

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Antitrust et numérique (Paris, 17 mars 2022)

Conférence | Concurrences N° 3-2022  
[www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

---

### Daniel Fasquelle

[d.fasquelle@squadra-avocats.com](mailto:d.fasquelle@squadra-avocats.com)

**Professeur agrégé**

Facultés de droit Membre du LARJ EA 3603

**Senior Counsel**

Squadra, Paris

# Antitrust et numérique

## (Paris, 17 mars 2022)

Daniel Fasquelle

d.fasquelle@squadra-avocats.com

Professeur agrégé

Facultés de droit Membre du LARJ EA 3603

Senior Counsel

Squadra, Paris

### ABSTRACT

*Dans un premier temps, le droit de la concurrence a été en difficulté face à la montée en puissance des géants du numérique. Alors que des premières réponses européennes et nationales sont apportées, des choix stratégiques sont à confirmer et des pièges à éviter.*

*At first competition law was unable to control the GAFAM. Fortunately, we now have a new set of rules both at the European and national level. But we have to make strategic choices to avoid certain pitfalls and to ensure these rules remain efficient.*

# Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face aux géants du numérique

1. Face au numérique, le droit de la concurrence semble frappé de plusieurs maux : impuissance, inefficacité, inadaptation.

2. Impuissance, car on ne peut que constater une difficulté à maîtriser la concentration du pouvoir entre quelques mains<sup>1</sup>. Par exemple, le résultat net cumulé de Google était de 12 milliards en 2017 ; il était de 194 milliards en 2021 ! De son côté, la presse se fait régulièrement l'écho de la bonne santé insolente des géants du numérique<sup>2</sup>.

3. Impuissance, mais aussi, et c'est lié, inefficacité. En raison, tout d'abord, du sentiment que le droit de la concurrence a toujours un temps de retard. Les sept années qu'il aura fallu pour que Google et son service de comparaison de prix soient condamnés pour abus de position dominante par la Commission européenne ont vu se lever des doutes sur la capacité du droit de la concurrence à réagir dans des délais raisonnables<sup>3</sup>. Inefficacité, ensuite, en raison de l'incapacité du droit de la concurrence à empêcher la croissance externe de ces grands groupes. Depuis le rachat de WhatsApp par Facebook, force est de constater que les choses n'ont pas beaucoup changé, Microsoft, Google

1 J. B. Baker, Market Power and Market Concentration in the US, OECD Competition Committee Hearing on Market Concentration, juin 2018 ; J. Van Renen, sur les travaux du MIT, in Shaping competition policy in the era of digitisation, DG COMP, 17 janvier 2019.

2 P. ex. : A. Piquard, "Jusqu'ici, Google, Apple, Facebook et Amazon s'en sortent plutôt bien", *Le Monde*, 13 janvier 2022 ; B. Bouchaud, La Big Tech fait la pluie et le beau temps à Wall Street, *Les Échos*, 4 janvier 2022 ; M.-J. Levin, L'emprise d'Amazon ne s'arrête pas au e-commerce, *E-commerce Mag*, 22 avril 2022.

3 Comm. eur., déc. C(2017) 4444 final du 27 juin 2017, *Google Search (Shopping)*, aff. AT.39740 ; Comm. eur., communiqué IP/17/1784 du 27 juin 2017, Pratiques anti-concurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix ; D. Bosco, Affaire Google Shopping : sanction d'un abus par inégalité de traitement, *Contrats, conc., consom.* 2018, comm. 52, p. 25.

et Amazon ayant réalisé un nombre record d'acquisitions en 2021<sup>4</sup>. Sans oublier une réelle incapacité à régler des problèmes structurants à l'image du duopole d'Apple et de Google sur les *app stores* dénoncé en vain par plusieurs acteurs du marché<sup>5</sup>.

