

Non classifié

Français - Or. Anglais

14 décembre 2022

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

Synthèse des discussions de la table ronde sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques

Annexe au compte rendu succinct de la 136^{ème} réunion du Comité de la concurrence

2 décembre 2021

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée des discussions qui ont eu lieu au cours de la table ronde sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques, organisée par le Comité de la concurrence le 2 décembre 2021.

D'autres documents consacrés à ces discussions sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio CAPOBIANCO.
Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03509907

Synthèse des discussions de la table ronde sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques

Le **Président** note que de nombreuses juridictions ont adopté ou proposé des réglementations ex ante des plus grandes entreprises numériques, en réaction au sentiment répandu que l'application du droit de la concurrence traditionnel s'est avérée inadéquate pour faire face aux défis posés par les marchés numériques. La table ronde a permis aux représentants de plusieurs autorités de la concurrence de réfléchir sur les raisons et la portée de ces réglementations, et sur leurs difficultés d'application.

L'intervenante principale au cours de cette table ronde est **Mme Lina Khan**, Présidente de la Federal Trade Commission des États-Unis (US FTC). L'autre intervenante invitée est **Mme Amelia Fletcher**, Professeure de politique de concurrence à l'Université d'East Anglia. Des contributions en vidéo ont été reçues de l'Australie, de l'Allemagne, du Royaume-Uni, des États-Unis et de l'Union européenne. Une note de référence a également été préparée par le Secrétariat.

Synthèse des contributions en vidéo

Le Président invite les juridictions qui ont fourni des contributions en vidéo à les résumer très brièvement.

L'**Australie** indique que le secteur du numérique est actuellement le sujet dominant du droit de la concurrence. La question clé est de savoir si des outils d'application du droit de la concurrence ex post sont adéquats. Le représentant de l'Australie estime qu'ils ne le sont pas, étant donné que les procédures mettent trop longtemps à aboutir et manquent souvent de résoudre le problème fondamental. L'Australie a étudié méthodiquement les marchés concernés et décidera, dans le courant de l'année 2022, des règles à mettre en place. Elle entend s'aligner dans la plus large mesure possible sur l'expérience et la pratique internationales.

L'**Allemagne** décrit ses réformes du droit de la concurrence axées sur les marchés de plateformes. La nouvelle loi clarifie des termes comme « effets de réseau » et « pouvoir d'intermédiation », et introduit des dispositions sur le basculement anticoncurrentiel, ainsi que sur les données et les interfaces. Plus important, elle prévoit la désignation des entreprises qui sont des contrôleurs d'accès et détiennent un pouvoir considérable qu'elles peuvent exploiter, par effet de levier, sur plusieurs marchés (« entreprises revêtant une importance primordiale pour la concurrence sur les marchés »), sur la base de critères qualitatifs, et introduit des règles qui leur sont spécifiquement applicables. Les entreprises conservent néanmoins la possibilité de contester cette désignation en fournissant une justification objective de leur situation, mais la charge de la preuve est renversée et leur incombe désormais. La législation sur les marchés numériques de l'UE fournira un outil supplémentaire pour l'application du droit de la concurrence sur les marchés numériques. L'Allemagne a engagé quatre procédures contre Google, Apple, Facebook et Amazon, en vue de les désigner comme des contrôleurs d'accès et de soumettre leurs pratiques à certaines obligations.

Le **Royaume-Uni** rapporte que son gouvernement a lancé une consultation sur un nouveau régime pro concurrentiel pour les marchés numériques en 2021, en se fondant sur l'avis émis par la Digital Markets Task Force (taskforce sur les marchés numériques)

de la Competition and Markets Authority (CMA). La proposition britannique se concentre sur des entreprises jugées détenir un « statut stratégique sur le marché », à la suite d'une évaluation, étayée par des preuves, de leur pouvoir de marché et de la « position stratégique » que ce pouvoir peut leur conférer. Ces entreprises seraient soumises à un régime reposant sur trois piliers : un code de conduite axé sur la gestion des effets du pouvoir de marché de l'entreprise, afin de l'empêcher de tirer avantage de sa position de force ; des interventions pro concurrentielles visant les sources du pouvoir de marché, par exemple sous forme de mesures correctives garantissant l'interopérabilité ou l'accès aux données ; et des réformes procédurales et de fond des règles sur le contrôle des concentrations. Le gouvernement s'est engagé à présenter le projet de loi correspondant dès que possible. La CMA a créé une unité chargée des marchés numériques (Digital Markets Unit) en prévision de ce nouveau régime.

Les **États-Unis** indiquent que le Congrès américain examine actuellement plusieurs projets de loi visant à régler certains problèmes de concurrence sur les marchés numériques. On peut les caractériser soit comme des réformes « visant les entreprises technologiques », soit comme des réformes de la législation antitrust en général.

Les projets de loi visant les entreprises technologiques se concentrent essentiellement sur les plateformes économiquement les plus puissantes, qui détiennent un pouvoir de contrôleur d'accès. L'un d'eux a pour objectif de protéger la concurrence sur des plateformes numériques « couvertes », et comprend des règles générales interdisant l'auto-préférence et des pratiques discriminatoires qui nuiraient à la concurrence, sous réserve du droit pour l'entreprise de se prévaloir de moyens de défense au fond. Un second projet interdirait les fusions et acquisitions, à moins que la plateforme ne puisse prouver que l'opération n'éliminerait pas un concurrent réel ou potentiel, renversant ainsi la charge de la preuve, qui pèserait donc sur la plateforme. Un troisième imposerait une séparation structurelle, si l'intégration crée un grave conflit d'intérêts pour le propriétaire de la plateforme. Il s'y ajoute également un projet de loi visant à établir des exigences de base en termes d'interopérabilité des données et de portabilité.

La contribution en vidéo des États-Unis couvre également deux projets de loi ayant pour but de renforcer la législation antitrust et son application. L'un d'eux est le Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act, qui renforcerait les interdictions en matière de fusions et de pratiques anticoncurrentielles, habiliterait les autorités antitrust à requérir des amendes civiles très élevées et augmenterait leurs ressources. L'autre contient un ensemble plus vaste de réformes de la législation antitrust.

