



...le rapport d'information sur

REHAUSSER L'AMBITION EUROPÉENNE D'ENCADREMENT DU POUVOIR DE MARCHÉ DES GRANDES PLATEFORMES (DMA)

Le marché numérique est dominé par de **très grandes plateformes**, dont le modèle économique repose sur une **accumulation de données, massivement exploitées par des algorithmes aussi puissants qu'opaques**. Grâce au pouvoir de marché qu'ils ont ainsi construit, ces **grands acteurs privés non-européens** sont particulièrement actifs sur le marché européen qu'ils **ont fortement tendance à verrouiller**.

L'**opacité** de leurs pratiques, en particulier en ce qui concerne les **conditions de recueil et d'utilisation des données**¹ ou encore les **modalités de classement des offres**, permet à ces plateformes de tirer profit des **externalités de réseau** et de **renforcer toujours plus leur pouvoir de marché** : toutes caractéristiques qui rendent **difficile l'émergence de nouveaux acteurs**.

L'**objectif** de ces plateformes structurantes, qui ne se concurrencent qu'à la marge, est en effet **de pousser l'utilisateur final à rester dans l'écosystème**, en alimentant des addictions, en proposant un nombre croissant de services, en développant des stratégies multidimensionnelles, avec des utilisations différenciées, jusqu'à le rendre dépendant, sans qu'il en ait toujours conscience.

De ce fait, **les entreprises utilisatrices de ces plateformes**, sur lesquelles elles offrent leurs produits et services, **se retrouvent dans une relation** particulièrement **déséquilibrée**, tenues de recourir aux applications de la plateforme, qui, à la fois juge et partie, évalue et concurrence les prestations de concurrents de leurs filiales et encadre leurs offres.

Or **le droit de la concurrence**, qui permet certes d'infliger des sanctions en cas d'atteintes préjudiciables au marché, **ne suffit pas à réguler efficacement ce marché**, notamment en raison des **exigences de preuve** de l'effet distorsif des pratiques, des **difficultés matérielles, juridiques et techniques** auxquelles se heurtent les enquêtes, ce qui conduit à des **délais d'instruction** particulièrement longs.

LE DMA : UNE RÉGULATION EX ANTE ASYMÉTRIQUE DES CONTRÔLEURS D'ACCÈS

Fondée sur l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatif au marché intérieur, la proposition de règlement sur les marchés numériques, dite DMA, **cible les grandes plateformes** pour leur imposer d'emblée des obligations adaptées aux principaux services qu'elles offrent sur ce marché. Elle n'est **pas une variation autour du droit de la concurrence** car elle a pour objet, sans préjudice de celui-ci, de **protéger** un intérêt juridique différent **la contestabilité et l'équité du fonctionnement du marché intérieur numérique**, en particulier en matière de partage de la valeur.

¹ La présentation des informations, particulièrement détaillées et rédigées en caractères difficilement lisibles par l'utilisateur final ne permet pas à celui-ci d'identifier aisément les modalités de refus qui doivent pourtant lui être proposées, conformément au RGPD, ni leurs conséquences.

Le texte vise à **rééquilibrer** à cet effet **les relations** entre les grandes plateformes et les entreprises utilisatrices, afin de **favoriser l'innovation, la croissance et la compétitivité**, et de **faciliter le développement de plateformes de taille plus modeste, de petites et moyennes entreprises et de start-up**.

Il définit **un ensemble d'obligations et d'interdictions spécifiques auxquelles seraient soumises de plein droit les** seules grandes plateformes structurantes, qu'il qualifie de « **contrôleurs d'accès** », **sous la supervision de la Commission européenne**.

Il **encadre** ainsi des pratiques particulièrement nuisibles au bon fonctionnement du marché intérieur, notamment **les modalités contractuelles** que ces plateformes imposent aux entreprises utilisatrices, comme les clauses limitant la vente des biens ou services à un prix inférieur sur des plateformes concurrentes ou sur le site de l'offrant. Il vise en outre à assurer une **interopérabilité** effective et à permettre aux fournisseurs de services complémentaires d'opérer en partageant des données avec les contrôleurs d'accès.

