

La proposition DMA et les droits nationaux belge et allemand de la concurrence

Vers une réglementation harmonieuse des marchés numériques ?

WINNIE FRANK DONGBOU WAMBA

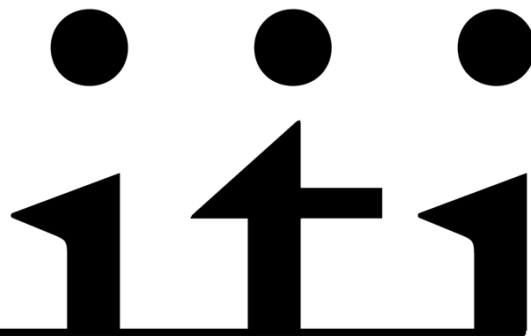
Citation proposée

DONGBOU WAMBA, La proposition DMA et les droits nationaux belge et allemand de la concurrence, in: cognitio 2022/1.

URL: cognitio-zeitschrift.ch/2022-1/Dongbou

DOI: [10.5281/zenodo.6548986](https://doi.org/10.5281/zenodo.6548986)

ISSN: 2624-8417



La proposition DMA et les droits nationaux belge et allemand de la concurrence

Vers une réglementation
harmonieuse des marchés
numériques?

WINNIE FRANCK DONGBOU WAMBA*

Une poignée de plateformes numériques contrôle l'accès aux marchés numériques essentiels et s'approprie la quasi-totalité des avantages générés par l'économie des données. L'Union Européenne entend s'opposer à ces grandes plateformes grâce à une proposition novatrice de la Commission: la législation sur les marchés numériques (DMA). Parallèlement, certains États membres, dont l'Allemagne et la Belgique, disposent déjà de règles visant à sanctionner cette poignée de plateformes. Ce papier analyse les défis d'une application parallèle future du texte européen et des législations nationales précitées et propose des solutions face aux risques d'intersections préjudiciables soulevés.

Table des matières

I. Introduction	2
II. Les risques liés à l'application parallèle de la proposition DMA et des législations nationales	3
A. D'une simple intersection à une potentielle incompatibilité	3
1. Intersection relative au champ d'application personnel	3
2. Intersection matérielle des trois législations	5
B. Fragmentation réglementaire du marché unique numérique	6
C. Application concrète: Le Cas d'Amazon	7

* Juriste en protection des données chez MyData-Trust, winniedongbou@gmail.com.
L'auteur souhaite remercier toute la rédaction de cognitio pour cette opportunité. Il remercie également ses encadreurs de master MM. de Streel et Lognoul pour les conseils et remarques qui ont contribué à l'amélioration de ce travail.

III. Évaluation des mesures préventives prévues par le DMA	8
A. Des mesures préventives contestables	8
B. Questions choisies posées par l'application des mesures	10
1. L'effet pervers de l'article premier du DMA sur la fragmentation législative du marché intérieur	10
2. L'application parallèle des trois instruments et le principe non bis in idem	11
IV. Propositions d'amélioration	13
A. Quelques clarifications (modifications) légales préliminaires	13
B. Construction d'un modèle de coopération	15
1. Le contenu de la coopération	15
2. Quel réseau adéquat de coopération?	16
V. Conclusion	16

I. Introduction

Les règles classiques de concurrence peinent aujourd'hui à trouver leur vitalité face aux comportements anticoncurrentiels de certaines entreprises dans les marchés numériques.¹ Seule une poignée d'entre elles profite des caractéristiques des marchés numériques – telles que d'importants effets de

réseau,² la dépendance des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux,³ des avantages liés aux données –⁴ afin de verrouiller l'accès aux marchés à leurs concurrents. En réponse à ces difficultés, la Commission européenne propose le *Digital Markets Act* (ci-après, DMA),⁵ un projet de réglementation asymétrique visant à compléter le droit de la concurrence lorsque cette minorité d'entreprises qualifiées de contrôleurs d'accès (ci-après, *gatekeepers*) adopte des comportements contraires à la contestabilité et à l'équité des marchés.⁶

Parallèlement à cette initiative communautaire, plusieurs États membres, dont l'Allemagne et la Belgique disposent déjà dans leur droit national de la concurrence, de règles (quasi)similaires visant à promouvoir une concurrence saine dans leur marché digital national respectif. Il s'agit respectivement de la section 19a du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* allemand (ci-après, GWB)⁷ et de la loi belge contre l'abus de dépendance économique (ci-après, loi sur l'ADE).⁸

¹ FURMAN JASON et al., *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, London 2019, p. 84 et seqq.; CRÉMER JACQUES/DE MONTJOYE YVES-ALEXANDRE/SCHWEITZER HEIKE, *Competition policy for the digital era*, Brussels 2020, p. 19 et seqq.; ALEXIADIS PETER/DE STREEË ALEXANDRE, *Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*, in: *EUI RSCAS, Working Paper 2020/14*, p. 17 et seqq.; NORDIC COMPETITION AUTHORITIES, *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level*, 2020, p. 7 et seqq.

² KRAMER JAN, *Digital Markets and Online Platforms: New perspectives on regulation and competition law*, Bruxelles 2020, p. 13.

³ KRAMER (Fn. 2).

⁴ KRAMER (Fn. 2), p. 14 et seqq.

⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de règlement 2020/0374(COD) du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique* (législation sur les marchés numériques), 15 décembre 2020, Bruxelles 2020.

⁶ *Proposition DMA*, considérant 9.

⁷ Act Amending the Act against Restraints of Competition for a focused, proactive and digital competition law 4.0 and amending other competition law provisions («GWB-Digitalisierungsgesetz» – *GWB Digitalisation Act*).

⁸ *Loi du 27 mai 2020* modifiant les lois du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises et du 2 mai 2019 portant modifications du livre Ier «Définitions», du livre XV «Application de la loi» et remplacement du livre IV «Protection de la concurrence» du Code de droit économique, p. 38497.

La présente contribution se projette dans le futur afin d'analyser la potentielle cohabitation entre la version actuelle du DMA et les législations belge et allemande susmentionnées. Au moyen de l'approche de la technique juridique,⁹ nous interrogerons également les aménagements légaux nécessaires à l'application harmonieuse de la proposition européenne et des législations nationales disposant de règles applicables aux gatekeepers.

En plus de soulever quelques risques liés à l'application parallèle de législations supportées complémentaires dans l'encadrement des marchés numériques, ce papier questionne également l'efficacité des mesures préventives prévues dans le DMA et propose finalement des solutions d'harmonisation supplémentaires.

II. Les risques liés à l'application parallèle de la proposition DMA et des législations nationales

De la mise en application parallèle du DMA et des législations belge et allemande de concurrence, ressortira une intersection quant à leur champ d'application personnel et matériel. Conduisant parfois à une incompatibilité légale (A), cette intersection – potentiellement préjudiciable au marché unique numérique (B) – fera l'objet d'un cas d'application concret (C).

A. D'une simple intersection à une potentielle incompatibilité

Les intersections relatives aux champs d'application personnel et matériel des trois législations telles que détaillées ci-après ne constituent pas nécessairement une menace pour l'application du DMA si la conformité

aux trois législations est possible.¹⁰ Cependant, elles conduiront parfois à une incompatibilité indésirable.

1. Intersection relative au champ d'application personnel

Le DMA s'applique à certaines plateformes sélectionnées sur la base de deux éléments particuliers. Le premier élément est le type de service fourni par la plateforme (Core Platform Service, ci-après CPS) ;¹¹ le second, centré quant à lui sur la plateforme en question, cumule trois critères qui lui vaudront le nom de gatekeepers.¹²

Concernant le premier élément, le DMA exige que la plateforme fournisse au moins un des CPS, limitativement énumérés à son article 2, §2, dans au moins trois États membres de l'Union.¹³ Quant au second élément, il concerne la taille et l'impact des plateformes sur le marché unique européen, l'importance du CPS fourni – en ce qu'il permet aux entreprises utilisatrices d'atteindre les utilisateurs finaux – et la durabilité de leur position de domination.¹⁴

Concrètement, les gatekeepers sont des grandes plateformes qui servent de passerelles permettant à des entreprises utilisatrices d'atteindre les consommateurs sur toute l'étendue de l'Union. Il y a donc une dépendance économique entre le contrôleur d'accès et l'entreprise utilisatrice, car sans l'aide de la première, il est impossible d'atteindre les utilisateurs finaux.¹⁵

⁹ Encore appelée dogmatique juridique, c'est le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques. Cf. ARNAUD ANDRÉ-JEAN (Ed.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris 1988, p. 106, cité par CORTEN OLIVIER, Méthodologie du droit international public, Bruxelles 2009, p. 23.

¹⁰ DE STREEL ALEXANDRE/LAROCHE PIERRE, The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution, in: Concurrences 2021/2, p. 46 et seqq., p. 55.

¹¹ ALEXANDRE DE STREEL et al., The European proposal for a Digital Markets Act: A first assessment, Brussels 2021, p. 11; COLOMO PABLO IBÁÑEZ, The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis, in: SSRN 2021, p. 1 et seqq., p. 7.

¹² DE STREEL (Fn. 11), p. 12 et seqq.

¹³ Proposition DMA, article 3 §2, (a) *in fine*.

¹⁴ Proposition DMA, article 3 §2; voy. pour plus de détails concernant les critères, DE STREEL (Fn. 11), p. 11 et seqq.

¹⁵ Voy. Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Impact Assessment

La législation belge quant à elle ne fait pas allusion à une quelconque qualité de gatekeepers. Mais en pratique, la définition qu'elle fait de son champ d'application personnel pourrait bien viser ces plateformes. En effet la loi belge sanctionnant l'abus de dépendance économique (ADE) s'applique potentiellement à toutes les entreprises – peu importe leur taille –¹⁶ engagées dans une relation *Business-to-business* (B2B), pour autant que l'une des parties au contrat ait une dominance économique par rapport à l'autre (Pouvoir de marché relatif).¹⁷ Ce pouvoir de marché relatif se caractérise par des indications telles que la technologie ou le savoir-faire détenu par l'entreprise en position de force, l'accès à des ressources ou à des infrastructures essentielles détenues par cette dernière, la notoriété forte d'une marque ou la loyauté d'achat des consommateurs vis-à-vis d'une marque, la crainte de graves désavantages économiques.¹⁸ Ces indications rappellent suffisamment certaines caractéristiques des entreprises fournissant des CSP telles que définies à l'article 2, §2 du DMA.

Le système de désignation de contrôleurs d'accès choisi par l'Allemagne vise plus d'entreprises que le DMA. La législation allemande dispose qu'une entreprise dominante sera d'une importance primordiale

pour la concurrence sur les marchés (ci-après 'PIFCAM' pour *Paramount Importance For Competition Across Markets*), si elle correspond à l'un des critères listés à la section 19a (1) du GWB.¹⁹ Outre quelques critères rappelant le DMA,²⁰ la loi allemande adopte une approche beaucoup plus qualitative, qui a élargi potentiellement les entreprises visées.²¹ En effet, elle préconise l'analyse de plusieurs paramètres supplémentaires tels que l'intégration de l'entreprise dans d'autres marchés, son accès à des données pertinentes du point de vue de la concurrence²² et l'inclusion du pouvoir d'intermédiation dans l'établissement de sa position dominante.²³

Cette différence d'approche dans la désignation des contrôleurs d'accès au niveau européen et au niveau national implique que des entreprises actives sur les marchés belge et allemand et sur au moins trois États membres pourront être qualifiées de contrôleurs d'accès au sens des droits belge et allemand sans l'être selon les conditions propres au DMA. La section 19a GWB et la loi belge

[Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector \(Digital Markets Act\) COM \(2020\) 842 final, Bruxelles 2020, p. 1 et seqq., p. 24.](#)

¹⁶ Les GAFAM sont bien évidemment eux aussi potentiellement visés par le texte. Lors d'un entretien, JULIE LEONARD, rédactrice du projet de loi relatif à l'abus de dépendance économique et actuelle cheffe du service belge de la concurrence, a confirmé l'ambition d'appliquer cette loi aux marchés numériques.

¹⁷ CHAMBRE DES REPRESENTANTS DE BELGIQUE, [Proposition de loi modifiant le Code de droit économique, visant à mieux protéger les PME et les petits producteurs dans le cadre des relations interentreprises et à mieux lutter contre certaines pratiques déloyales et certains abus de dépendance économique](#), Doc. Parl., Ch. repr., sess. ord., 2018–2019, No 54-1451/005, Bruxelles 2019, p. 1 et seqq., p. 4.

¹⁸ SPF ÉCONOMIE, [Fini la loi du plus fort](#), Bruxelles 2020, p. 1 et seqq., p. 5.

¹⁹ FRANCK JENZ-UWE/PEITZ MARTIN, Taming Big Tech: What Can We Expect From Germany's New Antitrust Tool?, in: [Promarket](#), 7 février 2021, passim; HÖPPNER THOMAS, Digital Upgrade of German Antitrust Law – Blueprint for Regulating Systemic Platforms in Europe and Beyond?, in: Hausfeld Competition Bulletin 2020/1, p. 1 et seqq., p. 6 et seqq.

²⁰ Certains des critères, prévus par législation allemande (section 19 a (1)) tels que la position dominante de l'entreprise, son poids financier ou l'importance des services qu'elle fournit pour les activités commerciales des entreprises tiers, rappellent ceux de l'article 3 §§. 1 (a), (b) et 2 (a) de la proposition DMA.

²¹ Selon HANSJÖRG DURZ, vice-président de la commission de l'agenda numérique du Bundestag: «La définition du champ d'application est précisément l'une des principales différences entre le DMA et le GWB. Alors que les amendements allemands ne mentionnent que des aspects qui servent de ligne directrice à l'Office fédéral des cartels, la définition des conglomerats numériques – les 'gatekeepers' – dans le DMA est statique et est liée au nombre d'utilisateurs et aux services de la plate-forme», cité dans NOYAN OLIVIER, L'Allemagne s'inquiète de la concurrence entre le DMA et sa législation nationale, in: [Euractiv](#), 24 juin 2021, passim.

²² [GWB](#), section 19a (3) et (4).

²³ [GWB](#), section 18 (3b).

sur l'ADE s'appliqueront à plus d'entreprises.

À titre illustratif, contrairement à l'approche allemande, la qualité de gatekeeper dépend de la fourniture d'un des services visés à l'article 2 du DMA. Cela implique qu'une entreprise dominante qui fournit un service non énuméré à cet article ne sera pas soumise au texte européen. En revanche, la section 19a du GWB s'appliquera, peu importe le type de service dès lors qu'on retrouvera chez l'entreprise dominante, un des critères listés à la section 19a (1). Même s'il faut reconnaître que les CPS énumérés dans le DMA constituent une liste qui reflète des marchés qui – en raison de leurs caractéristiques –²⁴ sont actuellement les plus problématiques.²⁵ De plus, la Commission se réserve le droit d'actualiser ladite liste après une enquête sur le marché.²⁶

2. Intersection matérielle des trois législations

En plus de l'intersection au niveau de leur champ d'application personnel, les trois législations analysées se recoupent concernant le contenu des interdictions qu'elles prévoient.²⁷ L'objectif ici est de relever quelques

obligations contenues dans le DMA (articles 5 et 6), susceptibles de trouver leur équivalent dans les interdictions prévues par la section 19a allemande et les formes d'abus de dépendance économique sanctionnées par la loi belge.

Voici trois obligations du DMA, à titre d'exemple:

- L'interdiction aux gatekeepers, d'utiliser les données – non accessibles au public – générées par l'activité des entreprises utilisatrices sur ses CSP, en concurrence avec celles-ci ;²⁸
- L'interdiction de conditionner l'utilisation d'un de leurs CSP à l'abonnement ou enregistrement à toute autre CSP également fournis par eux ;²⁹
- L'interdiction d'appliquer des conditions générales d'accès non équitables et discriminatoires pour les entreprises utilisatrices à leur boutique d'applications logicielles.³⁰

Deux de ces obligations correspondent à certains comportements visés par le législateur belge dans la loi sanctionnant l'ADE. En effet, la deuxième obligation du DMA susmentionnée pourrait très bien correspondre à la pratique prévue à l'article IV.2/1 du Code de droit économique belge consistant à «subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les [entreprises utilisatrices], de prestations supplémentaires qui [...] n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».³¹ Quant à la troisième obligation du DMA, elle trouve son équivalent à travers l'interdiction de conditions inégales concernant des prestations équivalentes à l'égard de certains partenaires économiques, ainsi désavantagés dans la concurrence.³²

²⁴ Le considérant 2 du DMA cite entre autres caractéristiques, «des effets de réseau très importants, [la capacité pour les plateformes] de relier de nombreuses entreprises utilisatrices avec de nombreux utilisateurs finaux grâce à leur caractère multiface, un degré considérable de dépendance des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux, des effets de verrouillage, l'absence de multihébergement aux mêmes fins par les utilisateurs finaux, l'intégration verticale et les avantages liés aux données [...]». Pour plus de détails, voy. également DE STREEL (Fn. 11), p. 11 et seqq.

²⁵ Voy. L'analyse d'impact qui accompagne le DMA: Commission Staff Working Document, [Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector](#) (Digital Markets Act) SWD (2020) 364 final, Bruxelles 2020, §§ 128–130.

²⁶ [Proposition DMA](#), article 17 §1.

²⁷ MEYRING BERND, Germany's gatekeeper rules: the start of divergence for gatekeepers?, in:

[Linklaters: Tech Insights](#), 19 janvier 2021, Belgique 2021, passim.

²⁸ [Proposition DMA](#), article 6 §1 (a).

²⁹ [Proposition DMA](#), article 5 §5 (f).

³⁰ [Proposition DMA](#), lecture *a contrario* de l'article 6 §1 (k).

³¹ [CDE](#), article IV.2/1, 5°.

³² [CDE](#), article IV.2/1, 4°.

La première obligation du DMA citée à titre d'exemple trouve son équivalent dans la section 19a du GWB, à travers respectivement la section 19a (2), 4.b) interdisant le traitement des données concurrentielles des entreprises utilisatrices dans un but autre que celui nécessaire à la fourniture des services de l'entreprise 'PIFCAM'. La deuxième obligation correspond à la section 19a (2), 3.b) interdisant à une entreprise 'PIFCAM' de conditionner une de ses offres à l'utilisation d'une autre qu'elle propose.

Tous les chevauchements matériels susmentionnés pourront éventuellement mener à une incompatibilité, car les obligations imposées aux plateformes sont encadrées différemment d'un instrument à l'autre. À titre d'illustration, les hypothèses d'exonération des obligations prévues par le DMA sont à ce point restrictives³³ qu'il sera possible qu'une ou plusieurs des interdictions communes aux trois instruments susmentionnés soient écartées pour justification objective ou *efficiency defence* devant les autorités belges et allemandes,³⁴ mais pas devant la Commission.³⁵

³³ En dehors de quelques exceptions prévues aux articles 6 §1 (b) et art.6 §1 (c), «des gatekeepers ne peuvent pas se reposer sur des motifs d'efficacité explicites ou justifications objectives afin d'échapper aux obligations [prévues par le DMA]», cité dans DE STREEL (Fn. 11), p. 22.

³⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, [Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings](#) (Text with EEA relevance), Bruxelles 2009, p. C 45/7 et seqq., §§ 28–31. Concernant la nouvelle loi allemande applicable aux entreprises «PIFCAM», elle prévoit des justifications objectives générales à la section 19a (2) §2 GWB: «[The prohibitions] shall not apply to the extent that the respective conduct is objectively justified [...]».

³⁵ L'article 9 de la proposition DMA prévoit des cas d'exemption mais elles ne s'apparentent aucunement à des *efficiency defences*. Cette position est également défendue dans DE STREEL ALEXANDRE et al., *Making The Digital Markets Act more Resilient and Effective*, Bruxelles 2021, p. 15: «[The article 9] exemption possibility does not introduce in the DMA an efficiency defence as applied in competition law»; HERBERT SMITH FREEHILLS, [European Commission proposed legislation to overhaul regulation of digital platforms in the EU](#), Bruxelles 2020: «The obliga-

Une autre illustration concerne cette fois le DMA et la loi belge sur l'ADE. Il est également possible qu'un comportement sanctionné purement et simplement par le texte européen fasse l'objet d'une décision n'exigeant que des engagements de la part de la plateforme, conformément à la loi belge sur l'ADE. Des faits similaires ont d'ailleurs déjà fait l'objet d'une décision des autorités allemande et autrichienne de concurrence.³⁶

B. Fragmentation réglementaire du marché unique numérique

L'abus de dépendance économique tel qu'introduit en droit belge par les articles I.6 et IV.2/1 du Code de droit économique belge (ci-après. C.D.E.)³⁷ et la section 19a du GWB pourraient faire peser sur les gatekeepers, des obligations plus lourdes ou différentes de celles prévues actuellement par le DMA. Cela conduirait à une désintégration du marché intérieur.³⁸ Les plateformes visées, les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux seront dès lors négativement impactés.

Pour les gatekeepers, l'obligation de se conformer à la fois au DMA et aux règles nationales de concurrence engendrera d'énormes coûts.³⁹ Ces entreprises devront probable-

tions can be suspended in exceptional circumstances, or an exemption granted on grounds of public interest. However, there is not a mechanism to take into account efficiencies or an objective justification».

³⁶ JUDE SUZANNE, Austrian and German competition authorities obtain changes in Amazon's worldwide terms and conditions for sellers, in: Cullen International 2019, p. 2: «The NCAs opened their parallel investigations on suspicion that Amazon's unfair terms and conditions may constitute an abuse of: [...] third-party sellers' dependence on its online marketplace».

³⁷ [Code de droit économique](#), M.B., 12 décembre 2013, p. 19975.

³⁸ HAID CHRISTOPH/NAGY ANDRÁS, Gatekeepers and the Digital Markets Act – CEE focused in-depth review, in: [Schonherr](#), 4 janvier 2021, *passim*.

³⁹ Proposition DMA, considérant 6; FRANCK/PEITZ, (Fn. 19): «For the foreseeable future, digital platforms and their users will have to bear the costs of fragmented rule-making in the EU's internal market».

ment limiter la fourniture de leurs services (dans les petits marchés) ou au contraire, se conformer (dans les marchés plus importants comme l'Allemagne) aux règles prévues dans les États membres disposant de règles de concurrence plus strictes que la proposition de règlement européen. À ce sujet, la députée européenne Stéphanie YON-COURTIN craint même la naissance d'une espèce de *regulatory shopping* où les gatekeepers préféreront fournir des services sur le marché des États membres plus souples afin d'éviter la charge de ces coûts.⁴⁰ En effet, la Commission reconnaît que les gatekeepers peuvent adopter, dans certaines circonstances, des conditions générales et pratiques commerciales différentes dans divers États membres de l'Union.⁴¹

Cette fragmentation légale, à travers l'Union, conduira également à l'émergence de garanties inégales de protection pour les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux.⁴² À titre d'exemple, une entreprise utilisatrice allemande soumise à la section 19a GWB (réglementation *ex ante*) sera mieux protégée que celle belge, protégée par loi sur l'ADE. La comparaison vaut également pour le DMA qui, en l'état, et à certains égards, offre moins de garanties que la nouvelle législation allemande qui va plus en profondeur sur certaines obligations imposables aux gatekeepers.⁴³

La Commission évoque ces questions dans l'analyse d'impact ayant précédé la rédaction du DMA et en fait même l'une des motivations majeures de la nécessité d'une centralisation de la réglementation sur les marchés numériques.⁴⁴

C. Application concrète: Le Cas d'Amazon

Prenons fictivement la *marketplace* d'Amazon et la société d'e-commerce Cool Blue beaucoup plus active dans la partie néerlandophone de la Belgique et en Allemagne. Admettons qu'afin de conquérir le marché francophone belge et le vaste marché allemand, Cool Blue décide de vendre des produits via la marketplace d'Amazon qui jouit d'une excellente popularité.

La plateforme Amazon – à la fois un gatekeeper au sens du DMA, une entreprise '*PIFCAM*' selon la section 19a allemande et une entreprise jouissant d'une position de dépendance économique, par rapport à Cool Blue – pourrait adopter des pratiques simultanément contraires:

- À l'article 5(b) du DMA, qui exige qu'Amazon autorise Cool Blue à vendre ses produits à des prix différents sur des marketplaces tiers; ou à l'article 6(1.a) DMA qui interdit à Amazon d'utiliser les données produites par l'activité de Cool Blue afin d'optimiser les services de sa propre activité d'e-commerce;
- À la Section 19a (4.b) du GWB allemand, qui interdit à des entreprises comme Amazon, de traiter des données concurrentielles issues de l'activité des entreprises, pour des buts différents que ceux nécessaires à la fourniture de leurs propres services à ces entreprises utilisatrices.

⁴⁰ Voy. l'interview de YON-COURTIN STÉPHANIE pour l'épisode 8 du podcast «[Jammin'Digital](#)».

⁴¹ YON-COURTIN (Fn. 40).

⁴² [Proposition DMA](#), considérant 7.

⁴³ ESPINOZA JAVIER/SOLOMON ERIKA, EU draft tech rules too «narrow», says German competition head, in: [Financial Times](#), 14 juillet 2021.

⁴⁴ Voy. European Commission, [Impact assessment of the Digital Markets Act](#), Executive Summary, Bruxelles 2020, *passim*.

- À l'article IV.2/1 du C.D.E. belge, dans la mesure où les comportements sujets à notre application concrète peuvent constituer une des formes listées pour l'abus de dépendance économique: art. IV.2/1 5° «le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».

Concrètement, au sens du DMA et de la Section 19a GWB, Amazon ne pourra pas utiliser les données non publiques représentant par exemple les produits les mieux vendus par Cool Blue, dans le but d'améliorer ses propres services de vente en ligne via la marketplace. Dans le cas où Amazon introduirait dans ses conditions générales, une clause l'autorisant à utiliser ces données pour la finalité susmentionnée, l'abus de dépendance économique sera applicable selon la loi belge.

Le *Bundeskartellamt*, l'Autorité belge de concurrence et la Commission européenne (ou la future autorité chargée d'appliquer le DMA) pourront sanctionner simultanément le comportement d'Amazon vis-à-vis de Cool Blue, respectivement sur les marchés allemand, belge et européen.

La Commission européenne a bien conscience que ces éventuelles sanctions parallèles sont susceptibles de causer un préjudice aux plateformes, aux utilisateurs finaux et aux entreprises utilisatrices. C'est pourquoi lors de l'élaboration du projet DMA, elle a inséré un article 1^{er} supposé prévoir des mesures préventives visant à éviter une fragmentation du marché dès son entrée en vigueur.⁴⁵

III. Évaluation des mesures préventives prévues par le DMA

L'article premier du DMA prévoit des principes dont l'objectif est d'éviter les potentiels conflits d'application évoqués précédemment.⁴⁶ Les articles 1(6) et 1(7) du DMA⁴⁷ prescrivent une interdiction aux États membres de faire peser sur les contrôleurs d'accès des obligations supplémentaires et aux autorités nationales, de prendre des décisions contraires au DMA (A). Ces interdictions feront l'objet d'un commentaire à propos de leurs difficultés d'application (B).

A. Des mesures préventives contestables

Le §6 de l'article premier du DMA dispose que le règlement ne préjudicie pas à l'application des règles nationales de concurrence interdisant d'autres formes de comportements unilatéraux à condition qu'elles «(...) s'appliquent à des entreprises autres que les contrôleurs d'accès ou reviennent à imposer des obligations supplémentaires aux contrôleurs d'accès».⁴⁸ Ce paragraphe prévoit donc deux conditions alternatives permettant au droit national de la concurrence de continuer à s'appliquer sans rentrer en conflit avec le DMA. Il est donc nécessaire que les plateformes visées ne soient pas des gatekeepers ou que les obligations prévues soient supplémentaires à celles prévues par le DMA.

D'après cette disposition, les droits allemand et belge analysés peuvent coexister paisiblement avec le DMA,⁴⁹ qu'il s'agisse des règles

⁴⁶ Voy. *supra*, II.A.

⁴⁷ L'article 1(5) de la proposition DMA ne nous intéressera pas car il ne vise pas le droit de la concurrence. La commission a confirmé cette interprétation lors d'une bilatérale avec le service belge de la concurrence concernant la future coexistence entre le DMA et la loi sur l'ADE.

⁴⁸ Proposition DMA, art. 1(6).

⁴⁹ «[...] Recitals 9 and 10 of the draft DMA make perfectly clear that, in the Commission's mind, competition rules like the ones that Germany is now introducing can be applied in addition to

⁴⁵ Proposition DMA, considérant 9.

de désignations visant les gatekeepers nationaux (dont les activités n'ont pas une dimension européenne) ou les obligations supplémentaires à celles prévues par le DMA.⁵⁰

Cependant, le même §6 ne résout pas les difficultés susceptibles de surgir de la mise en œuvre du pouvoir d'actualisation de la liste des obligations et/ou des CSP, prévu par le DMA. En effet, les autorités belge et allemande de la concurrence pourraient être saisies par une entreprise utilisatrice, victime d'une plateforme qui au moment de la commission des faits ne fournissait pas une CSP au sens du DMA et/ou dont le comportement sanctionné ne relevait pas d'une des obligations du DMA. Admettons que durant une procédure devant les autorités nationales, la Commission grâce à son pouvoir d'enquête décide d'actualiser la liste des obligations et/ou l'énumération des CSP du DMA. Cela aurait pour conséquence la remise en cause de la décision issue de la procédure en cours au niveau des autorités nationales légalement saisies. Ce scénario à long terme finirait par vider l'article 1^{er} §6 DMA de sa substance, car plus la commission actualisera la liste des obligations des articles 5 et 6, plus les 'obligations supplémentaires' autorisées par ledit paragraphe disparaîtront. Avec pour conséquence l'interdiction progressive de l'application du droit de la concurrence aux gatekeepers.

Le DMA interdit également aux autorités nationales de concurrence de prendre des décisions qui rentreraient en conflit avec une décision adoptée par la commission en ap-

plication de la proposition de règlement.⁵¹

Cette interdiction a vocation à s'appliquer aux autorités allemande et belge de concurrence, lorsqu'elles appliqueront leurs règles à des entreprises jouissant parallèlement de la qualification de gatekeeper. Afin de s'assurer du respect de cette interdiction, l'article 1(7) DMA, ajoute *in fine* que «[...] la Commission et les États membres travaillent en étroite coopération et coordination dans le cadre de leurs mesures d'exécution».⁵² L'exigence de mécanismes de coopération et de coordination est sans doute la meilleure façon de s'assurer qu'il n'y ait pas de conflits au niveau de l'exécution parallèle du DMA et des droits nationaux susceptibles de s'appliquer aux contrôleurs d'accès.

Une question demeure cependant: quelles formes prendront ces mécanismes de coopération ? S'agira-t-il d'une transposition du Réseau européen de la concurrence composé cette fois-ci de l'organe de la commission, chargé d'appliquer le DMA et des différentes autorités nationales de concurrence disposant d'un cadre légal susceptible de rentrer en conflit avec le DMA?

