

Régulation et numérique

Synthèse de conférence

Rencontres Dauphinoises de la Régulation

Université Paris Dauphine-PSL, 08 avril 2022



Dauphine | PSL 
CHAIRE GOUVERNANCE
ET RÉGULATION

Dauphine | PSL  **CR2D**
UNIVERSITÉ PARIS



LEDa CGEMP
EA 4404

 **Dauphine** | PSL 
CHAIRE GOUVERNANCE
ET RÉGULATION

Synthèse n°73

Université Paris Dauphine-PSL, 08 avril 2022

Régulation et numérique

10èmes Rencontres Dauphinoises de la Régulation organisées par le Conseil d'État et l'Université Paris Dauphine-PSL avec le Centre de Recherche Droit Dauphine (CR2D), le LEDA-CGEMP et la Chaire Gouvernance et Régulation, le 8 avril 2022

Sous la présidence de Christophe Chantepy, Président de la section du contentieux du Conseil d'État et de Claudie Boiteau, professeur de droit public à l'Université Paris Dauphine-PSL, (CR2D)

Intervenants

Anton’Maria Battesti | Directeur des affaires publiques, Meta

Anne Yvrande-Billon | Directrice Économie, Marchés et Numérique, Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, (ARCEP)

Éric Brousseau | Professeur d’économie et de management à l’Université Paris Dauphine-PSL, Directeur scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation et du Club des Régulateurs

Christophe Chantepy | Président de la section du contentieux du Conseil d’État

Julie Catala-Marty | Avocate, Partner, Bryan Cave Leighton Paisner

Georges Decocq | Professeur de droit privé à l’Université Paris Dauphine-PSL

Marie-Laure Denis | Présidente de la Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)

Sébastien Gros | Directeur des affaires gouvernementales en Europe, Apple

Yann Guthmann | Chef du service de l’économie numérique, Autorité de la concurrence (ADLC)

Antoine Louvaris | Professeur de droit public à l’Université Paris Dauphine-PSL

Roch-Olivier Maistre | Président de l’Autorité de régulation de l’audiovisuel numérique (ARCOM)

François Molinié | Président de l’Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation

Laure de la Raudière | Présidente de l’Autorité de la régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP)

Philippe Schmidt | Vice-Président de la Licra, Responsable de la délégation du numérique, Président de l’International Network Against Cyber Hate (INACH)

Joëlle Toledano | Professeur d’économie

Mathieu Weill | Chef du service de l’économie numérique, Direction générale des entreprises, Ministère de l’économie, des finances et de la relance

Modération

Thierry Tuot | Président adjoint de la section de l’intérieur du Conseil d’État

Patrice Geoffron | Professeur d’économie à l’Université Paris Dauphine-PSL, Directeur du LEDa-CGEMP

Sommaire

Allocutions d'ouverture.....	5
El Mouhoub Mouhoud Président de l'Université Paris Dauphine-PSL	8
Christophe Chantepy Président de la section du contentieux du Conseil d'état.....	9

L'intelligence artificielle, l'utilisateur, la régulation

Modération : Thierry Tuot Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État.....	10
---	----

Le regard des régulateurs

Laure de la Raudière Présidente de l'Autorité de la régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP).....	10
---	----

Marie-Laure Denis Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).....	11
---	----

Roch-Olivier Maistre Président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel numérique (ARCOM).....	11
--	----

Le regard de la société civile

Anton'Maria Battesti Directeur des affaires publiques, Meta.....	12
--	----

Philippe Schmidt Vice-Président de la Licra, Responsable de la délégation du numérique, Président de l'International Network Against Cyber Hate (INACH).....	13
--	----

François Molinié Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.....	13
--	----

Le regard des universitaires

Éric Brousseau Professeur d'économie et de management à l'Université Paris Dauphine-PSL, Directeur scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation et du Club des Régulateurs.....	14
--	----

Antoine Louvaris Professeur de droit public à l'Université Paris Dauphine-PSL.....	15
--	----

La régulation des plateformes numériques – Le Digital Market Act

Patrice Geoffron | Professeur d'économie à l'Université Paris Dauphine-PSL,
Directeur du LEDa-CGEMP, modérateur.....15

Genèse et perspectives

Mathieu Weill | Chef du service de l'économie numérique, Direction générale des entreprises,
Ministère de l'économie, des finances et de la relance.....16

Le DMA, un texte de réglementation plutôt que de régulation

Joëlle Toledano | Professeur d'économie.....1è

Pour une mise en œuvre efficace du DMA

Anne Yvrande-Billon | Directrice Économie, Marchés et Numérique, Autorité de régulation des
communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.....18

Comment lutter contre les MAMAA ?

Yann Guthmann | Chef du service de l'économie numérique, Autorité de la concurrence.....19

Prendre en considération les bienfaits du numérique

Sébastien Gros | Directeur des affaires gouvernementales en Europe, (APPLE).....20

Les questions d'ordre pratique soulevées par la mise en œuvre du DMA

Julie Catala-Marty | Avocate, Partner, Bryan Cave Leighton Paisner.....22

Le DMA, un texte dynamique et de droit européen uniforme, avec une application extraterritoriale

Georges Decocq | Professeur de droit privé à l'Université Paris Dauphine-PSL.....23

Échanges.....25

Allocutions d'ouverture

El Mouhoub Mouhoud | Président de l'Université Paris Dauphine-PSL

Les premières Rencontres dauphinoises ont été organisées au printemps 2011, à l'initiative des juristes du Cr2D, des économistes du LEDA et du président de la section du contentieux du Conseil d'État, en vue d'instaurer un dialogue d'experts. La chaire Gouvernance et Régulation y a été associée par la suite.

Ces demi-journées sont un bel exemple de la pluridisciplinarité propre à Paris Dauphine-PSL, et le thème d'aujourd'hui s'inscrit au cœur de sa stratégie scientifique et pédagogique, qui vise à offrir des doubles compétences aux étudiants – en formation initiale et continue, mais aussi en recherche. Dans le monde actuel, il est essentiel que les disciplines se croisent et se fécondent pour apporter un éclairage aussi peu biaisé que possible. De fait, la pluridisciplinarité ne doit jamais être synonyme de dilution des compétences, mais de complémentarité, pour permettre une « division cognitive du travail » entre les disciplines.

Grâce à ces Rencontres, la problématique du lien entre science numérique, science des données et sciences de l'homme et de la société existe désormais et est considérée à l'échelle mondiale.

Ces Rencontres traduisent la volonté de l'université Paris Dauphine-PSL d'immerger sa recherche dans l'environnement socioéconomique, mais sont aussi l'illustration de la qualité des partenariats établis.

À l'heure où le Digital Market Act vient d'être adopté et où le Digital Services Act s'apprête à l'être, le thème de ces 10èmes Rencontres dauphinoises de la régulation se trouve au cœur des questions fondamentales posées par le digital et la numérisation de la société.

Pour conclure ce propos introductif, permettez-moi de paraphraser une maxime bien connue pour observer que sans régulation juridique et sans équité sociale, l'intelligence artificielle n'est que ruine de la démocratie.

Christophe Chantepy | Président de la section du contentieux du Conseil d'État

La première édition de ces Rencontres avait été consacrée à la régulation de l'énergie, puis les thématiques successivement abordées ont été élargies à toutes les régulations.

Le thème « Régulation et numérique » est au cœur de l'actualité. Ainsi, l'assemblée générale du Conseil d'État a examiné voilà une semaine un très important rapport sur l'intelligence artificielle, un consensus vient d'être trouvé pour le Digital Market Act et de nouvelles formes de besoins de régulation des plateformes numériques apparaissent.