L'activité du Congrès sur ces questions reflète les nouveaux défis posés par des intermédiaires et des acteurs dominants sur les marchés numériques. On ignore encore lequel de ces projets de loi finira par être adopté, et même si l'un d'eux le sera. En outre, le Président Biden a signé un décret en 2021 encourageant les autorités à promouvoir la concurrence en établissant des règles et en recourant à d'autres outils existants.

Les États-Unis emploient le terme de « réglementation ex ante » afin de décrire certaines des nouvelles règles de concurrence actuellement débattues aux États-Unis et ailleurs, en réponse aux transformations de l'économie moderne.

L'**Union européenne** décrit la proposition de législation sur les marchés numériques (DMA) présentée en décembre 2020 comme un nouvel outil qui vient compléter, et non remplacer, l'arsenal du droit de la concurrence. Elle se concentre uniquement sur les plus grandes plateformes, qui agissent en tant que contrôleurs d'accès entre les entreprises utilisatrices de l'UE et les consommateurs finals de l'UE, et seulement sur les comportements les plus problématiques. Elle poursuit un objectif légèrement plus vaste que les règles de la concurrence, car elle prend en compte des considérations d'équité,

ainsi que le processus concurrentiel et la contestabilité des marchés numériques. Les pratiques problématiques qu'elle cherche à combattre incluent des formes spécifiques de vente liée, d'auto-préférence et d'utilisation des données.

En vertu du DMA, la Commission européenne, en tant qu'autorité centrale chargée de son application, désignerait des entreprises qui détiennent une position de contrôleur d'accès (également appelé « gardien ») pour des « types de services de plateforme essentiels ». La désignation se fonderait sur des critères quantitatifs faisant très fortement présumer l'existence de ce statut de contrôleur d'accès, ainsi que sur des critères qualitatifs permettant à la Commission de faire cette désignation sur la base d'enquêtes sur le marché plus détaillées. Un ensemble de « choses à faire et ne pas faire » s'appliquerait automatiquement aux contrôleurs d'accès désignés, mais en permettant un dialogue avec les autorités réglementaires sur la manière de s'y conformer. La Commission européenne serait habilitée à infliger des amendes en cas de non-respect pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial (plusieurs propositions suggèrent d'augmenter ce pourcentage). Elle pourrait également imposer des mesures correctives comportementales et même structurelles en cas de récidive.

Genèse et raisons de la réglementation ex ante des marchés numériques

Mme Lina Khan fait une présentation du premier sujet qui sera abordé par la table ronde. Elle indique que le nombre de pays qui envisagent actuellement une réglementation ex ante des marchés numériques, - ce qui aurait pu sembler unimaginable il y a encore quelques années -, reflète les défis majeurs posés par des entreprises dominantes qui semblent de plus en plus incontrôlées par la concurrence, ou échappent peut-être même à toute concurrence. Cette domination résulte d'externalités de réseau, des avantages sans cesse croissants liés aux données, et d'autres économies d'échelle et de gamme, mais également d'une approche quelque peu non interventionniste des autorités de la concurrence, qui ont généralement choisi de considérer que les coûts des faux positifs sont beaucoup plus élevés que ceux des faux négatifs.

En premier lieu, faisant allusion au point précédemment soulevé par les États-Unis, Mme Khan indique que l'application ex post du droit de la concurrence est souvent opposée à la réglementation ex ante, et que la discussion sur leurs mérites respectifs est inspirée par des considérations de fond plutôt qu'institutionnelles. Elle estime que, dans certains cas et notamment s'agissant des marchés numériques, il peut y avoir de bonnes raisons institutionnelles aux États-Unis d'envisager des règles ex ante qui s'appliqueraient aux côtés de la répression ex post. Le pouvoir de la FTC d'édicter des règles en matière de concurrence a été un outil sous-estimé, qui pourrait être utilisé plus pleinement à l'avenir.

À l'heure actuelle, la plupart des affaires sont analysées aux États-Unis selon la règle de raison, ce qui exige une vaste enquête sur les effets concurrentiels globaux du comportement en cause. Les juges généralistes ont lutté pour identifier et appliquer des critères économiques complexes de manière cohérente, et ont eux-mêmes critiqué les normes antitrust au motif qu'elles sont difficiles à administrer. L'instauration de règles en matière de concurrence permettrait à la FTC d'émettre des règles claires, donnant aux acteurs du marché des informations suffisantes sur la loi et donnant au public une ample possibilité de participer au processus d'établissement de ces règles. Ces règles pourraient aider à garantir une application cohérente de la loi et livrer des résultats prévisibles, en réduisant l'ambiguïté à propos de la loi, et en permettant aux acteurs du marché de canaliser leurs ressources d'une manière plus productive, et aux nouveaux entrants sur le marché de faire concurrence selon des règles plus équitables.

En second lieu, la procédure américaine sur le fondement de la législation antitrust est extrêmement coûteuse et longue. Il faut parfois une décennie pour parvenir à un jugement intégral, et la situation du marché a pu changer pendant ce temps par rapport à ce qu'elle était au moment où le comportement incriminé a eu lieu. Le coût des experts économiques restreint le nombre d'affaires que les autorités antitrust peuvent traiter, ainsi que les types d'acteurs du marché qui ont les moyens de poursuivre une action en justice. La recherche suggère que ces faits peuvent avoir contribué à la réduction des efforts de répression des autorités au fil du temps, particulièrement si l'on songe à l'expansion de l'économie américaine pendant le même temps. Des règles ex ante pourraient aider à alléger ces coûts, en écartant la nécessité de parvenir au même résultat cas par cas, au moyen d'une évaluation ex post exclusivement.

