



CONCURRENCE

DMA, un contrôle renforcé pour un nombre très limité d'acteurs

Le Digital Market Act, une régulation préventive des plateformes les plus importantes afin de s'assurer qu'elles ne constituent pas une entrave à la libre concurrence au sein du marché commun numérique. Explications.

Avec l'adoption par le Coreper de la proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, communément appelé le Digital Market Act ou DMA, l'Union européenne achève l'adoption du dernier des deux instruments législatifs destinés à soumettre les géants du numérique aux principes fondamentaux du droit européen. Si le Digital Services Act a pour objet d'assurer le respect des droits et libertés individuelles par et sur les plateformes, son jumeau, le Digital Market Act constitue, quant à lui, une régulation préventive des plateformes les plus importantes afin de s'assurer qu'elles ne constituent pas une entrave à la libre concurrence au sein du marché commun numérique. En effet, comme le constate le deuxième considérant du DMA, les caractéristiques des plateformes (économies d'échelles extrêmes, effets de réseaux très importants, forte dépendance des utilisateurs...) lorsqu'elles sont combinées à des pratiques déloyales peuvent sensiblement réduire la concurrence sur les marchés et conférer un pouvoir économique considérable aux plateformes. Les règles du droit de la concurrence ont semblé insuffisantes à la Commission, au Parlement et aux Etats membres au vu des caractéristiques des plateformes, car ces dernières ne sont pas toujours en position dominante et les enquêtes nécessaires à l'établissement de pratiques déloyales sont généralement trop longues et complexes pour être réellement efficaces. Le DMA

constitue un instrument juridique dont l'objectif est de s'assurer que les marchés sur lesquels les plateformes les plus importantes opèrent sont et restent contestables et équitables, indépendamment des effets réels, éventuels ou présumés du comportement de la plateforme sur la concurrence sur un marché donné.

Un nombre très limité d'acteurs concernés par le DMA

L'objet du DMA est d'exercer un contrôle sur les services de plateforme essentiels les plus importants, appelés « *contrôleurs d'accès* ». La définition de ce concept prend donc une place très importante dans le règlement.

Le contrôleur d'accès est tout d'abord un service de plateforme essentiel, c'est-à-dire qu'il fournit l'un des services suivants : services d'intermédiation en ligne, moteur de recherche en ligne, service de réseaux sociaux en ligne, service de plateforme de partage de vidéos en ligne, service de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation, systèmes d'exploitation, services d'informatique en nuage, services de publicité en ligne, y compris tous réseaux publicitaires, échanges publicitaires et autre service d'intermédiation publicitaire fournis par une entreprise qui fournit l'un des autres services de plateforme essentiels énumérés ci-dessus. Le texte final ajoute à cette énumération les services de navigateur Internet et d'assistances

virtuels (type Alexa, Siri ou Google Assistant).

Ce choix d'une définition par énumération des services de plateforme semble contradictoire avec la volonté affichée au considérant 14 du DMA d'une neutralité technologique de cette définition, puisqu'elle devra être revue lors de l'émergence de nouvelles technologies et de nouveaux usages des technologies de l'information. Cette définition risque par ailleurs de ne pas appréhender certains acteurs majeurs de l'économie numérique. Ainsi, Netflix ne propose pas un partage de vidéos tandis que Spotify ne semble concerné par aucun des services retenus, sauf si l'on considère qu'il propose un moteur de recherche en ligne. De plus, elle inclut certains services, tels que les systèmes d'exploitation ou les assistants virtuels dont la qualification de plateforme ne semble pas évidente. La définition choisie par le législateur français semble à cet égard présenter une meilleure appréhension à la fois conceptuelle et technologiquement neutre du phénomène des plateformes, définies comme un service de communication au public reposant sur (i) le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; ou (ii) la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »¹

Ce fournisseur service de plateforme essentiel, pour être qualifié de contrôleur d'accès, doit ensuite (i) avoir un poids important sur le marché intérieur, (ii) fournir un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux et (iii) jouir d'une position solide et durable dans ses activités ou présenter une forte probabilité de jouir d'une telle position dans un avenir proche. Au vu du caractère très subjectif de ces critères, qui constituent une véritable insécurité juridique, le DMA associe à ces critères des seuils chiffrés qui constituent des présomptions. Un chiffre d'affaires de 6,5 milliards d'euros dans l'EEE au cours des trois dernières années ou une capitalisation boursière ou valeur de marché de 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice pour une entreprise fournissant des services de plateforme essentielle dans au moins trois Etats membres constituent une preuve d'un poids important sur le marché intérieur. Un nombre d'utilisateurs finaux actifs supérieur à 45 millions et un nombre d'entreprises utilisatrices de plus de 10.000 au cours du dernier exercice constituent une preuve que la plateforme constitue un point d'accès majeur, tandis que l'atteinte de ces seuils au cours des trois derniers exercices constitue une preuve que la plateforme jouit d'une position solide et durable dans ses activités. Il faut donc attendre en pratique au moins quatre ans après l'arrivée d'une plateforme sur le marché pour qu'elle puisse être soumise aux obligations du DMA, ce qui laisse rêver au vu de la rapidité de l'évolution des technologies de l'information.