La section du Conseil d'État exerce une mission de juge des régulations dans les différents domaines concernés. Ce rôle, très structurant, consiste à juger les litiges mais aussi à éclairer l'avenir. En l'occurrence, ainsi qu'en témoignent plusieurs décisions récentes, lorsque l'intelligence artificielle est en cause, le juge administratif se saisit des sujets qui posent des problématiques nouvelles pour la société et tente de trancher au mieux les litiges qui lui sont soumis.

Ces contentieux relatifs au numérique posent trois défis au Conseil d'État. Le premier vient de la technicité de la matière : c'est celui de la compréhension des problèmes portés devant lui. Pour le relever, nous avons recruté une personne qui veille à ce que toutes les compétences requises soient réunies. Nous nous appuyons en outre sur l'apprentissage, le dialogue et le contradictoire, ou encore la mise en place de potentielles mesures supplémentaires d'instruction. De nouveaux outils sont en cours d'expérimentation, comme la possibilité de mener des instructions orales, à huis clos entre les parties ou en public. Se pose aussi la question de la symétrie à rétablir dans le contradictoire. Enfin, alors que les sanctions prononcées par le régulateur sont souvent fondées sur la mise en œuvre de moyens de détection d'actes justiciables qui ont fait appel à l'intelligence artificielle, il importe de comprendre comment ces actes ont été révélés.

Le deuxième défi est celui de la tension entre le temps long et le temps court. À l'avenir, le juge de référés du Conseil d'État sera à coup sûr amené à traiter en urgence des sujets d'une complexité redoutable. En l'occurrence, la matière dont il est question aujourd'hui nourrit déjà de nombreux contentieux.

Le troisième défi est interne à la juridiction administrative, car l'intelligence artificielle ne s'arrête pas à ses portes : la question de l'utilisation de l'intelligence artificielle par le juge administratif mérite d'être posée. Il n'est pas envisageable d'imaginer que l'on puisse remplacer un juge par un algorithme. Si la justice était rendue avec un algorithme à partir d'une base de données – en l'occurrence, la jurisprudence –, il n'y aurait plus de jurisprudence. En ce domaine, il y a fort à parier que le collectif saura raison garder. Il n'empêche qu'avec l'open data et la publication généralisée de toutes les décisions rendues, les juges se trouveront sous une forme de pression. En effet, des algorithmes seront en mesure, à partir d'un contentieux particulier et au regard de la jurisprudence, de prédire la décision qui risque d'être rendue. Certes, les juges ne sont pas prêts à entrer dans ce processus. Mais, avec la possibilité d'utiliser massivement des systèmes capables de brasser un nombre extrêmement important de décisions, la frontière essentielle entre les décisions du Conseil d'État qui font jurisprudence et celles qui ne le font pas pourrait devenir très ténue. L'Ordre des avocats au Conseil est très attentif à ce point.

Qui plus est, avec l'open data, les noms des juges qui ont rendu telle ou telle décision sont connus. Il sera donc possible de détecter que tel juge des référés a tendance à faire du défaut d'urgence davantage que du rejet pour défaut sérieux. D'aucuns pourraient alors être tentés de se procurer le tableau des permanences de référés pour éviter tel ou tel juge.

Ces défis ne doivent en aucun cas rendre frileux. Au contraire, il convient d'être à la pointe du traitement des problèmes soulevés par le numérique et l'intelligence artificielle. Le rapport qui vient d'être rendu montre d'ailleurs à quel point il convient de se montrer offensif, en étant solide sur ses bases.

L'intelligence artificielle, l'utilisateur, la régulation

Modération : **Thierry Tuot** | Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Il existe un écart très considérable entre la réalité de l'intelligence artificielle et la manière dont le débat public la voit. Comme bien souvent, la méconnaissance nourrit tous les fantasmes. Cet outil, s'il est bien manié, peut apporter beaucoup. En tout état de cause, il convient de ne pas ignorer l'opinion, en donnant à la société confiance dans sa capacité à faire un bon usage de l'intelligence artificielle. Le rapport du Conseil d'État sur l'intelligence artificielle s'intitule d'ailleurs « Établir la confiance pour renforcer la performance ».

Les intervenants de cette table ronde sont invités à répondre en un temps très bref aux quatre questions suivantes. Êtes-vous d'ores et déjà confrontés à l'intelligence artificielle ? Pensez-vous qu'elle modifiera la régulation ? Pensez-vous qu'elle peut changer la donne pour les citoyens, les consommateurs et les usagers ? Quelle est la première mesure que vous attendez des pouvoirs publics ?

Le regard des régulateurs

Laure de la Raudière | Présidente de l'Autorité de la régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep)

L'Arcep réfléchit de façon approfondie à l'apport de l'IA pour ses activités propres. Dans ce cadre, un outil d'analyse des remontées du terrain est en cours de mise en place, pour détecter les signaux faibles de fonctionnement des marchés.

Dans le secteur des télécommunications, l'IA offre des capacités d'innovation très importantes et s'invitera de plus en plus dans la mutualisation des réseaux. La question se pose alors de savoir si elle ne perturbera pas le fonctionnement de ces derniers – notamment la neutralité d'internet.

Les algorithmes sont des mécanismes d'aide à la décision, par exemple dans les kiosques de presse numériques. Cela pose la question du risque d'enfermement du lecteur, à qui seront uniquement proposées des presses correspondant à ce qu'il pense et lit d'habitude, au détriment de l'ouverture d'esprit apportée par la pluralité de la presse.

En tout état de cause, savoir si l'IA est une menace ou un atout pour le consommateur dépendra de notre capacité à la maîtriser pour garantir aux citoyens que nos valeurs fondamentales seront toujours défendues.

Enfin, ma première attente vis-à-vis des pouvoirs publics est une forte compréhension des enjeux, et une volonté affichée de porter le débat politique sans raccourci. Réfléchir à la façon de bien innover requiert nécessairement du temps. À cet égard, l'adoption du Digital Market Act constitue un réel progrès, de même que la discussion sur le Digital Services Act ou le règlement sur la régulation de l'intelligence artificielle.

Marie-Laure Denis | Présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

Depuis 45 ans, la protection des données est assise sur l'équilibre du rapport entre l'homme et la machine – dont l'intelligence artificielle est la dernière version.

La CNIL est confrontée quasi quotidiennement à des questions de conformité posées par les systèmes utilisant des intelligences artificielles, avec un essor très important dans de nombreux domaines. Pour elle, l'un des grands défis consiste à combiner une approche au cas par cas et une approche structurante, pour faire émerger des lignes doctrinales et encadrer les systèmes d'IA. De fait, le rôle du régulateur consiste à procurer de la visibilité juridique.

L'IA crée des frictions avec certains des principes cardinaux de la protection des données tels que l'encadrement des finalités des traitements, la minimisation des données et la conciliation de l'obligation de conservation des données (à des fins de tests, par exemple) avec l'optimisation de la durée de conservation. L'IA fait aussi apparaître des questions nouvelles, comme le traitement automatisé des données, l'information des citoyens ou la sécurité informatique.