En troisième lieu, un jugement au cas par cas peut priver des acteurs du marché et le public de toute possibilité réelle de participer à la création de règles antitrust de fond. Les entreprises naissantes sont particulièrement susceptibles d'être laissées de côté, en dépit de leur rôle vital dans l'écosystème concurrentiel, au motif qu'elles ne constituent pas une proportion significative des parties représentées dans des affaires contentieuses. La FTC pourrait adopter des règles en matière de concurrence selon une procédure transparente et participative, ce qui conférerait une plus grande légitimité à ces règles. À la différence des juges, qui doivent s'en tenir uniquement au dossier du procès lorsqu'ils élaborent des règles et des normes ayant valeur de précédents, la FTC peut fixer des règles après avoir fait usage de sa capacité à collecter et agréger des informations, et à étudier les tendances du marché et les pratiques de l'industrie sur le long terme, en dehors du contexte d'une action contentieuse. Cela pourrait aider les autorités chargées d'appliquer la législation antitrust et de définir la politique antitrust à mieux refléter des réalités empiriques.

Mme Khan conclut en disant que l'une des principales priorités de la FTC est actuellement de veiller à ce que les marchés numériques soient libres et fonctionnent d'une manière équitable. Le Congrès a créé la FTC pour qu'elle joue un rôle complémentaire à celui de l'Antitrust Division du ministère américain de la Justice, en disposant d'un ensemble d'outils légèrement différent, y compris la possibilité d'édicter des règles en matière de concurrence. Afin de jouer pleinement ce rôle au profit des consommateurs, la FTC doit être consciente de ce qui ne marche pas et tirer profit de tous ces outils.

Le Secrétariat de l'OCDE explique que la note de référence compare et oppose certaines des principales propositions et règles existantes, dont beaucoup ont déjà été abordées pendant la session. Il met l'accent sur plusieurs questions qui se sont dégagées de cette étude. Ces questions sont les suivantes : quelle doit être la nature de la relation entre la réglementation et l'application du droit de la concurrence dans les marchés numériques ? ; la réglementation ex ante et la répression ex post sont-elles complémentaires ou antagonistes ? ; quels devraient être les principes et objectifs principaux sous-tendant ces nouvelles règles (par exemple, l'équité, la contestabilité, l'innovation et la transparence), et comment devraient-ils être articulés ? ; quelles devraient être les interdictions et obligations instituées par les réglementations, y compris pour résoudre la tension entre la stimulation de la concurrence dans le marché et de la concurrence pour le marché ? ; et de nouvelles capacités institutionnelles sont-elles nécessaires, ainsi qu'une coopération interinstitutionnelle entre les régulateurs, tant au niveau national qu'international ? . La note de référence pose également la question de la protection et du bien-être du consommateur et soulève d'autres questions comme celle de la protection des données à caractère personnel.

La **Corée** décrit deux domaines dans lesquels la Korea Fair Trade Commission (KFTC) s'oriente vers une réglementation ex ante des marchés numériques, afin d'atteindre des objectifs qu'elle a jugés difficiles à atteindre en appliquant uniquement le droit de la concurrence traditionnel.

Le premier de ces domaines est la transparence des échanges. En 2020, la KFTC a imposé des mesures correctives dans une affaire concernant l'auto-préférence dans la recherche en ligne. Toutefois, les mesures correctives ne concernaient que la pratique illicite en cause – le fait que l'algorithme de classement des résultats de recherche demeure opaque pour les entreprises utilisatrices et les consommateurs. Afin d'empêcher les opérateurs de plateformes de changer arbitrairement leur algorithme en leur propre faveur, la KFTC a proposé une loi sur l'équité dans les transactions des intermédiaires de plateformes en ligne (Act on Fairness in Online Platform Intermediary Transactions), qui leur imposera d'indiquer le format et l'ordre d'exposition des produits et services dans leurs contrats.

Le second domaine est la protection des consommateurs. La répression ex post ne répare le préjudice causé aux consommateurs qu'après avoir clarifié le partage des responsabilités entre les entreprises utilisatrices et la plateforme, ce qui peut être un processus long et coûteux par rapport au montant relativement faible du préjudice subi dans certaines affaires particulières. La KFTC propose un remaniement de la loi sur le e-commerce, afin d'y inclure des réglementations ex ante obligeant les plateformes à fournir des informations suffisantes aux consommateurs, y compris sur les facteurs qui déterminent leur classement en termes de recherche et d'exposition, et sur la manière dont les données sur les recherches des utilisateurs sont collectées et traitées.

L'**Autriche** confirme au Président que les réformes de sa loi sur la concurrence, intervenues en septembre 2021, permettent au tribunal des ententes de déclarer que des entreprises actives sur des marchés multifaces sont dominantes, ce qui est destiné à accélérer toute répression ex post en vertu du droit de la concurrence, en permettant à l'autorité de la concurrence de procéder plus rapidement à une évaluation au fond de l'abus allégué. L'intervenant souligne également que la désignation pourrait constituer une sorte de signal d'alerte pour les entreprises. Il n'existe pas encore d'expérience pratique ni de jurisprudence sur ces nouvelles dispositions. L'intervenant estime que le législateur autrichien a voulu « tâter le terrain » et n'a pas voulu adopter une législation qui irait encore plus loin, probablement dans l'attente du texte final de la législation de l'UE sur les marchés numériques.

Le Président évoque une déclaration figurant dans la contribution écrite de l'**Allemagne**, qui indique que l'un des objectifs fondamentaux de sa modification de la loi sur la concurrence était de moderniser le contrôle de l'abus de position dominante. Il demande quelles lacunes cette modification entendait combler à cet égard, et si ces lacunes n'existent que dans le secteur numérique.

L'Allemagne fait observer qu'elle a demandé à la Commission européenne, dès 2014, d'envisager l'adoption d'instruments allant au-delà du droit de la concurrence existant, mais que l'opinion qui prévalait jusqu'en 2019 était que les dispositions existantes sur l'abus de position dominante étaient suffisantes. L'intervenant indique que cette modification visait à combler deux lacunes, qui ont également été évoquées par d'autres participants. La première est liée au fait que les règles existantes sur l'abus de position dominante étaient jugées inadéquates pour des plateformes super dominantes. La seconde est liée au temps nécessaire afin de statuer sur des affaires individuelles d'abus de position dominante et de constituer un corpus jurisprudentiel pour les plateformes super dominantes, qui était jugé trop long. En réaction, l'Allemagne a choisi de passer des normes du droit de la concurrence à des présomptions et des règles spécifiques qui sont conçues pour être directement applicables si possible, et d'accélérer la procédure.