4. Troisième et dernier reproche, on peut regretter que le droit de la concurrence ait fait la démonstration d'une certaine inadaptation face au numérique :

- en raison, tout d'abord, de concepts obsolètes, comme la notion de marché pertinent face aux marchés bi- ou multifaces ;
- du fait, ensuite, d'un manque d'expertise, en particulier face à l'utilisation de plus en plus grande des données personnelles à des fins économiques et de l'apparition des services gratuits sur internet.

La multiplication des acteurs traitant de la concurrence et du numérique est apparue aussi comme un réel handicap. En France, par exemple, l'Autorité de la concurrence (ADLC) se doit de cohabiter sur ce sujet du numérique avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou encore la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

5. Comment en est-on arrivé à ce qui ressemble à un échec du droit de la concurrence face au numérique? Force est de constater que cela vient du numérique lui-même et de sa tendance monopolistique; qui se caractérise par des barrières à l'entrée du fait de coûts fixes importants (construction d'algorithmes complexes, de bases de données efficaces...) et des effets de réseau. La satisfaction d'un utilisateur est fonction, en effet, du nombre d'utilisateurs total mobilisant le service ; or, plus le réseau est grand, plus la qualité du service s'améliore, ce qui, par définition, rend plus difficile l'arrivée de nouveaux entrants... À cela s'ajoute l'accumulation d'informations sur les utilisateurs à travers la collecte et la détention de données personnelles.

6. On prend ainsi peu à peu conscience que l'on est face à une forme d'échec du phénomène de "destruction créatrice" théorisé par Schumpeter, avec des conséquences économiques, sociales ou politiques de plus en plus préoccupantes.

7. Face à une telle situation, quelles réponses? Le fait est qu'une prise de conscience a eu lieu et que la volonté politique est là, notamment au plan européen : les deux projets de règlement DMA et DSA de la Commission européenne et le programme ambitieux de la présidence française pour l'Europe en matière de souveraineté numérique<sup>6</sup> le montrent amplement.

4 M. Fabron, Microsoft, Google et Amazon ont réalisé un nombre record d'acquisitions en 2021, *Les Numériques*, 25 janvier 2022.

5 Il faut casser le duopole d'Apple et Google sur les app stores, *La Tribune*, 11 février 2022.

6 V., S. Rolland, Souveraineté numérique : le plan ambitieux de la présidence française pour l'Europe, *La Tribune*, 7 février 2022.

8. La place du droit de la concurrence dans cette réaction attendue des pouvoirs publics dépendra des choix stratégiques qui seront faits (I.), mais aussi de la capacité des décideurs à éviter les pièges et dangers qui sont nombreux sur le chemin d'une réponse efficace à apporter face aux géants du numérique (II.).

# I. Le droit de la concurrence et les choix stratégiques dans la lutte contre la trop grande puissance des géants du numérique

9. Trois choix étaient possibles : mieux appliquer le droit de la concurrence (1.), changer le droit de la concurrence (2.), créer un droit de la régulation (3.). À des degrés divers, chacun de ces scénarii a retenu l'attention, l'Union européenne et les États membres organisant ainsi une réponse aux multiples visages.

## 1. Mieux appliquer le droit de la concurrence

10. Le droit de la concurrence a toujours su faire preuve d'une réelle souplesse et capacité d'adaptation. Face à l'émergence de l'économie numérique, des réponses concrètes ont déjà été apportées ou sont sur le point de l'être sur plusieurs plans.

### 1.1 L'acquisition d'une capacité d'expertise au sein des autorités de concurrence

11. Conscientes de leurs lacunes, les autorités de concurrence ont confié à des experts le soin de leur apporter un regard qui leur manque, à la fois, sur la façon dont le droit de la concurrence peut évoluer et sur les moyens à mettre en œuvre. Elles-mêmes se dotent peu à peu d'une capacité d'expertise et rendent études et rapports. L'avis de l'ADLC sur la publicité en ligne a révélé, par exemple, un degré d'approfondissement très remarqué et devrait donner suite à une pratique décisionnelle vigoureuse<sup>7</sup>. Mais la décision la plus spectaculaire sur ce plan reste la création en 2020 d'un service de l'économie numérique au sein même de l'ADLC.

7 Aut. conc., avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet. V. aussi, plus récemment, l'enquête sur les nouvelles technologies appliquées aux activités de paiement (avis n° 21-A-05 du 29 avril 2021).

12. Ces mêmes autorités ont également compris qu'elles devaient travailler ensemble pour concentrer leurs moyens afin de mieux comprendre et appréhender les défis de l'économie numérique. C'est ainsi que l'ADLC a publié, dès 2014 et 2016, deux études conjointes, l'une avec l'autorité britannique<sup>8</sup> et l'autre avec l'autorité allemande<sup>9</sup>.

13. L'instauration d'un observatoire français des plateformes numériques, en complément de l'observatoire européen créé en 2018, proposé par l'administration elle-même dans le cadre des états généraux, renforce les moyens mis en œuvre pour mieux cerner les nouveaux marchés en question.

## 1.2 L'appel à tout le droit de la concurrence

14. Le droit de la concurrence déloyale, la plus ancienne branche du droit de la concurrence, a, très tôt, fait preuve de son adaptabilité au numérique, comme l'illustre, dès le 7 juillet 2004, le premier arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans cette matière, dans une affaire *Rennesimmo* qui concernait l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine<sup>10</sup>. Depuis, de nombreuses décisions ont été rendues qui ont démontré l'adaptabilité de la plus ancienne branche du droit de la concurrence<sup>11</sup>.

15. Le droit des pratiques restrictives n'est pas en reste et le ministère de l'Économie ne manque pas de le solliciter pour appréhender les questions nouvelles posées par l'économie numérique ; on en veut pour exemple la condamnation d'Amazon par le tribunal de commerce de Paris pour déséquilibre significatif le 2 septembre 2019<sup>12</sup>.

16. Le droit des ententes tient aussi toute sa place. Le commerce en ligne a ainsi particulièrement retenu l'attention avec un droit européen de la concurrence qui a peu à peu trouvé ses marques avec les célèbres arrêts de la CJUE *Pierre Fabre* du 13 octobre 2011<sup>13</sup> et *Coty* du 6 décembre 2017<sup>14</sup>.

17. Concernant les abus de position dominante, après avoir beaucoup tardé à réagir, la Commission européenne accélère maintenant le pas. Pour ne prendre que l'exemple de Google, trois condamnations ont été prononcées en trois ans. Le 27 juin 2017, Google a été condamné pour la première fois par la Commission européenne pour son comparateur

de prix<sup>15</sup>. Le 18 juillet 2018, Google s'est vu infliger une amende de 4,34 milliards d'euros pour violation des règles de concurrence de l'Union européenne pour avoir imposé des restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles afin de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur internet<sup>16</sup>. Plus récemment encore, le 20 mars 2019, la Commission a infligé une amende de 1,49 milliard d'euros à Google pour abus de position dominante au motif qu'avec sa régie publicitaire AdSense, qui détient 80 % du marché en Europe, cette entreprise limitait artificiellement la possibilité pour les sites web tiers d'afficher les publicités contextuelles émanant de concurrents<sup>17</sup>.

18. On notera que le droit des concentrations lui aussi a, d'ores et déjà, su s'adapter à l'économie numérique. Certaines décisions datent déjà du début de la décennie<sup>18</sup>. D'autres, plus récentes, montrent clairement la capacité des autorités à appréhender les situations nouvelles qui leur sont soumises. On citera un seul exemple, la décision *SeLoger/Logic-Immo* du 1<sup>er</sup> février 2018 relative à la prise de contrôle de Concept Multimédia par le groupe Axel Springer, décision qui est le fruit du premier examen approfondi d'une concentration impliquant deux plateformes en ligne avec la prise en compte de deux caractéristiques importantes : le caractère numérique et la nature biface<sup>19</sup>.

19. Pour achever ce rapide tour d'horizon, on constatera qu'il est fait appel à toutes les notions, y compris celles que l'on pensait en déshérence comme la notion d'abus de dépendance économique, comme le montre la décision de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire *Apple, Tech Data et Ingram* du 16 mars 2020<sup>20</sup>.

20. En définitive, pas un jour ne se passe désormais sans que l'on apprenne le déclenchement d'une nouvelle procédure sur le fondement du droit de la concurrence, que ce soit au plan national ou européen<sup>21</sup>.

8 Autorité de la concurrence et Competition and Markets Authority, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, 16 décembre 2014.

9 Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016.

10 Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17.416 : JurisData n° 2004-024595.

11 V., p. ex., CA Paris, ch. 5-2, 20 novembre 2020, *Bonpoint et Webedia*, RG 19/10188 : JurisData n° 2020-019197 sur l'application du droit de la concurrence déloyale à une place de marché ; *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 3, p. 23.

12 T. com Paris, 1<sup>er</sup> ch., 2 septembre 2019, RG 2017050625

13 CJUE, 13 octobre 2011, *Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et Président de l'Autorité de la concurrence*, aff. C-439/09.

14 CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany*, aff. C-230/16 ; G. Decocq, Un droit sur mesure pour les produits de luxe, *Contrats, conc., consom.* 2018, comm. 54, p. 27 ; F. Viala, Distribution sélective et restriction à la vente en ligne sur les marketplaces : quel cadre juridique après *Coty* ?, *Contrats, conc., consom.* 2018, étude 5, p. 7.

15 Comm. eur., 27 juin 2017, *Google Search Shopping*, préc.

16 V. Comm. eur., communiqué IP/18/4581 du 18 juillet 2018, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche.

17 Se fondant sur un large éventail d'éléments de preuve, la Commission a conclu que le comportement de Google portait préjudice à la concurrence et aux consommateurs et qu'il entravait l'innovation. V. Comm. eur., communiqué IP/19/1770 du 20 mars 2019, Antitrust : la Commission inflige une amende de 1,49 milliard d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne.

18 V., p. ex., les décisions de la Commission européenne relatives à des concentrations dans le secteur des services de communication en ligne : *Microsoft/Skype* (Comm. eur., 7 octobre 2011, aff. COMP/M.6281) ; *Facebook/WhatsApp* (Comm. eur., 3 octobre 2014, aff. COMP/M.7217) ; *Microsoft/LinkedIn* (Comm. eur., 6 décembre 2016, aff. COMP/M.8124).

19 F. Le Roux, Marché biface et effets de réseau croisés : mise en perspective de la décision *SeLoger/Logic-Immo*, *RLC* 2019/83, n° 3575, p. 27. Pour un exemple européen récent, v. la décision du 17 décembre 2020 de la Commission européenne qui autorise sous conditions le rachat de Fitbit par Google (Comm. eur., communiqué IP/20/2484 du 17 décembre 2020).

20 Aut. conc., déc. n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple : M. Malaurie-Vignal, Sanction des pratiques contractuelles des géants du numérique, *Contrats, conc., consom.* 2020, comm. 112, p. 35.

21 V., p. ex. : N. Steiwer, L'Antitrust allemand hausse le ton face à Google, *Les Échos*, 5 janvier 2022 ; Remplacer par : F. Débes et S. Dumoulin, Microsoft de nouveau visé par des plaintes antitrust, *Les Échos*, 15 décembre 2021.

## 2. Changer le droit de la concurrence

21. On aurait pu faire le choix, en complément de ce qui vient d'être décrit, d'une réforme du droit de la concurrence. Cela avait été envisagé par la Commission elle-même, qui avait publié en ce sens une analyse d'impact initiale, le 2 juin 2020, et ouvert une consultation publique jusqu'au 8 septembre 2020, sur le nouvel instrument de concurrence ou New Competition Tool (NCT) pour remédier aux problèmes de concurrence structurels que l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ou le contrôle des concentrations ne permettaient pas d'appréhender<sup>22</sup>.

22. Cette réforme, écartée pour le moment, reste nécessaire. Deux exemples illustrent l'urgence à agir en ce sens. En premier lieu, il est indispensable que la réflexion sur les seuils de contrôle des concentrations soit approfondie. Beaucoup d'opérations échappent, en effet, à la compétence des autorités de concurrence, car les start-up ne se hissent pas aux seuils de contrôle fixés en chiffres d'affaires par les textes en vigueur. Certaines affaires (rachat d'Instagram par Facebook, rachat de Shazam par Apple) conduisent à s'interroger sur la pertinence du critère du chiffre d'affaires. Plusieurs propositions visant à contrecarrer ce risque d'acquisitions prédatrices sont en débat : abaissement du seuil de notification des opérations de concentration auprès de l'Autorité de la concurrence, introduction d'un seuil de contrôlabilité exprimé en valeur de transaction, mise en place d'un contrôle des concentrations *ex post*, renversement de la charge de la preuve. À charge pour les législateurs français et européens de faire, dans un présent proche, les bons choix<sup>23</sup>.

23. Un autre axe de réflexion consiste à repenser la définition du marché et son importance en ce qu'ils répondent mal aux spécificités du numérique. En effet, si, sur les marchés traditionnels, les prix sont le meilleur indicateur pour savoir quels biens appartiennent à quel marché, sur les marchés numériques, de nombreux biens sont gratuits, ce qui fait que la possibilité d'une analyse par les prix disparaît. Le fait aussi que l'utilisation d'une plateforme puisse être gratuite pour certains groupes et payante pour d'autres peut considérablement compliquer l'évaluation de la position d'une entreprise sur le marché et peut rendre inopérants certains concepts comme celui de prix prédateurs. Parmi les pistes à explorer pour adapter le droit de la concurrence à ces nouveaux phénomènes, on signalera les propositions du rapport Crémer, qui suggère de porter une attention plus soutenue à l'identification des préjudices (*theories of harm*) et des stratégies anticoncurrentielles plutôt qu'à la définition du marché<sup>24</sup>.

22 Comm. eur., Analyse d'impact initiale, réf. Ares(2020)2877634 – 04/06/2020, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

23 Numérique : France et Allemagne veulent limiter les acquisitions prédatrices, *Le Figaro*, 27 mai 2021. V. aussi les amendements à la proposition de DMA proposés par le Parlement européen.

24 J. Crémer, Y.-A. de Montjoye et H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2019.

## 3. Compléter le droit de la concurrence par un droit de la régulation

24. La démarche proposée par la Commission européenne dans les projets de règlement DMA et DSA<sup>25</sup> est dans le droit fil du rapport parlementaire que nous avons présenté avec Valéria Faure-Muntian en mai 2020 à l'Assemblée nationale<sup>26</sup>. Elle conduit plus à emprunter au droit de la régulation qu'au droit de la concurrence que les deux règlements viennent donc plus compléter qu'amender. Par une approche *ex ante* et l'intervention de régulateurs, on s'inspire ici des marchés libéralisés mais encadrés que sont ceux de l'énergie, des télécommunications ou encore des transports par voie ferrée. La comparaison la plus pertinente reste, cependant, la régulation des banques systémiques après la crise de 2008.

25. Du point de vue de la technique juridique, la démarche peut, en apparence, se rapprocher des exemptions par catégorie du fait de l'existence de listes noires et grises. On est cependant, en réalité, beaucoup plus proche, dans le DMA, du titre IV du livre IV du code de commerce<sup>27</sup>. On peut même raisonnablement se demander si on n'a pas ici une nouvelle manifestation de ce que le droit européen, longtemps indifférent, voire hostile, au droit français des pratiques restrictives, s'en inspire de plus en plus, comme la directive (UE) 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire<sup>28</sup> en a apporté récemment la démonstration<sup>29</sup>.

26. Ce cadre étant posé, il faut le faire vivre et le faire évoluer encore pour l'améliorer.

25 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques), COM(2020)825 final, 15 décembre 2020 ; proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020)842 final, 15 décembre 2020 ; D. Fasquelle et E. Inacio, DMA/DSA : une nouvelle et importante étape dans la régulation européenne des acteurs du numérique, *Europe* mai 2021, n° 5, étude 2, p. 4 ; D. Fasquelle, O. Guersent, C. Féral-Schuhl, M. Even, L. de La Raudière, J.-L. Sauron, L. Arcelin, J.-L. Fourgoux, L. Djavadi, C. Bouckaert, G. Didier, V. Faure-Muntian et E. Inacio, DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?, *Concurrences* n° 2-2021, art. n° 99721, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

26 D. Fasquelle et V. Faure-Muntian, Rapport d'information n° 3127 sur les plateformes numériques, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2020.

27 J.-L. Fourgoux, Le DMA, une arme contre les abus contractuels, in dossier DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?, préc.

28 Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, PE/4/2019/REV/2, *JOUE* n° L 111 du 25 avril 2019, pp. 59-72.

29 D. Fasquelle, Pratiques commerciales déloyales et grande distribution : La directive peut-elle changer les comportements ? (Demain la concurrence – Paris, 14 juin 2019), *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 91857, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

## II. Les travers et pièges à éviter pour une lutte efficace du droit de la concurrence face à la trop grande puissance des géants du numérique

27. Si l'on veut être efficace, il faut attirer l'attention des autorités compétentes sur certains travers et pièges à éviter. En premier lieu, il ne faut pas considérer le numérique comme un seul et même ensemble afin de tenir compte des spécificités de chaque secteur d'activité (1.). Il faut aussi faire en sorte que les textes nouveaux ajoutés aux textes déjà en vigueur ou à venir ne créent un ensemble à ce point complexe qu'il défavorise, à la fin, les acteurs petits et moyens que l'on est censé aider et favoriser (2.). Le droit nouveau encadrant le numérique doit aussi éviter de créer les conditions d'une nouvelle forme d'insécurité juridique (3.).

### 1. La nécessité de tenir compte des spécificités de chacun des secteurs d'activité du numérique

28. Comme le dit le dicton "Qui trop embrasse mal étroit". À ce sujet, l'approche choisie par la Commission européenne dans les règlements DMA et DSA – horizontale et non pas verticale – interroge. N'a-t-on pas pris un risque en voulant appliquer les mêmes règles à des activités aussi différentes que les réseaux sociaux, les moteurs de recherche ou les places de marché ? Comment, par exemple, imposer les mêmes seuils avec les mêmes définitions à une place de marché et à un moteur de recherche, à des clients potentiels et à ceux qui font une simple recherche sur internet ? N'y a-t-il pas un risque que la démarche choisie par la Commission européenne rate parfois sa cible et qu'une disposition imaginée pour un type d'entreprise, formulée dans des termes généraux, touche, demain, involontairement, d'autres acteurs, y compris des entreprises européennes censées être, au contraire, à l'abri de règles nouvelles conçues pour les géants du numérique<sup>30</sup> ? Une autre solution, plus sûre juridiquement, aurait sans aucun doute consisté, comme le préconisait l'ADLC, à adopter des solutions particulières à chaque modèle de développement digital considéré. C'est, du reste, la solution qui semble devoir être retenue en Grande-Bretagne<sup>31</sup>.

30 D. Bosco, La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe, *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 27, p. 55.

31 *Ibid.*

### 2. Les risques d'une trop grande complexité difficile à maîtriser pour les acteurs les plus modestes

29. C'est peut-être plus vrai pour le DSA que pour le DMA, mais on peut se demander si les textes proposés, associés aux textes déjà en vigueur ou en préparation, ne créent pas une telle complexité que les acteurs les plus modestes risquent d'être pénalisés alors que les plus grands, que l'on est censé mieux encadrer, pourront, grâce à leurs services juridiques et aux cabinets d'avocat qui travaillent pour eux, se jouer des réglementations nouvellement créées. Cette complexité peut venir aussi du nombre d'acteurs censés mettre en œuvre le DMA et le DSA. Concernant le DMA, la Commission, ce qui se comprend, s'impose comme acteur central pour mettre en œuvre un texte qui vise les *gatekeepers* avec une procédure largement inspirée du droit de la concurrence et du règlement (CE) n° 1/2003. On peut s'interroger, cependant, sur l'absence de mention des autorités nationales de concurrence, sur lesquelles la Commission aura, sans aucun doute, besoin de s'appuyer. Les choses devraient cependant évoluer favorablement sur ce point dans le texte définitivement adopté par le Conseil et le Parlement européen.

### 3. Ne pas installer une forme d'insécurité juridique

30. Par certains côtés, le DMA déçoit dans la mesure où il ne s'agit pas de réguler véritablement *ex ante* les infrastructures jugées essentielles<sup>32</sup>. Plutôt que d'instaurer une véritable surveillance des marchés nouveaux et une approche structurelle, le projet de règlement est tombé dans une forme de facilité en dressant des listes de comportements interdits *per se* ou contrôlés. Et ces listes peuvent devenir, très vite, obsolètes, en particulier dans un domaine où, à l'imagination sans borne du marché, s'ajoute le tourbillon des évolutions techniques du numérique et de ses outils. On pourrait alors craindre une évolution comparable à celle du droit des pratiques restrictives avec, à la fin, le risque d'une forte insécurité juridique et d'une permanente instabilité législative. Ce danger est ici d'autant plus à craindre que les projets de règlement DMA et DSA laissent une très grande liberté à la Commission pour mettre en œuvre ces textes, mais aussi pour les modifier à tout moment à travers des actes délégués, sans compter la possibilité de proposer une révision à intervalles réguliers et très rapprochés. On est loin de la réforme annoncée censée accompagner la maturation d'activités économiques nouvelles et, comme le disait Thierry Breton, s'inscrire dans la durée – "au moins pour les dix à vingt prochaines années"<sup>33</sup>.

32 D. Bosco, *op. cit.*

33 Amazon, Google, Facebook : "Le démantèlement n'est pas un tabou", propos de Thierry Breton recueillis par E. Berretta, G. Grallet et G. Poncet, *Le Point*, 26 novembre 2020.

## En conclusion, quelques brèves remarques

31. En premier lieu, la nécessité d'une approche internationale s'impose de plus en plus. À ce sujet, on notera que, pour une fois, les États-Unis regardent vers l'Europe et non pas l'inverse<sup>34</sup>. Bien qu'elle envoie parfois des signaux contradictoires et qu'elle se heurte aux réticences du Congrès, l'administration Biden semble, en effet, vouloir mieux encadrer la toute-puissance des GAFAM – on en veut pour preuve la nomination de Lina Khan à la tête de la Federal Trade Commission (FTC). Du côté européen, la volonté de promouvoir l'approche développée dans le DMA et le DSA outre-Atlantique est évidente, comme l'a récemment démontré la "visite virtuelle" de Cédric O aux États-Unis dans le cadre de la présidence française du Conseil de l'Union européenne<sup>35</sup>. Autre signe très fort d'une prise de conscience à l'échelle de la planète, la Chine elle-même a décidé, pour la première fois, de sanctionner Alibaba en avril 2021 d'une amende de 2,3 milliards d'euros. Mais si les autorités européennes veulent, de leur côté, vraiment donner le change, il faut qu'elles se donnent les moyens de leur politique. Or, le possible démantèlement des géants du numérique évoqué un moment avec force<sup>36</sup> aboutit, pour l'instant, dans le DMA, à une menace en réalité difficile à mettre à exécution<sup>37</sup>.

32. Une autre idée pour laquelle il faut militer est la nécessité de bien comprendre la place et le rôle du droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence ne peut pas tout. Et, ce qui est absolument certain, c'est qu'à lui seul, il ne peut pas faire émerger des champions européens du numérique. On retrouve ici le débat sur la place d'une politique industrielle en complément d'une politique de la concurrence que nous avons connu au moment du rapprochement entre Alstom et Siemens et de la polémique qui s'en est suivie.

33. Nous avons commencé notre propos en mettant en avant l'échec du marché face à la montée des géants du numérique. Nous le concluons en nuanciant ce propos. En effet, sur certains marchés, il est possible d'affirmer aujourd'hui que les places acquises peuvent être contestées par l'arrivée de nouveaux acteurs qui peuvent tirer parti des phénomènes de lassitude et des effets de mode et de génération à l'image d'Adobe, Salesforce, AMD ou encore ServiceNow<sup>38</sup> sans parler des concurrentes chinoises des GAFAM tel TikTok.

34. Mais, que ce soit par les forces du marché ou par le droit, ne perdons pas de vue l'objectif commun de demain qui doit être de restaurer la promesse perdue d'internet<sup>39</sup>, le créateur du web lui-même, Tim Berners-Lee, ayant dénoncé récemment, avec force, la façon dont le lieu ouvert et de liberté qu'il avait inventé était désormais perverti et injustement capté par quelques-uns<sup>40</sup>. ■

---

34 Z. Meyers, The EU's Antitrust Lessons for America, Project Syndicate, 4 mars 2022.

35 Cédric O s'entretient avec les Américains sur le numérique, *La Lettre de l'audiovisuel*, 12 janvier 2022; GAFA : l'Europe cherche le consensus avec les États-Unis, *Le Monde*, 14 janvier 2022. V. aussi sur le site de la FTC : Joint Statement from FTC, DOJ Antitrust Division, and European Commission Leadership on Launch of EU-US Joint Technology Competition Policy Dialogue, 7 décembre 2021.

36 Amazon, Google, Facebook : "Le démantèlement n'est pas un tabou", préc.

37 V. l'article 16 du projet DMA.

---

38 B. Bouchaud, Bourse : ces nouveaux champions prêts à rivaliser avec les Gafam, *Les Échos*, 11 février 2022.

39 G. Babinet, Restaurer la promesse perdue d'Internet, *Les Échos*, 11 janvier 2022.

40 La toute-puissance des Gafa, un "bug" du système selon Tim Berners-Lee, *Les Échos*, 12 mars 2018.

---

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Actions en réparation des pratiques anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

## International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

---

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

### CONCENTRATIONS

Olivier Billard, François Brunet, Jean-Mathieu Cot, Eric Paroche, David Tayar, Simon Vande Walle

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

### DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehoudj, Rafael Allendesalazar, Silvia Pietrini

---

## Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

---

## Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

## > Abonnement Concurrences +

Devis sur demande  
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)  
*Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin) (unlimited users access for 1 year to archives)*

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)  
*Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)*

Livres : Accès à tous les e-Books  
*Books: Access to all e-Books*

## > Abonnements Select

Devis sur demande  
Quote upon request

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)*
- Revue Concurrences – Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, avec accès aux archives)  
*Review Concurrences – Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, with access to archives)*

## > Abonnements Basic

Devis sur demande  
Quote upon request

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*

## > Revue Concurrences | Review Concurrences

HT      TTC  
Without tax      Tax included

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)  
*Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)*

Devis sur demande  
Quote upon request

699 €      714 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ou demandez un devis personnalisé à [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).

*To ensure the validity of the prices charged, please visit [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) or request a personalised quote from [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).*

## Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name* .....

Courriel | *e-mail* .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

## Formulaire à retourner à | Send your order to:

### Institut de droit de la concurrence

19 avenue Jean Aicard - 75011 Paris - France | [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France