En somme, l'IA est à la fois une opportunité – de mieux soigner, mieux consommer... – et une menace. Pour qu'elle soit un atout plus qu'un danger, au-delà de l'organisation interne de la CNIL qui a été adaptée en conséquence, il importe que la logique de régulation soit la plus pragmatique, agile et proche du terrain possible, grâce à des échanges avec les professionnels. Dans cette perspective, une consultation sur les systèmes de vidéosurveillance a été lancée en début d'année, un bac à sable a été développé pour accompagner des porteurs de projets et favoriser le *privacy by design*, et un recueil de bonnes pratiques et d'éléments de compréhension vient d'être publié.

Le projet de règlement sur l'intelligence artificielle, qui emprunte une grammaire très proche de celle du RGPD qui a ouvert davantage de droits à la transparence, au contrôle et à l'oubli, est à saluer. Son approche est davantage focalisée sur les fournisseurs de services d'IA, la sécurité des produits et la surveillance des marchés, et moins sur la protection des droits. Mes attentes concernent donc la définition de lignes rouges et l'articulation du règlement avec tous les autres textes pour garantir la cohérence de l'ensemble.

L'IA ne nous fait pas peur. Nous voulons simplement qu'elle soit respectueuse des valeurs européennes, pour garantir une société numérique de confiance.

Roch-Olivier Maistre | Président de l'Autorité de régulation de l'audiovisuel numérique (Arcom)

L'Arcom est confrontée aux systèmes d'IA, avec le mouvement de plateformisation des services. Les plateformes de vidéo à la demande sont technologiquement et financièrement très puissantes, et le champ audiovisuel traditionnel s'inscrit lui-même dans ce mouvement.

Des compétences nouvelles doivent également être acquises face au développement des réseaux sociaux. Aujourd'hui, par exemple, 70 % des vidéos visionnées sur YouTube le sont à la suite d'une recommandation de l'IA de la plateforme. Dans notre mission, nous croisons de plus en plus la question du fonctionnement des algorithmes.

L'IA change la nature de la régulation. Ses outils commencent d'ailleurs à être utilisés par l'Arcom, notamment pour la publication annuelle de son Baromètre de la diversité.

Une nouvelle forme de régulation se met également en place. La régulation des médias traditionnels a encore la capacité de contrôler les contenus. Tel n'est pas le cas s'agissant des réseaux sociaux. Il est impossible de contrôler la considérable masse d'informations qui circule sur ces plateformes. La logique de

régulation est donc différente : le contrôle du respect des contenus laisse place au contrôle du respect des obligations de moyens définies par la loi.

Les outils d'IA permettent de découvrir des contenus, mais ils présentent aussi un risque d'enfermement. C'est assez frappant s'agissant d'une plateforme de musique comme Spotify. Aussi le critère central poussé par l'Arcom est-il celui de transparence, afin que l'utilisateur sache comment fonctionne l'algorithme et puisse conserver une maîtrise dans l'accès aux contenus qui lui sont proposés.

Par ailleurs, durant les trois premières années de mon mandat, j'ai connu pas moins de sept textes de loi. Je ne suis donc pas dans une posture de revendication législative, mais plutôt de compréhension et de digestion de la réglementation existante !

Le continent européen est pionnier. À cet égard, il convient de saluer la volonté de la Commission européenne d'essayer d'inventer un mode de régulation à la fois respectueux de la liberté d'expression et capable de revenir aux préoccupations des opinions publiques – notamment la protection face aux excès des outils pourtant formidables que sont les réseaux sociaux.

Nous avons franchi un moment de bascule, et nous entrons dans une phase de mise en place de la régulation des nouveaux acteurs. À cet égard, toutes les plateformes ne sont pas à mettre à la même enseigne. Inventer cette nouvelle régulation est une mission passionnante !

Le regard de la société civile

Anton'Maria Battesti | Directeur des affaires publiques, Meta

Meta est concernée par l'IA dans la pratique de son métier. Un laboratoire d'IA a d'ailleurs été créé voilà plusieurs années, d'abord aux États-Unis puis à Paris. Le savoir-faire de la France dans ce domaine est fondamental et prestigieux. Il convient de le rappeler, notre pays produit des experts de rang mondial.

L'IA recouvre de nombreux champs, dont le *machine learning* et le *deep learning*. La reconnaissance d'images a été un domaine de recherche très important, et l'apprentissage progressif rend les machines de plus en plus intelligentes. Certes, une régulation de l'IA est nécessaire. Elle viendra d'abord de l'Europe, mais l'industrie doit également être proactive. L'Openloop Project, par exemple, est une initiative qui cherche à allier théorie et pratique quand on confronte la technologie avec le principe de régulation.

Beaucoup a été dit concernant les progrès attendus pour les usagers, notamment dans le domaine de la médecine. À New-York par exemple, notre laboratoire travaille avec l'école de médecine. Grâce à ces travaux, il est possible de fournir des analyses d'IRM quatre fois plus rapidement. Pour ce qui est de la gestion d'un réseau social, la modération des contenus repose sur des systèmes de pré-détection qui ont très largement progressé en quelques années et offrent des résultats très prometteurs. Il importe de ne pas simplifier le débat à l'excès : la machine ne doit évidemment pas remplacer la modération humaine, il faut combiner les deux dans un équilibre à développer.

Mes attentes vis-à-vis des pouvoirs publics sont une régulation, mais aussi la sortie du « y a qu'à, faut qu'on » en assumant que le domaine est compliqué et requiert du temps. Les principes de la loi de 1978 pourraient s'appliquer aux technologies modernes : c'est l'exemple parfait d'une régulation qui sait s'adapter au fil du temps en fonction de la jurisprudence.

Internet en tant qu'infrastructure globale et unitaire ne sera un acquis définitif qu'à la condition d'une volonté politique forte. L'actualité montre qu'une remobilisation est nécessaire, en la matière, pour que le monde numérique remplisse sa promesse de connexion et de partage des connaissances à l'échelle mondiale.

Philippe Schmidt | Vice-Président de la Licra, Responsable de la délégation du numérique, Président de l'International Network Against Cyber Hate (INACH)

L'INACH est l'un des principaux partenaires de la Commission européenne dans la lutte contre les discriminations. C'est l'INACH et ses membres qui s'occupent d'une grande partie des exercices de monitoring, dans lesquels nous sommes d'ailleurs directement concernés par les problématiques de l'IA.

Nous sommes à la fois les principaux concurrents et les partenaires de plateformes – dont Meta – qui ne doivent pas toutes être confondues.

Il importe de protéger la liberté d'expression et internet, raison pour laquelle ce dernier doit impérativement respecter des règles et des principes, qui sont les mêmes dans le monde réel et dans le monde virtuel.

L'IA est un objet exceptionnel, avec des qualités et des travers (reconnaissance biaisée d'images, contournement et mise en défaut...). Il est très important qu'elle soit régulée, avec pour objectifs premiers la transparence et la responsabilité. J'attends donc des pouvoirs publics qu'ils imposent la transparence, afin que la responsabilité relève de l'humain et non de l'IA.

François Molinié | Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

L'IA appliquée au domaine de la justice est une tendance forte, dans un mode inductif (droit fondé sur la donnée) comme dans un monde déductif (droit fondé sur les programmes informatiques).

Face à son développement, la nature de la régulation commence à changer. L'ambition est de l'adapter aux enjeux éthiques et commerciaux, mais aussi au défi de compréhension du fonctionnement de l'IA et des algorithmes. Il faut renoncer à l'idée de pouvoir faire à l'avance une cartographie précise de ce mode de fonctionnement.

