

## Observations de l'AFEC sur le projet de règlement d'application des aspects procéduraux du DMA

9 Janvier 2023

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail dédié au numérique a été constitué depuis de nombreuses années<sup>1</sup> dont certains membres se sont réunis<sup>2</sup> pour émettre les observations sur ce texte<sup>3</sup> en réponse à la consultation publique de la Commission européenne (ci-après la « Commission ») sur la mise en œuvre de la législation sur les marchés numériques.

Les observations portent sur le champ d'application du projet de règlement d'application du règlement (ue) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique » dit « DMA »(1), sur la possibilité de présenter des arguments excluant la caractérisation comme contrôleur d'accès malgré le dépassement des seuils (2), sur le marquage du caractère confidentiel des documents transmis à la Commission (3), sur l'obligation d'actualisation des informations contenues dans une notification (4), sur la limite maximale autorisée de pages pour les documents communiqués à la Commission (5) et sur le droit du contrôleur d'accès d'accéder à son dossier devant la Commission (6).

---

<sup>1</sup> Précédent rapports

<sup>2</sup> Ce Groupe de travail été animé par Muriel Chagny, Jean-Louis Fourgoux et Michel Ponsard il est composé de

....

<sup>3</sup> Projet COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) .../... of XXX 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 du 9 décembre 2022

## 1. SUR LE CHAMP D'APPLICATION DU PROJET DE REGLEMENT D'APPLICATION

Conformément à son article 1<sup>er</sup>, le projet de règlement d'application couvre utilement :

- Les notifications de désignation et soumissions d'informations de l'article 3 du DMA ;
- Les demandes de « ruling » d'un contrôleur d'accès sur sa conformité au DMA en application de l'article 8(3) du DMA ;
- Les demandes de suspension d'une obligation en application de l'article 9 du DMA ;
- Les demandes d'exemption d'une obligation en application de l'article 10 du DMA ;
- Les notifications de projets de concentrations entre opérateurs de services de plateforme essentiels en application de l'article 14 du DMA ;
- La communication d'une description des techniques de profilage des consommateurs mis en place par le contrôleur d'accès en application de l'article 15 du DMA.

Le projet prévoit une entrée en vigueur le 2 mai 2023, en cohérence avec celle des articles du DMA précités.

Deux omissions peuvent être soulignées.

### 1.1. L'absence d'habilitation pour préciser les modalités d'exercice de la demande de réexamen.

L'article 4 du DMA instaure un réexamen, par la Commission, du statut de contrôleur d'accès, possible à tout moment et obligatoire pour la Commission au moins une fois par an. Le texte admet la possibilité, l'on suppose notamment pour une entreprise désignée contrôleur d'accès, de demander un réexamen de cette qualification.

Or, le projet de règlement d'application ne couvre pas une telle demande fondée sur l'article 4 du DMA.

Sur le fond, cette absence de précision quant aux modalités d'exercice de cette demande de réexamen est regrettable en raison de l'intensité des obligations auxquelles le DMA soumet les contrôleurs d'accès et de la relative faible fréquence de révision (annuelle) du statut opéré par la Commission. Elle doit être soulignée d'autant plus que la demande d'un contrôleur d'accès d'ouvrir une procédure de « ruling » sur la conformité de ses mesures au DMA, prévue par l'article 8(3), est-elle bien couverte par le projet de règlement d'application selon son article 1<sup>er</sup>.

Dès lors, les précisions souhaitables devraient encore être apportées par la Commission, même par la voie de lignes directrices, conformément à l'article 47 du DMA.

### 1.2. L'exclusion inopportune de la demande de réouverture de la procédure d'engagements du champ d'application du projet de règlement

La demande de réouverture d'une procédure d'engagements prévue par l'article 25 du DMA n'est pas davantage couverte par le projet de règlement d'application. Pourtant, la Commission est expressément habilitée à cette fin par l'article 46(1) du DMA.

L'article 8 du projet de règlement d'habilitation instaure un mécanisme d'accès au dossier qui trouverait une application pertinente dans une situation de contestation ou remise en cause d'engagements par un contrôleur d'accès préalablement engagé. En effet, l'ouverture d'une telle procédure rendrait nécessaire le respect des droits de la défense pour le contrôleur d'accès requérant.

## **2. SUR LA POSSIBILITE DE PRESENTER DES ARGUMENTS EXCLUANT LA QUALIFICATION DE CONTROLEUR D'ACCES MALGRE LE DEPASSEMENT DES SEUILS**

L'article 3(5) du DMA prévoit la possibilité pour l'entreprise de présenter simultanément à sa déclaration de contrôleur d'accès des arguments soutenant qu'elle ne constitue pas un contrôleur d'accès bien qu'elle atteigne tous les seuils prévus à l'article 3(2) en raison des circonstances particulières dans lesquelles opère le service de plateforme essentiel concerné.

A cet égard, l'article 2(3) du projet de règlement d'application prévoit que de tels arguments doivent être présentés en annexe de la notification de contrôleur d'accès.

D'une part, en cas de pluralités de services concernés, l'argumentaire propre à chaque service de plateforme essentiel doit être présenté sur une annexe distincte.

D'autre part, l'argumentaire doit identifier précisément lequel ou lesquels des trois critères de qualification de l'article 3(1) du DMA chaque argument entend remettre en cause pour le service concerné.

En d'autres termes, l'argumentaire devra distinguer clairement (notamment par des titres) :

- Les arguments démontrant que l'entreprise ne représente pas un poids important sur le marché ;
- Les arguments démontrant que le service concerné ne constitue pas un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux ;
- Les arguments démontrant que l'entreprise ne jouit pas d'une position solide et durable, dans ses activités, ni ne jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche.

Sur le fond, la Commission européenne se référera vraisemblablement aux critères et considérations usuels du « pouvoir de marché » pour apprécier les arguments visant à déroger à la caractérisation comme contrôleur d'accès. Comme l'AFEC l'avait déjà exprimé dans ses observations sur les évolutions souhaitables en matière d'économie digitale en Europe du 30 septembre 2018, le critère des parts de marché ne capture pas le poids réel d'un acteur du numérique.

En outre, le critère relatif à l'existence d'une position solide et durable dans une temporalité contemporaine ou proche (Article 3(1)c) du DMA) est souhaitable en ce qu'il appelle une analyse dynamique de la concurrence environnante (en lieu et place d'une approche purement statique). Suivant l'expérience tirée du contrôle des concentrations, la Commission européenne suit une approche dynamique pour apprécier prospectivement les marchés des nouvelles technologies. Si la Commission est consciente que la contestabilité des acteurs du numérique est principalement issue de la propension des concurrents à proposer des innovations radicales, il reste qu'une telle prise en compte de l'innovation de rupture est récente et délicate.

En ce sens, l'exigence d'un tri des arguments selon le critère de caractérisation de contrôleur d'accès dont ils entendent remettre en cause l'application ne se justifie que s'il aide la Commission à mieux saisir les spécificités de fonctionnement des services de plateformes concernés. Cette exigence ne devrait pas devenir un levier discrétionnaire d'irrecevabilité des arguments présentés de bonne foi par des entreprises ayant un modèle d'affaires innovant.

Sous cette réserve, le formalisme imposé apparaît proportionné à l'exigence générale de clarté et d'intelligibilité des soumissions.

### **3. SUR LE MARQUAGE DU CARACTERE CONFIDENTIEL DES DOCUMENTS TRANSMIS A LA COMMISSION**

Concernant les notifications de contrôleur d'accès et la fourniture d'informations, l'article 2(5) du projet de règlement d'application impose à l'entreprise de séparer, au sein du lot d'envoi, les pièces qu'elle considère confidentielles et d'estampiller chaque page d'une indication de confidentialité (dans le projet, la formule : « Business Secrets »). L'entreprise doit préciser les raisons pour lesquelles elle estime chaque document couvert par le secret.

De manière générale, l'article 7 du même projet prévoit la possibilité pour la Commission d'exiger de l'entreprise d'identifier les informations qu'elle estime confidentielles dans toute soumission à ou décision de la Commission, d'établir une version non-confidentielle de certains documents ou une description de leur contenu.

Les pièces dument signalées comme confidentielles ne sont pas publiées ni communiquées à des tiers par la Commission, dans la limite de l'exercice légitime du droit d'accès au dossier par un contrôleur d'accès tiers. A défaut de marquage de leur caractère confidentiel, la Commission est libre de publier les documents communiqués.

Le projet suit une pratique répandue devant les autorités de concurrence consistant à laisser aux entreprises dépositaires d'informations confidentielles le soin de les protéger en les signalant et en produisant des versions non-confidentielles des documents que l'autorité souhaite publier.

Il faut toutefois souligner qu'en raison du volume important de documents susceptibles d'être mobilisés par une notification ou soumission d'informations, l'obligation de marquage systématique de chaque page peut représenter un formalisme excessivement lourd, auquel un manquement peut faire peser la lourde conséquence de la publication de l'information.

Or, puisqu'une notification n'est pas une procédure contentieuse, il semblerait logique de faire primer le droit de l'entreprise notifiante de voir la confidentialité de ses documents respectée.

Une protection accrue par défaut des secrets d'affaires des entreprises les inciterait à communiquer les documents pertinents à la Commission car :

- 1) Elles seront assurées que le caractère sensible sera reconnu et protégé contre toute diffusion, notamment à des concurrents à l'affût ;
- 2) De nombreux accords de confidentialité inter-entreprises ne requièrent pas un marquage « page par page » du caractère confidentiel des informations, mais prévoient une définition contractuelle des informations confidentielles. A cet égard, la Commission a intérêt à s'aligner sur les pratiques des entreprises pour fluidifier les processus de communication d'informations sensibles (ex : via des data rooms).

#### **4. SUR L'OBLIGATION D'ACTUALISATION DES INFORMATIONS CONTENUES DANS UNE NOTIFICATION**

L'article 3(3) du projet de règlement d'application requiert de l'entreprise la communication sans délai de :

- Tout changement matériel dans les faits tels que présentés dans une notification, une soumission d'informations ou un argumentaire annexé ;
- Toute nouvelle information parvenue à sa connaissance postérieurement à une notification ou soumission d'informations et que l'entreprise aurait dû préciser dans sa notification ou soumission d'informations si elle avait été connue antérieurement ;

Dès lors que l'entreprise connaît ou aurait dû connaître cette nouvelle circonstance.

La sanction de la défaillance dans l'obligation d'information initiale ou d'actualisation de la Commission est une amende pouvant aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise, et s'applique même en cas de simple négligence, en application de l'article 30(3) du DMA.

Le champ des circonstances nouvelles susceptibles de déclencher une obligation d'information de la Commission est défini de manière anormalement vague.

En effet, l'activité des services de plateformes est par nature fluctuante en raison (1) du caractère évolutif des usages du numériques selon le temps, les régions, les types d'utilisateurs, (2) du développement rapide de certains services par des effets de réseaux, voire une logique « winner-takes-all ».

Or, aux termes des Sections 3 et 4 de l'Annexe 1 du projet de règlement d'application, les informations requises couvrent :

- La capitalisation boursière ou autre mode de valorisation de l'entreprise ;
- La liste des pays dans lequel chaque service de plateforme est proposé ;

- Le nombre d'utilisateurs actifs mensuels dans l'Union sur les 3 dernières années ;
- Le nombre d'utilisateurs professionnels actifs annuellement dans l'UE sur cette même période.

Suivant la rédaction actuelle, toute circonstance nouvelle relative à ces éléments déclenche une obligation d'actualisation auprès de la Commission.

Ainsi, la volatilité intrinsèque des services des plateformes numériques rend difficile une actualisation constante et « sans délai » de la Commission d'informations aussi précises et susceptibles de varier à intervalles rapprochés.

Par ailleurs, la dernière condition commune de « connaissance réelle ou présumée » des nouvelles circonstances ne contribue pas à délimiter clairement le champ de l'obligation d'actualisation des plateformes. Par exemple, des éléments extérieurs à l'entreprise sont susceptibles d'influer sur sa valorisation sur le marché ou son nombre d'utilisateurs dans une région donnée (ex : phénomènes de spéculation boursière, retombées médiatiques, préférences locales) et peuvent produire leurs effets avant que le siège de l'entreprise n'aient pu les identifier, évaluer et, en fonction, les signaler à la Commission.

Dans ces conditions, le risque de responsabilité apparaît alors contestable pour l'entreprise ignorante ou trop lente de « bonne foi ».

## **5. SUR LA LIMITE MAXIMALE AUTORISEE DE PAGES POUR LES DOCUMENTS COMMUNIQUEES A LA COMMISSION**

Conformément à l'article 4 et, sur renvoi, l'annexe 2 du projet de règlement d'application, les documents communiqués à la Commission au titre du DMA ne peuvent dépasser le nombre de pages suivant :

- 50 pages pour les notifications de contrôleur d'accès et les soumissions d'informations ;
- 25 pages pour les argumentaires annexés visant à déroger à la caractérisation de contrôleur d'accès ;
- 30 pages pour les demandes de suspension provisoire ou d'exemption de l'application d'une obligation ;
- 50 pages pour les réponses aux constatations préliminaires ou projets de mesures correctives de la Commission.

L'article 4 permet à l'entreprise de solliciter de la Commission une exemption de la limite de pages applicable, à charge pour l'entreprise d'établir que la limite ne permet pas de traiter un sujet particulièrement complexe ou étayé.

Une contradiction semble apparaître entre, d'une part, une obligation large d'information et d'actualisation des informations mise à la charge des entreprises sous peine d'engagement de leur responsabilité, et, de l'autre, une limitation restrictive du nombre de pages dans lesquels ces obligations sont enserrées.

En particulier, il est difficile de concevoir un argumentaire visant à exclure la caractérisation de contrôleur d'accès qui développerait de manière convaincante pour la Commission l'étendue des éléments différenciants, les trierait de manière justifiée selon le critère de l'article 3(1) du DMA remis en cause par chaque élément, tout en tenant en 25 pages et que les demandes des contrôleurs d'accès doivent être « suffisamment étayées »<sup>4</sup> et devra probablement traité l'ensemble des critères pouvant être examiné pour qualifier ou non l'entreprise de contrôleur d'accès<sup>5</sup>.

Par définition, une entreprise sollicitant une dérogation dispose d'un « sujet particulièrement complexe ou étayé » à développer au sens de l'article 4 du projet de règlement. L'entreprise, tenue de présenter cet argumentaire en annexe de sa notification à la Commission, ne devrait pas être contrainte de présenter une requête circonstanciée pour obtenir une levée de la limite du nombre de pages.

De manière générale, il apparaît assez illusoire de vouloir faire tenir les écrits des entreprises au titre du DMA dans des limites de pages oscillant entre 25 et 50 pages pour les raisons suivantes :

- (1) La pratique du contrôle des concentrations devant les ANC relève que les communications des parties dépassent souvent ces seuils, à plus forte raison pour les dossiers de concentrations présentés devant la Commission européenne. Or, le DMA ne concerne que les plus grandes entreprises du secteur des services de plateformes et les écrits concernés seront adressés à la Commission. Ainsi, les limitations actuelles sont anormales à l'aune de la pratique administrative en cours.
- (2) La régulation sectorielle des plateformes instaurée par le DMA est une nouveauté réglementaire. En l'absence de toute précision légale et jurisprudentielle sur l'étendue des obligations à dévoiler à la Commission européenne, les entreprises concernées risquent de vouloir pencher pour l'exhaustivité afin d'éviter tout reproche d'omission d'une information ou d'une actualisation.
- (3) Enfin, l'étendue des obligations d'informations requises des entreprises illustre le besoin d'information de la Commission sur les pratiques et spécificités des activités de services de plateformes en ligne. Ainsi, une description éclairante du fonctionnement de chaque service de plateforme ne peut être condensée en 25 ou 50 pages.

A titre d'exemple, suivant les exigences de l'Annexe I du présent projet, un service de plateforme comme Google Maps nécessite plus que 50 pages pour dresser une explication détaillée du champ de son service en comparaison avec d'autres services Google (Search, Google, Ads – malgré leur interconnexion dans de nombreux résultats) puis une présentation

---

<sup>4</sup> Article 3.5 du RGT

<sup>5</sup> L'article 3.8 du DMA énumère ainsi les points justifiant pour les entreprises sous les seuils la qualité de gatekeeper comme la taille...le nombre d'entreprises utilisatrices...les effets de réseau et les avantages tirés des données...tout effet d'échelle et de gamme dont bénéficie l'entreprise...la captivité des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux, ... la structure d'entreprise conglomerale ou l'intégration verticale de l'entreprise...d'autres caractéristiques structurelles des entreprises ou des services. Ces paramètres devront donc être abordés dans les observations des entreprises.



des fonctionnalités pertinentes (particulièrement nombreuses) pour évaluer le caractère essentiel ou non du service.

Pour ces raisons, il est souhaitable de supprimer la limitation du nombre de pages et de la remplacer par une obligation générale de limitation des informations au strict nécessaire pour la bonne compréhension par la Commission européenne.

## **6. SUR LE DROIT DU CONTRÔLEUR D'ACCÈS D'ACCÉDER A SON DOSSIER DEVANT LA COMMISSION**

Conformément à l'article 8 du projet de règlement d'application, le contrôleur d'accès qui se voit notifier des constatations préliminaires peut requérir de la Commission qu'elle lui communique une version non-confidentielle des documents mentionnés dans les constatations préliminaires ainsi qu'une liste des documents du dossier en possession de la Commission.

Sur la base de cette liste, il appartient au contrôleur d'accès de solliciter l'accès à des documents qui n'auraient pas été transmis ou des extraits qui auraient été caviardés sous réserve d'établir qu'un tel accès est nécessaire pour l'exercice de son droit à être entendu.

L'accès aux documents contenant des informations confidentielles est organisé au cas par cas par la Commission (ex : restriction des personnes habilités à consulter les documents, fixation d'un délai de consultation). Cet accès peut reposer sur des modalités standardisées que la Commission pourra rendre publiques à titre informatif.

La Commission met en balance l'exercice du droit d'être entendu avec les intérêts légitimes de confidentialité du propriétaire du document pour n'autoriser l'accès que dans la mesure où il est indispensable au droit d'être entendu.

Le mécanisme d'accès au dossier instauré par ce projet s'inscrit dans la logique du mécanisme d'accès au dossier et de production de pièces prévu dans la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, dite *Directive Dommages* en ce qu'il concilie les impératifs en tension de préservation des droits de la défense du contrôleur d'accès requérant et de confidentialités des secrets d'affaires des tiers.

Reste que ni le DMA, ni le présent projet d'application ne prévoient de sanction en cas de non-respect d'une décision de la Commission fixant les modalités spécifiques d'accès à un document confidentiel. Pour les raisons évoquées au point n°5 (*supra*), une plus forte garantie de protection des documents confidentiels est souhaitable. En l'absence de procédure de sanction définie dans le texte du règlement d'application, la pratique de la Commission en matière d'autorisation d'accès aux documents sensibles sera déterminante de la confiance des entreprises dans cette procédure d'accès ad hoc.



§ § § §