

# La proposition de Règlement de la Commission européenne sur les marchés numériques à la lumière de la pratique de la Commission et de l'Autorité de la concurrence



Les plateformes en lignes ont, ces dernières années, fait l'objet de nombreuses enquêtes diligentées par les autorités de concurrence, tant au niveau communautaire qu'en France et ailleurs.

En France, le numérique constitue une des priorités de l'Autorité de la concurrence pour les années à venir et celle-ci s'est d'ailleurs dotée d'un service de l'économie numérique en **2020**. L'Autorité a par ailleurs annoncé, en décembre dernier, que ses priorités pour **2021** seront centrées sur l'économie numérique. Au niveau communautaire, c'est un nouveau pas dans la réglementation des plateformes que la Commission européenne (la **CE**) vient de franchir le 15 décembre dernier avec sa [proposition de Règlement sur les marchés numériques](#) : le « *Digital Markets Act* » (**DMA**).

Le DMA, [porté conjointement](#) par la Commissaire européenne à la concurrence Margrethe Vestager et le Commissaire européen au marché intérieur Thierry Breton, prévoit de nombreuses obligations à destination des

plateformes agissant en tant que « contrôleurs d'accès » sur les marchés numériques, à savoir les « *plateformes qui ont une forte incidence sur le marché intérieur, qui constituent un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour toucher leur clientèle, et qui occupent ou occuperont dans un avenir prévisible une position solide et durable* ».

Le DMA aura vocation à coexister avec les règles de concurrence existantes, tout en s'attaquant aux pratiques considérées comme déloyales de la part des contrôleurs d'accès qui (i) ne relèvent pas des règles de concurrence de l'Union européenne (**UE**) en vigueur, ou (ii) ne sont actuellement pas combattues efficacement au moyen de ces règles en raison de la nature systémique de certains comportements et parce que les règles de concurrence s'appliquent seulement *a posteriori* et au cas par cas.

## Conditions d'application du DMA

Le DMA est expressément circonscrit au secteur du digital, et en particulier aux services de plateforme essentiels définis comme (i) les services d'intermédiation en ligne, (ii) les moteurs de recherche, (iii) les réseaux sociaux, (iv) les services de médias audiovisuels, (v) les services de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation, (vi) les systèmes d'exploitation, (vii) les services d'informatique en nuage et (viii) les prestations de publicité, dès lors qu'ils disposent d'une base d'utilisateurs importante et stable dans plusieurs pays de l'UE, et qu'ils répondent aux critères prévus par la CE pour être désignés comme « contrôleurs d'accès » (« *gatekeepers* »).

La CE a assorti ces critères de présomptions réfragables. En ce sens, une entreprise sera en principe considérée être un contrôleur d'accès si elle répond aux trois critères cumulatifs suivants :

- **être d'une taille telle qu'elle a une incidence sur le marché intérieur** : on présume que c'est le cas si (i) la société a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace économique européen (EEE) d'au moins 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices ou si sa capitalisation boursière moyenne ou sa juste valeur marchande équivalente s'est élevée à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice et (ii) qu'elle fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres ;
- **exploiter un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour atteindre les consommateurs finaux** : on présume que c'est le cas si la société exploite un service de plateforme essentiel comptant (i) plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs chaque mois établis ou situés dans l'UE et (ii) une moyenne de plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives établies dans l'UE au cours du dernier exercice ; et
- **occuper une position dont on s'attend à ce qu'elle soit bien ancrée et durable** : on présume que c'est le cas si la société a rempli les deux autres critères au cours de chacun des trois derniers exercices.

Lorsque ces seuils sont atteints, l'entreprise qualifiée de « contrôleur d'accès » doit notifier à la CE son statut dans les trois mois et, le cas échéant, fournir des arguments suffisamment étayés pour renverser la présomption.

Si les seuils précités ne sont pas tous atteints, ou même si l'entreprise a fourni des éléments suffisamment étayés pour renverser la présomption, la CE peut évaluer, dans le cadre d'une enquête de marché visant à désigner les contrôleurs d'accès, la situation spécifique d'une société donnée et décider de la désigner néanmoins comme contrôleur d'accès.

La CE doit revoir, *a minima* tous les deux ans, sa liste des contrôleurs d'accès, vérifier qu'ils continuent de satisfaire aux conditions précitées, ou amender la liste avec de nouveaux contrôleurs d'accès le cas échéant.

## L'introduction d'un contrôle *ex ante* des concentrations des contrôleurs d'accès

La DMA introduit une obligation, pour les plateformes qualifiées de contrôleurs d'accès, de notifier *ex ante* à la CE toute concentration envisagée au sens de l'article 3 du [Règlement \(CE\) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises](#) (le [Règlement sur les concentrations](#)) impliquant un autre fournisseur (i) de service de plateforme essentiel ou (ii) de tout autre service fourni dans le secteur numérique.

Cette obligation s'applique que l'opération soit ou non notifiable en vertu du Règlement sur les concentrations ou à une autorité nationale de concurrence (une **ANC**) compétente en vertu des règles nationales sur les concentrations.

L'objectif de cette disposition n'est toutefois pas de permettre à la CE d'examiner ladite opération sur fondement des règles de concurrence, mais d'informer la CE sur la nécessité éventuelle d'ajuster la désignation des contrôleurs d'accès et de contribuer à la surveillance des évolutions intervenant dans le secteur numérique.

Cette proposition a, en ce sens, une étendue différente de celle soumise par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une [contribution pour l'OCDE en 2020](#), où elle avait suggéré la mise en place d'une obligation, pour les plateformes « structurantes » (prédéfinies selon des critères objectifs), d'informer la CE ou la/les ANC concernée(s) de toutes les concentrations qu'elles envisagent de mettre en œuvre en Europe. L'autorité de concurrence compétente pourrait ainsi demander à la plateforme de notifier les concentrations qui pourraient affecter sérieusement la concurrence. Le Sénat avait également inclus, dans le cadre des discussions sur la loi du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'UE en

matière économique et financière (**DDADUE**) une obligation d'information de l'Autorité de la concurrence de toute opération de concentration envisagée par une entreprise structurante – sans toutefois que cette disposition ne se retrouve dans le texte adopté par les deux chambres.

Cette volonté de soumettre les acteurs essentiels du numérique à une obligation de notification fait écho à l'annonce de Margrethe Vestager en [septembre 2020](#) introduisant la possibilité pour les ANC, en 2021, de renvoyer vers la CE des opérations de concentration qu'elles n'ont pas la possibilité de contrôler elles-mêmes dès lors que ces opérations sont susceptibles d'« affecter gravement la concurrence » – sans toutefois fournir d'indications sur la manière dont un tel renvoi serait mis en place. La Présidente de l'Autorité de la concurrence, Isabelle de Silva, a précisé que cette nouvelle politique de renvoi ne devrait concerner que les marchés très concentrés où une entreprise dominante, ou disposant d'un pouvoir de marché important, acquiert un de ses concurrents, ainsi que des marchés de « niche »<sup>1</sup>. Le système de renvoi pourrait également s'appliquer pour éviter toute domination des marchés émergents, tels que dans le secteur du numérique.

Pour de plus amples informations sur les projets de la CE en matière de contrôle des concentrations dans l'UE, voir nos alertes [EU merger control: the road ahead](#) (en anglais) et [Nouvelle politique de renvoi de la Commission européenne en matière de concentrations : les implications pour les entreprises françaises](#).

1. 8th Global Merger Control Conference, organisée par la revue Concurrences le 2 décembre 2020.



## La mise en place d'obligations et d'interdictions à charge des contrôleurs d'accès

La proposition de Règlement établit une série d'obligations auxquelles les contrôleurs d'accès devront se conformer de manière proactive dans leurs activités quotidiennes afin de garantir un environnement en ligne qui soit équitable pour les entreprises et les consommateurs et ouvert à l'innovation, qu'elle qu'en soit l'origine. Ces obligations sont conçues de manière à ce que les contrôleurs d'accès puissent s'y conformer sans que la Commission ait besoin de préciser davantage leur portée. En ce sens, un contrôleur d'accès devra :

- permettre aux entreprises utilisatrices de proposer les mêmes produits ou services aux consommateurs finaux à des conditions différentes de celles proposées par le service d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès (obligation qui rappelle les affaires [Amazon \(ebooks\)](#) de 2017 de la CE et [Booking](#) de 2015 de l'ADLC, où des enquêtes avaient été ouvertes par les autorités précitées suite à la mise en place, par ces acteurs, de clauses de parité et dispositions similaires dans leurs contrats avec respectivement les fournisseurs de livres numériques et les hôteliers) ;
- autoriser les entreprises utilisatrices à promouvoir leur offre et à conclure des contrats avec leurs clients en dehors de sa plateforme ; et
- offrir aux entreprises qui font de la publicité sur sa plateforme un accès à ses outils de mesure de performance et aux informations nécessaires pour que les annonceurs et les éditeurs puissent effectuer leur propre vérification indépendante des publicités hébergées par le contrôleur d'accès.

A l'inverse, le DMA interdit expressément aux contrôleurs d'accès de se livrer aux pratiques suivantes, considérées comme déloyales :

- combiner des données personnelles obtenues grâce aux services de plateforme essentiels avec d'autres services offerts par le contrôleur d'accès ou avec des données personnelles provenant de services tiers, sauf à ce que l'utilisateur y ait consenti ;
- empêcher ou restreindre la possibilité pour les entreprises utilisatrices de saisir une autorité publique compétente pour entendre des pratiques mises en œuvre par le contrôleur d'accès ;
- obliger les entreprises utilisatrices à utiliser, offrir ou interagir avec un service d'authentification du contrôleur d'accès dans le cadre des services offerts par cette entreprise sur les services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès ;
- obliger les entreprises utilisatrices ou les consommateurs finaux à s'inscrire ou à se connecter à un second service de plateforme essentiel aux fins de s'inscrire ou de se connecter à un premier service.

Le DMA fournit également une liste d'obligations et d'interdictions applicables aux contrôleurs d'accès et susceptibles d'être précisées ultérieurement par la CE, telles que :

- l'interdiction pour les contrôleurs d'accès d'empêcher les utilisateurs de désinstaller des logiciels ou des applications préinstallés ;
- l'interdiction pour les contrôleurs d'accès d'utiliser les données provenant des entreprises utilisatrices pour concurrencer ces dernières (pratique pour laquelle la CE a adressé une communication des griefs à [Amazon](#) en novembre dernier) ;
- l'interdiction de traiter plus favorablement dans le classement les services et produits offerts par le contrôleur d'accès lui-même par rapport à des services ou produits similaires de tiers (pratique sanctionnée par la Commission dans son affaire [Google Search \(Shopping\)](#) de 2017 – cette décision fait l'objet d'un appel devant la Cour de justice de l'Union européenne) ;
- l'obligation de permettre aux entreprises utilisatrices et aux fournisseurs de services annexes d'accéder à, et de permettre une interopérabilité avec, les systèmes d'exploitation, matériel et logiciel disponibles ou utilisés par le contrôleur d'accès dans le cadre de la fourniture desdits services auxiliaires (la CE a, sur ce point, ouvert une enquête à l'encontre d'[Apple](#) en juin 2020 dans la mesure où Apple réserve sa fonctionnalité « tap and go » sur les iPhones pour les paiements en magasin à [Apple Pay](#)) ; et
- l'obligation de fournir aux annonceurs et aux éditeurs, à leur demande et gratuitement, l'accès aux outils de mesure des performances du contrôleur d'accès et aux informations qui leurs sont nécessaires pour effectuer leur propre vérification indépendante de l'inventaire des annonces.

Pour ce deuxième jeu d'obligations et interdictions, le DMA établit un cadre pour un éventuel dialogue entre le contrôleur d'accès et la CE en ce qui concerne les mesures que le contrôleur d'accès entend mettre en œuvre ou a mises en œuvre afin de se conformer aux obligations précitées. La CE peut, à cet égard et par voie de décision, préciser les mesures que le contrôleur concerné doit mettre en œuvre pour se conformer au DMA.

