

## 4 Le Digital Markets Act (1<sup>re</sup> partie)

### Contrôler les contrôleurs d'accès



Jean-Christophe RODA,  
agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université Jean Moulin – Lyon 3,  
directeur du Centre de Droit de l'Entreprise

Le règlement (UE) 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique a été adopté le 14 septembre 2022. Mieux connu sous le nom de « *Digital Markets Act* », ou DMA, c'est un texte très technique de plus d'une soixantaine de pages. Il est destiné à « *mettre au pas* » les grandes plateformes américaines et européennes, en ancrant largement la régulation dans l'*ex ante*. Incontestablement, il s'agit d'un des dispositifs les plus ambitieux adoptés à l'échelon européen, qui doit permettre d'assurer une meilleure contestabilité sur les marchés numériques, et une plus grande loyauté des comportements. Un texte aussi important appelait un commentaire « *grand format* ». La première partie de celui-ci figure dans le présent numéro de la revue, et s'attache à cerner l'esprit et l'étendue du contrôle prévu par le DMA. La seconde partie, intitulée « *Contraindre les contrôleurs d'accès* », sera publiée dans le prochain numéro <sup>1</sup>.

### Introduction

1 - Le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique – mieux connu sous le nom de *Digital Markets Act* (ou « DMA ») <sup>2</sup> – est entré en vigueur à la fin de l'année 2022. Sa mise en œuvre est graduelle (avec des notifications devant intervenir en mai 2023 et la mise en conformité avec les obligations, au plus tard en mars 2024). Il est déjà prévu que la Commission puisse adapter ce cadre aux évolutions rapides du secteur numérique <sup>3</sup>. Un projet de règlement, de nature essentiellement procédurale, a été mis à l'étude, le 9 décembre 2022 <sup>4</sup>, tandis que des lignes directrices seront prochainement publiées. Le DMA sera donc accompagné de plusieurs textes qui, on l'espère, devraient permettre de mieux comprendre le dispositif. À l'heure actuelle, celui-ci est particulièrement indigeste et peu facile d'accès. Les dispositions sont très techniques, généralement définies de manière absconse. Il faut avoir à l'esprit les contentieux *antitrust* pour comprendre le sens de certaines dispositions. La façon d'élaborer le texte a d'ailleurs largement reposé sur une logique inductive : la Commission a construit le DMA en ayant visiblement des entreprises en ligne de mire ; ces dernières ont souvent des modèles économiques très différents, ce qui rend délicat l'élaboration d'une cohérence générale.

2 - Le règlement DMA a suscité de telles réactions qu'il sera probablement encore discuté durant plusieurs années, en attendant que le contentieux devant la Cour de justice et des juridictions nationales produise ses premières jurisprudences. Les obligations qui s'imposent aux « *contrôleurs d'accès* » peuvent être particu-

lièrement lourdes et certains ont pu craindre qu'une telle réglementation soit un frein à l'innovation ou un repoussoir économique. Au-delà du contenu, c'est la méthode qui intrigue, puisqu'elle marque l'apparition d'un droit hybride, qui se situe entre le droit de la régulation sectorielle et le droit de la concurrence <sup>5</sup>. Mais le texte cherche également à dépasser la logique de l'*antitrust* classique, en se focalisant moins sur le marché, et plus sur les comportements, dès lors qu'ils émanent des géants du numérique.

Afin de bien comprendre ce dispositif original, il est donc nécessaire de revenir brièvement sur sa raison d'être (1). Au regard des risques pesant sur les *gatekeepers*, il est surtout indispensable de bien cerner le champ d'application du dispositif (2).