Toutefois, l'intervenant n'est pas d'accord avec l'opinion selon laquelle la réglementation ex ante sera nécessairement moins coûteuse, au vu des ressources incomparables dont disposent les entreprises numériques dominantes.

Le Bundeskartellamt indique que le secteur numérique se distingue d'autres secteurs, en ce sens que la domination reflète des économies d'échelle découlant d'effets de réseau du côté de la demande, plutôt que des économies d'échelle du côté de l'offre. Il est concevable que de nouveaux secteurs puissent apparaître à l'avenir, nécessitant une réglementation supplémentaire similaire.

Le Président se tourne vers le **Brésil**, dont la contribution révèle en revanche que l'adoption de règles de concurrence ex ante ne fait actuellement pas l'objet de discussions, et évoque également le rôle préventif des actions de plaidoyer en faveur de la concurrence. L'intervenant explique que l'adoption d'une réglementation ex ante relève historiquement de la responsabilité des autorités réglementaires brésiliennes, tandis que le Conseil administratif de la défense économique (CADE) intervient lorsque il lui est demandé de revoir des mesures ou de sanctionner des comportements abusifs. En conséquence, le CADE a traité des marchés numériques au cas par cas, en utilisant ses pouvoirs d'appliquer des mesures correctives en vertu du droit de la concurrence et de régler relativement rapidement des affaires impliquant un comportement abusif. Le CADE assiste également les autorités réglementaires et d'autres organes gouvernementaux au moyen d'activités de plaidoyer et d'accords de coopération. À titre d'exemple, il est parvenu, conjointement avec des autorités chargées de la protection des données et du consommateur, à obtenir des engagements de WhatsApp en matière de politique de respect de la vie privée, sur la question du partage des informations sur les comptes d'utilisateurs avec Facebook.

Néanmoins, le CADE surveille étroitement le développement d'initiatives visant à adopter une réglementation ex ante des marchés numériques qui se font jour dans d'autres pays et pourrait éventuellement recommander des politiques similaires au Brésil.

Le **Mexique** rapporte que l'Institut fédéral des télécommunications (IFT) discute actuellement de l'adoption d'une réglementation des plateformes numériques, mais n'a pas encore désigné des entreprises détenant un pouvoir de marché substantiel. L'IFT est à la fois le régulateur sectoriel et l'autorité de la concurrence pour les secteurs des télécommunications et de la télédiffusion au Mexique. En cas de doute sur le point de savoir si une affaire relève de la compétence de l'IFT ou de celle de la Commission fédérale de la concurrence (COFECE), les deux autorités font trancher la question par l'autorité judiciaire. L'économie numérique est une zone grise depuis la fondation de ces deux institutions en 2013.

Comme le décrit sa présentation écrite, l'IFT a analysé trois propositions réglementaires récentes du Congrès mexicain, dont l'une conférerait à l'IFT le pouvoir de déclarer les entreprises qui sont des « agents prépondérants » dans le secteur numérique, concept introduit pour la première fois dans la législation mexicaine de 2013 réglementant le secteur des télécommunications et de la télédiffusion, caractérisé par de hauts niveaux de concentration, et où la politique nationale de concurrence était jugée insuffisante. L'IFT s'est déclaré opposé à l'application de ce concept dans les marchés numériques, et a recommandé que le Congrès s'applique à clarifier le contenu économique des pouvoirs proposés et veille à ce qu'ils soient compatibles avec le reste du cadre législatif.

Le Président donne la parole au **Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC)**, qui indique dans sa contribution qu'une réglementation ex ante n'est pas seulement nécessaire, mais devrait également aller au-delà des pratiques visées par le droit de la concurrence sur les marchés numériques. Le BEUC explique qu'il estime que

la réglementation ex ante a pour but d'exprimer des valeurs sociétales à propos d'un objet ou d'un secteur particulier, ce qui peut impliquer de pondérer et d'équilibrer différentes valeurs. Ce but sera souvent purement économique, en optimisant la fonction d'un marché particulier au bénéfice de la concurrence, de l'innovation et finalement des consommateurs. Dans d'autres cas, cependant, ce but sera de poursuivre des objectifs plus axés sur l'équité, par exemple imposer des obligations de service universel aux acteurs du marché, ou d'autres objectifs tels que, dans le cas de l'UE, l'harmonisation des règles dans le marché unique.

En ce qui concerne les marchés numériques, qui sont vitaux pour l'interaction sociale et commerciale et sont en contact direct avec les consommateurs, le BEUC convient qu'il est nécessaire d'introduire une réglementation ex ante, étant donné que l'application du droit de la concurrence n'est pas adéquate, à elle seule, pour traiter les dommages anticoncurrentiels. C'est ce qu'illustre la procédure engagée par la Commission européenne pour abus de position dominante dans l'affaire Google Shopping, qui a mis 11 ans à aboutir mais ne résout pas le problème des pratiques similaires auxquelles Google se livre prétendument sur d'autres marchés verticaux. Toutefois, une réglementation ex ante ne devrait pas faire de la prévention des dommages à la concurrence son unique objectif final, mais viser d'autres objectifs plus larges, notamment la protection du consommateur, la protection des données, le respect de la vie privée et d'autres valeurs de justice et d'équité dans un ensemble cohérent.

La Commission hellénique de la concurrence (HCC) formule des commentaires sur le dilemme entre la réglementation ex ante et l'application ex post du droit de la concurrence, en se référant à la situation en **Grèce**. Elle fait observer que la Grèce a déjà une forme de réglementation ex ante, similaire aux références qui sont faites aux enquêtes sur le marché réalisées au Royaume-Uni, auxquelles elle a déjà eu recours pour plusieurs marchés traditionnels et qui pourraient potentiellement être appliquées au secteur numérique. Toutefois, cette possibilité est susceptible d'être remplacée par d'autres dispositions de la législation européenne sur les marchés numériques, qui harmoniseront la réglementation ex ante des marchés numériques au niveau européen.