UNE PREMIÈRE ÉTAPE TRÈS ATTENDUE MAIS UN DISPOSITIF À PRÉCISER, COMPLÉTER ET RENFORCER

Le cadre de régulation proposé, très attendu, en particulier par la France¹, apporte une **première réponse aux pratiques déloyales les plus graves auxquelles il est urgent de porter remède**. Il doit toutefois être précisé, affiné et renforcé sur un certain nombre de points cruciaux.

- **Mieux prendre en compte les écosystèmes des plateformes pour désigner les contrôleurs d'accès**

Huit services de plateforme essentiels sont identifiés mais la qualification de contrôleur d'accès ne tient pas compte de la dimension écosystémique des plateformes structurantes (art. 2). En outre, certains services sont laissés de côté comme les navigateurs, dont la neutralité n'est pourtant pas assurée, les assistants vocaux, qui tendent de plus en plus à se distinguer des moteurs de recherche, et les services de messagerie en ligne.

➤ **Prendre en compte les services secondaires** (*cloud*, publicité en ligne, navigateurs, assistants vocaux) pour appréhender les écosystèmes des plateformes, une plateforme ne pouvant être qualifiée de **contrôleur d'accès** que si elle **propose au moins deux services essentiels ou un service essentiel et un service secondaire**.

➤ **Distinguer** en outre, **au sein des services d'intermédiation, les places de marché** (*marketplaces*) **et les magasins d'applications** (*app store*), qui font d'ailleurs chacun l'objet de dispositions spécifiques dans le texte.

- **Préciser les modalités de calcul des seuils permettant une qualification de plein droit de contrôleur d'accès**

La Commission européenne propose que soient considérés de plein droit comme des contrôleurs d'accès les acteurs qui répondent à **trois critères cumulatifs** : un poids important dans le marché intérieur, la gestion d'un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur des entreprises utilisatrices aux utilisateurs finaux et une position solide et durable actuelle ou dans un avenir proche (art. 3).

Seraient considérés comme remplissant ces critères, sauf s'ils présentent des éléments probants contraires, les acteurs qui franchissent des seuils de chiffre d'affaires annuel dans l'Espace Économique Européen (EEE), ou de capitalisation boursière, et dont le service de plateforme essentiel a eu plus d'un certain nombre d'utilisateurs finaux actifs au sein de l'Union Européenne au cours des trois derniers exercices.

¹ Le Sénat a d'ailleurs d'ores et déjà adopté le 19 février 2020, sur le rapport n° 301 (2019-2020) de M. Franck Montaugé et Mme Sylviane Noël, une proposition de loi n° 48 (2019 -2020) visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, présentée par Mme Sophie Primas et plusieurs de ses collègues.

➤ **Annexer au règlement la définition des modalités de calcul des seuils de présomption de la qualité de contrôleur d'accès**, plutôt que de renvoyer à des actes délégués, en particulier le décompte des utilisateurs actifs, ce qui **donnerait plus de visibilité aux opérateurs concernés et permettrait une mise en œuvre plus rapide**.

- **Revoir les délais de déclaration et de mise en conformité pour une application rapide du règlement**

➤ **Réduire de trois à un mois le délai de déclaration de l'atteinte des seuils** par les fournisseurs de services de plateforme essentiels **et l'assortir d'une sanction** en cas de retard ou d'absence de déclaration.

➤ **Diviser par deux le délai (60 jours) donné à la Commission pour désigner les contrôleurs d'accès qui déclarent atteindre ces seuils** et ne fournissent pas d'éléments probants pour contester cette qualification.

➤ **Réduire à trois mois le délai de mise en conformité du contrôleur d'accès avec les obligations** figurant aux articles 5 et 6.