Par ailleurs, une approche pragmatique est indispensable : il n'y aura pas de Google Avocat ou Magistrat. La recherche intégrale de décisions de justice est une bonne chose, mais la recherche par le plan de classement ordonné l'est tout autant pour trouver l'état de la jurisprudence. Aujourd'hui, à l'inverse du secteur public, le secteur privé s'approprie les données publiques que constituent les décisions de justice. À l'avenir, sans doute faudra-t-il réfléchir à une approche plus ouverte de l'exploitation des communs que constitue la jurisprudence pour faire émerger une offre publique. C'est à ce prix que l'IA ne sera pas une menace.

Une fois posé le constat que l'algorithme se prête mal à la régulation, en ce sens qu'il est difficile d'exiger de ses concepteurs qu'ils en remettent les clés ou un mode d'emploi très détaillé à un régulateur, il importe de trouver une méthode pour encadrer les usages. Au ministère de la Justice, certaines actions visent déjà à mettre en place des référentiels ou des chartes d'utilisation. Les travaux de la CEPEJ ont fixé des principes fondamentaux dans l'utilisation des algorithmes : non-discrimination, sécurité, transparence, neutralité. C'est dans cette voie qu'il convient de s'engager.

Le regard des universitaires

Éric Brousseau | Professeur d'économie et de management à l'Université Paris Dauphine-PSL, Directeur scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation et du Club des Régulateurs

L'Institut ACS (Applied Computer Science) utilise les sciences des données – dont l'IA n'est qu'une des branches – pour faire des sciences sociales, grâce à une approche trans-thématique et mêlant les disciplines qui se font ainsi mutuellement progresser.

Être confronté à l'IA permet de comprendre que, contrairement au fantasme encore très répandu, il ne suffit pas d'accumuler des données pour avoir des résultats. L'IA utilise d'ailleurs largement l'intelligence humaine.

Par ailleurs, l'innovation se déroule dans les écosystèmes mondialisés qui ne peuvent pas être régulés à partir de nos petites îles traditionnelles. Il importe de prendre en compte cette dimension.

Ces technologies sont transverses : leur utilisation ne s'inscrit pas dans un secteur d'activité unique.

Habituellement, le régulateur sait traiter la complexité car il a le temps d'apprendre. Mais ici, le rythme de l'innovation est trop rapide et donc incompatible avec les rythmes de régulation et d'apprentissage collectif institutionnels.

L'IA est à la fois un atout et une menace : elle libère tout en risquant d'enfermer, individuellement et collectivement.

L'une de mes attentes vis-à-vis des pouvoirs publics vise à miser sur l'intelligence collective. Il faut cesser de croire que les problèmes pourront être réglés seulement en légiférant, même si cela reste bien sûr indispensable. Il est crucial de responsabiliser les opérateurs, en dialoguant avec eux, mais aussi d'éduquer les citoyens et leur fournir des moyens de signaler les dysfonctionnements de façon efficace. Créer des « réseaux de chiens de garde », *watchdog networks*, avec l'ensemble des parties prenantes – citoyens, universitaires, ONG, observatoires publics, membres d'entreprises – est tout aussi essentiel. Enfin, il convient de doter la puissance publique de moyens de traiter la complexité du numérique.

Plutôt qu'une focalisation sur telle ou telle thématique, il semble pertinent d'envisager le numérique dans sa globalité. Il ne faut pas régulariser les technologies au fur et à mesure de leur apparition, mais les traiter de façon globale.

Antoine Louvaris | Professeur de droit public à l'Université Paris Dauphine-PSL

Les juristes utilisent l'IA. En la matière, l'usager n'est pas l'utilisateur, mais la personne à l'égard de laquelle l'IA est utilisée.

L'IA sera utilisée comme le sont les autres technologies, en raison de ses avantages. Mais elle porte aussi des risques – or c'est une approche des risques qui a été retenue par le projet de règlement de la Commission. Les systèmes d'identification biométriques à distance dans des espaces accessibles au public sont prohibés, sauf dérogations (police, sécurité nationale). Se posera donc un problème de proportionnalité.

Quant à la notion de haut risque, elle est très large.

Le projet de règlement sur l'IA demande que soit instituée une autorité de régulation générale. La CNIL a proposé de l'être. Se posera alors un problème d'inter-régulation.

Normativement, abondance de biens ne nuit pas. Outre les règlements, les attentes sont fortes vis-à-vis du droit souple, qui permet de ne pas tomber dans le piège de l'obsolescence et s'adapte bien à la notion de certification. La solution des lignes directrices semble pertinente parce qu'elles appliquent à l'autorité publique la règle « *complain or explain* » : on suit les lignes directrices et, si on ne les suit pas, on explique pourquoi elles doivent être adaptées.

La notion d'éthique prendra nécessairement de l'ampleur également, de même que celle du contrôle citoyen.

Thierry Tuot

La convergence entre les différents intervenants paraît très rassurante. Reste à savoir comment faire partager cet esprit et ce consensus avec nos concitoyens, grâce à de la pédagogie notamment.

Il existe à coup sûr un enjeu très fort de définition du modèle économique. Le champ est vaste, pour la recherche universitaire.

Par ailleurs, tout tournera autour des garanties d'une transparence effective, utile et accessible – et sur la manière de la construire.

Enfin, l'IA peut être un extraordinaire vecteur de cohésion sociale, tout autant que de fragmentation. Aussi un travail social doit-il impérativement être conduit. En France, la recherche relève de l'université : c'est là que cette réflexion doit être menée.

La régulation des plateformes numériques – Le Digital Market Act

Modération : **Patrice Geoffron** | Professeur d'économie à l'Université Paris Dauphine-PSL, Directeur du LEDa-CGEMP

Le Digital Market Act (DMA) fait largement débat. Un article du *Monde* considère que « le DMA est une sérieuse mise au pas des géants du net en Europe ». *Les Échos*, pour leur part, s'interrogent en ces termes : « Le Digital Market Act ou les dangers du bricolage ? ». Dans ces articles, il est question du commissaire Breton, qui serait décidé à « faire régner l'ordre dans le Far West numérique ». Un groupe comme Apple a indiqué être préoccupé par certaines dispositions qui créeraient des vulnérabilités inutiles en matière de confidentialité et de sécurité pour ses utilisateurs. Quant à Google, il affirme soutenir de nombreuses ambitions, tout en restant inquiet des risques potentiels pour l'innovation et la variété des choix offerts aux Européens.

Genèse et perspectives

Mathieu Weill | Chef du service de l'économie numérique, Direction générale des entreprises, Ministère de l'économie, des finances et de la relance

Le texte du DMA s'inscrit dans une dynamique de changement de position des acteurs européens vis-à-vis du numérique et du fonctionnement des marchés du numérique, qui est l'aboutissement de trois à cinq années d'évolution très substantielle.

Un consensus s'est d'abord dégagé sur la nécessité de resserrer la supervision du fonctionnement des marchés du numérique, qui étaient devenus incontrôlables. La succession des actions de la Direction générale de la concurrence en France (ouverture d'enquêtes, sanctions, constat de l'inefficacité des sanctions et des mesures prises, etc.) était devenue telle qu'il fallait, de toute évidence, une nouvelle donne. La France a été en grande partie à l'initiative de ce texte, mais cette vision était partagée par d'autres pays. L'Allemagne avait ainsi adopté, environ un an avant le DMA, un texte pour doter son autorité de concurrence de pouvoirs très similaires à ceux que confère le DMA.

On constatait ce mouvement même dans des pays plus libéraux, le meilleur exemple étant celui des Anglais, qui avaient pris depuis 2017 un virage majeur avec la Competition and Market Authorities (CMA), destinée à réguler de manière spécifique les acteurs du numérique.

Un consensus a donc vu le jour au niveau européen, mais il ne fallait surtout pas freiner l'innovation. Celle-ci s'entend au sens des grandes plateformes, mais aussi de l'émergence de nouveaux acteurs. Or les grandes plateformes freinaient nettement la capacité des écosystèmes en Europe et aux États-Unis, où le débat prend une direction similaire. L'objectif d'un texte comme le DMA est d'aider « les petits arbres » à grandir aussi.

Plusieurs thèses s'affrontaient : certains estimaient que le droit de la concurrence était suffisamment « élastique » pour tout réguler, d'autres arguaient de la nécessité de créer un régulateur spécifique. Il fallait aussi prendre en compte cette question sous-jacente selon laquelle il n'est plus possible de laisser les États sans réponse face aux décisions structurantes, y compris en matière de politique publique, que prennent certains acteurs du numérique.

La Commission européenne a donc proposé un premier texte – le Digital Services Act, contenant un volet économique – et une revue des règles de la concurrence pour améliorer le fonctionnement des marchés du numérique, lesquels ont abouti à un DSA dédié à la responsabilité des plateformes et à un DMA axé sur le fonctionnement des marchés du numérique.

Quelle importance revêt le DMA ?

Premièrement, tous les États membres reconnaissent que l'Europe est l'échelle pertinente pour traiter de la relation entre eux et les acteurs du numérique, ce qui représente une avancée de taille. De fait, l'Europe est aux avant-postes et pose des règles innovantes, qui font écho aux travaux qui ont eu lieu outre-Atlantique.

Deuxièmement, le DMA apporte des règles assez uniformes *ex ante*, alors même que les acteurs du numérique ont tous des modèles économiques différents. Cette approche présente l'avantage de renverser la charge de la preuve et l'Europe fait le pari que le DMA aura un effet rapide sur la structuration des marchés.

Troisièmement, le DMA évite le démantèlement des grands acteurs du numérique, mais privilégie plutôt une approche de régulation par les pratiques. L'enjeu majeur résidera dans le suivi et le contrôle de ces acteurs et de leurs actions. La puissance publique devra se doter de compétences dans ce domaine. La France a d'ailleurs tiré les leçons de cette lacune, en créant un pôle d'expertises sur les régulations numériques. L'Europe doit désormais faire de même.

En dernier lieu, je tiens à souligner une défaite pour nous : la France avait proposé de retenir l'appellation « plateformes structurantes » plutôt que « *gate keepers* ». Malheureusement, la Commission ne l'a pas retenue. Néanmoins, le concept selon lequel des régulations peuvent s'appliquer à des acteurs qui combinent des traits de position dominante et un ensemble d'autres facteurs a été accepté. Il peut donner ultérieurement des « fruits intéressants » dans d'autres champs de régulation et représente donc un acquis important.

En conclusion, le DMA devra être jugé sur sa capacité à laisser de la place pour que puisse émerger un plus grand nombre d'acteurs innovants et européens dans le secteur du numérique et à assurer un fonctionnement plus équitable sur ces marchés.

Le DMA, un texte de réglementation plutôt que de régulation

Joëlle Toledano | Professeuse d'économie

J'avoue être un peu pessimiste devant la question soulevée par Mathieu Weill à la fin de son propos. Il convient néanmoins de saluer la rapidité avec laquelle le Parlement et les États membres de l'UE se sont mis d'accord sur des sujets assez sophistiqués et sur une vision partagée, avec un souci de la précision sur les pratiques à prohiber, qui est assez impressionnant. Le trilogue a fait émerger un texte commun, mais nous n'en disposons pas encore.

Cette nouvelle loi complémentaire vient en quelque sorte « à la rescousse » du droit de la concurrence, dont les standards de preuve et les modalités d'application n'ont pas permis d'empêcher le verrouillage concurrentiel opéré par certains acteurs du marché. Au fond, le problème du DMA se résume aux questions que l'on peut se poser à propos de l'*enforcement*. J'aimerais d'ailleurs que les juristes trouvent un équivalent en français à ce terme anglais !

La Commission aura-t-elle les moyens techniques et humains d'appliquer un texte aussi rigide, précis et fermé ? Elle a choisi de lister les comportements à prohiber ou à imposer aux grands acteurs du numérique, qui sont devenus les portes d'accès à l'Internet, pour les empêcher d'abuser de leurs règles et de leur pouvoir, mais je parierais assez largement sur le déclenchement de nombreux contentieux, empêchant l'application effective de ce nouveau texte de loi.

Les cinq plus gros acteurs du numérique représentent 9 000 milliards de dollars de capitalisation boursière. Comment la Commission européenne pourra-t-elle parvenir à appliquer ce texte face à des acteurs qui, à

n'en pas douter, se défendront activement pour qu'il remette le moins possible en cause leur modèle économique ? A mon avis, les appuis que peuvent apporter les États membres en matière de conseil, d'expertise et de contrôle seront insuffisants pour rendre ces marchés équitables, car chaque interdiction et chaque obligation prévue par le texte exigera, pour une mise en œuvre concrète, bien plus que l'affirmation d'une règle. Sans procédure ouverte et contradictoire qui permette de préciser les modalités, d'anticiper les points délicats et les contournements possibles, le risque d'un échec est réel. L'asymétrie de l'information aujourd'hui est trop grande et les risques de « capture » dans ce face-à-face de la Commission avec les acteurs du numérique sont loin d'être négligeables.

Je reproche fondamentalement au DMA d'être un texte de réglementation et non de régulation. Il ne fixe aucun principe général permettant de faire évoluer les modalités d'application et des règles strictes. Jusqu'à présent, la recherche de « remèdes » par les autorités de la concurrence a échoué. Le sujet est complexe, mais c'est seulement en mettant en place des systèmes, comme les régulateurs le font avec l'ensemble des *stakeholders*, que nous aboutirons à un résultat efficace. Sinon, je ne vois pas comment Bruxelles pourra échapper à un piège similaire à celui du RGPD, qui ne s'applique qu'aux moins puissants.

La Commission doit se doter de compétences techniques et humaines à la hauteur des enjeux. La question n'est pas tant d'avoir accès aux données et aux algorithmes à sa demande que d'y avoir accès à l'avance et de façon permanente, d'en connaître les ressorts, de mettre la transparence à ce niveau, au lieu de laisser des acteurs qui garderaient un contrôle total définir cette transparence. Il faut que les contributions soient internes et externes à la Commission, européennes, nationales, académiques, en provenance des ONG, etc. A mon sens, c'est la seule façon de dépasser cette très grande asymétrie d'information.

Qui plus est, la grande complexité des modèles économiques et l'évolution fréquente des systèmes techniques laissent peu de chance à une compréhension au cas par cas et à la formulation de règles dont les modalités seraient définies par les entreprises elles-mêmes.

D'après mon expérience en matière de régulation des monopoles ou des quasi-monopoles, les amendes sont peu efficaces. Seule une régulation incitative, comme dans le monde des industries de réseaux, a des chances de fonctionner. Il faut appliquer ce principe au numérique, mais nous n'y parviendrons qu'en passant d'un modèle de plateformes à un modèle d'écosystèmes.

Enfin, je pense que le DMA n'est que le premier texte d'une série d'autres textes. Il faut le saluer, parce qu'il nous permettra d'apprendre et de faire en sorte que les suivants soient meilleurs.