### 1. La raison d'être du DMA

#### A. - Le but évident : mettre au pas les GAFAM

3 - Bien que cela n'apparaisse pas clairement dans le préambule du DMA, l'objectif du texte est clairement de mettre au pas les grandes entreprises du numérique qui proposent des services de plateforme. Incontestablement, les GAFAM ont servi de grille d'élaboration du dispositif. Pourquoi s'attaquer à ces entités ? Pour certains, il s'agirait d'une forme de « *populisme* », voire la manifestation d'un « *protectionnisme européen démagogique et de courte vue* » <sup>6</sup>. Pour d'autres, il s'agirait de mettre fin à l'ère des « *data-opolies* » qui ont phagocyté des pans entiers du numérique et qui, surtout, adoptent des stratégies de prédation <sup>7</sup>.

4 - Sur leurs marchés « *initiaux* », il est exact que les GAFAM se sont souvent imposés grâce à leurs mérites. Mais, par la suite, ces opérateurs se sont lancés dans une stratégie de colonisation des écosystèmes <sup>8</sup>, en faisant l'acquisition d'entités se situant souvent sur des marchés différents, mais connexes. « *It's better to buy than to compete* », a pu écrire un dirigeant de Meta/Facebook, dans un

1. *Comm. com. électr.* 2023, étude 6, à venir.

2. *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925*, 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques) : *JOUE* n° L 265, 12 oct. 2022, p. 1.

3. *Un réexamen de la situation des plateformes, mais aussi des règles, est prévu tous les 3 ans, à partir de 2026. V. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925*, 14 sept. 2022, art. 53. Il est également prévu que la Commission puisse adopter un acte supplémentaire (acte délégué) si le dispositif se révèle lacunaire.

4. *V. Regulation on detailed arrangements for the conduct of certain proceedings by the Commission pursuant to Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council.*

5. *M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, Droit de la concurrence : Précis Dalloz*, 2<sup>e</sup> éd., 2022, n° 666 s.

6. *D. Bosco, La régulation des plateformes américaines est un piège pour l'antitrust européen : Contrats, conc. consom.* 2018, repère 11.

7. *M. E. Stucke, Breaking Away – How to Regain Control Over Our Data, Privacy and Autonomy : Oxford Univ. Press*, 2022, p. 1. et s.

8. *M. E. Stucke, préc.*, p. 46.

## 6 Le Digital Markets Act (2<sup>e</sup> partie)

### Contraindre les contrôleurs d'accès



Jean-Christophe RODA,  
agrégé des Facultés de droit,  
professeur à l'université Jean Moulin – Lyon 3,  
directeur du Centre de Droit de l'Entreprise

Le règlement (UE) 2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique a été adopté le 14 septembre 2022. Mieux connu sous le nom de « *Digital Markets Act* », ou DMA, c'est un texte très technique, indigeste, de plus d'une soixantaine de pages, et qui doit être complété par des lignes directrices. Il est destiné à « *mettre au pas* » les grandes plateformes américaines et européennes, en ancrant largement la régulation dans l'*ex ante*. Incontestablement, il s'agit d'un des dispositifs les plus ambitieux adoptés à l'échelon européen, qui doit permettre d'assurer une meilleure contestabilité sur les marchés numériques, et une plus grande loyauté des comportements. Un texte aussi important appelle un commentaire « *grand format* ». La première partie de celui-ci, publiée dans le précédent numéro de la revue <sup>1</sup>, s'attachait à cerner l'esprit et l'étendue du contrôle prévu par le DMA. La seconde partie, que nous proposons dans le présent numéro, détaille les obligations auxquelles sont soumis les « *gatekeepers* », et qui forment le cœur du dispositif.

### Introduction

1 - Le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique – mieux connu sous le nom de *Digital Markets Act* (ou DMA) <sup>2</sup> – marque un profond changement de méthode. Une fois qu'une entreprise est identifiée comme un contrôleur d'accès (ou « *gatekeeper* ») <sup>3</sup>, elle est automatiquement soumise à toute une série d'obligations : celles-ci se déclenchent, sans même qu'il ne soit besoin de constater une quelconque infraction ; la contrainte existe car il s'agit d'entreprises cruciales, dont le poids sur le marché est tel qu'il convient de les réguler *ex ante*. Le DMA propose, dans une logique préventive, de contraindre les opérateurs à répondre à des objectifs et valeurs précis : la méthode rappelle celle du droit de la *compliance*, le texte imposant d'ailleurs aux *gatekeepers* d'élaborer des mécanismes internes de contrôle <sup>4</sup>. Le DMA s'inscrit donc à rebours du mouvement général du droit *antitrust*, amorcé il y a plusieurs décennies et qui, au nom de la « *modernisation* », a poussé cette branche du droit aux confins de la sophistication et de « *l'économisme* », avec des analyses de plus en plus raffinées, mais aussi chronophages, coûteuses et parfois bien incertaines <sup>5</sup>. L'approche par les effets, dont on a longtemps loué la modernité, a ses limites que l'on dénonce aujourd'hui <sup>6</sup>. L'on assiste à la tentation d'un retour de la

prohibition *per se*, y compris aux États-Unis <sup>7</sup>. Le DMA répond à ces préoccupations en imposant des obligations aux contrôleurs d'accès sans qu'une enquête préalable n'ait été ouverte, sans délimitation du marché pertinent, et sans analyse concurrentielle approfondie.

2 - Désignée comme contrôleur d'accès, l'entreprise a alors 6 mois pour se conformer aux obligations prévues. L'entreprise qui ne se plie pas aux obligations imposées s'expose à des sanctions, qui peuvent être particulièrement lourdes en cas de récidive. En cas d'infractions systématiques, des mesures correctives peuvent être adoptées, sans visiblement aller jusqu'au démantèlement, ce qui avait pu être suggéré sous d'autres cieux. La Commission européenne est chargée de l'application du DMA, avec un rôle très accessoire laissé aux autorités nationales de concurrence <sup>8</sup>. Cette architecture très pyramidale rompt à nouveau avec la tendance antérieure, qui avait vu naître un véritable maillage du *public enforcement*, à travers le réseau européen de concurrence. Le DMA est-il un outil trop sensible (politiquement ?) pour laisser les autorités nationales s'en mêler ? Cela n'empêche pas certains États membres d'adopter des outils similaires <sup>9</sup>. L'articulation entre les instruments sera d'ailleurs certainement une des premières difficultés à résoudre <sup>10</sup>. Ces questions de mise en œuvre ont déjà été étudiées dans d'autres écrits et, hormis la question de l'articulation, elles ne posent pas de réelles difficultés. Même si l'on peut regret-

1. V. la première partie de cette étude : *Comm. com. électr.* 2023, étude 4.  
2. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques) : JOUE n° L 265, 12 oct. 2022, p. 1 ; JCP E 2022, act. 926 ; Europe 2022, comm. 442, L. Idot.  
3. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022, art. 3.  
4. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022, art. 28.  
5. Sur le sujet, V. J.-C. Roda, *La crise du droit antitrust*, in *Mél. J. Mestre : LGDJ/Lextenso 2019*, p. 839.  
6. R. Chopra et L. Khan, *The Case for « Unfair Methods of Competition » Rulemaking*, vol. 87 : *The Univ. of Chicago L. Rev.*, 2020, p. 358 et s.

7. *Idem.* V. en ce sens, *Federal Trade Commission : Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, Commission File n° P221202 (sur le site Internet de la FTC).  
8. Sur la coopération avec les autorités nationales, V. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022, art. 37 et s. – à côté du *public enforcement*, il existe une possibilité de *private enforcement* devant les juridictions des États membres. V. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/1925, 14 sept. 2022, art. 39.  
9. C'est le cas de l'Allemagne, depuis 2021. V. G. Colangelo, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement : a liaison dangereuse*, vol. 47 (5) : *European L. Rev.* 2022, p. 608.  
10. E. Claudel, *Contrôler les GAF(M)AM : Le big bang du droit de la concurrence ?*, vol. 1 : *Liber Amicorum L. Idot*, 2022, p. 302 et s. – V. sur le sujet, la très complète étude de M. Béhar-Touchais, *L'articulation du DMA avec les autres textes existants* : *Concurrences* n° 3-2022, p. 51 et s.