Une question a suscité beaucoup de discussions au sein de la HCC, à savoir la nécessité potentielle d'adopter une nouvelle disposition sur la répression ex post de l'abus de pouvoir de marché dans un écosystème revêtant une importance structurelle pour la concurrence, qui pourrait compléter l'article 102 du TFEU et son équivalent national. Une suggestion a été faite au gouvernement en vue d'adopter une telle disposition, qui identifierait le pouvoir de marché non pas dans le contexte d'un marché en cause, mais dans celui d'un écosystème, défini comme un ensemble d'activités liées ou comme une plateforme. L'intervenant n'est pas certain que cette suggestion soit adoptée et pense que le gouvernement attend de voir l'issue de la proposition d'adoption de la législation européenne sur les marchés numériques, mais ajoute qu'elle représente une alternative aux propositions existantes, que les autorités de la concurrence pourraient souhaiter examiner.

Conception de la réglementation ex ante

Mme Amelia Fletcher résume brièvement sa contribution en vidéo, qui identifie les principaux compromis impliqués dans la conception d'une réglementation ex ante.

Elle cite trois raisons d'adopter une réglementation ex ante afin de compléter la législation antitrust. La première est le fait que les procédures en vertu du droit de la concurrence sont trop lentes pour empêcher l'enracinement d'un pouvoir de marché et son exploitation par effet de levier sur de nouveaux marchés. La seconde est que les

affaires antitrust sont nécessairement de portée étroite et ne permettent pas de fixer à l'avance des « règles du jeu » plus générales. Il en résulte une incertitude juridique qui peut en particulier dissuader des entreprises tierces envisageant d'investir dans l'innovation. La troisième est liée au fait que certaines des causes profondes des problèmes de concurrence sont intrinsèques (tels les économies d'échelle et de gamme, les effets de réseau et les boucles de rétroaction entraînées par les données) plutôt que le reflet d'un comportement fautif. C'est pourquoi la réglementation ne doit pas seulement s'attaquer à un comportement stratégique dommageable, comme l'auto-préférence, mais également faciliter de manière volontariste l'ouverture des marchés, par exemple en imposant des exigences en matière d'interopérabilité ou d'accès aux données.

Mme Fletcher décrit ensuite trois types de tensions qui compliquent les travaux de conception de cette réglementation. La première de ces tensions provient de la difficulté à trouver un équilibre entre la volonté d'aller vite pour que cette réglementation arrive à temps, d'une part, et la nécessité de trouver la bonne solution, d'autre part. Elle estime très important de parvenir à une rapidité d'action, tout en minimisant les erreurs autant que possible. Les second et troisième types de tensions s'exercent entre l'efficacité et la proportionnalité, et entre la spécificité (c'est-à-dire une approche davantage basée sur des règles ou sur l'application automatique de celles-ci) et la flexibilité (c'est-à-dire une approche basée davantage sur des principes). Elle fait référence à la discussion qu'elle consacre à ce sujet dans sa vidéo, où elle considère que les propositions des États-Unis et de l'Union européenne se fondent davantage sur des règles en mettant l'accent sur l'efficacité, tandis que les propositions du Royaume-Uni et peut-être de l'Allemagne se fondent plus sur des principes et mettent l'accent sur la proportionnalité.

La contribution en vidéo de Mme Fletcher évoque les risques que pourrait poser un cadre réglementaire incohérent d'une juridiction à l'autre. D'un autre côté, vouloir parvenir à une cohérence absolue n'est pas souhaitable, en raison des différences existantes sur le plan juridique, politique et culturel, et un certain degré de diversité pourrait être extrêmement riche d'enseignements.

Mme Fletcher fait observer que sa contribution a été préparée avant que le Parlement européen et le Conseil de l'UE ne prennent position sur la proposition de législation sur les marchés numériques. Elle a examiné depuis ces prises de position et constate avec plaisir qu'un grand nombre des changements recommandés dans le document commun qui les reflète ont été pris en compte, et assurent une plus grande convergence avec les propositions des États-Unis. Elle salue en particulier la participation potentielle de tiers au processus de spécification des mesures ; l'élargissement du champ d'application afin d'inclure les navigateurs et les assistants virtuels ; des règles plus étendues concernant l'auto-préférence ; des exigences plus vastes en matière d'interopérabilité ; et des pouvoirs quelque peu renforcés afin d'imposer des mesures correctives structurelles.

Elle conclut en répondant à deux questions qui lui ont été posées plus tôt par le Secrétariat. Premièrement, elle rejoint globalement l'idée d'une norme relative au bien-être des consommateurs ; la réglementation des plateformes numériques devrait en effet tenir compte des effets indirects sur le bien-être des consommateurs d'un phénomène comme celui des prix élevés facturés aux entreprises utilisatrices, avec les dommages en résultant pour la concurrence entre elles. Deuxièmement, l'objectif crucial de la réglementation (même s'il est exprimé en termes d'objectifs directs d'équité et de contestabilité) devrait être de créer le cadre de marché le plus susceptible de promouvoir l'innovation au bénéfice des consommateurs futurs.

Le Président se tourne vers l'Australie, l'Union européenne, le ministère américain de la Justice et le Royaume-Uni, afin qu'ils livrent leurs commentaires sur le processus que chacun a adopté pour parvenir à des propositions de réglementation.

L'**Australie** indique que sa réglementation se fondera sur trois années d'études de marché réalisées par l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), dont l'objectif était de comprendre les préjudices causés dans le secteur numérique et leurs causes. Ces études de marché ont commencé par une enquête sur les plateformes numériques en 2018/19, suivie par des enquêtes ou études de marché sur les applications de messagerie en ligne, la technologie publicitaire, les services de recherche et les places de marché en ligne. Ces études ont mobilisé des ressources importantes, y compris la participation d'économistes, de juristes et d'analystes de données de l'ACCC, et l'organisation de discussions avec des plateformes, des concurrents et des groupes de consommateurs. Elles s'appuient principalement sur les compétences de l'ACCC en matière de politique de concurrence, mais également sur son rôle d'autorité chargée d'appliquer la politique de protection des consommateurs et de régulateur des infrastructures, particulièrement dans le secteur des télécommunications.

L'**Union européenne** rejoint le commentaire du Président, lorsqu'il a indiqué que, par contraste, l'approche adoptée par l'UE dans la rédaction de son projet de législation sur les marchés numériques (DMA) a été fortement inspirée par l'expérience acquise dans les affaires contentieuses relevant du droit de la concurrence. L'intervenant indique que cette expérience de la répression a aidé à définir les obligations et interdictions posées par le DMA, mais ajoute que l'expérience des difficultés à faire appliquer le droit de la concurrence a également inspiré la décision de quitter l'approche au cas par cas pour passer à l'instauration d'une réglementation. Le projet s'est également appuyé sur un rapport d'expert à haut niveau et des informations réunies par d'autres départements de la Commission. Étant donné qu'il s'agit d'une initiative législative, les règles définitives seront fixées dans le cadre du processus législatif démocratique de l'UE, en tenant compte non seulement de la protection du jeu de la concurrence, mais également d'un ensemble plus vaste de valeurs sociétales, intégrées dans le projet de DMA.

Le Président interroge les **États-Unis** sur l'interaction entre les autorités de la concurrence et le Congrès dans l'élaboration des projets de loi américains. Les États-Unis répondent qu'il appartient à la législature américaine de rédiger les lois, tandis que la FTC a le pouvoir de fixer des règles et le ministère de la Justice celui de faire appliquer la loi. La législature peut donc rédiger la loi comme elle le juge bon, en tenant compte de l'assistance technique et des contributions des parties prenantes. L'intervenant ajoute que les États-Unis estiment que la distinction entre la réglementation ex ante et l'application du droit de la concurrence ex post manque potentiellement d'intérêt, étant donné que l'interdiction d'un certain comportement n'est pas une réglementation au sens traditionnel. Les règles et les priorités en matière d'application du droit de la concurrence devraient être tournées vers l'avenir, protéger contre un comportement anticoncurrentiel et permettre à l'innovation d'advenir.

Le **Royaume-Uni** répond à une question du Président à propos du rôle de sa Digital Markets Taskforce dans l'élaboration de propositions afin de définir un régime de concurrence pour les marchés numériques. La Competition and Markets Authority (CMA) a créé cette taskforce à la suite d'un rapport commandé par le gouvernement en 2019, le Furman Review, qui définit les grandes lignes de ce régime. Son but était de fournir des avis plus détaillés sur des questions comme la définition du « statut stratégique sur le marché » et le code de conduite pour les entreprises désignées. Ce rapport a été établi en étroite coopération avec le régulateur des télécommunications, Ofcom, et l'autorité chargée de la protection des données et de la vie privée, l'Information Commissioner's Office (ICO). Cette coopération a eu deux avantages. En premier lieu, la taskforce a pu s'appuyer sur l'expérience des régimes et des mesures correctives dans d'autres domaines, notamment le vaste cadre de contrôle du pouvoir de marché dans les télécommunications, et l'initiative de partage des données Open

Banking. En second lieu, elle a aidé la taskforce à proposer un régime qui est cohérent et complémentaire avec d'autres réglementations auxquelles les entreprises numériques sont soumises.

Le Président aborde la question de savoir quels acteurs et activités devraient être couverts par des règles ex ante sur les marchés numériques. Il demande à l'**Union européenne** pourquoi le projet de législation sur les marchés numériques (DMA) a choisi de définir une liste fermée d'activités et des critères largement quantitatifs pour désigner les entreprises qui sont des contrôleurs d'accès.

L'intervenant répond que le DMA adopte délibérément une approche très ciblée, afin de s'attaquer aux problèmes bien connus posés par les plus grandes plateformes actives dans l'UE. Les « services de plateforme essentiels » énumérés dans le texte ont en commun le fait qu'ils servent de passerelles permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre les consommateurs finaux. Les critères quantitatifs qui créent une forte présomption de statut de contrôleur d'accès sont triples et se rapportent à la taille, à l'importance et à la durabilité de la position.

Le critère relatif à la taille est destiné à couvrir uniquement les plus grandes entreprises opérant à l'échelle européenne. En l'état actuel du projet, il s'agirait des entreprises réalisant un chiffre d'affaires annuel de 6.5 milliards d'euros dans l'EEE, ou disposant d'une capitalisation boursière de 65 milliards d'euros, et fournissant des services de plateforme essentiels dans trois États membres au moins. Le critère relatif à l'importance couvre des entreprises ayant un nombre très élevé de clients des deux côtés de la passerelle, à savoir au moins 45 millions d'utilisateurs finaux actifs et 10 000 entreprises utilisatrices. Le critère lié à l'existence d'une position solide et durable est exprimé par le fait que ces chiffres doivent avoir été atteints pendant les trois dernières années au moins.

Toutefois, bien que les critères quantitatifs de désignation soient susceptibles d'être les plus importants pendant les premières années d'application du DMA, le texte donne également pouvoir à la Commission de désigner des entreprises comme des contrôleurs d'accès sur la base d'une évaluation plus qualitative de leur position sur le marché, en tenant compte d'autres critères énumérés. Elle pourrait exercer ce pouvoir à l'égard de contrôleurs d'accès émergents qui ne remplissent pas encore les critères quantitatifs, ce qui lui permettrait d'intervenir avant qu'un marché ne bascule.

Le Président pose deux questions à la suite de cette intervention : premièrement, les problèmes de concurrence identifiés lors d'affaires précédentes pourraient-ils être biaisés par le fait que des parties aient craint d'engager des actions contre de puissantes plateformes ? ; et, deuxièmement, le critère concernant le nombre d'utilisateurs finaux pourrait-il occulter des positions de contrôleur d'accès détenues, par exemple, par des constructeurs de véhicules connectés ?