Pour une mise en œuvre efficace du DMA

Anne Yvrande-Billon | Directrice Économie, Marchés et Numérique, Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse

L'ARCEP et le BEREC ont largement contribué en amont aux discussions autour du DMA, en formulant des propositions concrètes qui visent à renforcer les mesures de ce nouveau règlement et à assurer sa mise en œuvre effective et efficace.

Selon moi, les points clés d'une mise en œuvre efficace sont les suivants :

- la nécessité d'une véritable régulation *ex ante*, c'est-à-dire d'un suivi régulier et en amont de l'évolution des environnements concernés ;
- des interactions en continu avec toutes les parties prenantes, tant les acteurs structurants (plateformes et *gate keepers*) que les bénéficiaires de leurs services, afin de correctement

appréhender l'objet à réguler et d'anticiper de nouvelles pratiques et de nouveaux risques ;

- la mise en place d'une structure de gouvernance adéquate, par exemple la constitution d'un groupe d'experts issus des autorités de régulation de différents secteurs, qui viendrait en appui de la Commission.

La régulation *ex ante* d'un environnement dynamique doit être elle-même dynamique, en mesure de s'adapter et d'utiliser les outils déjà existant dans le numérique ainsi que de nouveaux outils adéquats, permettant de capter les informations sur les acteurs et les marchés régulés. Il s'agit, en réalité, de mettre en place une régulation par la donnée.

À titre d'exemple, l'ACERP a mis en place un outil d'alerte – intitulé « J'alerte l'Arcep » – qui permet aux entreprises et aux citoyens de remonter les difficultés qu'elles et ils peuvent rencontrer avec les opérateurs de communication électronique. Ce dispositif a été récemment étendu aux développeurs d'application pour qu'ils puissent signaler des problèmes rencontrés avec les fabricants de terminaux, les systèmes d'exploitation, les moteurs de recherche ou encore les magasins d'application.

Cette régulation dynamique en apprentissage continu de l'objet régulé, des acteurs qu'elle régule et de ceux qui bénéficient de cette régulation doit s'appuyer sur des interactions répétées avec toutes les parties prenantes, pour comprendre la réalité du terrain, réduire les asymétries d'information qui risquent de se creuser du fait d'un environnement en perpétuelle évolution, anticiper les risques et vérifier l'efficacité et la portée des mesures appliquées. Il faut en effet s'assurer que l'obligation imposée est proportionnée et produit les effets voulus. Ce modèle de régulation et d'interaction existe déjà dans le secteur des télécoms. Une régulation *ex ante* ne peut pas être mise en œuvre depuis une « tour d'ivoire ».

L'ARSEC et le BEREC proposent de créer un groupe d'experts de haut niveau en matière de régulation du numérique pour renforcer l'action de la Commission, d'autant que les pratiques visées par le DMA recouvrent plusieurs secteurs. Il nous semble nécessaire d'articuler les différents textes et cadres réglementaires. Ce groupe pourrait fournir des avis, des recommandations et effectuer des retours d'expérience. Cette proposition est également portée par le Parlement européen et fait partie du compromis final issu des trilogues.

En conclusion, il est essentiel de veiller à la surveillance et à l'analyse des évolutions du marché et des pratiques des *gate keepers*. Le règlement, bien qu'ambitieux, n'épuisera pas forcément tous les problèmes identifiés. Il importe donc de continuer à s'interroger et à proposer des moyens pour une mise en œuvre efficace. L'ARCEP contribue à cette démarche. Elle s'apprête notamment à publier plusieurs rapports, dont une analyse de l'écosystème de l'Internet pour mieux identifier les enjeux à venir, et une analyse technico-économique de la mise en œuvre des mesures d'interopérabilité des services de messagerie instantanée.

Comment lutter contre les MAMAA ?

Yann Guthmann | Chef du service de l'économie numérique, Autorité de la concurrence

Le modèle de la plateforme s'est imposé avec l'émergence de l'Internet et s'avère très efficace pour gérer des marchés multifaces. Aujourd'hui, les MAMAA (Meta, Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet) sont les cinq plus grandes capitalisations boursières mondiales, alors que trois de ces entreprises n'existaient pas avant la création d'Internet. Le premier iPhone avait constitué une véritable révolution, ayant notamment pour effet de détrôner Nokia de sa position dominante. En droit, la position dominante n'est pas répréhensible, seul son abus est sanctionné, notamment par l'article 102 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Force est de constater que les autorités de concurrence ont eu à traiter de plus en plus de cas d'abus de position dominante avec chacune des MAMAA.

Tous ces cas sont d'une très grande complexité et requièrent énormément de ressources. Ils ont suscité l'apparition d'un nouveau type de compétences au sein des autorités de la concurrence, celui des *data scientists* ou spécialistes des données, aux côtés des juristes et des économistes.

Dans l'affaire Google Android, la Commission avait dû analyser 2 téraoctets de données ; dans l'affaire Google Newscorp, l'Autorité de la concurrence française a dû analyser 7 téraoctets de données. Sachez qu'1 téraoctet représente l'équivalent de 6,5 millions de pages de documents en PDF. Nous avons donc besoin de nouvelles techniques issues de la *data science* pour traiter ces affaires de manière efficace.

Toutefois, même en traitant toutes ces affaires, nous n'avons pas pu empêcher la consolidation de la position dominante des grands acteurs du numérique, d'où l'émergence du DMA, dont la plupart des interdictions et obligations s'inspirent très clairement des cas passés en droit de la concurrence. A la suite du trilogue, nous avons abouti à un accord qui contient notamment des interdictions et obligations relatives aux problématiques d'accès aux exploitations, à l'ouverture des écosystèmes mobiles, à l'interopérabilité et à la transparence.

Il est notamment prévu que les messageries soient interopérables pour les fonctionnalités de base, comme la possibilité pour deux utilisateurs ayant recours à deux messageries différentes de s'envoyer des messages.

Il reste à régler encore de nombreux détails de mise en œuvre et à trouver un mode de fonctionnement et ce, alors même que le rapport de force entre le régulateur et les géants du numérique peut paraître déséquilibré. L'Autorité de la concurrence ne dispose que d'un budget de fonctionnement de 5 millions d'euros et d'un effectif inférieur à 200 personnes. Pour autant, nous sommes parvenus à réaliser un travail de qualité et à sanctionner régulièrement différents abus dans le numérique. Je souhaite la même réussite à tous ceux qui mettront en œuvre le DMA.

Prendre en considération les bienfaits du numérique

Sébastien Gros | Directeur des affaires gouvernementales en Europe, Apple

De notre point de vue, la régulation n'est pas forcément perçue comme négative, dès l'instant qu'elle est équitable et qu'elle prenne en considération les acteurs économiques que nous sommes, ainsi que notre volonté de faire les choses correctement.

Nous ne connaissons pas encore le texte du DMA dans le détail, mais sachez qu'Apple ne le décorrèle pas du DSA. Pour nous, il s'agit d'un *package* législatif commun.

Je ne connaissais pas l'acronyme « MAMAA », mais celui de « GAFAM » nous enfermait déjà, alors que les modèles économiques sont très différents d'une plateforme à l'autre. D'un point de vue politique, il y a eu une forme de diabolisation ces derniers mois, peu propice à un dialogue serein autour des sujets évoqués. Ce dialogue serein est pourtant nécessaire. Aujourd'hui, nous parvenons à l'aboutissement du processus engagé et j'espère que nous obtiendrons des éléments complémentaires, qui viendront éclairer la mise en œuvre de certaines obligations, non parce que nous ne voulons pas à tout prix éviter de nous mettre en conformité avec les besoins légitimes émis par la Commission, mais parce que ces obligations auront des effets collatéraux que personne ne mesure actuellement, ni le régulateur ni les entreprises que nous sommes.

L'important à nos yeux est de pouvoir maintenir *in fine* l'expérience de l'utilisateur au plus haut niveau possible. Si certains d'entre vous utilisent un produit Apple, c'est sans doute parce que vous avez pleinement confiance en ce produit. Or certaines de nos façons de faire pourraient être « battues en brèche » par les nouvelles obligations, ce qui serait dommageable d'abord pour le consommateur.

Apple est présente en France depuis 40 ans, d'abord en tant qu'entreprise de *hardware* puis en tant que fournisseur de services (*software*). Nous avons fait en sorte d'obtenir un système intégré, dans lequel nous pouvons protéger et sécuriser les données. Nous proposons un produit sûr et, contrairement à nos concurrents, notre modèle économique ne monétise pas la donnée, ne l'utilise pas pour la revendre à des tiers. Les profils de nos utilisateurs ne sont pas traités. L'accusation par certains de *privacy washing* est infondée.

Apple a bouleversé l'économie du numérique, en créant l'App Store en 2008. Toutes les startups françaises y sont présentes et, depuis sa création, ce concept a permis de générer plus de 300 000 emplois et plus de 2 milliards d'euros pour les développeurs français. En effet, l'App Store leur permet de s'adresser au marché mondial. A titre d'exemple, une application comme BlaBlaCar a pu se développer grâce à l'App Store. L'image d'un grand arbre qui empêcherait les petits de grandir est donc erronée dans notre cas, puisque c'est l'inverse qui se produit. Il est d'ailleurs de notre intérêt d'héberger le plus grand nombre possible de tiers dans notre App Store, car ils enrichissent notre offre. Les développeurs français présents dans l'App Store réalisent 75 % de leurs revenus à l'étranger. Ce chiffre met à mal tout le faux procès intenté à Apple jusqu'à présent.

Il faut prendre en considération les bienfaits du numérique. Les GAFAM sont loin d'être comparables à l'industrie du tabac.

A priori, une entreprise comme Apple est très satisfaite du DMA, car elle préfère évoluer dans un contexte clair et stable pour développer son activité. Pour autant, je tiens à partager avec vous quelques-unes de nos interrogations.

Premièrement, le DSA, qui régule les contenus et qu'Apple a publiquement soutenu parce qu'elle estime que ce texte va dans le bon sens pour protéger l'utilisateur, établit certaines obligations qui contreviennent à d'autres obligations instaurées par le DMA. Comment pouvons-nous trouver le bon équilibre pour que ces deux textes ne se contredisent pas ? Je pense qu'il ne faut pas considérer le DMA à part du DSA.

Deuxièmement, la notion de plateforme structurante risque de « figer » le marché : ceux qui y sont y resteront et ceux qui pourraient y prétendre feront tout pour éviter d'en être.

Troisièmement, une disposition comme l'*upside loading* (le chargement unilatéral) présente des risques pour l'utilisateur. En effet, l'utilisateur pourra télécharger une application depuis l'Internet sans passer par un système sécurisé comme l'App Store, par exemple, mais personne ne sera en capacité de savoir ce qu'un tel téléchargement impliquera. Par ailleurs, l'égal accès aux fonctionnalités est un principe qui permettrait à n'importe quel acteur ou tiers de créer une application et d'avoir accès à des éléments essentiels et sécurisés, sans que personne ne le sache, et d'exploiter des données sans que personne ne puisse rien y faire. Une telle obligation nous inquiète, car il n'existe pas vraiment de solution technique alternative. Elle pourrait remettre en question et tirer vers le bas ce que nous avons construit en termes de *design*, de *privacy* et de sécurité des données mobiles. C'est d'autant plus dommageable que c'est ce qui nous différencie de nos concurrents.

L'interopérabilité est aussi un sujet. A titre personnel, je ne vois pas l'intérêt qu'il y aurait à rendre interopérables mon profil Facebook et mon profil LinkedIn, par exemple. Au contraire, le fait qu'ils soient séparés m'arrange plutôt. L'interopérabilité pose aussi la question du chiffrement de bout en bout. Je me demande comment cet aspect sera mis en œuvre.

La notion de *free of charge* pose également question. Jusqu'à présent, Apple innove et met ses innovations au service de ses clients pour en tirer un bénéfice. Il faudra trouver une solution pour maintenir un modèle économique qui permet de faire valoir notre droit à la propriété intellectuelle.

Enfin, la question de la fragmentation du marché européen est importante. Nous ne sommes pas opposés au débat sur les régulateurs nationaux, mais nous avons besoin de clarté. Nous avons besoin de connaître les rôles de chacun des régulateurs nationaux et européens.

Cette régulation et le DMA ne pourront réussir que si nous travaillons ensemble, sous la forme d'un partenariat plutôt que dans la défiance. Apple n'a pas pour ambition de challenger un monopole d'Etat,

mais veut simplement s'assurer qu'elle pourra maintenir son niveau d'excellence en matière d'innovation pour le consommateur.

Les plateformes structurantes représentent un atout. C'est pourquoi il importe de continuer à dialoguer sans *a priori*, en tenant compte des modèles économiques et des différentes façons de faire des uns et des autres.

Les questions d'ordre pratique soulevées par la mise en œuvre du DMA

Julie Catala-Marty | Avocate, Partner, Bryan Cave Leighton Paisner

Même si le texte du DMA n'est pas finalisé et si nous n'avons aucun recul, il paraît d'ores et déjà évident que certaines notions devront être précisées et que certains points spécifiques feront l'objet de débats.

D'après ce texte, les acteurs structurants qui auront été identifiés comme des contrôleurs d'accès seront tenus de se conformer à une liste de 18 interdictions et obligations. Le texte contient également certaines dispositions qui visent les acquisitions réalisées par ces acteurs structurants. Ces dispositions touchent donc, d'une certaine manière, au contrôle des concentrations.

J'ai recensé plusieurs questions.

- Comment s'articulera la régulation *ex ante* prévue par le DMA avec celle du droit de la concurrence ?
- De quels moyens humains disposera la Commission pour exercer cette mission de contrôle *ex ante*, sachant que les obligations précédemment décrites sont très techniques ?
- Quels seront les contours des notions clés (contrôleurs d'accès, services de plateforme essentiels, présomption, etc.) ?
- Comment s'articulera le DMA avec l'article 22 du règlement sur les contrôles des concentrations ?
- Comment s'articulera le DMA avec la régulation des données personnelles et le RGPD ?

Je me concentrerai sur trois points pour illustrer les difficultés d'ordre pratique ou les clarifications qui me paraissent nécessaires pour obtenir une mise en œuvre efficace, claire, lisible et sécurisante d'un point de vue juridique.

Jusqu'à présent, les autorités de concurrence agissaient au terme d'une régulation *ex post*, c'est-à-dire après avoir constaté la mise en œuvre de pratiques d'abus de position dominante et au terme d'une instruction pouvant s'avérer relativement longue. La nouvelle régulation prévoit une approche en amont et passe par la mise en place d'une réglementation pour éviter la constitution de pratiques déloyales. Ces deux dispositifs sont différents. Néanmoins, le lien entre les deux est évident, car la liste des 18 obligations du DMA se nourrit du droit de la concurrence et de la pratique décisionnelle de la Commission et des autorités nationales de la concurrence.