- **Préciser les obligations des contrôleurs d'accès**

Sept obligations ou interdictions horizontales sont applicables de plein droit (art. 5), tandis que onze obligations et interdictions sont « susceptibles d'être précisées », ce qui permettra de les adapter aux caractéristiques des contrôleurs d'accès concernés (art. 6).

La proposition de règlement ne prétend pas à l'exhaustivité mais constitue **indéniablement une avancée**, sous réserve de précisions et de compléments, pour rééquilibrer à tout le moins les relations entre les contrôleurs d'accès et les utilisateurs de leurs services de plateformes essentiels. Pour autant, il est proposé d'**aller plus loin sur un certain nombre de points**.

➤ **Renforcer la portée effective de l'interdiction d'utiliser les données sans le consentement préalable de l'utilisateur (5a) :**

- **en interdisant au contrôleur d'accès de proposer une offre dégradée en cas de refus de consentement ;**
- **en prohibant expressément le recours à des subterfuges (*dark patterns*) pour recueillir ces données.**

➤ **Étendre l'interdiction des clauses de parité aux services commerciaux hors ligne proposés par les entreprises utilisatrices**, afin de laisser aux entreprises utilisatrices plus de liberté pour proposer des prix inférieurs tant sur leur propre site que hors ligne (5b).

➤ **Étendre à tous les services accessoires** (en particulier les services de paiement) **l'interdiction** faite au contrôleur d'accès **d'obliger** l'entreprise utilisatrice et donc le consommateur **à recourir à ses services accessoires (5e)**.

➤ Garantir la liberté de choix des applications logicielles par l'utilisateur, en précisant que **la désinstallation de toute application logicielle préinstallée** dans un service de plateforme essentiel **doit être techniquement facile (6§1b)**.

➤ **Étendre le champ de la prohibition de l'autopréférence à toute technique permettant d'influencer les utilisateurs finaux pour les diriger prioritairement vers les services ou produits du contrôleur d'accès ou d'une entreprise liée à celui-ci (art. 6§1d)**.

➤ **Renforcer l'effectivité des droits à l'interopérabilité et à la portabilité des données** en prévoyant que l'accès doit être **techniquement simple** et que **les informations nécessaires** pour leur mise en œuvre doivent être **disponibles à tout moment (6§1f et h)**.

➤ Prévoir la **nullité de plein droit des clauses contraires aux interdictions et prescriptions du règlement**.

➤ **Encadrer la portée des actes délégués de mise à jour des obligations et interdictions** pour qu'ils ne puissent que préciser ces obligations, les modalités de leur mise en œuvre ou élargir leur champ d'application (art. 10).

➤ Renforcer les dispositions anticourtage pour **interdire tout comportement qui aurait en pratique le même objet ou un effet équivalent à celui des pratiques prohibées** visées aux articles 5 et 6 (art. 11).

LA RÉGULATION MISE EN ŒUVRE PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE DEVRAIT ASSOCIER LES AUTORITÉS NATIONALES ET LES ENTREPRISES UTILISATRICES

La fonction de régulateur serait confiée à la Commission dans la mesure où il s'agit de **veiller au bon fonctionnement du marché intérieur numérique**. Les moyens de celle-ci étant limités et les autorités nationales de régulation ayant tout à la fois développé des compétences techniques ainsi qu'une connaissance concrète précise du terrain, des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux, il apparaît indispensable de compléter le dispositif prévu en les associant à la mise en œuvre du DMA.

- **Renforcer les moyens humains et techniques de la Commission**

Pour être en mesure d'exercer effectivement les pouvoirs que lui confère le chapitre V (pouvoirs étendus d'enquête de marché, y compris sur place, droit d'accès aux algorithmes, sans que le secret professionnel lui soit opposable, mesures provisoires, acceptation d'engagements pendant l'enquête ou en cas de méconnaissance des règles, sanctions pécuniaires, mesures comportementales ou structurelles), la Commission doit pouvoir disposer de moyens techniques et humains de **suiti**, d'**analyse** et de **contrôle**, au-delà des 80 ETP dédiés annoncés à horizon 2025.

- **Alléger le standard de preuve pour le prononcé de mesures provisoires**

➤ Prévoir que des **mesures provisoires** peuvent être prononcées **lorsque que le comportement d'un contrôleur d'accès est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate** (et non irrémédiable comme l'exige l'article 22) **à l'intérêt d'une entreprise utilisatrice ou d'utilisateurs finaux**, comme le fait le droit français.

- **Associer les autorités nationales sectorielles et les États membres à la régulation des contrôleurs d'accès**

➤ Prévoir que **la Commission peut faire appel aux compétences des autorités nationales et leur déléguer des enquêtes**.

➤ Prévoir la **possibilité pour tout État membre ou autorité nationale compétente de saisir la Commission aux fins d'ouverture d'une enquête de marché**, au titre non seulement de l'article 15 (désignation d'un contrôleur d'accès) mais également **en cas de non-respect systématique des obligations prévues par le règlement (art. 16) ou aux fins d'inscrire de nouvelles pratiques déloyales ou susceptibles de limiter la contestabilité des services de plateformes essentiels (art. 17)**: la Commission devrait en principe **donner suite à ces demandes dans les trois mois**.

- **Créer un réseau européen de la régulation numérique réunissant les autorités nationales sectorielles**

Un tel réseau faciliterait les échanges entre les autorités nationales et la Commission sur les pratiques identifiées ainsi que la cohérence des approches avec les règles sectorielles. Les échanges d'informations **permettraient en outre d'éviter les doubles poursuites** et de choisir la base légale la plus opportune entre le droit de la concurrence et le DMA.

- **Associer les entreprises utilisatrices à la définition matérielle des remèdes**

➤ Prévoir des **guichets nationaux de dépôt de signalements** et une **procédure de transmission à la Commission**.

➤ **Associer**, en tant que de besoin, **des entreprises utilisatrices à la définition des modalités de mise en œuvre des obligations prévues par le règlement et des mesures correctives** (art. 7 et 23).

- **Prévoir l'information des autorités nationales de concurrence lors de la mise en œuvre du contrôle préalable systématique des acquisitions envisagées par un acteur systémique**

Pour limiter la poursuite du renforcement du pouvoir de marché des contrôleurs d'accès et les empêcher de racheter des entreprises innovantes afin de tuer leur potentiel de concurrence (*killer acquisitions*), il est prévu que les seuils d'application du contrôle des concentrations d'entreprises définis par le règlement (CE) 139/2004 ne seraient pas applicables aux marchés numériques.

➤ Afin de garantir une bonne **coordination des procédures de contrôle des concentrations**, il convient d'ajouter à l'article 12 que **lorsqu'un contrôleur d'accès notifie un projet d'acquisition à la Commission, celle-ci en informe la ou les autorités nationales de concurrence compétentes**.

CONCLUSION

Avec un DMA précisé renforcé et complété, la régulation des marchés numériques pourra franchir **une première étape, inédite au niveau mondial, au moment où d'autres grands marchés réfléchissent à la mise en place d'une régulation des grandes plateformes numériques**.

Une **adoption rapide**, en début d'année 2022, est donc **hautement souhaitable** et paraît envisageable en l'état des discussions en cours, tant au Parlement européen qu'au Conseil.



Jean-François Rapin

Président de la commission

Sénateur
(Les Républicains)
du Pas-de-Calais



Catherine Morin-Desailly

Rapporteure

Sénatrice
(Union Centriste)
de la Seine-Maritime



Florence Blatrix Contat

Rapporteure

Sénatrice
(Socialiste,
Écologiste et
Républicain)
de l'Ain

Commission des affaires européennes

<http://www.senat.fr/europe/broch.html>

Téléphone : +33 (0)1 42 34 24 80

Consulter le rapport d'information :

<http://www.senat.fr/notice-rapport/2021/r21-034-notice.html>