurs fournisseurs.

La portabilité des données peut également favoriser la concurrence sur plusieurs marchés. Si elles sont dans l'incapacité de transférer leurs données à d'autres fournisseurs, les entreprises dominantes sur un marché pourraient utiliser leurs données pour étendre leur pouvoir de marché à d'autres marchés. En revanche, la portabilité des données garantit que les entreprises opérant sur ces marchés pourront toujours faire face à la concurrence en ayant accès à ces mêmes données chaque fois que l'avantage de l'entreprise dominante dépend de l'accès à des données qui peuvent être transférées.

Enfin, bien qu'il existe un risque d'effet négatif sur les incitations à investir dans la collecte de données, la portabilité des données non rivales pourrait stimuler l'innovation en encourageant la concurrence sur la base de l'analyse et de l'utilisation des données plutôt que de leur collecte. En effet, les opérateurs en place comme les nouveaux acteurs seraient davantage incités à investir dans le traitement des données plutôt que de se disputer l'attention et le temps des consommateurs afin de collecter leurs données.

Bien entendu, l'impact réel de la portabilité des données sur la concurrence dépendra du marché en question. Les avantages que les utilisateurs retirent de la portabilité de leurs données dépendent du degré d'adaptation ou de personnalisation du service (de Stree, Krämer et Senellart, 2020<sup>[72]</sup>). Le champ d'application des données couvertes par la portabilité est également important (notamment, pour les données observées ou uniquement les données fournies par les consommateurs).

Dans le même temps, l'expérience actuelle sur certains marchés de plateformes numériques suggère que l'accès aux données transférées peut ne pas suffire à lui seul à permettre l'entrée de produits concurrents. Comme l'a noté l'ACCC, la portabilité des données aura un impact limité sur les marchés concentrés de plateformes numériques présentant d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion, puisque les utilisateurs n'auront pas de services concurrents vers lesquels ils pourront se tourner à court ou moyen terme (Commission australienne de la concurrence et de la consommation, 2019<sup>[73]</sup>).

L'efficacité de la portabilité des données peut être limitée lorsque :

- Le champ d'application des données transférées est limité en raison des contraintes de confidentialité ;
- Les économies d'échelle liées au traitement des données sont limitées ;
- Il existe de forts effets de réseau qui pourraient entraver l'entrée de nouveaux services, même lorsqu'ils ont accès aux données d'un utilisateur, car la volonté des utilisateurs de changer de fournisseur sera limitée s'ils ne peuvent plus interagir avec leurs contacts sur une autre plateforme ;
- Les droits à la portabilité des données sont statiques par nature, ce qui signifie qu'ils ne nécessitent que des transferts de données ponctuels (qui deviennent rapidement obsolètes) plutôt que des flux continus de données en temps réel.

En outre, en facilitant le passage à une nouvelle plateforme, les utilisateurs seraient plus enclins à fournir leurs données à une plateforme, ce qui pourrait même renforcer la position des opérateurs en place. En outre, si les droits de portabilité s'appliquent de la même manière à toutes les entreprises, les opérateurs en place auront également accès aux données des utilisateurs des autres entreprises, ce qui empêchera les nouveaux venus de prendre pied sur le marché.

Source : (OCDE, 2021<sup>[49]</sup>)

149. Si toutes ces mesures visent à lever certaines barrières structurelles et à assurer la contestabilité et la concurrence sur le marché, il existe deux points de différence importants dans les réglementations analysées dans cette note.

150. En premier lieu, bien qu'elle prévoie l'obligation d'assurer la portabilité *effective* des données, la DMA, contrairement à la proposition américaine, ne fixe aucune spécification quant au format de données à utiliser ou à l'obligation d'utiliser des API ouvertes (CERRE, 2021<sup>[63]</sup>). Par conséquent, pour effectuer la portabilité de leurs données, les consommateurs pourraient devoir les télécharger, puis les charger à nouveau sur une autre plateforme. Cette opération risque d'avoir un impact sur l'utilité du transfert de ces données pour les concurrents potentiels<sup>145</sup>.

151. En second lieu, la DMA précise que les transferts de données doivent être continus et en temps réel, exigence qui ne figure pas dans d'autres réglementations (par exemple, aux États-Unis et en Allemagne) (Schnitzer et al., 2021, p. 21<sup>[44]</sup>).

### **5.2.2. Obligations de donner accès aux données**

152. Au vu de l'importance des données pour la concurrence, une obligation *ex ante* distincte a été proposée parallèlement à la portabilité des données, laquelle prévoit d'accorder l'accès à l'ensemble des

données d'une entreprise, à la demande d'une autre entreprise (concurrent réel ou potentiel). Des études ont montré l'importance des données pour fournir des services de haute qualité, tels que les moteurs de recherche. Comme indiqué par (CMA, 2020, p. 365<sup>[42]</sup>), les données de recherche, en particulier les requêtes de recherche peu courantes, constituent un apport précieux à l'algorithme de la plateforme qui fournit des résultats de recherche de haute qualité, et les concurrents des entreprises dominantes pourraient donc être confrontés à des barrières à l'entrée élevées s'ils ne sont pas en mesure d'accéder à ces données.

153. À la lumière de ce qui précède,

- Au Royaume-Uni, si les données constituent un obstacle majeur pour les nouveaux acteurs, les empêchant de développer de nouveaux produits, la DMU aura le pouvoir d'imposer aux entreprises ayant un statut stratégique sur le marché l'obligation d'accorder à des entreprises tierces l'accès à ces données<sup>146</sup>. Plutôt que d'empêcher ces entreprises de tirer parti de leur position de force, une telle mesure corrective s'attaquerait à la cause profonde du pouvoir de marché, à savoir la barrière à l'entrée, qui empêche les nouveaux concurrents de stimuler la concurrence et l'innovation (CMA, 2020, p. 365<sup>[42]</sup>).
- Fondée sur les mêmes prémisses, à savoir le fait que les données peuvent constituer une barrière à l'entrée et à l'expansion, la DMA prévoit également des recours spécifiques en matière d'accès aux données concernant les moteurs de recherche. Ainsi, si les nouvelles dispositions sont adoptées, les contrôleurs d'accès devront accorder à tout fournisseur tiers de moteurs de recherche en ligne un accès, sur la base des conditions FRAND, aux données de classement, de requête, de clics et de visualisation relatives aux recherches gratuites et payantes générées par les utilisateurs finaux sur leurs services, sous réserve de l'anonymisation des données à caractère personnel<sup>147</sup>. Le but de cette disposition est manifestement de garantir la contestabilité grâce à la possibilité offerte aux fournisseurs tiers d'améliorer leurs services et de concurrencer ainsi le service de plateforme essentiel du contrôleur d'accès<sup>148</sup>. Outre les droits de portabilité accordés aux consommateurs, les utilisateurs professionnels bénéficieront également d'un droit de portabilité des données similaire, inspiré du droit accordé aux personnes physiques en vertu de l'article 20 du RGPD. Ainsi, les utilisateurs professionnels auront un accès gratuit, continu et en temps réel aux données générées par eux et par les utilisateurs finaux lorsqu'ils utilisent leurs services dans le contexte de la plateforme centrale du contrôleur d'accès<sup>149</sup>.

154. La loi allemande ne prévoit pas d'obligation *ex ante* imposée aux entreprises désignées de partager des données, bien que l'accès aux données nécessaires pour faire face à la concurrence soit désormais réglementé par les dispositions relatives à l'abus de dépendance économique<sup>150</sup>.

155. Certaines réglementations analysées dans cette note traitent également des risques découlant de la combinaison de différents ensembles de données. Le risque est que la combinaison de données provenant de sources différentes confère aux entreprises un avantage potentiel en termes d'accumulation de données et augmente ainsi les barrières à l'entrée, y compris sur les marchés adjacents, en particulier vis-à-vis des entreprises qui ne sont actives que sur un seul marché et n'ont pas la possibilité de combiner des données de la même manière (voir Encadré 5).

#### **Encadré 5. Économies d'échelle grâce aux données et interdiction de mettre en commun des données inter-sources**

Dans certaines circonstances, les entreprises dominantes sont incitées à étendre leur position dominante d'un marché à un autre pour obtenir des données supplémentaires et complémentaires sur

les utilisateurs qui y sont disponibles. Cette méthode est connue dans la littérature sous le nom d'enveloppement (OCDE, 2020, p. 27<sup>[74]</sup>). Le risque est que la combinaison de données provenant de sources différentes confère aux entreprises un avantage potentiel en termes d'accumulation de données et augmente ainsi les barrières à l'entrée pour les entreprises actives sur un seul marché (CERRE, 2020, p. 71<sup>[51]</sup>).

Les plus grandes entreprises numériques ont accès à d'importantes quantités de données qu'elles peuvent exploiter sur les marchés et partager entre leurs propres départements tout en refusant l'accès à des tiers (Fletcher, 2020, p. 8<sup>[3]</sup>). En outre, si les données obtenues sur un nouveau marché peuvent être monétisées sur un marché principal, les entreprises numériques actives sur un marché principal connecté pourraient être incitées à entrer sur ces nouveaux marchés à perte. Cette option n'est pas disponible pour les entreprises qui ne sont pas actives sur le marché principal et qui ne seront donc pas en mesure de bénéficier du même avantage en matière de données et d'exercer une concurrence efficace, même si leur produit est meilleur (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) (Bourreau, 2020, p. 8<sup>[15]</sup>). En outre, les effets de réseau permettent aux plateformes établies de pénétrer plus facilement sur de nouveaux marchés, par exemple en faisant un usage stratégique de leur base de clientèle existante et en regroupant des services sur de nouveaux marchés (Fletcher, 2020, p. 9<sup>[3]</sup>).

Simultanément, certains commentateurs ont souligné que la combinaison d'ensembles de données provenant de différents services complémentaires peut être bénéfique aux consommateurs (CERRE, 2020, p. 82<sup>[51]</sup>), par exemple en termes de services meilleurs et plus innovants (Budzinski et Mendelsohn, 2021, p. 12<sup>[19]</sup>). Le développement d'écosystèmes multiproduits est un bon exemple de la manière dont les entreprises peuvent réaliser des économies d'échelle et de gamme, tirer parti des compétences applicables à l'ensemble des marchés, réaliser des synergies de données entre les marchés et améliorer l'interopérabilité (Bourreau, 2020<sup>[15]</sup>) (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>).

Pour empêcher les entreprises désignées d'obtenir des avantages non reproductibles en matière de données et d'étendre leur pouvoir de marché sur des marchés adjacents, et pour garantir la contestabilité du marché, certaines propositions de réglementation leur interdisent de fusionner des données provenant de différents services, ce qui limiterait leur supériorité en matière de données. Ces réglementations peuvent prendre différentes formes telles que :

- les **silos de données**, qui créent des murailles de Chine entre les ensembles de données collectés à partir de différents services fournis par la même entreprise désignée. Cette solution a été examinée dans le cadre de la fusion Google/Fitbit devant la CE. Elle est désormais envisagée, par exemple par la DMA, lorsqu'il s'agit d'empêcher les contrôleurs d'accès de combiner des données personnelles provenant de différents services qu'ils proposent. Ce recours est également envisagé au Royaume-Uni afin de « limiter le partage et l'utilisation des données entre les différentes unités commerciales d'une entreprise ayant un statut stratégique sur le marché ».
- des **périodes courtes de conservation des données**, limitant la durée pendant laquelle les données peuvent être exploitées, tout en permettant encore aux entreprises de collecter et d'utiliser des données provenant de sources différentes ; et
- les **restrictions liées au secteur d'activité**, qui limitent les marchés et les services auxquels les entreprises désignées peuvent accéder et dans lesquels elles peuvent opérer. Elles peuvent inclure des restrictions de séparation allant de la séparation structurelle à la séparation comportementale (comptable, fonctionnelle ou juridique) (OCDE, 2020<sup>[75]</sup>).

Source : OCDE ; OCDE (2021), Data portability, interoperability and digital platform competition, Document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE, <http://oe.cd/dpic>; OCDE (2020), Abuse of dominance in digital markets, [www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf) ; Google/Fitbit case: Case M.9660 – GOOGLE/FITBIT, REGULATION (EC) No 139/2004 MERGER PROCEDURE, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660\\_3314\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660_3314_3.pdf)

## Observations

156. Les dispositions mentionnées ci-dessus découlent de la reconnaissance du fait que les données peuvent constituer une importante barrière à l'entrée empêchant les nouvelles entreprises de développer de nouveaux produits et/ou de concurrencer les puissants opérateurs en place. En même temps, la nature non rivale de certaines données (ce qui signifie que l'accès d'une entreprise à un ensemble de données n'empêche pas l'accès d'une autre entreprise, comme ce serait le cas pour des actifs physiques) et leur faible spécificité (qui permet de réutiliser les données différemment) (Krämer, 2020<sup>[76]</sup>) (OCDE, 2021, p. 16<sup>[49]</sup>) font des obligations d'accès et de partage des données des mesures correctives idéales, (CERRE, 2020, p. 93<sup>[51]</sup>), en particulier pour garantir la contestabilité et donner aux entreprises une chance réelle de se faire concurrence<sup>151</sup>.