Si une société ne jouit pas encore d'une position bien ancrée et durable sur le marché mais qu'il est prévisible que tel sera le cas dans un avenir proche, un sous-ensemble d'obligations proportionnées s'appliquera également afin d'empêcher que cette société n'acquière, par des moyens déloyaux, une telle position dans ses activités.



## Les pouvoirs de sanction de la CE renforcés

Le DMA offre à la CE de larges pouvoirs d'enquêtes aux fins de s'assurer du respect des obligations et interdictions prévues par le texte par les contrôleurs d'accès, en ce compris le pouvoir de mener des inspections et de contraindre les contrôleurs d'accès à lui communiquer des informations ou à lui donner accès à ses bases de données et algorithmes. En cas de violation avérée, les sanctions prévues par le DMA sont similaires à celles existant dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles : la CE peut imposer au contrôleur d'accès une amende allant jusqu'à 10% de son chiffre d'affaires annuel mondial total, ainsi que des astreintes allant jusqu'à 5% de son chiffre d'affaires annuel mondial total et des sanctions pécuniaires à hauteur de maximum 1% du chiffre d'affaires annuel mondial total en cas notamment de refus d'accès, par le contrôleur d'accès, à sa base de données ou à ses algorithmes ou en cas de communication d'informations fausses ou incorrectes. La CE peut aussi adopter des mesures conservatoires ou rendre obligatoire des engagements souscrits par le contrôleur d'accès.

Le DMA va encore plus loin en octroyant le droit à la CE d'imposer, en cas d'infraction systématique (c'est-à-dire, lorsque la CE a rendu au moins trois décisions de non-conformité ou d'amende à l'encontre du contrôleur d'accès dans un délai de cinq ans), toute mesure comportementale ou structurelle proportionnée à l'infraction et nécessaire aux fins de s'assurer du respect, par le contrôleur d'accès en cause, des dispositions du DMA. La CE ne peut toutefois imposer des remèdes structurels que lorsqu'il n'existe pas de remède comportemental aussi efficace, ou lorsqu'un remède comportemental aussi efficace serait plus contraignant pour le contrôleur d'accès que le remède structurel.

Bien que le DMA ne prévoit ces nouvelles prérogatives qu'au profit de la CE, la Présidente de l'ADLC a toutefois prôné l'octroi aux ANC des mêmes prérogatives, comme c'est déjà le cas pour les outils traditionnels du droit de la concurrence. Le Réseau européen de concurrence pourrait à cet égard assurer la coordination et la cohérence de l'application de ce nouvel outil de concurrence dans l'ensemble de l'UE<sup>2</sup>.

La CE précise également que de par sa nature de Règlement (directement applicable), le DMA facilitera les actions directes en dommages et intérêts de la part des personnes lésées par le comportement non conforme d'un contrôleur d'accès.

Le DMA – ainsi que la [proposition de Règlement de la CE sur les services numériques](#) publiée concomitamment (« *Digital Services Act* », ou DSA) – sera prochainement examiné par le Parlement européen et les États membres dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Eu égard à la nature et à l'importance des enjeux, il est toutefois probable que de nombreux amendements à cette proposition seront débattus devant le Parlement et au Conseil de l'UE dans le cadre de leurs lectures successives. Les débats parlementaires vont, en tout état de cause, être particulièrement suivis par les régulateurs au niveau mondial, le régulateur japonais ayant d'ores et déjà indiqué que le DMA servira de référence pour la formulation de ses propres règles applicables au secteur du numérique<sup>3</sup>.

Pour de plus amples informations sur les consultations de la CE qui ont précédé le DMA et le DSA, voir nos alertes [Revamping of antitrust law? The EC proposes a new competition tool and digital economy regulation](#) (en anglais) et [Digital Services Act – a consultation on an evolution](#) (en anglais).

2. 8th Global Merger Control Conference, organisée par la revue Concurrences le 2 décembre 2020.

3. MLex, 16 décembre 2020, Japanese competition regulator to examine EU's draft laws as reference for its own big tech regulations, official says.