Toute plateforme qui atteint ces seuils doit en informer la Commission dans les trois mois, avec, si elle le souhaite, les éléments qui pourraient lui permettre d'être exonérée du statut de contrôleur d'accès. La Commission peut, de son côté, mener des enquêtes pour examiner si un fournisseur de services de plateforme essentielle, même s'il n'atteint pas les seuils mentionnés

ci-dessus, devrait être considéré comme un contrôleur d'accès.

La qualification de contrôleur d'accès représentera un coût très important, puisque non seulement l'opérateur de plateforme devra respecter les obligations énoncées ci-dessous, mais il devra également documenter ce respect et nommer un responsable de la conformité indépendant qui devra continuellement veiller au respect de ces obligations. La Commission a reçu des pouvoirs d'audit et d'enquête très étendus accompagnés par un montant de sanction particulièrement élevé. En effet, toute violation du DMA peut être sanctionnée par des amendes allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial annuel de l'entreprise, qui peuvent, en cas de récidive dans les 8 ans, être portées à 20% du chiffre d'affaires mondial annuel.

Au vu de l'imprécision des critères retenus, et souvent de l'absence de transparence des acteurs concernés sur leur chiffre d'affaires et leur nombre d'utilisateurs dans l'Union européenne, il est très incertain de prédire le nombre d'acteurs qui vont être concernés par cette nouvelle réglementation, mais l'étude d'impact de la Commission européenne évaluait à 15 au maximum le nombre de plateformes qui entreraient dans le champ d'application du DMA. La contestation de leur soumission à cette réglementation par les opérateurs de plateforme semble, en revanche quant à elle, quasiment certaine.

La sanction automatique de pratiques déjà très limitées en application du RGPD

Les premières pratiques interdites par le DMA sont des pratiques concernant le traitement des données personnelles, montrant l'importance de ces données dans l'économie des plateformes. Ces pratiques sont généralement à la limite de la légalité au vu du RGPD. Le DMA permet de les interdire sans être obligé de démontrer leur illégalité et de les sanctionner beaucoup

plus fortement avec amendes allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires, soit 2,5 fois le montant maximal autorisé sous le RGPD.

Le contrôleur d'accès ne doit pas traiter, afin de fournir des services de publicité en ligne, les données personnelles des utilisateurs finaux qui utilisent les services de tiers utilisant les services de plateforme essentielle. Cette utilisation est déjà très difficile à réaliser légalement en application du RGPD, puisqu'elle constitue un traitement de données par un nouveau responsable de traitement qui doit procéder à l'information de la personne concernée et trouver une base juridique valide, qui généralement ne peut être que le consentement. Le DMA autorise cependant expressément cette pratique lorsque le consentement de la personne concernée a été préalablement obtenu. Si ce consentement a été refusé, il ne peut pas être redemandé avant le terme d'une période d'une année.

Il est ensuite interdit au contrôleur d'accès de combiner les données personnelles de son service de plateforme essentielle avec celles d'autres services de plateforme essentielle ou d'autres services qu'il fournit, d'utiliser les données personnelles de la plateforme essentielle pour d'autres services qu'il fournit séparément ou de d'inscrire les utilisateurs finaux à d'autres services dans le but de combiner leurs données à caractère personnel. Ces pratiques constituent également toutes un nouveau traitement, pour lequel l'information de la personne concernée doit être réalisée et une base juridique adéquate trouvée.

Les contrôleurs d'accès ne peuvent pas non plus, pour leurs services de plateforme essentielle, utiliser pour faire concurrence avec les entreprises utilisatrices, des données (personnelles ou non personnelles) qui ne sont pas publiquement disponibles et qui sont générées ou fournies par ces entreprises utilisatrices lors de leur utilisation de la plateforme,

empêchant ainsi l'appropriation de ces données par les contrôleurs d'accès. Cependant, la distinction entre les données qui relèvent de l'activité de la plateforme et celles qui relèvent de l'activité de l'entreprise utilisatrice risque d'être difficile à établir, ainsi que l'objet de l'utilisation de ces données par le contrôleur d'accès.

Finalement, le contrôleur d'accès doit fournir aux utilisateurs finaux la portabilité des données qu'ils ont fournies à la plateforme ou qui ont été générées par l'usage de la plateforme, y compris sous la forme d'un accès continu et en temps réel de ces données. Ce droit à la portabilité des données est donc beaucoup plus large que celui accordé par l'article 20 du RGPD, puisqu'il s'applique quelle que soit la base juridique du traitement et de manière continue, avec une obligation d'effectivité alors que le RGPD se limite à la fourniture de ces données dans un « *format structuré, couramment utilisé et lisible par machine* » qui reste encore bien souvent à définir.