L'article 1(7) du DMA pourrait à première vue contribuer à une application harmonisée des trois instruments. Toutefois il semble ne pas posséder une plus-value significative, car le principe de suprématie du droit de l'UE fait déjà obstacle à l'adoption, par les États membres, de décisions contraires à celles prises par la Commission.⁵³ De plus, il est uniquement question d'empêcher les autorités nationales de prendre des décisions complètement opposées à celles prises en vertu du DMA (les décisions plus strictes n'étant pas *a priori* concernées).

Cette initiative de la Commission contenue dans l'article premier du DMA, bien que contestable, est louable dans son objectif

the DMA», cité dans MEYRING BERND, Germany's gatekeeper rules: the start of divergence for gatekeepers?, in: [Linklaters: Tech Insights](#), 19 janvier 2021.

⁵⁰ Conformément à cette disposition, les États membres peuvent faire peser sur les *gatekeepers*, des obligations supplémentaires peu importe que l'objectif poursuivi soit le même que celui du DMA. Voy. LAMADRID DE PABLO ALFONSO/BAYÓN FERNÁNDEZ NIEVES, Why the proposed DMA might be illegal under article 114 TFEU and how to fix it, in: [Chillingcompetition](#), 12 avril 2021, p. 1 et seqq., p. 6 et seqq.

⁵¹ [Proposition DMA](#), art. 1(7).

⁵² [Proposition DMA](#), art. 1(7).

⁵³ LAMADRID DE PABLO/BAYÓN FERNÁNDEZ (Fn. 50), p. 7.

visant à éviter une fragmentation du marché unique qui causerait les préjudices analysés plus haut.⁵⁴ Toutefois, elle suscite d'autres questions supplémentaires qu'il convient d'aborder.

B. Questions choisies posées par l'application des mesures

Comme évoqué précédemment, l'article 1^{er} du DMA entend encourager une réglementation harmonisée des marchés numériques au sein de l'union. Toutefois, nous avons constaté que la formulation actuelle de son §6 ne permettrait pas d'éviter certains risques d'incompatibilité provoqués par l'application parallèle du DMA et des deux instruments nationaux étudiés. Pire encore, il est possible que cette disposition ouvre une fenêtre à plus d'initiatives nationales à l'image de la section 19a GWB de l'Allemagne.

L'éclosion de diverses initiatives nationales visant à appliquer le droit national de la concurrence aux marchés numériques engendra inévitablement des situations dans lesquelles une entreprise sera sanctionnée pour un même comportement, à la fois sur base du DMA et des droits belge et allemand. Il en ressort la question de l'application du principe *non bis in idem*.⁵⁵

1. L'effet pervers de l'article premier du DMA sur la fragmentation législative du marché intérieur

L'article premier du DMA ne pourra ni faire obstacle à l'application de l'ADE belge et de

la section 19a du GWB allemand ni empêcher d'autres États membres d'adopter des législations similaires.⁵⁶ Il ne s'agit pas d'une simple hypothèse, car les autorités italienne et suédoise de la concurrence proposent l'application de l'abus de dépendance économique aux plateformes numériques et de nouvelles règles susceptibles de combler les défaillances du droit classique de la concurrence face aux plateformes numériques.⁵⁷

Dans le cadre de son rôle de conseiller du gouvernement, l'autorité italienne de la concurrence (ICA) a proposé, le 23 mars 2021, une série de réformes procédurales parmi lesquelles l'introduction d'une présomption réfragable de dépendance économique. Cette présomption jouera dans les relations économiques avec une entreprise offrant des services d'intermédiation à travers une plateforme numérique.⁵⁸ Cette proposition correspond à l'ambition qu'a l'autorité belge de la concurrence d'appliquer la loi belge sur l'ADE aux gatekeepers actifs sur le territoire.⁵⁹ L'ICA a également proposé l'introduction d'une disposition spécifique dont le but serait d'attribuer à certaines entreprises le statut de gatekeeper afin de les soumettre à des obligations,⁶⁰ à l'image de celles prévues par DMA.⁶¹

⁵⁴ Voy. *supra*, II.B.

⁵⁵ VESTAGER MARGRETH, commissaire européenne à la concurrence a également souligné ce risque lors d'une interview donnée à l'occasion de la réunion annuelle de l'*American Bar Association*: «[National competition authorities] can apply national competition rules, and of course they will have work to do – as long as it is not the same, because you cannot deal with the same thing twice [...]»; Pour l'intégralité de son commentaire sur le DMA, voy. le [compte rendu des échanges American Bar Association](#), p. 1 et seqq., p. 4.

⁵⁶ LAMADRID DE PABLO/BAYÓN FERNÁNDEZ (Fn. 50), p. 8.

⁵⁷ Voy. le résumé du rapport 2021:1 de l'autorité suédoise de concurrence Konkurrensverket, [The competition on digital platform markets in Sweden](#), 26 février 2021, passim; MORRA FRANCESCA/NOBILE VANESSA, Italian Competition Authority's proposals for market and procedural reforms to promote competition in Italy, in: [Lexology 2021](#), passim.

⁵⁸ MORRA/NOBILE (Fn. 57).

⁵⁹ AUTORITE BELGE DE CONCURRENCE, [Note de politique de priorités 2021](#), Bruxelles 2021; Voy. également l'intervention de STEENBERGEN JACQUES, président de l'autorité belge de concurrence, au sujet de l'application de la loi belge sur l'ADE aux gatekeepers, lors du webinar «[EU Digital Markets: Where Member States Stand?](#)».

⁶⁰ MORRA/NOBILE (Fn. 57).

⁶¹ Voy. *supra*, C., pour la présentation de ces obligations.

L'autorité suédoise de la concurrence prévoit d'adopter la même démarche dans un rapport présentant les difficultés d'application du droit suédois de la concurrence aux plateformes numériques.⁶² Elle constate la nécessité de compléter le droit actuel de la concurrence par un ensemble de règles susceptibles de palier à ces difficultés d'application. Même si l'autorité affirme que le marché suédois ne semble pas nécessiter l'adoption de règles *ex ante* à l'image du DMA, elle ajoute que le projet de texte européen, en l'état, ne fait pas obstacle à l'application du droit de la concurrence.⁶³ Concrètement, l'autorité suédoise ne trouve pas dans l'article 1(6) du DMA un obstacle à des initiatives nationales visant un meilleur fonctionnement de la concurrence au sein des marchés numériques.

2. L'application parallèle des trois instruments et le principe *non bis in idem*

En droit de la concurrence, le principe *non bis in idem* s'oppose à ce qu'une entreprise puisse être déclarée responsable par une nouvelle procédure engagée contre elle en raison d'un comportement pour lequel elle a déjà été sanctionnée ou déclarée non responsable par une décision antérieure ne pouvant plus faire l'objet de voies de recours.⁶⁴ Contrairement aux autres domaines qui, pour l'application de ce principe, se limitent à la réunion de deux critères (des faits et des parties identiques), le droit de la concurrence en insère un troisième – vivement critiqué –⁶⁵ qui exige que les intérêts protégés

soient également identiques.⁶⁶ L'application de ce troisième critère et du principe en général, dans l'affaire «bpost».⁶⁷ faisant actuellement l'objet d'une question préjudicielle devant la CJUE⁶⁸ jouera un rôle fondamental dans l'application du DMA et des droits nationaux de la concurrence applicable aux plateformes numériques.⁶⁹

Concrètement, l'affaire «bpost» interroge l'application du principe *non bis in idem* entre des procédures fondées sur un règlement (le futur DMA par exemple) et sur le droit national de la concurrence, tous deux protégeant (*a priori*) des intérêts juridiques différents.⁷⁰ Quelle que soit la position de la Cour

C-617/17, ECLI:EU:C:2018:976, §§ 38–50; Av. gén. KOKOTT Juliane, Concl. préc. C.J. (gde ch.), [Arrêt Toshiba Corporation c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže](#), 14 février 2012, C-17/10, EU:C:2011:552, §§ 97–134.

⁶⁶ C.J. (gde ch.), [Arrêt Toshiba Corporation c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže](#), § 97. Pour plus de détails sur la définition des critères d'application du principe *non bis in idem* en droit de la concurrence, voy. ALLENDESALAZAR RAFAEL, *The prohibition of double jeopardy. Case law in need of a revamp*, in: [Chillin'Competition du 11 mars 2021](#), passim.

⁶⁷ COUR D'APPEL BRUXELLES, [2019/MR/4](#), 19 février 2020; pour un aperçu de la saga bpost, voy. LAGASSE PAULINE, *Le principe non bis in idem et la question du bis à la suite des dernières évolutions jurisprudentielles de la C.J.U.E et de la C.E.D.H.*, in: *Journal des Tribunaux*, 2020/19, p. 402 et seqq.; COUR D'APPEL BRUXELLES, *Cour des Marchés*, 19 février 2020, in: *Competitio*, p. 152 et seqq.

⁶⁸ [Request for a preliminary ruling from the Cour d'appel de Bruxelles](#) (Belgium) lodged on 3 March 2020: *bpost SA v Autorité belge de la concurrence* (Case C-117/20), Bruxelles 2020.

⁶⁹ Pour CHAOUI MEZABI NAWAL, économiste au service belge de la concurrence, la réponse de la CJUE concernant l'affaire «bpost» sera d'une grande importance pour l'application de la loi belge sanctionnant l'abus de dépendance économique. Nul doute que ce sera également le cas pour l'application de la section 19a du GWB qui fait partie du droit allemand de la concurrence.

⁷⁰ Lecture interprétative des questions préjudicielles formulées à la [Cour luxembourgeoise](#); voy. également quelques réflexions d'auteurs sur cette question: DE STREEL ALEXANDRE, [Digital markets act: Making Economic Regulation of Platforms Fit For The Digital Age](#), Brussels 2020, p. 86; COATES KEVIN, *The EU's draft Digital Markets Act (DMA): enforcement powers*,

⁶² Résumé du rapport 2021:1 de l'autorité suédoise de concurrence Konkurrentsverket, *The competition on digital platform markets in Sweden*, 26 février 2021, p. 1 et seqq., p. 9 et seqq.

⁶³ Résumé du rapport 2021:1 de l'autorité suédoise de concurrence Konkurrentsverket, *The competition on digital platform markets in Sweden*, 26 février 2021, p. 1 et seqq., p. 13.

⁶⁴ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 14 février 2012, [Toshiba Corporation c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže](#), 14 février 2012, C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72, § 94.

⁶⁵ Av. gén. WAHL NILS, concl. préc. C.J., [Arrêt Powszechny Zakład](#), 29 novembre 2018,

luxembourgeoise par rapport à cette affaire, elle engendrera une remise en cause du DMA. Si la Cour abandonne le troisième critère relatif à la similitude entre les intérêts protégés, les autorités belge et allemande de concurrence pourraient bien voir disparaître leur pouvoir de sanction en ce qui concerne respectivement l'application de l'ADE et de la section 19a du GWB aux gatekeepers. Le DMA étant conçu pour être rapidement mis en œuvre, il est fort probable que le régulateur en charge de son application sanctionne plus rapidement que les autorités belge et allemande de concurrence.⁷¹

Si en revanche la CJUE maintient le critère de similitude entre les intérêts protégés, la question se posera au niveau de la définition des objectifs poursuivis par le DMA et le droit de la concurrence sur lequel reposent les législations belge et allemande.⁷²

Le DMA est présenté comme un règlement dont l'objectif est «[...] de veiller à ce que les marchés sur lesquels les contrôleurs d'accès opèrent sont et restent contestables et équitables [...]».⁷³ Afin de s'assurer que ce nouvel instrument n'empiète pas sur les intérêts protégés par le droit de la concurrence, la

Commission européenne opte pour une 'nouvelle' définition de l'objectif poursuivi par ce dernier. On peut lire aux considérants 9 et 10 du DMA que le droit de la concurrence vise «[...] la protection d'une concurrence non faussée sur le marché [...]»⁷⁴ et «[repose] sur une évaluation individualisée des positions et du comportement sur le marché, y compris ses effets éventuels et la portée précise du comportement interdit, et qui [prévoit] la possibilité pour les entreprises de justifier objectivement le comportement en question par des motifs d'efficacité».⁷⁵ Autrement dit, cette définition suppose que le droit de la concurrence applicable aux marchés numériques se distingue du DMA, car il «repose sur le pouvoir du marché ou la dominance [même relative et] requiert une analyse basée sur les effets et autorise des défenses».⁷⁶

Outre le fait que l'objectif poursuivi par la proposition de DMA est bien trop général,⁷⁷ sa distinction de l'objectif poursuivi par le droit de la concurrence est purement théorique. En effet, si le marché est plus contestable et équitable, cela implique qu'il est propice à une concurrence efficace et donc à l'entrée de concurrents offrant des biens et services potentiellement meilleurs. Ce qui bénéficie finalement aux consommateurs (objectif du droit de la concurrence). D'ailleurs, la notion d'équité n'est pas étrangère à l'article 102(a) du TFUE servant de base à la sanction des abus de position dominante en droit de la concurrence.⁷⁸

and the curious treatment of Article 25, in: [21st Century Competition](#), 2 février 2021, passim; LAMADRID DE PABLO/BAYON FERNANDEZ (Fn. 50), p. 8; KOMNINOS ASSIMAKIS, The DMA Proposal and the Court of Justice: All eyes on Luxembourg, in: [Kluwer Competition Law Blog 2021](#), passim.

⁷¹ Bien que la section 19a du GWB soit également une réglementation *ex ante*, il existe une certaine présomption que le régulateur du DMA sanctionnera plus vite car le texte allemand – contrairement au DMA – prévoit des «efficiency defenses» susceptibles d'allonger la procédure.

⁷² Plusieurs auteurs abordent cette question relative aux objectifs poursuivis par le DMA et le droit de la concurrence. Voy. notamment, KOMNINOS (Fn. 70), passim; DE STREEL (Fn. 70), p. 86; IBÁÑEZ COLOMO PABLO, The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis, in: [SSRN 2021](#), p. 1 et seq., p. 3; REYNA AUGUSTIN, Why the DMA is much more than competition law (and should not be treated as such), in: [Chillin'Competition](#), 16 juin 2021, passim.

⁷³ [Proposition DMA](#), Considérant 10.

⁷⁴ [Proposition DMA](#), Considérant 10.

⁷⁵ [Proposition DMA](#), Considérant 9.

⁷⁶ KOMNINOS (Fn. 70), passim.

⁷⁷ ALEXANDRE DE STREEL, Making the Digital Markets Act more resilient and effective, Brussels 2021, p. 8 et seq.; voy. également la position du BEREC sur cet argument, [Report BoR \(21\) 85 on the interplay between the EEC and the EC's proposal for a Digital Markets Act concerning number-independent interpersonal communication services](#), 10 juin 2021, p. 23.

⁷⁸ L'article 102(a) TFUE considère comme pratique abusive, le fait «[d']imposer de façon di-

IV. Propositions d'amélioration

Dans sa rédaction actuelle, le DMA n'est pas suffisamment clair concernant la relation qu'il entretiendra avec les règles nationales de concurrence et par conséquent la limite des pouvoirs laissés aux autorités nationales de concurrence.⁷⁹ La seule certitude est que le texte européen envisage de compléter le droit de la concurrence et non de le remplacer.⁸⁰ Les lacunes précédemment observées⁸¹ méritent une proposition de solutions. Celle-ci s'inspirera de la position actuelle du Conseil européen⁸² et des multiples amendements proposés par différentes commissions du Parlement européen.⁸³

Concrètement, sera envisagée la tentative de construction d'un modèle de coopération concernant l'application parallèle du DMA et des instruments nationaux (B), précédée par

recte ou indirecte [...] des conditions de transaction non équitables».

⁷⁹ Dans un papier établissant sa position par rapport au DMA, le gouvernement néerlandais souligne que «[...] it is not exactly clear what scope the DMA leaves for drawing up national rules, to supplement European legislation, for platforms that are for instance only active on the Dutch market and potentially play a gatekeeper role there», voy. [Dutch position on the proposal for the Digital Markets Act](#), 2 février 2021, p. 1 et seqq., p. 5.

⁸⁰ «La présente proposition vient compléter les règles de concurrence existantes de l'UE (et nationales)»: [proposition DMA](#) (version française), exposé des motifs, p.4.

⁸¹ Voy. *supra* III.

⁸² European Council, [Progress report 8807/21 on the proposal DMA](#), 8807/21, Bruxelles 2021.

⁸³ Voy. Parlement européen, [Draft report PE692.792v01-00 of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, on the Digital Markets Act](#), 1 juin 2021, Bruxelles 2021; Amendments 128–302, 303–568 and 877 – 1199 to draft report PE692.792v01-00 of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, on the Digital Markets Act; Parlement européen, [Projet d'avis PA\1234515FR de la commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur la législation sur les marchés numériques](#), 7 juillet 2021, Bruxelles 2021.

quelques clarifications légales indispensables à l'établissement de cette coopération (A).

A. Quelques clarifications (modifications) légales préliminaires

Seules les dispositions consacrées à l'interaction entre la proposition DMA et le droit national de la concurrence feront l'objet de clarifications et parfois de modifications. Il s'agit de l'article 1, §6 mis en relation avec le considérant 9 relatif à la marge de manœuvre laissée aux législations nationales dans la réglementation des marchés numériques, de l'article 9 sur les exemptions et enfin de l'article 2 §2 sur la définition des CSP.

L'article 1, §6 du DMA prévoit que les règles du droit national de la concurrence puissent s'appliquer parallèlement à la proposition européenne à condition que les entreprises visées soient «autres que [les gatekeepers]» ou que celles-ci prévoient des obligations supplémentaires. Afin d'échapper à l'ambiguïté de ces deux conditions alternatives,⁸⁴ il serait judicieux de préciser dans la première condition que ne sont visées que les entreprises n'ayant pas la qualité de gatekeepers au sens du DMA et que les obligations supplémentaires relatives à la seconde condition soient écartées si elles contrarient celles prévues par la proposition européenne. Cela impliquerait que seuls les gatekeepers nationaux (se limitant sur les marchés belge et allemand dans notre cas) soient visés.

Plus radical encore, Andreas SCHWAB propose de supprimer les deux conditions, car inefficaces, et de préciser que l'application cohérente du DMA passe nécessairement par la coordination des mesures d'application et l'échange d'informations

⁸⁴ Ces deux conditions ont fait l'objet d'une analyse critique *supra*, III.A.

confidentielles entre la Commission et les États membres.⁸⁵

Une autre cause d'incompatibilité entre le texte européen et les législations belge et allemande applicables aux gatekeepers repose sur les hypothèses d'exemption prévues par le DMA.⁸⁶ Afin de limiter au maximum les contradictions entre les décisions rendues par la Commission et celles rendues par les autorités nationales de concurrence, une solution serait de permettre aux gatekeepers d'échapper à certaines obligations grâce à la démonstration de justifications objectives ou efficiency defence. À ce sujet, certains auteurs plaident pour l'insertion dans le DMA d'une liste grise d'obligations auxquels s'appliqueraient ces défenses dont la charge de la preuve devrait peser sur les plateformes.⁸⁷ Il s'agirait par exemple pour ces dernières, de «démontrer de manière convaincante que leur pratique ne préjudicie pas à la contestabilité du marché ou à la déloyauté dans leurs relations B2B»⁸⁸ ou de simplement invoquer un intérêt supérieur comme la garantie de la sécurité et de la vie privée des utilisateurs finaux.⁸⁹

Des modifications similaires à celles susmentionnées font d'ailleurs l'objet d'un amendement proposé par le Parlement européen.⁹⁰ Il s'agit d'ajouter à l'article 9 du DMA, un nouveau paragraphe autorisant une exemption pour sécurité des données ou conformité à toute autre législation européenne.⁹¹

Enfin, un autre article qui, laissé dans sa rédaction actuelle, engendrera des conflits certains avec la section 19a allemande et la loi belge sur l'ADE est l'article 2, §2 du DMA sur la définition des CSP. Contrairement aux législations nationales, la proposition européenne lie la qualité de gatekeepers à la fourniture d'une liste limitative de CSP. Il est judicieux d'étendre cette liste, voire de la rendre purement indicative compte tenu de la diversité des modèles économiques et l'évolution rapide des marchés numériques. Cela aura pour effet d'aligner la définition des gatekeepers au sens du DMA avec celle retenue par le législateur allemand. Le Parlement européen propose d'ailleurs – en plus d'une liste indicative – une définition fonctionnelle des CPS à l'image de celle retenue par le législateur allemand.⁹²

⁸⁵ Lecture combinée de Amendments 128-302 to draft report PE692.792v01-00 of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, on the Digital Markets Act (Ci-après IMCO amendments 128-302), 7 juillet 2021, p. 20, amendment n° 148, et de Draft report PE692.792v01-00 of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection, on the Digital Markets Act (Ci-après IMCO draft report), 1 juin 2021, p. 9, amendment n° 31.

⁸⁶ Voy. *supra* I.A.

⁸⁷ DE STREEL (Fn. 11), p. 22, p. 23; CABRAL LOUIS et al, The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Expert, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021, p. 10 et seqq.

⁸⁸ DE STREEL (Fn. 11).

⁸⁹ KÄSEBERG THORSTEN, Antitrust 2.0: Governance of oversight over digital gatekeepers with Europe's Digital Markets Act, in: [London School of Economics Blog](#), 15 december 2020; voy. également [Apple initial comments on the proposed Digital Markets Act](#), janvier 2020, p. 2: «Apple offers European consumers a trusted marketplace that reviews apps prior to distribution to ensure that they provide vital security

and privacy protections, and recoups its investment by charging a transparent commission on certain on-platform sales, rather than through tracking, accumulating and monetizing user data. Article 6.1(c) would undermine Apple's technical ability to review apps for privacy and security by requiring Apple to allow apps to be downloaded via side-loading or alternate app stores».

⁹⁰ IMCO amendments 877–119, Amendment No 909.

⁹¹ IMCO amendments 877–119, Amendment No 909.

⁹² IMCO amendments 303–568, Amendment No 413: «Core platform service' means a widespread and commonly used digital service that intermediates between business users and end users or within either group and is provided by a multi-sided platform service provider that can but does not have to be multi sided, such as any of the following».

B. Construction d'un modèle de coopération

L'idée ici est de développer l'art. 1, §7 du DMA qui prévoit déjà sommairement la nécessité de collaboration et de coordination entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. La construction du modèle de coopération proposé passe par la définition de son contenu et de la forme adéquate pour une application cohérente du DMA et des législations nationales applicables aux gatekeepers.

1. Le contenu de la coopération

Concrètement, la coopération entre la commission et les autorités nationales de concurrence disposant d'une législation sur les gatekeepers pourrait consister en une transmission réciproque d'informations résultant d'enquêtes au sein des marchés numériques ;⁹³ le signalement à la Commission sous forme de rapport, de tout comportement des gatekeepers susceptible de relever du champ d'application du DMA, facilité par la proximité entre les autorités nationales et les entreprises utilisatrices ;⁹⁴ la notification à la Commission de l'ouverture d'une enquête relative à un comportement d'une plateforme susceptible d'être qualifiée de gatekeeper; et enfin la consultation de la Commission en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la proposition de règlement.⁹⁵

L'insertion d'une clause de primauté dans le DMA serait également souhaitable afin de clarifier l'attribution des affaires entre les autorités nationales de la concurrence (en particulier celles dont le droit correspondant prévoit des règles visant à encadrer le marché numérique) et la Commission.

Il est important que les autorités belge et allemande de la concurrence soient soumises à une disposition visant à les empêcher de retenir leur compétence dès lors qu'il apparaîtrait que l'entreprise dont le comportement est sanctionné correspond aux critères personnels d'identification d'un gatekeeper au sens du DMA.⁹⁶ L'insertion d'une telle clause parmi les considérants ou à l'article 1(7) de la proposition européenne pourrait s'inspirer éventuellement de la formulation retenue dans la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.⁹⁷

Il est évident que la mise en œuvre de cette clause sera facilitée par une communication entre les différents *stakeholders*, notamment au sein d'un réseau adéquat.

Cette clause de primauté pourrait éventuellement être utile pour écarter les règles de concurrence appliquées aux marchés numériques, qui préjudicieraient à celles contenues

[rieur et de la protection des consommateurs sur le DMA](#), 7 juillet 2021, amendement n° 105.

⁹⁶ Bien entendu, le critère qui devra faire l'objet d'une attention particulière est l'offre de CSP dans au moins trois États membres.

⁹⁷ Commission Européenne, [Communication 52004XC0427\(02\) de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence](#), 27 avril 2004, p. C 101/43 et seqq., p. C 101/43–53, § 14: «La Commission est particulièrement bien placée si un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres (marchés transfrontaliers couvrant plus de trois États membres ou plusieurs marchés nationaux)»; voy. aussi [Council Regulation \(EC\) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty](#), 4 janvier 2003, p. 1 et seqq., article 11(6).

⁹³ Voy. pour illustration, European Competition Network, [Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union on how national competition agencies can strengthen the DMA](#), 2021, p. 1 et seqq., § 25.

⁹⁴ European Competition Network, [Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union on how national competition agencies can strengthen the DMA](#), 2021, p. 1 et seqq., § 24.

⁹⁵ Voy. dans ce sens, le nouvel article 31 *bis* du DMA proposé par la rapporteuse YON-COURTIN STEPHANIE, [Projet d'avis de la commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission du marché inté-](#)

dans le DMA. Évidemment il s'agit d'une proposition dispensable dans la mesure où il existe en droit européen, le principe de primauté du droit communautaire sur les législations nationales des États membres.⁹⁸

2. Quel réseau adéquat de coopération?

L'implémentation de l'exigence de coopération formulée à l'article 1(7) pourrait s'opérer au sein du réseau européen de la concurrence (ci-après REC). Ce réseau est le plus approprié, car en plus de réunir en son sein les acteurs compétents au sens du DMA, il jouit déjà d'une expérience et d'une expertise accumulées au fil des années grâce à l'activité des autorités nationales de concurrence.

Le REC est «le réseau d'autorités publiques formé par les autorités nationales de concurrence et la Commission pour offrir un espace de discussion et de coopération en matière d'application et de mise en œuvre du [droit de la concurrence]».⁹⁹ La Commission qui se chargera de l'application du DMA et les autorités nationales de concurrence disposant d'une législation applicable aux marchés numériques y sont déjà réunies. Dès lors, il est tout à fait compréhensible que les mécanismes permettant une application cohérente de la réglementation supposée compléter le droit de la concurrence se mettent en place au sein du REC.

Le choix du REC comme plateforme de collaboration s'aligne parfaitement avec la position de certains auteurs et États

membres sur la question.¹⁰⁰ En effet, si les États membres obtiennent finalement un rôle décisionnel et pas seulement simplement consultatif¹⁰¹ quant à l'application du DMA, cette plateforme favorisera une coopération et une coordination triangulaires entre la Commission, les autorités nationales de concurrence, en fonction de l'étendue de leur pouvoir relativement à l'application du DMA, et celles qui en plus, seront également compétentes d'après leur droit national pour sanctionner les abus commis par les gatekeepers nationaux.

V. Conclusion

Le DMA, la loi belge sur l'ADE et la section 19a du GWB allemand adressent – respectivement sur les marchés européen, belge et allemand – des difficultés suscitées par l'inapplicabilité des règles classiques de concurrence aux marchés numériques. Bien que motivée par la nécessité de combler les lacunes du droit de la concurrence, l'application non coordonnée de législations différentes au marché unique numérique créerait un chevauchement, voire des risques d'incompatibilité des règles prévues.

⁹⁸ C.J.C.E., *Arrêt Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1159.

⁹⁹ Parlement Européen, *Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur*, 14 janvier 2019, p. 3–33, article 2(1), 5.

¹⁰⁰ European Competition Network, *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union on how national competition agencies can strengthen the DMA*, 2021; GÉRADIN DAMIEN, DMA proposal: Should there be a great rôle for the Member States?, in: *The Platform Law Blog*, 7 avril 2021; VAN DE HEL MARTIJN/FIORRI MICHAEL, DMA and the role of national Member States: the long arm of Brussels?, in: *Maverick*, 18 juin 2021, passim; European Council, *European Council progress report 2020/0374(COD) on the proposal DMA, 8807/21*; BJORN HERBERS/NIEUWMEYER RODERICK/ELFERINK EDMON, EU National Competition Authorities publish joint paper on Digital Markets Act, demand stronger role, in: *CMS Law-Now*, 30 juin 2021, passim; PEPIN GUÉNAËL, Les États membres réclament plus de pouvoirs dans le Digital Markets Act, in: *Contexte*, 17 juin 2021, passim.

¹⁰¹ Proposition DMA, considérant n° 77 et article 32.

Un bilan de ces risques a fait l'objet d'une attention particulière. Il en ressort que les trois législations visent essentiellement en commun de grandes entreprises qui abusent de la situation de dépendance économique que d'autres entreprises ont envers elles, en raison généralement de leur indispensabilité pour atteindre les utilisateurs finaux. Cette intersection relative à leur champ d'application personnel est susceptible d'aboutir à une incompatibilité en raison de la différence de critères d'identification que chaque législation applique. C'est le cas notamment lorsque contrairement aux législations nationales, le DMA soumet la qualification de gatekeepers à des entreprises fournissant des services essentiels (CPS) limitativement énumérés. Un risque d'incompatibilité matérielle est également envisageable à travers des divergences issues de l'encadrement des règles prévues par ces trois législations.

Afin d'éviter que ces chevauchements et incompatibilités ne provoquent une fragmentation législative et par conséquent une protection inégale des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux, la Commission a inséré dans sa proposition l'article premier. Les §6 et §7 de cet article, supposés contribuer à une application cohérente et harmonisée du DMA et des règles nationales de concurrence applicables aux gatekeepers, s'avèrent cependant inaptes à atteindre cet objectif. Il s'agit de mesures d'harmonisation superficielles et ambiguës auxquelles le présent papier propose des améliorations.

La première série d'améliorations proposée consiste en la précision à l'article 1(6) du DMA que les règles de concurrence peuvent soumettre les gatekeepers à des obligations supplémentaires qu'à condition que lesdites obligations ne rentrent pas en conflit avec le texte européen; l'insertion à l'article 9 du DMA, d'hypothèses d'exemptions fondées sur des justifications objectives telles que la conformité à une autre réglementation ou la sécurité des utilisateurs; l'élargissement de la liste des CSP en privilégiant la description

des caractéristiques de ces services plutôt qu'une énumération limitative.

Quant à la seconde série d'améliorations proposée, elle propose la construction d'un modèle de coopération et de coordination basé sur l'échange d'informations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, la notification à la Commission dès l'ouverture d'une procédure impliquant un gatekeeper ainsi que sa consultation lors de l'interprétation du texte européen, particulièrement son article 1^{er} et l'insertion d'une clause de primauté privilégiant l'action de la Commission et par conséquent le dessaisissement des autorités nationales lorsque le comportement du gatekeeper atteint plus de trois États membres.

La série d'améliorations s'achève par la proposition du REC en tant que plateforme adéquate pour la mise en œuvre de cette coopération. Elle rassemble déjà les acteurs concernés et de plus, la mise sur pied d'un nouveau réseau pour la seule raison qu'il est nécessaire de distinguer le droit de la concurrence du DMA, ne semble pas suffisamment pertinente, car les deux sont complémentaires.