157. Plusieurs auteurs ont toutefois souligné les défis que peut poser l'obligation *ex ante* d'accorder l'accès aux données.

158. Premièrement, il peut y avoir des frictions avec les règles de confidentialité et les principes de protection des données. Si les données non personnelles ou celles qui peuvent être rendues anonymes sont facilement transférables, il n'en va pas de même pour les données personnelles, dont le transfert nécessite dans de nombreuses juridictions (par exemple l'UE, mais pas seulement) le consentement de toutes les personnes concernées par ces données. En outre, des exigences spécifiques s'appliquent à la manière dont ces données personnelles sont transférées afin de garantir un transfert et un stockage sûrs. Ce point est également souligné par la DMT du Royaume-Uni lorsqu'elle fait remarquer que « *la conformité aux lois sur la protection des données devra être prise en compte lorsqu'il s'agit des données personnelles* »<sup>152</sup>. En vue de trouver un équilibre entre le respect des règles de protection des données exigeant un consentement spécifique et la nécessité de partager les données afin d'assurer la contestabilité du marché, la DMA de l'UE prévoit que pour les données personnelles, l'accès à celles-ci n'est possible que lorsque (i) l'accès et l'utilisation des données personnelles sont directement liés à l'usage que les utilisateurs finaux font du service offert par le contrôleur d'accès ; et (ii) l'utilisateur final a opté pour un tel partage avec un consentement valide en vertu du RGPD. Toutefois, cela limite considérablement la quantité de données précieuses qui doivent être partagées avec un concurrent réel ou potentiel. Comme l'indiquent certains auteurs, les entreprises désignées déploieront très probablement d'importants efforts pour faire valoir que ces droits d'accès aux données ne devraient pas être appliqués car les données concernées sont personnelles et leur partage violerait les règles en matière de protection des données (Lundqvist, 2021<sup>[77]</sup>).

159. Deuxièmement, comme mentionné ci-dessus, l'obligation de partager les données avec des tiers vise à leur permettre d'optimiser leurs services et de contester la position de l'entreprise désignée sur le marché. Toutefois, la valeur et l'efficacité de certaines plateformes (par exemple, les moteurs de recherche) pour les utilisateurs finaux dépendent également des économies d'échelle et de gamme dans l'agrégation des données, tandis que la fragmentation du marché pourrait réduire l'ampleur des effets de réseau et avoir des effets néfastes sur le bien-être des consommateurs (Cabral et al., 2021, p. 23<sup>[2]</sup>). En outre, accorder l'accès aux données risque d'influencer négativement les incitations à investir dans la collecte de données.

160. Enfin, la valeur de ces données pourrait diminuer une fois qu'elles sont transférées hors de la plateforme d'origine, avec la perte de contexte qui s'ensuit (Cabral et al., 2021<sup>[2]</sup>), surtout si les données

partagées ne comprennent pas les données déduites et dérivées résultant des efforts d'analyse et d'innovation de l'entreprise. C'est pourquoi, pour que les mesures correctives en matière d'accès aux données fonctionnent, certains auteurs recommandent d'accorder des droits *in situ* pour accéder aux données de l'utilisateur final, plutôt que de transférer les données de l'entreprise désignée à une autre entreprise utilisatrice.

### 5.2.3. Interopérabilité

161. Compte tenu de l'importance des services offerts par les entreprises désignées pour opérer sur un marché, certaines réglementations imposent des obligations visant à éviter le verrouillage, à accroître la contestabilité du marché et à faciliter l'entrée d'opérateurs qui développent de nouveaux services, substituables ou complémentaires à ceux de l'opérateur en place.

162. Les obligations d'interopérabilité semblent particulièrement importantes à cet égard. Elles permettent aux services d'autres entreprises d'interagir avec les fonctions de base des services de l'entreprise (interopérabilité des protocoles) ou, plus largement, elles autorisent l'interaction de plateformes substituables (interopérabilité complète des protocoles, par exemple entre deux systèmes de messagerie substituables) (CERRE, 2020, p. 14<sub>[20]</sub>). Par exemple, l'interopérabilité est indispensable pour que les applications puissent fonctionner sur un système d'exploitation mobile, élément particulièrement important si l'on craint que le pouvoir d'un marché ne soit exploité sur d'autres marchés (OCDE, 2021, p. 20<sub>[49]</sub>). Si une entreprise limite l'interopérabilité des applications tierces avec sa plateforme ou son écosystème, les concurrents devront offrir l'ensemble de l'écosystème fourni par cette entreprise afin de la concurrencer efficacement. Plus généralement, en permettant aux utilisateurs de combiner des produits et des services provenant de différents fournisseurs, l'interopérabilité peut servir à prévenir l'émergence d'un pouvoir de marché par le biais d'un effet de levier anticoncurrentiel et/ou à réduire les barrières à l'entrée découlant des effets de réseau.

163. La portée des obligations d'interopérabilité varie considérablement d'une réglementation à l'autre :

- La DMA impose aux contrôleurs d'accès de permettre l'installation et l'utilisation effective d'applications logicielles ou de boutiques d'applications logicielles de tiers qui utilisent ou interopèrent avec les systèmes d'exploitation du contrôleur d'accès. Cependant, pour éviter tout effet préjudiciable sur le service du contrôleur d'accès, il sera toujours possible de prendre des mesures proportionnées afin d'éviter que les logiciels tiers ne mettent pas en danger le système d'exploitation du contrôleur d'accès<sup>153</sup>. En outre, la DMA impose aux contrôleurs d'accès l'obligation de permettre aux fournisseurs de services accessoires (par exemple, le paiement par des tiers, les services d'identification, les hôtes en nuage) l'interopérabilité avec le même système d'exploitation et les mêmes caractéristiques matérielles ou logicielles que ceux dont le contrôleur d'accès bénéficie lorsqu'il fournit ses propres services accessoires similaires<sup>154</sup> ;
- Le projet de loi American Choice and Innovation Online Act vise à rendre illégale la restriction de l'interopérabilité avec la plateforme, le système d'exploitation, le matériel ou le logiciel dont disposent les services de la plateforme concernée<sup>155</sup> ;
- Plus généralement, la loi allemande confère au *Bundeskartellamt* le pouvoir d'interdire toute pratique de l'entreprise désignée qui refuserait ou rendrait plus difficile l'interopérabilité de produits et de services et, ce faisant, « empêcherait la concurrence »<sup>156</sup> ;
- De manière encore plus large, la proposition italienne confrère à l'autorité de la concurrence le pouvoir d'interdire tout comportement de l'entreprise désignée qui constitue un obstacle à l'interopérabilité<sup>157</sup> ;
- La DMT recommande de permettre à la DMU d'imposer des mesures correctives en matière d'interopérabilité, allant de l'interopérabilité d'une seule fonction à celle d'un service entier. La DMT souligne que ces obligations sont importantes pour réduire les barrières à l'entrée créées par les

effets de réseau et limiter la capacité des entreprises à adopter des comportements potentiellement abusifs, par exemple en différenciant le niveau d'accès fourni aux tiers en fonction de leur menace concurrentielle perçue<sup>158</sup>.

## Observations

164. La portée de ces obligations d'interopérabilité est très différente. Si certaines visent à garantir l'interopérabilité entre les logiciels ou les services auxiliaires de tiers et les systèmes d'exploitation des entreprises désignées, d'autres imposent des obligations d'interopérabilité étendues, couvrant ainsi éventuellement d'autres services aux consommateurs ou des fonctions essentielles des plateformes, comme les médias de messagerie ou les réseaux sociaux.

165. D'une part, un champ d'application restreint pourrait se justifier en raison de la menace que l'interopérabilité fait peser sur la vie privée, car l'accès continu et en temps réel aux données par des services concurrents pourrait entraîner une violation importante de la vie privée. En outre, selon certains auteurs, compte tenu de l'applicabilité quasi-automatique de certaines dispositions, l'imposition d'une obligation large et étendue d'assurer l'interopérabilité peut être disproportionnée et même difficile à appliquer efficacement (CERRE, 2021, p. 54<sup>[63]</sup>). Ainsi, l'absence de règles sur la tarification de l'accès rend difficile l'évaluation du respect des obligations en matière d'interopérabilité (CERRE, 2021, p. 63<sup>[63]</sup>).

166. D'autre part, des obligations définies au sens large permettent de s'attaquer à des problèmes qui se posent sur différents marchés, au-delà des services auxiliaires et des logiciels tiers fonctionnant sur les systèmes d'exploitation des entreprises désignées. Ils pourraient être appropriés sur les marchés où les effets de réseau directs sont importants, ce qui suscite des inquiétudes quant au basculement du marché. Un exemple pourrait être le marché des réseaux sociaux, dont on estime parfois qu'il présente ces caractéristiques (CERRE, 2020, p. 65<sup>[20]</sup>). Sur ces marchés, les utilisateurs sont souvent bloqués, car ils n'ont pas la possibilité de passer à un autre fournisseur sans perdre le réseau de contacts qu'ils ont construit sur une plateforme spécifique.

167. En outre, si les obligations d'interopérabilité peuvent abaisser les barrières à l'entrée et empêcher l'exploitation anticoncurrentielle du pouvoir de marché sur d'autres marchés, puisqu'elles impliquent un certain niveau de normalisation (pour garantir l'interopérabilité effective des différents produits et services), elles sont susceptibles de réduire l'innovation et la diversité des fonctionnalités normalisées<sup>159</sup>. Qui plus est, elles pourraient comporter le risque de consacrer certaines technologies ou certains modèles économiques de certaines entreprises (par exemple en réduisant les incitations à développer de nouvelles normes concurrentes), en particulier si les opérateurs en place contrôlent ou ont une influence déterminante sur la définition de la norme, ce qui aurait pour conséquence involontaire de renforcer le pouvoir de marché.

### 5.3. Garantir la transparence et des pratiques commerciales équitables

168. En raison de la dépendance des plateformes envers des algorithmes sophistiqués qui prennent des décisions automatisées en temps réel, il est difficile pour les consommateurs et les entreprises utilisatrices de comprendre et de contester la manière dont les décisions sont prises<sup>160</sup>. En outre, les entreprises et les consommateurs ne peuvent prendre des décisions éclairées sur l'utilisation de plateformes alternatives qu'à condition de connaître le service qu'ils reçoivent de l'entreprise désignée, par exemple son prix, sa valeur et ses performances (CERRE, 2021, p. 45<sup>[63]</sup>). La disponibilité de ces informations et une meilleure transparence favoriseront à leur tour la contestabilité, qui est l'un des objectifs de bon nombre des réglementations analysées dans cette note (voir la section 3. ci-dessus). Pour ces raisons, les réglementations *ex ante* examinées dans cette note imposent des obligations de transparence aux entreprises désignées, à la fois pour permettre aux entreprises et aux consommateurs

de faire des choix éclairés et pour permettre aux autorités responsables d'appliquer (et d'évaluer le respect) des réglementations *ex ante*.

169. Conformément à son approche générale fondée sur les principes décrits ci-dessus (section 3.3 ci-dessus), la DMT recommande de fixer un **objectif général de transparence** qui peut être défini plus précisément dans le code de conduite. En vue de remédier à l'asymétrie d'information entre les plateformes et les utilisateurs, la DMT recommande d'inclure « *la confiance et la transparence* » parmi les objectifs primordiaux possibles qui peuvent être recherchés par le biais du code de conduite et qui permettront à la DMU de définir des principes spécifiques guidant le comportement des entreprises ayant un statut stratégique sur le marché<sup>161</sup>. La finalité de cet objectif est de donner aux utilisateurs des informations claires et pertinentes pour comprendre les services fournis par les entreprises ayant un statut stratégique sur le marché et leur permettre de prendre des décisions éclairées sur la manière dont ils interagissent avec ces entreprises<sup>162</sup>.

170. Toujours dans le but de permettre des choix éclairés et donc de renforcer la contestabilité, d'autres réglementations imposent des **obligations de transparence étroites et spécifiques** :

- La loi allemande impose l'obligation de fournir des informations suffisantes sur l'étendue, la qualité ou le succès du service rendu ou commandé et, plus généralement, interdit aux entreprises désignées de compliquer l'évaluation de la valeur du service fourni par les clients<sup>163</sup> ;
- De la même manière, la disposition italienne proposée interdit à une entreprise désignée de fournir des informations insuffisantes sur les services qu'elle fournit ou de dresser des obstacles à la capacité des entreprises d'apprécier la valeur des services qu'elles reçoivent de l'entreprise désignée<sup>164</sup> ;
- Le Japon a introduit des obligations de transparence spécifiques concernant les fournisseurs de plateformes numériques désignés.<sup>165</sup> En particulier, ces entreprises seront tenues de divulguer leurs conditions générales aux utilisateurs et de leur envoyer une notification préalable des modifications de ces conditions. Les obligations de divulgation concernent notamment la portée de l'utilisation des données ainsi que les éléments fondamentaux qui déterminent le classement des recherches.
- La réforme française habilite également l'autorité de la concurrence à accéder aux principes et méthodes de conception des algorithmes utilisés par les entreprises faisant l'objet d'une enquête ainsi qu'aux données utilisées dans ces algorithmes<sup>166</sup>.
- Enfin, certaines réglementations n'imposent des obligations de transparence que pour des **services spécifiques**, comme la publicité. La DMA impose des obligations de transparence dans les relations entre le contrôleur d'accès et les annonceurs et éditeurs qui utilisent leurs services. Si elles sont adoptées, les nouvelles dispositions obligeront le contrôleur d'accès à fournir aux annonceurs et aux éditeurs des informations sur le prix qu'ils paient et sur le montant ou la rémunération versée à l'éditeur (par exemple, pour la publication d'une annonce donnée)<sup>167</sup>. Cette disposition contribuera vraisemblablement à mettre fin à une situation dans laquelle les éditeurs ne reçoivent aucune information sur le prix réel payé par l'intermédiaire à la plateforme ou sur la ventilation des frais qu'ils paient (Cabral et al., 2021, p. 16<sub>[2]</sub>). Ici encore, comme pour les autres dispositions en matière de transparence, l'objectif est de renforcer la contestabilité : ces obligations permettront probablement aux annonceurs et aux éditeurs de comparer la valeur ajoutée des différents fournisseurs et de vérifier combien les plateformes facturent réellement, ce qui pourrait conduire à un « environnement de plateforme plus équitable, plus transparent et contestable » avec des prix plus bas<sup>168</sup>. Dans le même but, le contrôleur d'accès doit également fournir à ces mêmes sujets un accès aux outils de mesure de la performance et aux informations nécessaires pour effectuer une vérification indépendante de l'inventaire publicitaire<sup>169</sup>.

## Observations

171. Les obligations de transparence semblent poursuivre des objectifs plus étendus d'équité et de contestabilité, notamment en ce qui concerne les relations entre les entreprises désignées et leurs clients. En fournissant aux entreprises et aux consommateurs des informations suffisantes pour apprécier la valeur réelle des services qu'ils reçoivent de l'entreprise désignée, les dispositions analysées dans cette note permettront aux entreprises et aux consommateurs de comparer ces produits ou services avec des solutions concurrentes. Cette action favorisera à son tour la contestabilité.

172. Toutefois, la portée des dispositions décrites ci-dessus est sensiblement différente. Si certaines imposent des obligations importantes en matière de transparence, d'autres (par exemple la DMA) limitent leur champ d'application aux informations tarifaires fournies aux annonceurs et aux éditeurs.

173. Pour améliorer encore l'efficacité de ces dispositions, certains commentateurs ont suggéré de fournir des détails supplémentaires dans la loi sur (i) le format de la divulgation et (ii) l'étape de la chaîne d'approvisionnement à laquelle la divulgation doit être faite (pour éviter que les entreprises ne divulguent que des informations sur le prix du lot final plutôt que sur les prix pratiqués à chaque étape de la chaîne d'approvisionnement technologique) (CERRE, 2021, p. 61<sup>[63]</sup>).

## 5.4. Contrôle des fusions

174. Une question récurrente sur les marchés numériques concerne le risque des « acquisitions anticoncurrentielles » ou l'achat par de grandes entreprises de start-ups à forte valeur ajoutée sans que la transaction ne soit soumise aux règles de contrôle des fusions qui se concentrent sur le chiffre d'affaires (OCDE, 2020<sup>[78]</sup>). Les réglementations analysées dans cette note semblent reconnaître que les règles de contrôle des fusions avec des seuils basés sur le chiffre d'affaires ne sont pas adaptées pour appréhender les transactions dans l'économie numérique, dont la valeur réside dans le nombre d'utilisateurs, la quantité de données ou le modèle économique innovant de la cible. Par conséquent, les nouvelles réglementations examinées dans cette note visent à élargir ou à compléter les seuils actuels de contrôle des fusions afin de permettre à l'autorité de la concurrence d'avoir connaissance de toute transaction conclue par des entreprises désignées :

- La DMA prévoit que les contrôleurs d'accès « *informant* » la CE de tout projet de fusion avant sa mise en œuvre<sup>170</sup>. Bien que cela ne constitue pas une notification formelle au titre du RMUE, les contrôleurs d'accès doivent informer la CE des cibles d'acquisition, de leur chiffre d'affaires annuel dans l'EEE et au niveau mondial, du nombre d'utilisateurs professionnels actifs par an et du nombre d'utilisateurs finaux actifs par mois, ainsi que de la raison de la concentration envisagée.
- De même, la DMT recommande d'imposer aux entreprises ayant un statut stratégique sur le marché l'obligation d'informer la CMA de toutes les transactions qu'elles concluent<sup>171</sup>.
- La France a également opté pour le même modèle, imposant ainsi aux entreprises structurantes désignées une obligation d'informer l'autorité de la concurrence de toute concentration susceptible d'avoir un impact sur le marché français<sup>172</sup>.

175. L'Allemagne a choisi un modèle légèrement différent, selon lequel les entreprises ayant une importance primordiale sur le marché ne sont pas automatiquement soumises à l'obligation de notifier toutes les transactions. Alors que le 9<sup>e</sup> amendement de la loi allemande avait déjà introduit des seuils de valeur des transactions afin de détecter les acquisitions de petits concurrents par de grandes entreprises qui passaient sous le radar, les derniers amendements permettent au *Bundeskartellamt* d'ordonner à une entreprise de notifier toutes les transactions dans un secteur donné si des seuils spécifiques sont atteints<sup>173</sup>. Toutefois, ces dispositions ne confèrent ce pouvoir que si le *Bundeskartellamt* a mené une

enquête dans le secteur concerné. Une fois qu'un tel ordre a été émis, il s'applique pour une période de trois ans.

176. De même, l'Autorité de la concurrence italienne recommande d'introduire un nouveau pouvoir lui permettant de rendre obligatoire la notification d'une transaction qui n'atteint pas tous les seuils basés sur le chiffre d'affaires. Toutefois, ce pouvoir ne concernerait que les transactions réalisées au cours des six derniers mois et pour lesquelles il existe un soupçon (« *fumus* ») de risques pour la concurrence<sup>174</sup>.

# 6. Amendes et mesures correctives en cas de non-respect

177. Toutes les réglementations analysées dans cette note incluent des moyens de garantir leur respect, en prévoyant des amendes et des mesures correctives structurelles destinées à dissuader les entreprises concernées de tarder à respecter ou de ne pas respecter ces réglementations.

178. En premier lieu, les autorités chargées d'appliquer les réglementations *ex ante* ont le pouvoir d'infliger des **amendes** en cas de non-respect des obligations. Les dispositions relatives aux amendes sont généralement très similaires d'une réglementation à l'autre, mais certaines différences peuvent être observées, essentiellement en ce qui concerne leur montant :

- La DMA donne à la Commission européenne le pouvoir d'infliger à un contrôleur d'accès des amendes jusqu'à concurrence de 10 % de son chiffre d'affaires total si, entre autres, il ne respecte pas les obligations de faire et de ne pas faire prévues aux articles 5 et 6. En outre, elle peut infliger des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total si l'entreprise ne fournit pas les renseignements exacts et complets exigés pour l'appréciation de sa désignation possible comme contrôleur d'accès<sup>175</sup>.
- De la même manière, la DMT recommande de donner à la DMU le pouvoir d'imposer des pénalités jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires mondial en cas de violation du code de conduite<sup>176</sup>. Fait intéressant, la DMT précise que l'objectif du nouveau régime doit être de remédier à des pratiques illégales en coopérant à cet effet avec l'entreprise désignée, de telle sorte que la violation du code ne devrait pas automatiquement conduire à des pénalités, lesquelles doivent être exceptionnelles et limitées aux violations les plus graves qui causent un préjudice important<sup>177</sup>.
- La loi allemande dispose que quiconque commet des actes contraires à la Section 19a(2), intentionnellement ou par négligence, se rend coupable d'une infraction administrative<sup>178</sup>. Dans ce cas, une amende jusqu'à concurrence de 1 million EUR peut être infligée, mais cette amende peut être portée jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total.
- La proposition italienne étend l'application des dispositions relatives aux amendes pour violations de la législation antitrust aux cas de violation des réglementations *ex ante*, ce qui permet à l'ICA d'infliger des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total<sup>179</sup>.
- Les projets de loi américains prévoient que la violation des réglementations *ex ante* peut être sanctionnée par une pénalité civile égale au plus élevé des montants suivants : (i) jusqu'à concurrence de 15 % du chiffre d'affaires total réalisé aux États-Unis, ou (ii) jusqu'à concurrence de 30 % du chiffre d'affaires réalisé aux États-Unis par toute branche d'activité affectée ou ciblée par les pratiques illégales<sup>180</sup>.

179. Bien que les dispositions relatives aux amendes soient globalement similaires, il existe des différences significatives en ce qui concerne la possibilité d'imposer des mesures correctives (comportementales ou structurelles) et les procédures à appliquer à cet effet.

180. Certaines réglementations attribuent à l'autorité compétente des pouvoirs généraux lui permettant d'imposer des mesures correctives, sans poser des conditions particulières à cet effet :

- Dans son texte actuel, la proposition italienne confère à l'ICA le pouvoir « *d'imposer des mesures correctives comportementales ou structurelles aux entreprises désignées, afin de mettre fin à l'infraction ou à ses effets ou d'éviter la réitération de pratiques prohibées.* »<sup>181</sup>

181. D'autres réglementations prévoient des exigences plus ou moins strictes afin de pouvoir imposer des mesures correctives :

- la DMA prévoit la possibilité d'imposer des mesures correctives structurelles (et comportementales) lorsqu'une entreprise a systématiquement contrevenu aux obligations prévues aux articles 5 et 6 et a renforcé ou étendu davantage sa position de contrôleur d'accès<sup>182</sup>. La constatation du non-respect systématique exige que la Commission européenne ait émis au moins trois décisions constatant un manquement ou infligeant des amendes au cours d'une période de cinq ans ayant précédé l'adoption de la décision d'ouverture d'une enquête sur le marché. Les mesures correctives doivent être proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour garantir le respect du règlement. Une mesure corrective structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure corrective comportementale qui soit aussi efficace ;
- la loi allemande prévoit que le *Bundeskartellamt* prendra toutes les mesures correctives comportementales ou structurelles nécessaires qui sont proportionnées à l'infraction et requises afin de mettre effectivement un terme à cette infraction. Toutefois, elle limite la possibilité d'imposer des mesures correctives structurelles uniquement aux situations où il n'existe aucune mesure corrective comportementale qui soit aussi efficace ou si une mesure corrective comportementale devait entraîner une charge plus lourde pour l'entreprise<sup>183</sup>.
- la loi américaine *American Choice and Innovation Act* impose d'envisager un démantèlement si « *une violation découle d'un conflit d'intérêts lié à l'exploitation concurrente par la plateforme couverte de multiples lignes d'activité* »<sup>184</sup>. La loi américaine *Ending Platform Monopolies Act* considère qu'il est systématiquement illégal que l'opérateur d'une plateforme couverte possède, contrôle ou détienne une participation dans une ligne d'activité qu'il lie à sa plateforme ou qui lui confère une incitation à privilégier son propre produit ou ses propres services<sup>185</sup>.

182. Enfin, certaines réglementations excluent d'emblée la possibilité d'imposer certains types de mesures correctives :

- la DMT recommande de conférer à la DMU le pouvoir d'effectuer des interventions proconcurrentielles. Toutefois, « *à l'exception du démantèlement de la propriété, la DMU ne devrait pas être limitée dans le choix des types de mesures correctives qu'elle est capable d'appliquer* »<sup>186</sup>. Ces mesures pourraient inclure des interventions liées aux données, à l'interopérabilité, à des normes communes et au choix des consommateurs, ainsi que des interventions sur les options par défaut, les obligations de fourniture d'accès à des conditions équitables et raisonnables, ou encore des mesures correctives de démantèlement, mais uniquement limitées à une séparation opérationnelle et fonctionnelle (portant par exemple sur les opérations de différentes unités au sein d'une entreprise ayant un statut stratégique sur le marché). Par contraste, la DMT indique clairement que la DMU « *ne devrait pas pouvoir imposer un démantèlement complet de la propriété.* » Ce pouvoir devrait être réservé à la CMA à la suite d'une enquête sur le marché. La DMT explique les raisons de ce choix politique. Elle observe que « *cette recommandation reconnaît l'importance significative d'une décision imposant un démantèlement de propriété, sachant les coûts liés à cette mesure corrective, le fait qu'elle constitue une ingérence grave dans les droits de propriété de l'entreprise, et que la décision n'est pas réversible* »<sup>187</sup>.

183. La marge de manœuvre pour imposer des mesures correctives est donc extrêmement différente selon les diverses réglementations, spécialement en ce qui concerne les mesures correctives structurelles. Tandis qu'elles sont exclues des réglementations *ex ante* selon l'avis de la DMT, la possibilité de recourir à ces mesures correctives en vertu des projets de loi américains est beaucoup plus large que celle que prévoit la DMA. Les projets de loi américains permettent d'appliquer des mesures correctives structurelles dans un plus grand nombre de situations et ces mesures sont immédiatement disponibles, sans qu'il soit

besoin de constater un non-respect systématique pendant une période de cinq ans (Schnitzer et al., 2021, p. 24<sub>[44]</sub>). Cette situation pourra poser des problèmes à l'avenir, par exemple en raison du fait que cette différence de chronologie réduira la possibilité de coordonner des mesures correctives structurelles entre les différentes juridictions (Schnitzer et al., 2021, p. 24<sub>[44]</sub>). En outre, les mesures correctives structurelles pourraient exiger des démantèlements au-delà des frontières nationales, mais il sera alors difficile de les mettre en œuvre dans des juridictions qui ne prévoient pas d'imposer des mesures correctives structurelles comme une solution en cas de non-respect des réglementations *ex ante*.

# 7. Conclusion

184. Un grand nombre de rapports et d'études politiques réalisés ces dernières années relèvent que les grandes plateformes numériques ont acquis un pouvoir de marché substantiel, et que les caractéristiques clés des marchés de plateformes numériques présentent les éléments emblématiques d'une défaillance du marché, et justifient donc une action réglementaire s'ajoutant à l'application de la législation antitrust *ex post*, au vu de leur influence significative sur les marchés et la société en général<sup>188</sup>. Un grand nombre de juridictions ont proposé l'année dernière une certaine forme de réglementation *ex ante* des grandes plateformes numériques, afin de compléter l'application existante du droit de la concurrence.

185. Cette note résume plusieurs de ces initiatives réglementaires les plus importantes, afin d'identifier les mesures les plus saillantes et de mettre en lumière les principaux points de convergence et de divergence entre ces différentes initiatives. Ces initiatives sont nées du même désir de protéger la concurrence sur les marchés numériques, face au pouvoir de marché écrasant des grandes plateformes. En dépit de cet objectif commun, les moyens proposés pour régler le problème sont assez différents. Le consensus sur la nécessité d'agir n'a pas conduit à un consensus sur la meilleure forme que la réglementation économique du marché numérique devrait prendre. La Section 2. a analysé les raisons ayant justifié de proposer une réglementation. Certains auteurs considèrent que les problèmes spécifiques aux plateformes, tels des effets de réseau extrêmes et le basculement du marché, justifient l'adoption de règles *ex ante*<sup>189</sup>. Ils soulignent en particulier la longueur des procédures contentieuses, alors que les marchés que ces règles entendent réglementer évoluent très rapidement. D'autres auteurs soutiennent que l'application du droit de la concurrence *ex-post* demeure un instrument suffisamment efficace, et qu'il est seulement nécessaire de doter les autorités de la concurrence de plus de ressources et de meilleures outils numériques<sup>190</sup>. Selon ces auteurs, le droit de la concurrence est suffisamment vaste pour être également applicable aux caractéristiques spécifiques des plateformes numériques.

186. Finalement, le choix des régimes de surveillance du marché dépendra des objectifs des autorités réglementaires<sup>191</sup>. Nous avons vu dans la Section 3. que ces objectifs incluent l'équité et la contestabilité, afin de traiter les problèmes de pratiques d'exclusion et d'exploitation abusive des plateformes numériques, ainsi que d'autres objectifs, tels l'innovation et la transparence afin de promouvoir le bien-être des consommateurs et de la société dans son ensemble. Toutefois, certains des objectifs ne sont ni précisément définis, ni articulés de manière complète.

187. Les initiatives réglementaires partagent certaines approches communes, y compris (sections 4. et 5. ) :

- L'application des dispositions à un ensemble limité d'entreprises, qui sont identifiées *ex ante* par plusieurs moyens (qualitatifs ou quantitatifs) qui sont soumis à un examen périodique ;
- La définition de critères qualitatifs spécifiques afin d'identifier les entreprises soumises aux nouvelles réglementations, qui reposent largement sur l'importance du pouvoir de marché détenu par l'entreprise sur le marché de l'intermédiation en amont, la nature durable ou transitoire du pouvoir de marché de l'entreprise, et l'existence d'entreprises qui dépendent du produit ou du service de l'entreprise pour accéder à d'autres marchés ;

- La nécessité d'instituer une procédure rapide sur des marchés dynamiques caractérisés par un rythme rapide d'innovation, en limitant la nécessité de réaliser une analyse des effets d'une pratique ou de définir un marché ;
- L'obligation d'informer l'autorité de la concurrence de toute opération de concentration conclue par l'entreprise désignée, éventuellement sous certaines conditions spécifiques (par ex. l'existence d'un soupçon de risques pour la concurrence, après avoir réalisé une enquête sur le marché dans le secteur concerné) ;
- Autre point de convergence : la possibilité d'infliger des amendes aux entreprises reconnues coupables d'une infraction aux réglementations. Les dispositions relatives aux amendes sont généralement très similaires dans les différentes réglementations (Section 6. ).

Cependant, plusieurs divergences importantes sont apparues dans l'approche de la réglementation. Elles portent notamment sur les points suivants :

- Les critères d'identification des entreprises soumises à la réglementation, qui n'incluent pas toujours des seuils quantitatifs spécifiques basés sur le chiffre d'affaires ou la capitalisation boursière ;
- La possibilité pour les entreprises de justifier leur conduite, sur la base de justifications objectives ou de moyens de défense fondés sur l'efficacité ;
- Le niveau de détail des obligations et des interdictions, qui va d'orientations générales basées sur des principes jusqu'à des règles de conduite très détaillées et prescriptives ;
- Le champ d'application différent de plusieurs dispositions (par ex. sur l'autoréférencement (« self-preferencing »), la vente liée et groupée, l'interopérabilité), qui s'appliquent à un large spectre de services ou sont étroitement limitées à des services spécifiques ou des moyens spécifiques de mettre en œuvre une pratique potentiellement dommageable ;
- Des différences importantes existent également en ce qui concerne la capacité à imposer et les procédures d'imposition des mesures correctives (comportementales ou structurelles).

188. Comme cette note l'a mis en lumière, les divergences substantielles observées parmi les différentes initiatives réglementaires, à la fois en termes de champ d'application et de contenu, peuvent poser un certain risque pour leur efficacité à régler les problèmes qu'elles entendent résoudre : dans un paysage législatif aussi fragmenté, l'incertitude juridique s'accroît et peut augmenter la réticence à innover plutôt que l'incitation à innover. Il existe également un risque qu'une réglementation incohérente ou diverse entraîne des coûts inutiles, réduise la qualité de service et étouffe l'innovation. Enfin, la fragmentation entraîne un risque supplémentaire en termes de conformité : les différents projets d'évaluation de la concurrence de l'OCDE<sup>192</sup> démontrent que plus un ensemble de règles est compliqué et lourd, moins les acteurs du marché sont susceptibles de s'y conformer.

189. Plus précisément, la grande diversité des dispositions – par exemple, la désignation même des principales plateformes qui sont ciblées par les réglementations – conduit à une cacophonie légale. Pour reprendre (Chopra et Khan, 2020<sub>[23]</sub>), la réglementation *ex ante* des plateformes numériques devrait au moins poursuivre les trois objectifs suivants :

1. Réduire l'ambiguïté à propos de ce qu'est la loi ou la réglementation concernée, ce qui accroît la prévisibilité ;
2. Réduire la lourdeur des procédures contentieuses et d'application de la loi ou de la réglementation, ce qui accroît l'efficacité ; et
3. Réduire l'opacité afin d'accroître la transparence et la participation<sup>193</sup>.

190. Outre ces préoccupations à propos du contenu de la réglementation, certains points demeurent non résolus. Par exemple, quelle sera la relation entre ces nouvelles réglementations et le droit de la concurrence existant ? Les règles *ex ante* ne relèvent pas, pour la plupart, du droit de la concurrence (à

l'exception des projets de modification de la loi allemande et de la loi italienne, par exemple) et leur application pourra donc ne pas incomber aux autorités de la concurrence – un point qui devra être clarifié. Par ailleurs, tandis que certaines dispositions visant à accroître la contestabilité en garantissant l'accès à des concurrents des contrôleurs d'accès vont au-delà de la jurisprudence antérieure en matière de droit de la concurrence, et visent à régler le problème des barrières structurelles à l'entrée (par ex., les dispositions sur l'accès aux données), d'autres s'appuient clairement sur cette jurisprudence. Étant donné que certaines des pratiques interdites et certaines des obligations imposées s'appuient sur la jurisprudence en matière d'affaires antitrust, il est plausible qu'il se produira un certain chevauchement avec le droit de la concurrence. Des orientations données par les législateurs seraient les bienvenues afin de guider les autorités sur ce qui se produit lorsqu'une pratique (par ex., self-preferencing, clauses de la nation la plus favorisée) est imputable à une entreprise dominante qui est également désignée comme un contrôleur d'accès (ou une entreprise structurante, une entreprise détenant une importance primordiale sur tout le marché, etc.) : sera-t-elle pénalisée deux fois ?

191. Un autre point exigera probablement un débat plus approfondi, à savoir le rôle du consommateur et le bien-être du consommateur à la suite des nouvelles réglementations. Un grand nombre de dispositions visent à créer une concurrence *dans* le marché en permettant l'interopérabilité, le partage des données, etc. Toutefois, bien qu'elles puissent faciliter l'entrée sur le marché, il est également possible que certaines mesures puissent dégrader l'expérience du consommateur, par exemple en scindant des écosystèmes. Ainsi, un utilisateur qui peut actuellement naviguer dans tout un écosystème avec un seul point d'entrée (et un seul mot de passe) devrait alors se connecter plusieurs fois pour accéder à des services séparés (messagerie électronique, recherches, chats, réservations d'hôtel, etc.). D'autres préoccupations peuvent surgir à propos de la protection des données du consommateur. Le fait de permettre plus de transparence et de partage des données peut compromettre la protection des données du consommateur. Au Royaume-Uni et en Australie, des initiatives antérieures liées à l'Open Banking et aux droits des consommateurs sur leurs données ont stimulé l'innovation, la clarté des conditions et la facilité d'utilisation au profit des consommateurs. Ces mesures pourraient peut-être également servir d'exemples pour la réglementation des plateformes.

192. Enfin, la fragmentation des réglementations entre les différentes juridictions peut également rendre leur application plus difficile au-delà des frontières, par exemple lorsque des mesures correctives doivent être conçues et coordonnées à l'échelle mondiale. Étant donné que la plupart des plateformes ciblées sont de taille mondiale, il serait judicieux de formuler un cadre mondial, avec certaines nuances tenant compte des différences nationales. En outre, la nature transfrontière des plateformes numériques et les problèmes qui en découlent devraient conduire à ce que la réglementation adoptée dans une juridiction puisse produire des effets extraterritoriaux. Les différentes approches juridiques adoptées dans les diverses juridictions font qu'une cohérence absolue est irréaliste et probablement indésirable. Toutefois, « *une plus grande cohérence devrait rendre la réglementation plus efficace, plus proportionnée et mieux à même de limiter des conséquences négatives* »<sup>194</sup>. En conséquence, compte tenu des points de convergence identifiés dans cette note, ces projets de réglementation donnent une opportunité d'accroître la coopération d'une manière plus systématique. Le Réseau européen de la concurrence (REC), par exemple, a appelé à créer un mécanisme de coopération entre les autorités nationales de la concurrence afin de soutenir l'application de la DMA. L'identification des meilleures pratiques de coopération internationale pour l'application de la réglementation *ex ante* des marchés numériques favoriserait un résultat plus cohérent.

193. Promouvoir la concurrence dans la conception des réglementations *ex ante* peut donc revêtir une importance croissante pour la politique de concurrence dans son ensemble. Ces mesures s'inscrivent dans un débat plus large à propos du rôle de la politique gouvernementale pour promouvoir l'innovation, et pour traiter des préoccupations plus larges à propos de l'accès au marché, d'une part, et du bien-être du consommateur, d'autre part. Il existe actuellement une fenêtre d'opportunité, puisque les réglementations en sont encore au stade du projet, pour que les juridictions du monde entier partagent leurs expériences et apprennent les unes des autres, afin d'élaborer des règles qui permettront de

s'attaquer aux pratiques et aux structures des marchés de plateforme numérique qui faussent la concurrence et nuisent au bien-être économique.

# Notes de fin de document

<sup>1</sup> Oxford Economics with Huawei : Digital Spillover. Measuring the true impact of the digital economy (2017).

<sup>2</sup> CNUCED, Digital Economy Report 2021, [https://unctad.org/system/files/official-document/der2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf)

<sup>3</sup> Voir la page d'accueil sur les tables rondes précédemment organisées sur ce thème par le Comité de la concurrence de l'OCDE : <https://www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm>

<sup>4</sup> Competition Economics of Digital Ecosystems : <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>; Abuse of Dominance in Digital Markets: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>

<sup>5</sup> Voir OCDE (2021), Data portability, interoperability and digital platform competition, Document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE, <http://oe.cd/dpic>

<sup>6</sup> Traduction des auteurs. Le projet de loi est actuellement en suspens, étant donné que les autorités françaises attendent le résultat de la DMA. Néanmoins, il indique les intentions du législateur français et a donc une valeur illustrative.

<sup>7</sup> Traduction des auteurs.

<sup>8</sup> (US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020<sup>[9]</sup>)

<sup>9</sup> (Bourreau, 2020<sup>[15]</sup>) (Autorités de la concurrence du Benelux,, 2019<sup>[13]</sup>).

<sup>10</sup> Voir également la table ronde organisée par le Comité de la concurrence de l'OCDE sur le thème *Start-ups, killer acquisitions and merger control* (2020): <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control.htm>

<sup>11</sup> (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>) paragraphe 2.8 p.18

<sup>12</sup> Idem

<sup>13</sup> (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>) op. cit. paragraphe 2.10 p 19

<sup>14</sup> Voir également la note de référence de l'OCDE sur les problèmes de concurrence affectant les médias d'information et les plateformes numériques : <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-issues-in-news-media-and-digital-platforms.htm>

<sup>15</sup> (US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020<sup>[9]</sup>) p. 7

<sup>16</sup> La Commission allemande sur « le Droit de la concurrence 4.0 », 2019 p.48

<sup>17</sup> Cette page web énumère toutes les affaires engagées contre les GAFAs depuis l'affaire *Google Shopping* en 2010 et jusqu'en 2021 : <https://qz.com/2066217/a-cheat-sheet-to-all-the-antitrust-cases-against-big-tech-in-2021/>

<sup>18</sup> (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>) p. 16.

<sup>19</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relative aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), considérant 5.

<sup>20</sup> (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sup>[10]</sup>) paragraphe 5, p. 3.

<sup>21</sup> (Chopra et Khan, 2020<sup>[23]</sup>) p.359

<sup>22</sup> Sous-commission antitrust américaine, op.cit. p.7

<sup>23</sup> Argentine, Colombie, Pakistan, Fédération de Russie et Turquie, selon ce rapport (CNUCED, 2021<sup>[25]</sup>)

<sup>24</sup> Les autorités de la concurrence d'Égypte, du Kenya, du Pérou et de Turquie, voir UNCTAD op.cit.

<sup>25</sup> La question a également été abordée au cours d'une table ronde dans le cadre du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE en décembre 2020. Voir (OCDE, 2020<sup>[26]</sup>) sur les défis pratiques auxquels les autorités de la concurrence sont confrontées lorsqu'elles mènent des enquêtes pour abus de position dominante ou monopolisation.

<sup>26</sup> La réunion du Comité de la concurrence du 2 décembre débattera également de cet aspect, et la synthèse des discussions sera publiée sur [www.oecd.org/daf/competition](http://www.oecd.org/daf/competition).

<sup>27</sup> Sur la question particulière des données, voir également le Rapport de 2017 du Groupe d'études sur les données et la politique de concurrence de la Japan Fair Trade Commission (JFTC), dont une synthèse en anglais peut être consultée à l'adresse suivante :

[https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606\\_files/170606-3.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-3.pdf)

<sup>28</sup> Le 10 novembre 2021, il a été annoncé que la Supreme Court britannique avait rejeté une action collective engagée contre Google devant les tribunaux anglais, pour le compte de plus de 4m d'utilisateurs de l'iPhone d'Apple, en raison du traçage allégué de données personnelles par Google, et ce en raison de la difficulté à calculer le préjudice éventuellement subi : <https://www.ft.com/content/006461a0-6e1c-4547-80e9-79dd1045c8fb>

<sup>29</sup> Stigler Committee on Digital Platforms : Rapport final, 16 septembre 2019, <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report> ("..l'organe de recherche qui indique que les problèmes croissants d'application insuffisante se multiplient rapidement". p.79)

<sup>30</sup> (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sub>[10]</sub>) voir par exemple, paragraphe 4.121 : « L'application insuffisante du droit de la concurrence à l'encontre des fusions numériques au Royaume-Uni et dans le monde suscite des préoccupations largement répandues. » Ces vues sont largement partagées, voir également (Takigawa, 2021<sub>[16]</sub>) sur la difficulté d'estimer la concurrence potentielle dans les analyses des fusions sur les marchés numériques.

<sup>31</sup> (Commission européenne, 2020<sub>[48]</sub>)

<sup>32</sup> La plupart des initiatives réglementaires incluent des mesures afin de faciliter ou d'imposer l'accès des tiers aux données (par ex. DMT, paragraphe 4.68, p. 45)

<sup>33</sup> "Digital Platforms: Oversight if Necessary, But Not Necessarily Regulation", Communiqué du Competition Council (Canada), 7 janvier 2021  
[https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique\\_2021\\_0107\\_CPC.pdf](https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique_2021_0107_CPC.pdf)

<sup>34</sup> Communiqué du 7 janvier 2021, op.cit. p.2

<sup>35</sup> La question est également discutée dans le cadre de plusieurs tables rondes de l'OCDE, par exemple (OCDE, 2016<sub>[28]</sub>)

<sup>36</sup> (Takigawa, 2021<sub>[16]</sub>) fait notamment référence à la loi américaine *Computer Fraud and Abuse Act* de 1986 qui prohibe l'accès d'une plateforme rivale aux données de la plateforme dominante.

<sup>37</sup> European Competition Network, "How national competition agencies can strengthen the DMA", document conjoint des directeurs des autorités de la concurrence nationales de l'Union européenne, publié le 21 juin 2021.  
[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA\\_ECN\\_Paper.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_ECN_Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<sup>38</sup> (Competition and Markets Authority, CMA, 2020<sub>[10]</sub>)

<sup>39</sup> UK Advice of the Digital Markets Taskforce, op.cit. , 4.33

<sup>40</sup> Op.cit. section 4.38.

<sup>41</sup> Le titre complet est « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) »

<sup>42</sup> Loi pour l'amélioration de la transparence et de l'équité de certaines plateformes numériques spécifiques, Article 1 (Objet), Traduction Google.

<sup>43</sup> Loi pour l'amélioration de la transparence et de l'équité de certaines plateformes numériques spécifiques, Article 3 (principes de base), Traduction Google.

<sup>44</sup> Loi allemande sur la concurrence, Section 19, Article (2) n°1.

<sup>45</sup> (Marsden et Podszun, 2020<sub>[6]</sub>) p.38

<sup>46</sup> (Dunne, 2020<sub>[43]</sub>), p. 231. Soulignage de l'auteure elle-même.

<sup>47</sup> (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>), p.2.

<sup>48</sup> (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>) p.6.

<sup>49</sup> (US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020<sub>[9]</sub>)

<sup>50</sup> The "Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021", 11 juin 2021

<sup>51</sup> AS1730 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*. Traduction de Thiemann/Lapenta.

<sup>52</sup> US Bill *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching*, 11 juin 2021, section 3.

<sup>53</sup> Voir également OCDE (2021), Data portability, interoperability and digital platform competition, Document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE, <http://oe.cd/dpic>

<sup>54</sup> *Proposition de loi adoptée par le Sénat visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace*, N°2701, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 20 février 2020. Traduction de Thiemann/Lapenta. Le projet est actuellement en suspens en attendant l'adoption de la version finale de la DMA.

<sup>55</sup> (Budzinski et Mendelsohn, 2021<sub>[19]</sub>), p. 18.

<sup>56</sup> Loi allemande sur la concurrence, article 19a (2) 1.a)

<sup>57</sup> Op.cit. (19a (2) 4.)

<sup>58</sup> H.R. 3816, Sec 2. (b)

<sup>59</sup> Section 18, 3(a) ligne 5.

<sup>60</sup> Loi pour l'amélioration de la transparence et de l'équité de certaines plateformes numériques spécifiques, article 1.

<sup>61</sup> (Crawford et al., 2021<sub>[45]</sub>) p.27

<sup>62</sup> idem

<sup>63</sup> Selon (Marsden et Podszun, 2020<sub>[6]</sub>) : « La réglementation plateformes-entreprises de l'Union européenne de 2019 est la première tentative pour fournir un cadre juridique complet régissant les relations entre les plateformes numériques et les entreprises. Les règles exigent que les services d'intermédiation en ligne et les moteurs de recherche en ligne respectent certaines restrictions concernant leur comportement sur le marché intérieur. En particulier, le règlement P2B impose un plus haut degré de transparence de la part des plateformes, sur des questions telles que leurs termes et conditions, les paramètres de classement, le traitement différencié de leurs propres produits et des produits de tiers (self-preferencing), l'accès aux données, les clauses d'exclusivité ou les accords de parité de prix. Les règles exigent principalement la transparence, mais ne prohibent pas certains comportements spécifiques. Le règlement P2B doit être revu dès 2022, après une courte période d'application, ce qui indique que les décideurs politiques avaient conscience que la règle de la transparence peut ne pas suffire à réguler les relations P2B-relationships. » (p. 18)

<sup>64</sup> Article 19(a)(1) de la Loi allemande, qui fait référence à l'article 18(3a) de la même loi.

<sup>65</sup> Article 3-bis de la proposition de l'autorité de la concurrence italienne.

<sup>66</sup> Article 7(3) du projet français.

<sup>67</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.3.

<sup>68</sup> Article 2 de la Loi pour l'amélioration de la transparence et de l'équité de certaines plateformes numériques spécifiques.

<sup>69</sup> Article 2(g)(10) du projet de loi n° 3816, intitulé « the American Choice and Innovation Online Act ».

<sup>70</sup> US Bill n° H.R. 3816

<sup>71</sup> Considérant 2 de la DMA.

<sup>72</sup> (OCDE, 2020<sub>[26]</sub>).

<sup>73</sup> Section 19a(1), n° 5 de la loi allemande ; Article 3-bis(1)(v) de la proposition de l'autorité de la concurrence italienne ; paragraphe 4.19 de l'avis de la DMT ; Article 7(3) du projet français ; Section 5(7) du projet de loi n° 3825, intitulé « the Ending Platform Monopolies Act ».

<sup>74</sup> Article 1(1)(b) de la DMA.

<sup>75</sup> Paragraphe 4.12 de l'avis de la DMT ; Article 3(1)(c) de la DMA.

<sup>76</sup> Section 19a(1)(3) de la loi allemande, Article 3-bis(1)(ii) de la proposition de l'Autorité de la concurrence italienne ; Article 7(3) de la proposition française.

<sup>77</sup> Section 19a(1)(4) de la loi allemande; Article 3-bis(1)(iii) de la proposition de l'Autorité de la concurrence italienne ; Article 7(3) de la proposition française.

<sup>78</sup> Il convient de noter que dans son rapport, l'Autorité de la concurrence italienne précise que les critères énumérés dans le projet de loi ne sont ni exhaustifs ni cumulatifs. Cela signifie que l'Autorité n'est pas toujours tenue de constater l'existence d'une position dominante afin de désigner l'entreprise à laquelle les réglementations *ex ante* s'appliquent. Cela semble également être l'interprétation à donner à l'Article 7(3) de la proposition française, qui exige que l'Autorité de la concurrence tienne compte de "plusieurs" critères énumérés (et non de tous ces critères).

<sup>79</sup> Avis de la DMT, Annexe B, p. B11.

<sup>80</sup> Avis de la DMT, Annexe B, paragraphes 33-34.

<sup>81</sup> Voir Article 3(2) de la DMA ; Section 5(5)(B)(i-iii) du projet de loi américain H.R. 3825, the Ending Platform Monopolies Act et Section 5(6)(B) du projet de loi américain H.R. 3849, the Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021 ou l'ACCESS Act de 2021.

<sup>82</sup> Avis de la DMT, Annexe B, paragraphe 43. Par exemple, la DMT observe que le nombre d'utilisateurs et le temps qu'ils consacrent à l'utilisation d'un produit sont particulièrement révélateurs lorsqu'il s'agit d'un produit financé par la publicité, alors que, lorsqu'il s'agit de places de marché en ligne, la valeur brute des transactions facilitées semble avoir une valeur informative supérieure.

<sup>83</sup> Article 15 de la DMA. La liste des facteurs est donnée à l'Article 3(6) de la DMA.

<sup>84</sup> Section 39a de la loi allemande.

<sup>85</sup> Article 4(2) de la Loi pour l'amélioration de la transparence et de l'équité des plateformes numériques. Le ministère de l'Économie, du Commerce et de l'Industrie a désigné certaines plateformes numériques comme des plateformes numériques soumises aux nouvelles dispositions. Cette liste est disponible à l'adresse suivante :

[https://www.meti.go.jp/english/policy/mono\\_info\\_service/information\\_economy/digital\\_platforms/index.html](https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/index.html).

<sup>86</sup> Section 19a(1) de la loi allemande.

<sup>87</sup> Article 7(2) de la proposition française.

<sup>88</sup> Article 3-bis(1) de la proposition de l'Autorité de la concurrence italienne.

<sup>89</sup> Avis de la DMT, Annexe B, paragraphes 89 et suivants.

<sup>90</sup> Voir Section 4 du projet de loi américain H.R. 3826, intitulé « Platform Competition and Opportunity Act » de 2021, qui donne à la FTC et au ministère de la Justice le pouvoir de « désigner si une entité est une plateforme couverte » aux fins de la loi. De la même manière, voir la Section 6 du projet de loi américain H.R. 3825, intitulé « Ending Platform Monopolies Act », la Section 6 du projet de loi américain H.R. 3849 intitulé « Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act » de 2021 ou l'ACCESS Act de 2021.

<sup>91</sup> Avis de la DMT, Annexe B, paragraphe 87. Toutefois, voir la section 3.3 ci-dessous, exigeant de la transparence sur la possibilité de renverser la charge de la preuve, lorsqu'il s'agit de prouver l'existence de conditions justifiant d'être exempté d'une obligation instituée dans le code de conduite.

<sup>92</sup> Section 19a(1) et, pour les règles sur les fusions, Section 39°(1) de la loi allemande.

<sup>93</sup> Article 3-bis(1) de la proposition de l'Autorité de la concurrence italienne.

<sup>94</sup> Article 7(2) de la proposition française.

<sup>95</sup> Section 5 de H.R. 3826, Platform Competition and Opportunity Act de 2021.

<sup>96</sup> Article 32 de la DMA.

<sup>97</sup> Article 1(7) de la DMA.

<sup>98</sup> Avis de la DMT, paragraphe 6.12. Selon la DMT, dès qu'une entreprise est désignée comme ayant un statut stratégique sur le marché au titre d'une activité, toutes les activités subséquentes de cette entreprise peuvent être désignées de la même manière par la DMU, l'Office of Communications (Ofcom) (par ex. en relation avec des services de communications interpersonnelles, tels WhatsApp, les systèmes d'exploitation TV, les services informatiques en nuage ou les services Internet à l'appui de la fourniture de produits) ou la Financial Conduct Authority (FCA) (par ex. en relation avec des services de paiement, des cryptomonnaies, des produits d'assurance ou des services bancaires).

<sup>99</sup> <https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>.

<sup>100</sup> Considérant 60 de la DMA. Les cas dans lesquels l'entreprise peut être exemptée d'obligations particulières sont très limités. L'article 8 permet aux contrôleurs d'accès de soumettre une demande

motivée afin de suspendre exceptionnellement, entièrement ou partiellement, une obligation particulière « *lorsque le contrôleur d'accès démontre qu'en raison de circonstances exceptionnelles échappant à son contrôle le respect de cette obligation particulière menacerait la viabilité économique de ses activités dans l'Union, et ce uniquement dans la mesure nécessaire pour remédier à cette menace pour sa viabilité.* » L'article 9 permet aux plateformes de soumettre une demande motivée afin d'être exemptées d'obligations particulières pour des motifs de moralité publique, de santé publique ou de sécurité publique.

<sup>101</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.43.

<sup>102</sup> Mémoire explicatif du projet de loi allemand (*Beschlussempfehlung*), p. 113, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/258/1925868.pdf>.

<sup>103</sup> Section 2(c) du projet de loi américain 3816, *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>104</sup> Annexe C à l'avis de la DMT, paragraphe 7.

<sup>105</sup> Toutefois, la DMT fait également référence à des comportements particuliers qui seront très probablement traités dans les codes de conduite, tels que ceux qui concernent les médias d'information et sont identifiés dans la Cairncross Review.

<sup>106</sup> Avis de la DMT, Annexe C, p. C4 et C10.

<sup>107</sup> Avis de la DMT, Annexe C, p. C18.

<sup>108</sup> Considérant 33 de la DMA.

<sup>109</sup> La DMA permet également une certaine souplesse, ce qui nuance davantage cette affirmation. En premier lieu, bien que l'article 5 définisse les obligations incombant aux contrôleurs d'accès, s'appliquant en tant que telles à tous les contrôleurs d'accès désignés, l'article 6 définit des obligations « *susceptibles d'être précisées incombant aux contrôleurs d'accès* ». La différence tient au fait que ces dernières apportent un « *potentiel de transformation* » (Colomo, 2021<sup>[54]</sup>) et permettent à la Commission européenne de modifier le modèle économique du contrôleur d'accès, par exemple en modifiant la manière dont il monétise ses services, en ouvrant à d'autres entreprises certains pans de ses écosystèmes, ou en le contraignant à partager certaines données. En second lieu, bien que les deux listes d'obligations de faire et de ne pas faire de la DMA soient exhaustives, l'article 10 instaure une certaine souplesse en ce qui concerne les obligations nouvelles qui peuvent être ajoutées, au moyen d'une procédure de mise à jour qui n'exige pas l'approbation du Parlement européen et du Conseil. En troisième lieu, l'article 8 permet aux contrôleurs d'accès de soumettre une demande motivée afin de suspendre exceptionnellement, entièrement ou partiellement, une obligation particulière « *lorsque le contrôleur d'accès démontre qu'en raison de circonstances exceptionnelles échappant à son contrôle le respect de cette obligation particulière menacerait la viabilité économique de ses activités dans l'Union, et ce uniquement dans la mesure nécessaire pour remédier à cette menace pour sa viabilité.* » L'article 9 permet aux plateformes de soumettre une demande motivée afin d'être exemptées d'obligations particulières pour des motifs de moralité publique, de santé publique ou de sécurité publique.

<sup>110</sup> Les dispositions italiennes sont calquées sur la loi allemande : l'autorité de la concurrence italienne suggère explicitement d'introduire des « dispositions spécifiques inspirées par l'expérience allemande » (p. 57 du rapport).

<sup>111</sup> Comme dans le cas de l'Allemagne, l'emploi du terme "peut" (et la possibilité précitée offerte à l'entreprise de démontrer que certaines interdictions ne sont pas "*objectivement justifiées*") suggère qu'il

existe une possibilité d'ajustement des interdictions aux caractéristiques particulières de l'entreprise, à son modèle économique ou à son impact sur le marché et le bien-être des consommateurs.

<sup>112</sup> Avis de la DMT, Annexe C, p. C3.

<sup>113</sup> Avis de la DMT, Annexe C, p. C16.

<sup>114</sup> Pour plus d'exemples de pratiques d'auto-référencement par Amazon et d'autres plateformes, voir (US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust, 2020<sup>[9]</sup>).

<sup>115</sup> On retrouve également des similitudes avec les stratégies de refus de vente (puisque le préjudice concurrentiel découlant de l'auto-référencement est fondé sur l'existence d'un intrant ou d'une installation importante nécessaire pour faire face à la concurrence, comme une plateforme majeure pour atteindre les clients) ou la compression des marges (par une discrimination à l'encontre des concurrents lorsqu'ils prouvent l'accès à leur intrant ou l'interopérabilité avec celui-ci).

<sup>116</sup> L'article 6(1)(d) de la DMA prévoit l'obligation de « s'abstenir d'accorder, en matière de classement, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même ou par tout tiers appartenant à la même entreprise, par rapport aux services ou produits similaires d'un tiers et d'appliquer des conditions équitables et non discriminatoires à ce classement ».

<sup>117</sup> Article 19a (2), n° 1 de la loi allemande.

<sup>118</sup> L'article 3-bis, paragraphe 2, lett. a) de la proposition italienne interdit d'accorder « *un traitement préférentiel, dans l'intermédiation pour l'accès au marché de l'approvisionnement et de la vente, à leurs propres produits ou services par rapport à ceux d'autres entreprises, notamment en les favorisant dans l'affichage ou en pré-installant leurs propres services ou produits ou en les intégrant dans les offres d'autres entreprises* ».

<sup>119</sup> La section 2(b)(7) du projet de loi H.R. 3816, *American Choice and Innovation Online Act*, rend illégal « *en relation avec toute interface utilisateur, y compris la fonctionnalité de recherche ou de classement offerte par la plateforme concernée, le fait de traiter les propres produits, services ou secteurs d'activité de l'opérateur de la plateforme concernée plus favorablement que ceux d'un autre utilisateur commercial* ».

<sup>120</sup> Projet d'avis de la commission des affaires économiques et monétaires du PE.

<sup>121</sup> Dans l'UE, ces dispositions sont complétées par d'autres règlements, notamment le règlement Platform-to-Business (P2B) qui vise à accroître la transparence dans les relations P2B (règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 visant à promouvoir l'équité et la transparence pour les utilisateurs professionnels des services d'intermédiation en ligne). Sur la base de ce règlement, la CE a adopté des lignes directrices précises sur la transparence du classement afin d'aider les prestataires de services d'intermédiation en ligne et les moteurs de recherche en ligne à appliquer l'obligation légale de présenter les principaux paramètres déterminant le classement et les raisons de leur importance relative par rapport à d'autres paramètres (voir les lignes directrices de la communication de la commission sur la transparence du classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil 2020/C 424/01, JO C 424 du 8.12.2020, p. 1-26).

<sup>122</sup> Article 7(7) de la proposition française.

<sup>123</sup> Avis de la DMT, Annexe C, p. C13. Les entreprises ayant un statut d'entreprise stratégique sur le marché ne doivent pas grouper les services « *lorsque les effets négatifs pour les utilisateurs, notamment le fait de compliquer l'accès à des solutions de rechange qui se traduit par une réduction des concurrents,*

*l'emportent sur les avantages en termes d'efficacité pour les utilisateurs, ce qui entraîne des effets négatifs. »*

<sup>124</sup> Exposé des motifs du projet de loi allemand (Beschlussempfehlung), p. 116, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/258/1925868.pdf>.

<sup>125</sup> Article 19a(2), N° 3.

<sup>126</sup> Article 3-bis, paragraphe 2, lettre c), de la proposition de l'autorité italienne de la concurrence. Elle prévoit l'interdiction « *d'évincer d'autres entreprises des marchés sur lesquels l'entreprise désignée, bien que n'étant pas dominante, pourrait rapidement étendre sa position, notamment par des stratégies de ventes liées et groupées* ».

<sup>127</sup> Considérant 41 de la DMA.

<sup>128</sup> Article 6(1)(b) de la DMA.

<sup>129</sup> Article 5(f) de la DMA.

<sup>130</sup> Section 2(b)(5) du projet de loi H.R. 3816, *American Choice and Innovation Online Act*. Si elle est adoptée, il sera illégal de « restreindre ou d'empêcher les utilisateurs des plateformes concernées de désinstaller les applications logicielles préinstallées sur la plateforme concernée ou de modifier les paramètres par défaut qui dirigent ou orientent les utilisateurs de ladite plateforme vers des produits ou des services offerts par l'opérateur de la plateforme ».

<sup>131</sup> Comme l'ont montré les précédentes tables rondes de l'OCDE, les stratégies de vente liées et groupées peuvent avoir des effets tant positifs que négatifs sur la concurrence. Ces stratégies peuvent profiter aux consommateurs lorsqu'elles génèrent des économies de gamme ou d'échelle substantielles, renforcent les effets de réseau ou améliorent la qualité. Par exemple, du point de vue de la demande, elles peuvent fournir aux consommateurs un guichet unique ou accroître la valeur d'une plateforme pour les consommateurs en augmentant le nombre d'utilisateurs actifs de celle-ci. Les consommateurs, tant qu'ils ont la possibilité de les désinstaller et de télécharger un autre logiciel, trouvent plus pratique que certaines applications de base (par exemple, l'application appareil photo, le calendrier ou le navigateur Web) soient préinstallées lorsqu'ils achètent un nouveau téléphone. Du côté de l'offre, la vente liée ou groupée peut être au cœur d'un modèle économique dans lequel certains produits sont proposés à un prix faible ou nul grâce aux subventions croisées des produits liés. Cependant, ils peuvent également être utilisés comme une stratégie d'exclusion des concurrents, par exemple lorsque la vente groupée vise à priver les rivaux d'une base d'utilisateurs et donc d'effets de réseau suffisants pour être compétitifs, ou lorsqu'elle constitue un moyen d'empêcher l'entrée de produits autonomes (OCDE, 2020, p. 50<sub>[26]</sub>).

<sup>132</sup> Article 5(b) de la DMA.

<sup>133</sup> Section 2(b)(8) du H.R. 3816, la loi *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>134</sup> Les conclusions divergentes tirées dans le passé concernant les effets des NPF pourraient expliquer en partie la disparité qui existe en matière de réglementations. Dans le passé, les autorités nationales de la concurrence et les tribunaux de l'UE sont parvenus à des conclusions très différentes lorsqu'ils ont évalué les accords NPF et les accords de parité entre plateformes (APPA). En 2015, plusieurs États membres de l'UE ont accepté les engagements pris par Booking.com de supprimer l'obligation imposée aux hôtels de proposer sur sa plateforme des tarifs égaux ou plus favorables que ceux proposés sur d'autres plateformes (voir <https://news.booking.com/bookingcom-announces-support-of-new->

[commitments-in-europe/](#) et aussi Commission européenne, Communiqué de presse, *Antitrust: Les autorités de la concurrence suédoise, française et italienne obtiennent des engagements dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne*, 21 avril 2015). En revanche, le *Bundeskartellamt* a adopté une approche plus stricte et a exigé une interdiction totale des NPF (voir *Bundeskartellamt*, décision B 9 - 121/13 du 22 décembre 2015). Si, en appel, le tribunal régional supérieur de Düsseldorf a souligné en 2019 les effets proconcurrentiels des clauses paritaires étroites empêchant le resquillage (voir le jugement du tribunal régional supérieur (Oberlandesgericht) de Düsseldorf du 4 juin 2019 (VI-Kart 2/16 (V) - Booking), une décision récente de la Cour fédérale de justice d'Allemagne a infirmé la décision du tribunal régional et confirmé l'interdiction par le *Bundeskartellamt* des clauses NPF étroites de Booking.com (voir MLex Insight, *Booking.com perd un procès antitrust en Allemagne concernant des clauses « étroites » de réservation d'hôtel*, 18 mai 2021). Pour une vue d'ensemble, voir le document de travail des services de la Commission intitulé « Évaluation du règlement d'exemption par catégorie verticale » (8 septembre 2020), p. 184.

<sup>135</sup> (OCDE, 2016, p. 10<sub>[28]</sub> ; OCDE, 2019<sub>[27]</sub>).

<sup>136</sup> Considérant 3 de la DMA.

<sup>137</sup> Les données relatives aux utilisateurs sont le moteur des médias sociaux et des plateformes de partage de contenu, elles alimentent les algorithmes des plateformes numériques telles que les moteurs de recherche et sont nécessaires pour améliorer la qualité du service et le ciblage publicitaire (OCDE, 2021, p. 15<sub>[49]</sub>). En outre, les données présentent souvent des économies d'échelle (c'est-à-dire qu'il existe des coûts fixes substantiels associés à la collecte, au traitement et à l'analyse des données) et de portée (c'est-à-dire qu'un ensemble de données peut avoir de multiples applications et que, par conséquent, les données recueillies sur une plateforme de marché peuvent constituer un atout précieux pour pénétrer d'autres marchés) (OCDE, 2021, p. 15<sub>[49]</sub>).

<sup>138</sup> Avis de la DMT, rapport principal, p. 43. La DMU aura le droit d'effectuer des « interventions liées aux données, notamment des interventions visant à soutenir un plus grand contrôle des consommateurs sur les données, à rendre obligatoire l'accès des tiers aux données et la séparation des données/les silos de données. »

<sup>139</sup> Avis de la DMT, Annexe D, p. D9. Le DMT recommande d'accorder à la DMU le pouvoir d'imposer des recours en matière de contrôle des consommateurs permettant à « ces derniers de mieux contrôler leurs données personnelles, par exemple en contrôlant les conditions de leur collecte, la manière dont elles sont utilisées, les personnes avec lesquelles elles sont partagées et en facilitant la mobilité des données à l'initiative des consommateurs ». Ils complèteraient les droits existants en matière de protection des données en vertu du règlement général sur la protection des données et de la loi sur la protection des données de 2018. »

<sup>140</sup> Conformément à l'article 6, paragraphe 1, point h), de la DMA, les contrôleurs d'accès devront « assurer la portabilité effective des données générées par l'activité d'une entreprise utilisatrice ou d'un utilisateur final et, en particulier, fournir aux utilisateurs finaux les outils facilitant l'exercice de cette portabilité, conformément au règlement UE 2016/679, dont la fourniture d'un accès continu et en temps réel. »

<sup>141</sup> Section 2(b)(4) du projet de loi H.R. 3816, *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>142</sup> Section 3(a) du projet de loi H.R. 3849, loi de 2021 sur l'amélioration de la compatibilité et de la concurrence en permettant le changement de services (*Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act*) ou la loi ACCESS de 2021.

<sup>143</sup> Section 19a (2), n° 5 de la loi allemande.

<sup>144</sup> Article 3-bis, paragraphe 2, lettre e), de la proposition de l'autorité italienne de la concurrence.

<sup>145</sup> Une expérience réelle de (Nicholas et Weinberg, 2019<sup>[79]</sup>) a consisté à accorder à des ingénieurs juniors et à des cadres supérieurs, ayant un pouvoir de décision stratégique, l'accès aux données exportées et anonymisées des utilisateurs de Facebook. Bien qu'ils aient accès à ces données, lorsqu'on leur a demandé comment ils les utiliseraient pour faire face à la concurrence et pourquoi ils ne s'en servaient pas déjà pour créer leurs propres services concurrents, ils ont précisé qu'ils avaient du mal à créer de nouveaux produits compétitifs à partir des données Facebook transférées. Plusieurs raisons expliquent cette situation, notamment l'insuffisance de données complémentaires, le manque de déductions que Facebook avait tirées des données et le fait que ces données étaient très spécifiques à un service comme Facebook et donc mal adaptées pour construire un service radicalement différent capable de concurrencer le réseau social.

<sup>146</sup> Avis de la DMT, Annexe D, p. D9.

<sup>147</sup> Article 6(1)(j) de la DMA.

<sup>148</sup> Considérant 56 de la DMA. L'objectif de cette obligation est explicitement de permettre aux « fournisseurs tiers [d']optimiser leurs services et de concurrencer les services de plateforme essentiels concernés ».

<sup>149</sup> Conformément à l'article 6, paragraphe 1, point i), de la DMA de l'UE, les contrôleurs d'accès doivent « procurer gratuitement aux entreprises utilisatrices, ou aux tiers autorisés par les entreprises utilisatrices, un accès et une utilisation effectifs, de haute qualité, continus et en temps réel pour les données agrégées ou non agrégées fournies ou générées dans le cadre de l'utilisation des services de plateforme essentiels concernés par ces entreprises utilisatrices et par les utilisateurs finaux qui se servent des produits et services qu'elles fournissent ».

<sup>150</sup> Suite aux derniers amendements, l'interdiction d'abuser d'une position dominante s'applique également aux situations dans lesquelles une entreprise dépend d'une autre dotée d'un pouvoir de marché relatif ou supérieur. Selon les nouvelles dispositions, une telle situation peut se présenter notamment lorsqu'une entreprise est dépendante de l'accès aux données contrôlées par une autre entreprise pour mener à bien ses propres activités. Voir l'article 20(1a) de la loi allemande, qui prévoit qu'une situation de dépendance économique « peut également résulter du fait qu'une entreprise est dépendante de l'accès aux données contrôlées par une autre entreprise pour exercer ses propres activités ». Le refus d'accorder l'accès à ces données en contrepartie d'une compensation adéquate peut constituer une entrave non équitable ».

<sup>151</sup> Néanmoins, comme l'ont noté certains auteurs, (Krämer, 2020, p. 267<sup>[76]</sup>), bien que généralement non rivales, les données peuvent être exclues, ce qui signifie que le responsable du traitement des données peut imposer des contraintes pour empêcher le partage des données et donc empêcher d'autres d'y avoir accès. En outre, la collecte de données et la dérivation de la valeur de celles-ci font l'objet d'une concurrence intense entre les entreprises.

<sup>152</sup> Avis de la DMT, Annexe D, p. D9.

<sup>153</sup> Conformément à l'article 6(1)(c) de la DMA, « rien n'empêche le contrôleur d'accès de prendre des mesures proportionnées dans le but d'éviter que les applications logicielles ou les boutiques d'applications logicielles de tiers ne compromettent l'intégrité du matériel informatique ou du système d'exploitation qu'il fournit. »

<sup>154</sup> Article 6(1)(f) de la DMA.

<sup>155</sup> Section 2(b)(1) du projet de loi H.R. 3816, *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>156</sup> Section 19(a)(2)(5) de la loi allemande.

<sup>157</sup> Article 3-bis, paragraphe 2, lettre e), de la proposition de l'autorité italienne de la concurrence.

<sup>158</sup> Avis de la DMT, Annexe D, p. D12.

<sup>159</sup> Avis de la DMT, Annexe D, p. D13.

<sup>160</sup> Avis de la DMT, paragraphe 2.4

<sup>161</sup> Consciente des difficultés que pourrait rencontrer la DMU pour contrôler le respect du code de conduite par les entreprises, compte tenu du manque de transparence de leur prise de décision, la DMT recommande d'accorder à la DMU le pouvoir de préciser qui doit supporter la charge de la preuve pour établir que les conditions d'exemption d'une obligation prévue par le code de conduite sont remplies. La DMT souligne en effet que « ce point pourrait être le plus important quand la transparence des actions de l'entreprise ayant le statut d'entreprise stratégique sur le marché n'est pas suffisante pour que la DMU puisse raisonnablement contrôler le respect du principe pertinent » (Avis de la DMT, Annexe C, p. C12.)

<sup>162</sup> Avis de la DMT, para 4.38. La DMT recommande également une application plus stricte du règlement P2B, qui vise à « fournir aux utilisateurs professionnels une transparence appropriée dans des domaines tels que les conditions générales, les paramètres utilisés pour déterminer les classements de recherche, les restrictions sur la vente ailleurs et l'utilisation des données » (Avis de la DMT, para. 5.30).

<sup>163</sup> Section 19a(2)(6).

<sup>164</sup> Article 3-bis, paragraphe 2, lett. f) de la proposition italienne.

<sup>165</sup> Loi japonaise pour l'amélioration de la transparence et de l'équité des plateformes numériques, promulguée le 3 juin 2020.

<sup>166</sup> Proposition française, Article 7(7). Il convient de noter que ce nouveau pouvoir général est accordé à l'autorité de la concurrence et ne s'applique pas uniquement aux entreprises structurantes désignées.

<sup>167</sup> Conformément à l'article 5(g) de la DMA, le contrôleur d'accès « communique aux annonceurs et éditeurs à qui il fournit des services de publicité, à leur demande, des informations relatives au prix qu'ils payent, ainsi qu'au montant ou à la rémunération versés à l'éditeur, pour la publication d'une annonce publicitaire donnée et pour chacun des services de publicité concernés fournis par le contrôleur d'accès ».

<sup>168</sup> Voir le considérant 42 de la DMA.

<sup>169</sup> Article 6(g) de la DMA.

<sup>170</sup> Article 12 de la DMA.

<sup>171</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.135. Les entreprises ayant un statut stratégique sur le marché doivent informer la CMA des transactions « dans un court délai après la signature ». En outre, la DMT recommande également l'introduction d'une notification obligatoire pour certaines transactions atteignant des seuils précis conclues par ces entreprises. De l'avis de DMT, ces seuils devraient se référer à la valeur

de la transaction et exiger également un certain lien avec le Royaume-Uni. Une fois notifiées, ces transactions seraient soumises aux normes ordinaires de contrôle des fusions actuellement appliquées par la CMA lors de l'examen des fusions. Enfin, en ce qui concerne les entreprises ayant un statut stratégique sur le marché, la DMT recommande également d'introduire des changements plus profonds, notamment pour abaisser le seuil de probabilité à partir duquel la CMA peut intervenir lors de l'évaluation d'une fusion en phase II. Elle recommande de remplacer le critère « plus probable qu'improbable » par un critère établissant une « perspective réaliste » que la fusion donne lieu à une diminution substantielle de la concurrence (avis de la DMT, paragraphe 4.153). En d'autres termes, cela permettra à la CMA d'intervenir dans les fusions ayant le potentiel de causer un préjudice aux consommateurs, même s'il ne peut être établi que ce résultat est plus probable qu'improbable.

<sup>172</sup> Proposition française, Article 7(4). Il convient de noter qu'outre cette obligation, l'Autorité serait également habilitée, en vertu de l'article 7, paragraphe 5, à demander à ces entreprises de procéder à une notification formelle conformément aux règles habituelles du contrôle des fusions.

<sup>173</sup> Section 39a de la loi allemande.

<sup>174</sup> Article 16, paragraphe 1-bis, proposé par l'Italie, de la loi n° 287/1990 (voir rapport, p. 54).

<sup>175</sup> Article 26 de la DMA.

<sup>176</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.96.

<sup>177</sup> DMT, Annexe C, paragraphes 159-160.

<sup>178</sup> Section 81(2) de la loi allemande.

<sup>179</sup> Article 3-bis(4) de la proposition italienne.

<sup>180</sup> Section 2(f) du projet de loi américain 3816, *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>181</sup> Article 3-bis(4) de la proposition italienne.

<sup>182</sup> Article 16 de la DMA.

<sup>183</sup> Section 32 de la loi allemande.

<sup>184</sup> Section 2(f)(2)(D) du projet de loi américain, *American Choice and Innovation Online Act*.

<sup>185</sup> Section 2(a) du projet de loi américain 3825, *Ending Platform Monopolies Act of 2021*.

<sup>186</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.67.

<sup>187</sup> Avis de la DMT, paragraphe 4.70

<sup>188</sup> (Crémer, de Montjoye et Schweitzer, 2019<sup>[11]</sup>) (Furman et al., 2019<sup>[5]</sup>) (Colangelo, 2020<sup>[4]</sup>).

<sup>189</sup> Par exemple (Fletcher, 2020<sup>[3]</sup>) ou (Marsden et Podszun, 2020<sup>[6]</sup>).

<sup>190</sup> Voir par exemple (Khan, 2017<sup>[24]</sup>).

<sup>191</sup> OCDE (2021), *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, Document de travail du Comité de la concurrence de l'OCDE, <http://oe.cd/cera>

<sup>192</sup> Voir, entre autres, les examens d'évaluation de la concurrence de la Grèce (2013, 2016) et du Portugal (2018) <https://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>

<sup>193</sup> (Chopra et Khan, 2020<sub>[23]</sub>) p. 358

<sup>194</sup> (Schnitzer et al., 2021<sub>[44]</sub>) p.2.

# Bibliographie

- Aghion, P. et al. (2005), « Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120/2, pp. 701-728, <http://dx.doi.org/10.1093/qje/120.2.701>. [56]
- Alexiadis, P. et A. de Stree (2020), « Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms », *EUI Working Papers*, vol. Research Paper n° 2020/14, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3544694](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544694). [50]
- ARCEP (2020), *Arcep's contribution to the public consultation on the DSA Package and the New Competition Tool - n asymmetric ex-ante regulation of structuring digital platforms for open digital infrastructures*. [66]
- Autorités de la concurrence du Benelux, (2019), *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in the digital world*, [https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma\\_acm\\_cdclcl.int\\_memorandum\\_191002.pdf](https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdclcl.int_memorandum_191002.pdf). [13]
- Botta, M. (2021), « Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila », *Journal of European Competition Law & Practice*. [31]
- Bourreau, M. (2020), *Some Economics of Digital Ecosystems – Note by Marc Bourreau for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems*. [15]
- Bourreau, M. et A. de Stree (2019), « Digital Conglomerates and EU Competition Policy », <https://ssrn.com/abstract=3350512>. [62]
- Budzinski, O., S. Gaenssle et N. Lindstädt (2021), « The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets », *SN Business & Economics*. [60]
- Budzinski, O. et J. Mendelsohn (2021), « Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation? », *Illmenau Economics Discussion Papers*, vol. 27/154. [19]
- Cabral, L. et al. (2021), *The EU Digital Markets Act - A report from a Panel of Economic Experts*, <http://dx.doi.org/doi:10.2760/139337>. [2]
- Cappai, M. et G. Colangelo (2020), *Taming digital gatekeepers: the more regulatory approach to antitrust law*, Stanford-Vienna TTLF Working Paper n° 55, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3572629>. [7]

- Cappello, M. (2021), « The Digital Services Act Package and the Audiovisual Sector », *IRIS Special, European Audiovisual Observatory, à paraître.* [59]
- Carugati, C. (2020), « Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution? », *Working paper*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3705928](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705928). [17]
- CERRE (2021), *Making the Digital Markets Act more resilient and effective.* [63]
- CERRE (2020), *Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age.* [20]
- CERRE (2020), *The role of data for digital markets contestability - Case studies and data access remedies.* [51]
- Chirico, F. (2021), « Digital Markets Act: A Regulatory Perspective », *Journal of European Competition Law & Practice*, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab058>. [65]
- Chopra, R. et L. Khan (2020), « The Case for “Unfair Methods of Competition» Rulemaking », *The University of Chicago Law Review*, vol. 87/2, pp. 357-379, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6181&context=uclrev>. [23]
- CMA (2020), *Online platforms and digital advertising - Market study final report.* [42]
- CNUCED (2021), *Le droit, la politique et la réglementation de la concurrence à l'ère du numérique - Note du secrétariat de la CNUCED*, [https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd57\\_fr.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd57_fr.pdf) (consulté le 8 September 2021). [25]
- Colomo, P. (2021), « The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis », [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3790276](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276). [54]
- Commission australienne de la concurrence et de la consommation (2019), *Digital Platforms Inquiry: Final Report.* [73]
- Commission 'Competition Law 4.0' (2019), *A new competition framework for the digital economy*, Ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie, <http://www.bmwi.de>. [30]
- Commission européenne (2020), *Communication de la Commission « Façonner l'avenir numérique de l'Europe » COM(2020) 67 final.* [18]
- Commission européenne (2020), *Législation sur les marchés numériques*, Commission européenne. [48]
- Competition and Markets Authority, CMA (2020), *Advice of the Digital Markets Taskforce: A new pro-competition regime for digital markets*, CMA 135, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital\\_Taskforce\\_-\\_Advice.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf). [10]
- Competition Policy Council Communiqué (2021), « Digital Platforms: Oversight if Necessary, But Not Necessarily Regulation », *Twentieth Report of C.D. Howe Institute Competition Policy Council*, [https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique\\_2021\\_0107\\_CPC.pdf](https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique_2021_0107_CPC.pdf). [40]
- Crawford, G. et al. (2021), « Fairness and Contestability in the Digital Markets Act », *Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 3.* [45]

- Crémer, J., Y. de Montjoye et H. Schweitzer (2019), *Competition Policy for the Digital Era*, Office des publications de l'Union européenne, <http://dx.doi.org/10.2763/407537>. [11]
- de Streel, A., J. Krämer et P. Senellart (2020), *Making data portability more effective for the digital economy*. [72]
- Dunne, N. (2020), « Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better », *The Modern Law Review*, vol. 84/2, pp. 230-264, <http://dx.doi.org/10.1111/1468-2230.12579>. [43]
- Dunne, N. (2015), *Competition Law and Economic Regulation*, Cambridge University Press, <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781107707481>. [38]
- Eisenmann, T., G. Parker et M. Van Alstyne (2011), « Platform Envelopment », *Strategic Management Journal*, vol. 32, pp. 1270-1285, <http://dx.doi.org/10.1002/smj.935>. [32]
- Ezrachi, A. (2015), « The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce », *Paper submitted for information for Item 7 of the 124th OECD Competition Committee on 27-28 October 2015*. [71]
- Ezrachi, A. et M. Stucke (2016), *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, Harvard University Press. [57]
- Fletcher, A. (2020), « Digital competition policy: Are ecosystems different? -- Background note for the OECD Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems », <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>. [3]
- Franck, J. et M. Peitz (2021), « Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act », *Journal of European Competition Law & Practice*. [33]
- Furman, J. et al. (2019), *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel ('Furman Review')*, HM Treasury. [5]
- Ishenko, Z. et al. (2016), *Economics for Effective Regulation*, Financial Conduct Authority, <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-13.pdf>. [37]
- JFTC (2017), *Report of Study Group on Data and Competition Policy (English summary)*, [https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606\\_files/170606-3.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-3.pdf). [52]
- Khan, L. (2017), « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale Law Journal*, vol. 126. [24]
- Khan, L. et R. Chopra (2020), « The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking », *The University of Chicago Law Review*. [68]
- Krämer, J. (2020), « Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations », *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17/2, pp. 263-308. [76]
- Lundqvist, B. (2021), « The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not? », *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 52, pp. 239-241, <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01026-0>. [77]
- Marsden, P. et R. Podszun (2020), *Restoring Balance to Digital Competition - Sensible Rules, Effective Enforcement*, Konrad-Adenauer-Stiftung, <http://www.kas.de>. [6]

- Marty, F. (2021), « Competition and regulatory challenges in digital markets: how to tackle the issue of self-preferencing? », *GREDEG Working Papers Series*. [67]
- Monti, G. (2021), « The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement », *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3797730>. [21]
- Motta, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press. [46]
- Mundt, A. (2021), *12th New Frontiers of Antitrust: Regulation of platforms: one size fits all?* UE, Royaume-Unis, États-Unis, Allemagne. [64]
- Nalebuff, B. (2004), « Bundling as an Entry Barrier », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 119/1, pp. 159-187. [69]
- Nicholas, G. et M. Weinberg (2019), « Data portability and Platform Competition - Is user data exported from Facebook actually useful to competitors? », <https://www.law.nyu.edu/centers/engelberg/pubs/2019-11-06-Data-Portability-And-Platform-Competition>. [79]
- OCDE (2021), *Data Portability, Interoperability and Digital Platform Competition*. [49]
- OCDE (2021), *L'application du droit de la concurrence et les alternatives réglementaires - Note de référence du Secrétariat*, <http://oe.cd/cera>. [35]
- OCDE (2020), *Abuse of Dominance in Digital Markets*. [26]
- OCDE (2020), *Competition Economics of Digital Ecosystems*. [47]
- OCDE (2020), *Les restrictions applicables aux branches d'activité - Note de référence du Secrétariat*. [75]
- OCDE (2020), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*. [78]
- OCDE (2020), *Table ronde sur les effets congloméraux des fusions - Note de référence du Secrétariat*. [74]
- OCDE (2019), *Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies*, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/276aaca8-en>. [53]
- OCDE (2019), *Organismes de réglementation sectoriels indépendants DAF/COMP/WP2(2019)3*, <https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/independance-des-instances-de-reglementation-et-concurrence.htm>. [36]
- OCDE (2019), *Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement: Background note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf). [27]
- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. [61]
- OCDE (2016), *Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique : Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf). [28]
- OCDE (2015), *Roundtable on Competition and cross platform parity agreements - Summary of discussion*. [70]

- OCDE (2014), *La politique de la concurrence et ses effets macroéconomiques : une fiche d'information*, <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf>. [55]
- OCDE (2011), *Regulated Conduct Defence DAF/COMP(2011)3*, <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>. [39]
- Prado, T. (2020), « Assessing the Market Power of Digital Platforms », *Quello Center Working Paper, TPRC48: The 48th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy* Quello Center Working Paper, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793>. [8]
- S. Prado, T. (2020), « Assessing the Market Power of Digital Platforms », *SSRN Electronic Journal*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793>. [1]
- Schnitzer, M. et al. (2021), « International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals », *Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5*. [44]
- Schweitzer, H. (2021), « The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal », *Forthcoming - Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3. [58]
- Shelanski, H. (2019), « Antitrust and Deregulation », *Yale Law Journal*, vol. 127/7, pp. 1925-1928. [34]
- Stigler Committee (2019), *Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019*, <https://research.chicogobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>. [12]
- Strowel, A. et W. Vergote (2016), « Digital Platforms: to Regulate or Not To Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation », *Responses to the Public Consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy..* [41]
- Takigawa, T. (2021), « Super platforms, big data, and competition law: the Japanese approach in contrast with the USA and EU », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 9, pp. 289-312, <http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa053>. [16]
- Thiemann, A. et A. Neto (2021), « Barriers to entry in the digital market: An overview of EU and national case law », *e-Competitions*, vol. Art n° 100184/Barriers to entry in the digital markets, <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/barriers-to-entry-in-the-digital-market/barriers-to-entry-in-the-digital-market-an-overview-of-eu-and-national-case-law> (consulté le 10 September 2021). [14]
- US House of Representatives Sub-Committee on Antitrust (2020), *Investigation of competition in digital markets*. [9]
- Wheeler, T., P. Verveer et G. Kimmelman (2020), *New Digital Realities; New Oversight Solutions in The case for a Digital Platform Agency and a new approach to regulatory oversight*, <https://shorensteincenter.org/new-digital-realities-tom-wheeler-phil-verveer-gene-kimmelman/>. [22]
- Wright, J. et D. Ginsburg (dir. pub.) (2020), *Antitrust and Ex-Ante Sector Regulation*, The Global Antitrust Institute, <https://gaidigitalreport.com/>. [29]

Wright, J. et D. Ginsburg (dir. pub.) (2020), *Evaluating the Case for Regulation of Digital Platforms*, The Global Antitrust Institute, Antonin Scalia Law School, George Mason University, <http://www.gaidigitalreport.com>. [4]