De nouvelles clauses noires en droit de la concurrence

Les contrôleurs d'accès seront également obligés de s'abstenir de certaines pratiques qui ont donné lieu à de longs contentieux en droit de la concurrence.

Certaines pratiques concernent tout d'abord le pouvoir dont bénéficient les contrôleurs d'accès grâce à leur maîtrise de l'infrastructure logicielle de l'utilisateur final, que ce soit son exploitation, son navigateur ou son assistant virtuel. Les contrôleurs d'accès ne peuvent tout d'abord pas lier l'utilisation de leur plateforme à l'utilisation de leur navigateur, service de paiement ou service d'identification ou à la souscription d'autres services de plateforme essentielle qu'ils proposent dans leur désignation. Les contrôleurs d'accès devront permettre aux utilisateurs finaux de désinstaller tout logiciel de leur système d'exploitation, sauf si le logiciel est essentiel pour le

bon fonctionnement du système, ainsi que de modifier facilement la configuration de leur système d'exploitation, assistant virtuel et navigateur Internet si ces derniers les orientent vers les produits et services proposés par le contrôleur d'accès. Les contrôleurs d'accès devront également permettre et faciliter l'installation et l'utilisation d'applications et de bibliothèques logicielles de tiers utilisant leur système d'exploitation tout en autorisant leur accès à travers d'autres systèmes d'exploitation. Suite au téléchargement d'une application, le contrôleur d'accès ne pourra pas non plus empêcher cette application de proposer à l'utilisateur final qu'elle soit son application par défaut. Ces obligations demeurent cependant soumises au droit du contrôleur d'accès d'assurer l'intégrité et la sécurité de son système d'exploitation.

La DMA adresse également les pratiques des plateformes proprement dites : interdiction de référencer de manière plus favorable les produits et services du contrôleur d'accès ou de restreindre la capacité des utilisateurs à passer d'une application ou d'un service à un autre sur la même plateforme, obligation de permettre aux fournisseurs de services ou d'équipements informatiques la même interopérabilité avec la plateforme que celle accordée aux services ou équipements informatiques fournis par l'opérateur de la plateforme, interdiction d'obliger les entreprises utilisatrices à proposer sur la plateforme les mêmes prix et conditions que ceux offertes sur d'autres plateformes. La DMA impose aux contrôleurs d'accès une obligation de permettre aux entreprises utilisatrices de communiquer gratuitement avec leurs clients acquis par l'intermédiaire de la plateforme et de conclure des contrats avec eux, y compris hors de la plateforme. Les clients des entreprises utilisatrices de la plateforme du contrôleur d'accès sont donc bien leurs clients et non ceux de la plateforme, qui ne peut se retrancher derrière son statut

d'intermédiaire pour échapper aux obligations du vendeur tout en s'appropriant les clients. Le contrôleur d'accès doit également permettre aux utilisateurs finaux d'accéder par son intermédiaire à tout contenu, service ou logiciel utilisant le logiciel de l'entreprise utilisatrice connectée à la plateforme, même lorsque ces contenus, logiciels et services ont été acquis hors de la plateforme. Il ne peut pas non plus interdire aux entreprises utilisatrices ou aux utilisateurs finaux de saisir toute autorité publique, y compris une juridiction concernant ses pratiques.

Afin d'éviter une appropriation de la valeur des données générées par la plateforme par le contrôleur d'accès, ce dernier doit accorder aux entreprises utilisatrices un accès gratuit, de haute qualité, continu et en temps réel aux données agrégées et non agrégées que leur utilisation de la plateforme génère. Cette communication est cependant soumise, concernant les données personnelles, à l'accord préalable de la personne concernée.

Les fournisseurs de service de recherche en ligne devront fournir à tout tiers qui le demande un accès à leurs classements, demandes, click et données de visualisation, afin de permettre à tout nouveau moteur de recherche de bénéficier de l'expérience accumulée. Cependant, la DMA ne précise pas si cet accès doit être gratuit ou peut être valorisé par les acteurs déjà présents sur le marché, ni les modalités de communication de ces données, qui représentent un volume considérable.

Finalement, la DMA requiert que les contrôleurs d'accès accordent des conditions d'accès justes, raisonnables et non discriminatoires à toutes les entreprises utilisatrices et en particulier publient leurs conditions générales d'accès, qui doivent inclure un mécanisme alternatif de règlement des différends et s'assurer que leurs conditions de résiliation ne soient pas disproportionnées tout en pouvant être exercées sans difficulté indue.