Si je cite le texte, « *le DMA vise à compléter l'application du droit de la concurrence* ». Cependant, aucune disposition n'explique quelle sera l'articulation entre le DMA et le droit à la concurrence auxquels les plateformes d'accès devront se conformer. Que se passerait-il en cas de procédure entamée par une autorité nationale de concurrence à l'encontre d'un contrôleur d'accès qui ne se serait pas conformé au DMA ?

Un rapport de l'Assemblée nationale, datant de juillet 2021, envisage un risque de télescopage et de neutralisation mutuelle des règles, en raison de l'application du principe *non bis in idem*, même si celle-ci

n'est pas évidente. Deux arrêts ont été rendus en mars 2022 par la CJE sur les contours de ce principe. Dans l'une d'entre elles, la Cour précise que, dans certaines configurations, un cumul des poursuites et des sanctions peut avoir lieu. Cet arrêt précise toutefois que ce cumul est conditionné à l'existence de règles claires et précises, contenant les actes et omissions susceptibles d'en faire l'objet, ainsi que la coordination entre les deux autorités compétentes.

Par ailleurs, le DMA définit la notion de *gate keeper* et instaure une présomption sur la base de seuils quantitatifs, mais cette présomption peut être renversée si la plateforme fournit « *des arguments suffisamment étayés* ». Cette notion d'arguments suffisamment étayés ne manquera pas d'alimenter les débats.

Enfin, les plateformes tirent leur puissance de leur croissance à la fois interne et externe, c'est-à-dire de leur stratégie d'acquisitions. Entre 2008 et 2020, Google a acquis 168 entreprises et Facebook 71. Or la plupart de ces acquisitions ne relèvent pas du contrôle des concentrations, car les seuils en termes de chiffre d'affaires, qui déclenchent les contrôles, ne sont pas atteints. Le DMA impose aux plateformes d'informer la Commission de tout projet d'acquisition. Le non-respect de cette obligation d'information est passible d'une sanction équivalant à 1 % du chiffre d'affaires de la plateforme.

Cette obligation d'information doit se lire à la lumière de la mention de l'article 22 du règlement sur le contrôle des concentrations, qui permet à la Commission, sous certaines conditions, de contrôler les opérations de concentration qui n'atteignent pas les seuils de chiffre d'affaires précités. D'après le communiqué de presse du Conseil de l'Union datant du 24 mars, une disposition pourrait voir le jour en cas d'infraction systématique (avérée à partir de trois manquements aux obligations sur une période de huit ans). La Commission pourrait donc interdire certaines acquisitions, ce qui soulève tout un ensemble de questions pratiques que ce soit pour l'acquéreur ou pour la cible, sachant que la Commission n'est pas tenue par des délais pour actionner l'article 22. Là encore, le texte gagnerait à être précisé.

Le DMA, un texte dynamique et de droit européen uniforme, avec une application extraterritoriale

Georges Decocq | Professeur de droit privé à l'Université Paris Dauphine-PSL

Le DMA s'applique à un secteur d'activité très précis, il contient une dimension concurrentielle et une dimension de protection du consommateur. Ce texte spécial doit s'articuler avec des textes de droit commun plus généraux ou classiques. Il contient aussi une dimension de droit international. Il suffit de se référer au paragraphe 2 de l'article 1^{er} pour le constater : « *Le présent règlement s'applique aux services de plateformes essentiels fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès aux entreprises utilisatrices établies dans l'Union ou aux utilisateurs finaux établis ou situés dans l'Union (...) quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des contrôleurs d'accès et quel que soit le droit applicable à la fourniture des services.* »

L'application du DMA sera donc nécessairement extraterritoriale.

L'article 16 stipule encore : « *En cas de non-respect systématique, la Commission peut imposer toute mesure corrective comportementale ou structurelle* ». J'ignore comment il sera possible d'imposer des mesures structurelles en dehors de l'Europe. Il nous a été dit que le démantèlement ne serait pas envisagé, mais je ne vois rien qui s'y opposerait en cas de violation systématique des obligations fixées par le DMA. Nous savons déjà que ce genre de question se règle par le biais de conventions internationales, que la Commission européenne a conclues avec les autres autorités.

Par ailleurs, le DMA nous est présenté comme un texte instaurant un droit de protection du consommateur, alors qu'il ne prévoit rien en matière d'indemnisation des victimes. Ce texte spécial devra donc s'harmoniser avec d'autres textes de loi qui font référence à cette indemnisation.

En outre, le DMA est un texte dynamique, prévu pour s'adapter aux évolutions permanentes des technologies et des marchés du numérique, grâce à deux types de mécanismes : une application évolutive du texte par ceux qui sont chargés de le mettre en œuvre et une évolution du texte lui-même. Ainsi, l'article 4 prévoit la possibilité de réexaminer le statut de contrôleur d'accès, l'article 8 prévoit de réexaminer les suspensions obtenues, l'article 9 prévoit la possibilité pour une entreprise de demander une exemption à tout moment, l'article 12 oblige à réfléchir à sa situation de contrôleur d'accès après avoir effectué une acquisition et l'article 13 fixe une obligation d'audit. La Commission peut mettre à jour les obligations qu'elle juge nécessaire, en fonction de l'évolution des pratiques des entreprises. Elle peut aussi mener des enquêtes sur les nouveaux services et les nouvelles pratiques, en vue de créer de nouvelles obligations et/ou interdictions. Une clause de réexamen de l'ensemble du texte est même prévue.

Enfin, le DMA est un texte de droit européen uniforme. Il contient un certain nombre de dispositions de fond et de procédures qui concernent les autorités des États membres. Selon l'article 1^{er}, *« les États n'imposent pas aux contrôleurs d'accès des obligations supplémentaires par voie législative et réglementaire aux fins de garantir la contestabilité et l'équité des marchés »*, ce qui revient à « confisquer » aux États le pouvoir d'intervenir sur ces questions. Il est également dit qu'*« aucune décision des autorités nationales n'irait à l'encontre des décisions adoptées par la Commission. Les États membres doivent coopérer et se coordonner avec la Commission dans le contrôle des mesures d'exécution. »* L'article 36 prévoit toute une série de textes pour la mise en œuvre du texte principal et il sera demandé aux États membres de coopérer lors de la discussion de ces textes. Contrairement à la RGPD, le DMA se suffit donc à lui-même, prévoit des textes subséquents et interdit aux États d'intervenir. Cela signifie que la Commission s'est arrogé le traitement de la question que doit régler ce nouveau règlement.

Les autorités de régulation seront impactées par le DMA, puisque celui-ci prévoit que les gouvernements et les autorités des États membres fournissent les renseignements nécessaires à la Commission pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement. Le DMA impose encore aux autorités des États membres le respect du secret professionnel des entreprises et l'interdiction d'échanger les informations qui leur seront fournies ou de les utiliser à d'autres fins. A l'inverse, les États membres pourront solliciter des enquêtes auprès de la Commission européenne.

Enfin, rien n'est dit à propos du droit de contrôle des concentrations nationales. De même, l'article 21 fait mention de mesures d'inspection dans les locaux des entreprises, mais ne prévoit à aucun moment la présence de représentants d'une autorité nationale ou la demande préalable d'une autorisation judiciaire, ce qui me paraît pour le moins surprenant. Peut-être faut-il y voir l'embryon d'une police d'enquêteurs autonomes des autorités de régulation et de concurrence nationale ?



Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75016 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>