L'intervenant répond que le DMA adopte une approche délibérément conservatrice, en identifiant des domaines posant des problèmes de concurrence avérés justifiant des règles ex ante. Ce ne sera pas le seul outil afin d'agir contre les pratiques anticoncurrentielles d'acteurs du numérique ; le droit commun de la concurrence continuera de s'appliquer.

L'**Italie** décrit l'état des débats sur la réglementation des marchés numériques dans sa juridiction. Dans le cadre d'un rapport de plaidoyer pour la concurrence adressé au gouvernement, l'autorité italienne de la concurrence (ICA) a proposé que lui soient conférés des pouvoirs de désignation des plateformes numériques dominantes similaires à ceux adoptés en Allemagne. Cette proposition n'a pas été acceptée, mais une proposition visant à introduire une présomption de dépendance lorsque l'une des parties est une plateforme numérique, a été incluse dans un projet de législation. L'abus de dépendance économique est interdit par la loi italienne depuis 1998. Une proposition a également été

acceptée, qui vise à permettre le contrôle de fusions en-deçà des seuils actuels très élevés ; cette proposition n'est pas spécifique aux marchés numériques mais pourrait s'appliquer aux acquisitions de start-ups numériques. Le projet de législation est actuellement examiné par le parlement. L'Italie suit de près les développements autour du DMA, qui affectera la formulation de sa législation nationale.

L'intervenant ajoute que l'ICA a soutenu, dans son rapport de plaidoyer, que des règles ex ante devraient être incorporées au droit de la concurrence et que leur application devrait être confiée à l'autorité de la concurrence plutôt qu'aux régulateurs.

Le Président revient sur le dilemme évoqué par Amelia Fletcher entre spécificité et flexibilité, ou entre une réglementation fondée sur des règles et une réglementation fondée sur des principes, et il demande à l'**Allemagne** de développer la déclaration suivante qui figure dans sa contribution écrite : « L'article 19a(2) du GWB impose de prendre une décision individuelle. Cela peut entraîner un certain retard mais garantit la proportionnalité, plus sûrement que l'approche plus uniforme adoptée par le DMA. »

L'Allemagne répond que le Bundeskartellamt avait initialement envisagé des critères quantitatifs de désignation similaires à ceux du DMA mais a constaté, en expérimentant ces seuils, qu'ils produisaient des faux positifs et des faux négatifs à l'égard des entreprises, et a donc estimé s'il y avait lieu de les prendre en considération ou non. L'intervenant déclare que le processus de désignation en vertu de la loi allemande et du DMA pourrait néanmoins ne pas être très différent en pratique, étant donné que la désignation en vertu du DMA peut être contestée, ce qui pourrait exiger de la Commission qu'elle se livre à une évaluation au cas par cas si des entreprises contestent leur désignation. La même remarque vaut à propos de l'imposition de règles et d'interdictions : elles relèveront de la décision du Bundeskartellamt en vertu de la loi allemande, tandis qu'elles s'appliqueront automatiquement dans le cas du DMA, mais, dans la pratique, la Commission pourra devoir examiner au cas par cas si le comportement d'entreprises hétérogènes est réellement conforme aux règles, et engager une procédure si besoin est. L'intervenant estime qu'il serait nécessaire que les autorités nationales de la concurrence soutiennent les efforts de la Commission pour appliquer le DMA ex post, afin de parvenir aux résultats souhaités. Un véritable régime ex ante supposerait la création d'un organisme qui contrôlerait les algorithmes de près et imposerait l'obligation d'obtenir une autorisation afin de changer un algorithme, mais ce type de régime ne se profile pas encore à l'horizon.

Le Président demande à la **France** de s'exprimer sur les recommandations de son autorité de la concurrence en ce qui concerne des règles de concurrence ex ante, et d'indiquer si ces règles seraient spécifiques à certains cas ou contiendraient des interdictions d'application automatique. Le délégué de la France explique qu'en 2020, l'Autorité de la concurrence a publié sa contribution au débat sur la politique de concurrence dans les marchés numériques, qui se poursuit encore. Il indique qu'il conviendrait d'envisager d'étendre le concept de position dominante sur le marché et d'introduire un nouveau cadre législatif au niveau national ou européen, afin de traiter les pratiques des « plateformes numériques structurantes ». Le régime qu'il recommande n'est pas éloigné de celui qui a été adopté par l'Allemagne en 2021 : certaines plateformes seraient désignées comme « structurantes » sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs, et l'Autorité soumettrait ensuite leur comportement à des règles spécifiques. Ces règles seraient basées sur trois principes : la définition des pratiques problématiques, sur la base d'une liste non exhaustive de comportements posant des problèmes en termes de concurrence ; des enquêtes au cas par cas sur l'existence de ces pratiques, avec la possibilité de les interdire ou d'imposer des mesures correctives ; et une procédure de justification objective, avec renversement de la charge de la preuve.

Le Président demande à l'**Union européenne** de répondre à la suggestion de l'Allemagne, selon laquelle le DMA ne pourrait pas être autant d'application automatique, autant ex ante ou autant proportionnel qu'on le croit. L'intervenant rappelle de nouveau que le DMA a une portée très ciblée, et qu'il contient des sauvegardes garantissant la proportionnalité, notamment une liste fermée de services de plateforme, un processus de désignation assorti de seuils très élevés, et des obligations et interdictions qui sont dans certains cas extrêmement spécifiques. Le DMA prévoit également un dialogue réglementaire afin d'affiner les modalités en vue de se conformer à ses dispositions, que l'Allemagne a correctement décrit comme une évaluation au cas par cas. Le DMA contient également des dispositions exigeant que les entreprises désignées justifient qu'elles se conforment à ses dispositions, et impliquant des tiers dans la spécification de certaines mesures. Le DMA est donc moins différent des approches allemande et britannique qu'on ne le dit parfois. La différence clé tient au fait que les obligations et interdictions sont imposées dans la loi et s'appliquent comme une conséquence automatique de la désignation. Il incombe donc aux contrôleurs d'accès de prouver qu'ils se conforment effectivement à la loi, plutôt qu'aux autorités chargées de l'application de la loi de concevoir une mesure corrective et de démontrer la proportionnalité dans chaque cas.

Le **Royaume-Uni** indique que son approche est similaire à celle de l'Allemagne, car elle se fonde explicitement sur le droit de la concurrence. Le critère de l'existence d'un statut stratégique sur le marché est une évaluation, fondée sur des preuves, du pouvoir de marché d'une entreprise, qui est plus qualitative que quantitative et pourrait peut-être être décrite comme intermédiaire entre les approches de l'Allemagne et de l'UE. La proposition visant à donner à la Digital Markets Unit (DMU) le pouvoir d'imposer un code de conduite souligne l'exigence de proportionnalité, c'est-à-dire la volonté d'adapter les exigences aux comportements potentiels de l'entreprise concernée et au préjudice causé par ces comportements. Ce système permettrait également une certaine souplesse et une faculté d'appréciation afin d'imposer des exigences supplémentaires ou de supprimer des exigences inutiles. Sur la question de savoir si l'approche sera fondée sur des règles ou sur des principes, la DMU appréciera discrétionnairement s'il convient de prescrire des règles de conduite ou de fixer un objectif primordial et de permettre à l'entreprise de décider comment s'y conformer. L'approche britannique comportera donc un élément important, à savoir le dialogue entre la DMU et des entreprises désignées, de la nature déjà observée dans l'affaire Google Privacy Sandbox, dans laquelle la CMA sollicite des engagements ex ante à propos du projet de suppression de cookies de tiers.

L'**Australie** est en désaccord avec la suggestion du Président, selon laquelle elle adopterait une approche réglementaire plus étroite et spécifique à un secteur. Le récent code obligatoire de conduite pour les négociations entre les médias d'information et les plateformes numériques (« *News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code* ») a été une réponse législative spécifique à une grave défaillance du marché menaçant le journalisme d'information. En 2022, l'Australie s'appliquera à concevoir une solution à un ensemble plus large de problèmes, qui permettrait d'adopter des règles pour traiter des problèmes spécifiques, tels la domination d'Apple Pay, le contrôle par Google de l'écosystème de la technologie publicitaire, et l'ampleur des paiements liés au fait d'être un moteur de recherche par défaut. L'intervenant suppose que la solution australienne sera plus proche du Royaume-Uni que de l'Union européenne.

Le Président demande aux États-Unis quels sont les avantages ou désavantages des différents projets de loi actuellement examinés par le Congrès américain, dont certains ont une grande portée tandis que d'autres se concentrent sur des domaines très spécifiques comme les boutiques d'applications ou la concurrence dans le secteur du journalisme. Les États-Unis rappellent que le rôle du ministère de la Justice est de faire appliquer plutôt

que de créer des règles. Ils estiment que le Congrès examine actuellement la question de savoir s'il convient de réviser ou simplement de clarifier les lois sur la concurrence et la politique de concurrence au titre de pratiques spécifiques.

La relation entre la réglementation et le droit de la concurrence

Pour des raisons de temps, le Président limite la discussion sur le sujet suivant à un commentaire de **Business at OECD (BIAC)** à propos du principe *ne bis in idem*. Étant donné que la réglementation ex ante poursuit des objectifs plus larges que le droit de la concurrence, le BIAC s'inquiète du fait que des entreprises pourraient être poursuivies deux fois pour les mêmes faits en vertu des deux jeux de règles. Il suggère que les autorités de la concurrence devraient prendre cette question en considération lorsqu'elles décident de leur approche des actions répressives, et que les régulateurs et les législateurs devraient envisager des sauvegardes contre ce risque de doubles poursuites. L'intervenant renvoie les participants à la contribution écrite du BIAC, qui discute de cette question et d'autres questions concernant la réglementation ex ante des marchés numériques, en notant que les membres du BIAC adoptent des vues diverses sur l'opportunité d'adopter une telle réglementation et le contenu des règles spécifiques.

Coopération et coordination internationales en matière réglementaire

Le Président pose la question de savoir si une coordination internationale est nécessaire afin d'éviter que des règles ex ante différentes soient appliquées dans différentes juridictions à des plateformes numériques « aterritoriales », avec les conséquences négatives en découlant pour l'innovation.

Les **États-Unis** suggèrent que même si les règles ne sont pas les mêmes partout, les autorités de la concurrence des différents pays pourraient collaborer afin de dégager une compréhension commune des problèmes au niveau international, y compris de l'impact d'un comportement dans une juridiction sur les autres. Ils alertent également sur le risque d'arbitrage, en termes de réglementation et de répression, que certaines entreprises numériques pourraient faire afin d'exploiter les différences de réglementation entre les pays.

Mme Amelia Fletcher mentionne plusieurs conséquences négatives d'une réglementation incohérente à l'échelle internationale. Les entreprises numériques qui fournissent des services mondiaux, ainsi que leurs concurrents, subissent des coûts si elles doivent opérer différemment dans différents pays, ce qui pourrait réduire la qualité, augmenter les prix et freiner l'innovation. L'incohérence internationale créerait de la confusion pour les entreprises utilisatrices et leurs rivaux. L'intervention dans un pays pourrait être jugée disproportionnée si d'autres pays ne prennent pas des mesures similaires. Enfin, certaines règles pourraient être considérées comme protectionnistes, étant donné que les cinq plus grandes entreprises technologiques sont américaines. Mme Fletcher suppose que l'UE appréhendera le net de manière plus large en termes d'entreprises désignées afin d'éviter de donner cette impression. Elle estime donc, pour toutes ces raisons, que les autorités de la concurrence auraient tout avantage à présenter une perspective unifiée.

Le Président observe que la table ronde a révélé une communauté d'approches considérable en dépit de différences apparentes. Il conclut la discussion après avoir remercié les participants.