Une transparence bienvenue concernant la publicité en ligne

Plusieurs articles du DMA sont consacrés à la publicité, afin d'imposer une transparence nécessaire dans ce secteur, dont le considérant 56 du DMA relève l'opacité. Tout d'abord, le contrôleur d'accès doit fournir à tout annonceur, à sa demande, gratuitement et quotidiennement, les informations suivantes concernant chaque publicité mise en ligne par l'annonceur sur la plateforme : (i) le prix et les redevances payées par l'annonceur pour chaque service fourni par le contrôleur d'accès, (ii) la rémunération reçue par l'éditeur et (iii) les indicateurs sur la base desquels ces rémunérations et prix sont calculées. Ces obligations seront familières aux acteurs français du marché de la publicité, puisqu'elles reflètent les obligations de redditions des comptes de la loi Sapin² actualisée par la loi Macron³, qui prévoient une information plus détaillée des annonceurs mais à un rythme mensuel, ce qui semble en effet peu adapté à l'ère d'internet.

Le DMA cherche également à protéger les éditeurs et prévoit que ces derniers soient également informés de la rémunération qu'ils doivent verser à la plateforme pour chaque service de publicité qu'ils ont souscrit auprès de la plateforme, ainsi que le prix versé par l'annonceur et les indicateurs utilisés pour calculer ces rémunérations.

Cependant, en pratique, la plateforme demeure à la fois le bénéficiaire des paiements de l'éditeur et de l'annonceur et le responsable technique de l'efficacité de la publicité et des critères générant sa rémunération, ce qui est un conflit d'intérêt auquel il semble difficile de remédier, en particulier au vu de l'asymétrie d'information et de compétences techniques entre les plateformes et les autres acteurs de la publicité, et même la Commission si elle cherche à vérifier le respect de ces dispositions.

L'interopérabilité des services de communication en ligne

Le DMA propose finalement une révolution dans l'univers des communications en ligne, en prévoyant que tous les services de télécommunication qui ne reposent pas sur des numéros fournis par des contrôleurs d'accès puissent être interconnectés fournissent des interfaces ou autres solutions leur permettant d'interopérer avec tout autre service de télécommunication en ligne, de manière à pouvoir échanger des messages textuels mais aussi des images, des vidéos, et des fichiers attachés entre deux individus. Cette obligation sera étendue aux groupes dans les 2 ans de la désignation en tant que contrôleur d'accès entre des groupes d'individus puis, dans les 4 ans de cette désignation aux appels vocaux et vidéos entre individus et entre un groupe et un individu. Ainsi, un utilisateur de Telegram devra par exemple pouvoir communiquer aisément avec un utilisateur de WhatsApp. Cependant, chaque fournisseur ne pourra collecter les données personnelles de l'utilisateur d'un autre fournisseur avec lequel il connecte son abonné que dans la limite où cette collecte est strictement nécessaire au traitement de l'interconnexion.

Avec l'adoption du DMA par le Coreper, dernière étape avant son adoption finale, l'Union européenne impose à un nombre très limité d'opérateurs des contraintes similaires à celles qu'ils auraient eu à respecter s'ils avaient été trouvés en situation de position dominante, même si une analyse de marché en droit de la concurrence ne permettrait pas de leur attribuer ce statut, passant ainsi d'un contrôle ex post à un contrôle ex ante.

S'il semble peu probable que cette réglementation limite l'innovation sur le marché européen, puisqu'elle ne sera applicable au plus tôt qu'après 4 années d'activité résultant en l'atteinte d'une position

solide et durable, on peut cependant s'interroger sur la capacité réelle de la Commission à contrôler les pratiques des contrôleurs d'accès. La Commission européenne a d'ores et déjà décalé de 6 mois, au printemps 2023, la date d'entrée en vigueur de ce texte, au vu des difficultés d'ordre pratique qu'elle rencontre afin de pouvoir pleinement exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par ce texte : embauche de personnel, préparation des systèmes informatiques, rédaction des textes juridiques complémentaires sur les procédures ou les formulaires de notification...

La Commission a déjà l'habitude d'affronter des sociétés avec des moyens financiers sans comparaison avec les siens.

Si la détermination de l'atteinte des seuils ne devrait pas poser de problèmes à ses équipes, malgré l'opacité entretenue par les géants de l'internet sur leurs nombres d'utilisateurs et chiffres d'affaires, l'analyse d'algorithmes et de programmes informatiques ne rentre pas dans ses compétences habituelles, alors que ces éléments sont au cœur des pratiques qui pourraient être reprochées aux contrôleurs d'accès et que les analystes informatiques sont une main d'œuvre rare et recherchée.

Marc LEMPÉRIÈRE

Avocat associé
ALMAIN

Notes

- (1) Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, art 49 : code de la consommation art L.111-7
- (2) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
- (3) LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques