



N° 4409

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUINZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2021.

RAPPORT D'INFORMATION

DÉPOSÉ

PAR LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES ⁽¹⁾

sur le Digital market act,

ET PRÉSENTÉ

PAR MME CHRISTINE HENNION
Députée

(1) La composition de la commission figure au verso de la présente page.

La Commission des affaires européennes est composée de : Mme Sabine THILLAYE, présidente ; MM. Picyre-Alexandre ANGLADE, Jean-Louis BOURLANGES, Bernard DEFLESSELLES, Mme Liliana TANGUY, vice-présidents ; M. André CHASSAIGNE, Mme Marietta KARAMANLI, M. Christophe NAEGELEN, Mme Danièle OBONO, secrétaires ; MM. Patrice ANATO, Philippe BENASSAYA, Mme Aude BONO-VANDORME, MM. Éric BOTHOREL, Vincent BRU, Mmes Yolaine de COURSON, Typhanie DEGOIS, Marguerite DEPRez-AUDEBERT, M. Julien DIVE, MM. Coralie DUBOST, Frédérique DUMAS, MM. Pierre-Henri DUMONT, Jean-Marie FIEVET, Alexandre FRESCHI, Mmes Valérie GOMEZ-BASSAC, Carole GRANDJEAN, Christine HENNION, MM. Michel HERBILLON, Alexandre HOLROYD, Mme Caroline JANVIER, M. Christophe JERRETIE, Mme Chantal JOURDAN, M. Jérôme LAMBERT, Mme Constance Le GRIP, Martine LEGUILLE-BALLOY ; M. Jean-Claude LECLABART, Mme Nicole Le PEIH, MM. Patrick LOISEAU, David LORION, Ludovic MENDES, Thierry MICHELS, Jean-Baptiste MOREAU, Xavier PALUSZKIEWICZ, Damien PICHEREAU, Jean Pierre PONT, Didier QUENTIN, Mme Maina SAGE, M. Benoit SIMIAN, Mme Michèle TABAROT.

SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION	7
I. UN TEXTE AUX OBJECTIFS LÉGITIMES, RENDU ILLISIBLE PAR UNE RÉDACTION CONFUSE	9
A. UNE LOGIQUE INÉDITE DE RÉGULATION <i>EX ANTE</i>, À MI-CHEMIN ENTRE MARCHÉ INTÉRIEUR ET DROIT DE LA CONCURRENCE	9
1. Un texte nécessaire pour remédier au pouvoir de marché excessif des « contrôleurs d'accès » en ligne	9
2. Le choix d'une régulation <i>ex ante</i> sur le fondement du marché intérieur pour pallier les insuffisances du droit de la concurrence	11
3. Une articulation avec le droit européen et le droit national de la concurrence qui restera à préciser	11
B. DES CONCEPTS FONDAMENTAUX PEU INTELLIGIBLES, UNE ARCHITECTURE À PRÉCISER	13
1. Les « services de plateforme essentiels » : une liste qui semble arbitraire, sans architecture conceptuelle claire	13
2. La distinction entre « entreprises utilisatrices » et « utilisateurs finaux », ambiguë et possiblement incohérente	15
3. Réviser l'architecture des services numériques en distinguant services de plateforme « essentiels » et services de plateforme « secondaires »	16
a. Distinguer services de plateforme « essentiels » et « secondaires » et compléter la liste des services correspondants	16
b. Utiliser le concept de « service de plateforme secondaire » pour mieux appréhender la dimension écosystémique d'un <i>gatekeeper</i>	18
C. DÉSIGNATION DES <i>GATEKEEPERS</i> : UNE PROCÉDURE COMPLEXE, UNE MÉTHODOLOGIE MAL DÉFINIE ET PARESSEUSE	20
1. Une procédure artificiellement complexe, parfois peu compréhensible	20
a. Deux procédures alternatives, dont l'une essentiellement quantitative	20
b. Un cheminement juridique difficile à suivre	21
2. Les critères quantitatifs semblent bien calibrés, mais ne sont pas définis de manière adéquate	22

a. Les seuils sont globalement bien calibrés, mais ils pourraient être conçus plus intelligemment.....	22
b. Supprimer le recours aux actes délégués pour la définition des critères quantitatifs.....	24
c. Chiffre d'affaires « de l'entreprise » : une définition cocasse.....	25
d. Nombre d'utilisateurs « actifs » : un concept à définir, des seuils à adapter en fonction du type d'activité	26
3. Unifier la procédure de désignation des <i>gatekeepers</i> en renforçant l'importance des critères qualitatifs.....	27
a. Supprimer la possibilité de désigner des <i>gatekeepers</i> uniquement à partir de critères quantitatifs.....	27
b. Renforcer les critères qualitatifs pour mieux saisir la capacité de verrouillage et la dimension conglomerale du <i>gatekeeper</i>	29
i. Insister sur la notion de « dépendance » et de captivité des utilisateurs	29
ii. Une dimension conglomerale à prendre en compte explicitement.....	29
II. DES OBLIGATIONS À RENFORCER ET À RÉORGANISER DANS UN OBJECTIF DE CLARTÉ ET D'EFFICACITÉ.....	31
A. REVOIR L'ARCHITECTURE DES OBLIGATIONS POUR GAGNER EN INTELLIGIBILITÉ, EN FLEXIBILITÉ ET EN SÉCURITÉ JURIDIQUE	31
1. Définir, pour chaque obligation, l'objectif poursuivi et les services de plateformes concernés.....	31
2. Rendre le dispositif anticournement plus efficace et le rédiger de manière plus élégante	35
3. Adapter le mécanisme de flexibilité : circonscrire les pouvoirs de la Commission pour les rendre plus agiles.....	36
B. RENFORCER OU COMPLÉTER CERTAINES OBLIGATIONS DES ARTICLES 5 ET 6	38
1. Certaines obligations sont à compléter	38
a. Dans un objectif de contestabilité.....	38
i. Interdire de lier les services accessoires aux services essentiels (article 5-e)	38
ii. Interdire de lier services de plateforme essentiels et services de plateforme secondaires	39
iii. Préciser et élargir l'interdiction de l'auto-référencement préférentiel (article 6§1-d)....	39
b. Dans un objectif d'équité	40
i. Permettre aux entreprises utilisatrices de vendre leurs produits moins chers sur leur propre site (article 5-b).....	40
ii. S'assurer que les <i>gatekeepers</i> ne confisquent pas les données issues de l'activité de leurs entreprises utilisatrices (article 6§1-i)	41
iii. Ajouter une clause de prix raisonnables à l'obligation d'un accès équitable et non discriminatoire (article 6§1-k), puis la généraliser.....	41
c. Dans l'objectif de préserver la liberté de choix des utilisateurs finaux	42
i. Liberté de refuser le croisement des données sans prestations dégradées	42

ii. Liberté de choisir les applications sur le système d'exploitation.....	43
2. Certaines obligations de l'article 6 (« liste grise ») doivent basculer dans l'article 5 (« liste noire »)	43
3. De nouvelles obligations peuvent être envisagées au titre de l'article 6	44
a. Obligation de communiquer l'algorithme au régulateur.....	44
b. Encadrer les changements substantiels de conditions générales d'utilisation.....	45
c. Une réflexion à poursuivre sur l'interopérabilité.....	45
III. UNE ARCHITECTURE DE MISE EN ŒUVRE PEU ROBUSTE, QUI NÉGLIGE LE RÔLE DES ÉTATS MEMBRES ET DES AUTORITÉS NATIONALES	46
A. DES PROCÉDURES EXCESSIVEMENT CENTRALISÉES	47
1. Enquêtes de marché et enquêtes pour violations systématiques : prévoir la possibilité d'une application décentralisée.....	47
2. Compléter la procédure visant à constater un manquement par un mécanisme de plainte	49
B. ASSOCIER LES AUTORITÉS NATIONALES ET LES STRUCTURER AU SEIN D'UN RÉSEAU EUROPÉEN DE LA RÉGULATION NUMÉRIQUE	50
1. Le rôle essentiel des autorités nationales de régulation : recueil des plaintes, règlement des différends, capacité d'analyse et d'expertise	50
a. La nécessité d'un interlocuteur au niveau national.....	50
b. Mettre les moyens des autorités nationales au service des pouvoirs d'enquête du régulateur européen	51
2. S'inspirer du modèle du BEREC et du Réseau européen de la concurrence.....	52
a. Le BEREC, instance de coordination dans le domaine des télécoms.....	52
b. Un modèle qui a fait ses preuves : le Réseau européen de la concurrence	52
TRAVAUX DE LA COMMISSION	55
ANNEXES	65
ANNEXE N° 1 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LA RAPPORTEURE	67
ANNEXE N° 2 : SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS	71

INTRODUCTION

MESDAMES, MESSIEURS,

Lors de son discours d'investiture en 2019, la nouvelle présidente de la Commission européenne indiquait sa volonté que l'Union européenne soit plus ambitieuse en matière de numérique et puisse encadrer les grandes plateformes de l'Internet pour défendre ses intérêts, ses valeurs, et protéger ses marchés.

Dans cette perspective, la Commission a présenté le 15 décembre 2020 au Parlement européen et au Conseil deux propositions de règlements complémentaires : le *Digital Service Act* (DSA), chargé de réguler les contenus et le *Digital Market Act* (DMA) ou « règlement sur les marchés numériques », fondé sur la politique du marché intérieur et chargé de corriger les déséquilibres dans les marchés numériques dominés par des acteurs systémiques appelés « contrôleurs d'accès » (*gatekeepers*).

Le présent rapport a pour objet de fournir une analyse critique de ce deuxième texte, le DMA, et de présenter une liste de propositions qui pourra utilement être mise à contribution lors des débats qui ont actuellement lieu au Parlement et au Conseil en vue de son adoption. La France, qui aura la présidence du Conseil à partir du 1^{er} janvier 2022, fera tout son possible pour que le texte soit adopté en 2022.

De manière générale, le DMA a été très bien accueilli, du moins dans son esprit, par l'ensemble des États membres de l'Union. Votre rapporteure se félicite également de cette initiative législative. Ce n'est donc pas tant les objectifs du texte que ses modalités d'application et ses lacunes juridiques qui ont pu faire naître des objections.

Ce type de législation, complètement inédit au niveau mondial – la Commission espère établir un modèle qui pourra inspirer nos partenaires –, a en effet posé de nombreuses difficultés lors de sa conception. La désignation des entreprises concernées, les *gatekeepers*, devait être suffisamment ciblée pour être efficace et pertinente, tout en reposant sur des critères généraux qui ne puissent pas donner l'impression d'une régulation discriminatoire et protectionniste.

Par ailleurs, les obligations incombant aux *gatekeepers* devaient être définies de manière suffisamment précise pour être adéquates et opérationnelles, mais suffisamment large pour qu'elles ne soient pas vulnérables aux risques de contournement et qu'elles puissent bien s'adapter aux nouvelles pratiques dans un secteur très innovant. Il était donc essentiel de trouver un équilibre entre deux exigences contradictoires : la souplesse nécessaire à la bonne application du

règlement dans le temps, et la sécurité juridique que peuvent légitimement demander les entreprises régulées.

Pour ce qui est de la mise en œuvre, un équilibre devait également être trouvé entre la nécessité d'une interprétation harmonisée et donc centralisée au niveau de l'Union, et celle de se reposer aussi sur l'action des autorités nationales de régulation pour des raisons d'efficacité, de légitimité et pour s'assurer d'une bonne articulation entre la régulation issue du *Digital Market Act* et le droit classique de la concurrence, que celles-ci feront appliquer en parallèle.

À chaque difficulté touchant aux définitions, à la méthode ou aux obligations de fond, la Commission propose systématiquement une solution peu satisfaisante : le recours aux actes délégués, qui permettront à celle-ci de modifier de modifier ces éléments sans procédure législative, et d'altérer ainsi l'économie générale du texte tel que compris par le Parlement et le Conseil au moment de son adoption. Si le texte était bien conçu, le recours aux actes délégués pourrait être réduit au strict minimum sans remettre en cause la possibilité de l'appliquer de manière souple et proportionnée.

De manière générale, votre rapporteure regrette le caractère imprécis, parfois confus du texte, aussi bien dans la définition des concepts fondamentaux, des procédures et des obligations de fond. **Ces malfaçons rédactionnelles constituent une atteinte à la fois à la sécurité juridique et à l'efficacité du texte.**

Il serait ainsi nécessaire de :

- Rendre le texte plus lisible en définissant mieux les concepts fondamentaux et en améliorant la procédure de désignation des *gatekeepers* (I) ;
- Mieux organiser les obligations et les affiner, pour qu'il soit aisé de les adapter et de les faire appliquer de manière plus efficace (II) ;
- Créer une véritable architecture de régulation qui ferait intervenir l'ensemble des parties prenantes, et notamment les autorités nationales de régulation (III).

I. UN TEXTE AUX OBJECTIFS LÉGITIMES, RENDU ILLISIBLE PAR UNE RÉDACTION CONFUSE

Votre rapporteure soutient pleinement l'initiative audacieuse de la Commission, audacieuse à la fois du point de vue de ses objectifs et de la base juridique qui a été choisie. Mais un texte d'une telle importance, qui prétend servir de modèle normatif au niveau mondial, se doit d'être rédigé de manière claire et rigoureuse. Or force est de constater que les concepts fondamentaux (chapitre I) et les procédures (chapitre II) ne sont pas toujours bien expliqués, ce qui ne laissera pas de poser des risques d'insécurité juridique et de contentieux.

A. UNE LOGIQUE INÉDITE DE RÉGULATION *EX ANTE*, À MI-CHEMIN ENTRE MARCHÉ INTÉRIEUR ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Prenant acte de l'insuffisance du droit de la concurrence, trop lent, pour remédier aux distorsions causées les grandes plateformes, la Commission a choisi une autre base juridique pour son projet de règlement : le marché intérieur. L'approche par le marché intérieur plutôt que par le droit de la concurrence permettra à la régulation d'intervenir *ex ante* et d'être plus efficace. Mais l'articulation entre cette nouvelle régulation et le droit de la concurrence – qui restera pleinement applicable, y compris dans le domaine numérique – pourrait poser quelques difficultés juridiques.

1. Un texte nécessaire pour remédier au pouvoir de marché excessif des « contrôleurs d'accès » en ligne

Le DMA vise à remédier à des défaillances de marché structurelles dans le domaine de l'économie numérique, auxquelles le droit de la concurrence « classique » ne parvient pas à apporter de solution satisfaisante. Il consiste à imposer des obligations aux grandes plateformes identifiées comme des « contrôleurs d'accès » (*gatekeepers*), c'est-à-dire aux plateformes qui constituent des points de passage incontournables pour mettre en relation des utilisateurs professionnels et leurs clients, les utilisateurs finaux. Grâce à leur statut de *gatekeeper*, ces plateformes « structurantes » – comme on avait l'habitude de les appeler en français avant la terminologie européenne – ont la capacité de décider des informations et des services proposés, de freiner le développement d'offres alternatives et d'« enfermer » les utilisateurs finaux dans un « écosystème » complet mais clos.

Le DMA assume donc le fait de ne viser que quelques acteurs, les plus significatifs, sans imposer d'obligations équivalentes aux nouveaux entrants. Il s'agit en ce sens d'une régulation « asymétrique », qui cherche à *rétablir* l'égalité entre des acteurs inégaux, ce qui suppose en effet de supprimer des barrières d'un

côté sans en créer de nouvelles de l'autre. Par principe inégalitaire, la logique du DMA n'est pas pour autant *discriminatoire* : les entreprises soumises à ces obligations ne sont pas désignées dans le texte de façon nominative, mais déterminées selon une procédure (décrite à son article 3) fondée sur des critères objectifs et abstraits, à la fois quantitatifs et qualitatifs. Ces obligations sont exposées aux articles 5 et 6 du projet de texte : l'article 5 définit une liste d'obligations prohibées de manière absolue (« liste noire »), l'article 6 définit une liste d'obligations *susceptibles d'être précisées ultérieurement* (« liste grise »).

Selon votre rapporteure, ce principe de régulation asymétrique – que l'on connaît de longue date dans le domaine des télécommunications – est pleinement justifié dès lors qu'il existe une situation de dépendance économique entre des acteurs entretenant des relations structurellement déséquilibrées. Du fait des effets de réseau et des économies d'échelle particulièrement forts dans le domaine du numérique, ces *gatekeepers* – typiquement les GAFAM⁽¹⁾ – ont acquis une position de quasi-monopole difficilement « contestable » par d'autres acteurs, avec des conséquences négatives pour l'environnement économique et pour les consommateurs : réduction de la concurrence et de l'incitation à innover, partage inéquitable de la valeur au détriment des entreprises utilisant les plateformes, réduction de la liberté de choix des utilisateurs finaux.

Dans ce contexte, le DMA poursuit deux objectifs principaux, présentés à l'article 1 §1 : « garantir la **contestabilité** et l'**équité** des marchés dans le secteur numérique de l'Union ».

Le DMA devrait ainsi permettre de lutter efficacement contre les pratiques condamnées depuis une dizaine d'années par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sur le fondement du droit de la concurrence : conditions d'accès discriminatoires pour les utilisateurs professionnels (ou exclusion abusive de certains d'entre eux), confiscation de la relation directe entre les entreprises et leurs clients, privilège accordé par les plateformes à leurs propres services (*self-preferencing*), utilisation à leur profit des données générées par l'activité des entreprises concurrentes, conditions d'utilisation et conditions financières inéquitables.

Votre rapporteure regrette toutefois que ne figure pas expressément, parmi ces objectifs, la liberté de choix *des utilisateurs finaux*. Le DMA est résolument orienté vers la défense des intérêts des utilisateurs professionnels, ce qui se reflète aussi dans le contenu même des obligations qu'il prévoit⁽²⁾.

Recommandation n° 1 : rajouter, parmi les objectifs du texte (article 1§1), la liberté de choix des utilisateurs finaux entre différents fournisseurs de services et l'émergence d'offres alternatives.

(1) Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft.

(2) Voir deuxième partie.

2. Le choix d'une régulation *ex ante* sur le fondement du marché intérieur pour pallier les insuffisances du droit de la concurrence

L'originalité du DMA par rapport au droit de la concurrence « classique » vient du choix d'une régulation *ex ante*, par opposition à l'intervention *ex post* qui ne permettait plus de répondre de manière suffisamment efficace aux pratiques anticoncurrentielles des grandes plateformes.

La principale limite du droit de la concurrence vient de son incapacité à apporter une réponse rapide et changer les pratiques à temps. Le droit de la concurrence ne peut intervenir que *ex post*, c'est-à-dire après le constat d'une infraction. Il est alors trop tard pour réagir, car les procédures peuvent durer plusieurs années, comme l'ont montré les différentes affaires relatives aux GAFAM depuis les années 2010, alors que le temps de l'économie numérique – vitesse de l'innovation, durée de vie des start-up – est bien plus court. Les amendes, qui sont imposées avec un retard dommageable, ne sont d'ailleurs pas suffisamment importantes pour revêtir un caractère dissuasif.

En outre, les concepts utilisés par le droit de la concurrence ne peuvent pas toujours être appliqués de manière adéquate au secteur numérique. L'économie numérique se prête mal à la définition d'un *marché pertinent* et à la démonstration d'un *abus de position dominante*, nécessaires pour caractériser une infraction aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La raison en est que les distorsions créées par les grandes plateformes ne sont pas forcément assimilables à un comportement (comme des ententes), mais elles relèvent de la structure de marché elle-même, caractérisée par des effets de réseau et d'autres formes de barrières à l'entrée.

Les outils dont disposait la Commission n'étant pas adaptés pour traiter les défaillances de marché liées aux plateformes numériques, il était nécessaire de compléter le droit de la concurrence par une régulation *ex ante*, c'est-à-dire de les réglementer *indépendamment de leur comportement*. Grâce au DMA, la Commission pourra faire l'économie d'une analyse de marché et de la démonstration d'une position dominante, celle-ci étant en quelque sorte présumée.

Il s'agit donc d'une révolution par rapport à la logique classique du droit de la concurrence, ce qui explique le choix d'une base juridique distincte et bien plus large, à savoir l'article 114 du TFUE qui donne la possibilité à l'Union de rapprocher les législations nationales dans le but de favoriser un bon fonctionnement *du marché intérieur*.

3. Une articulation avec le droit européen et le droit national de la concurrence qui restera à préciser

Rattaché par sa base juridique à la politique du marché intérieur, le DMA n'en reste pas moins imprégné de droit de la concurrence, dont est issue la notion de « contestabilité » des marchés. Le texte est en quelque sorte à l'intersection du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle : il cherche à résoudre un

problème de concurrence à l'aide de remèdes *ex ante*, c'est-à-dire avant même qu'un dysfonctionnement puisse être constaté. À l'inverse, le droit de la concurrence pourra intervenir pour sanctionner *a posteriori* des ententes (article 101 du TFUE) ou des abus de position dominante (article 102 du TFUE).

Le considérant n° 10 insiste sur le caractère complémentaire du DMA par rapport au droit de la concurrence : « Le présent règlement poursuit un objectif complémentaire, mais différent de la protection d'une concurrence non faussée [...] qui est de veiller à ce que les marchés sur lesquels les contrôleurs d'accès opèrent sont et restent contestables et équitables, *indépendamment des effets réels* [...] du comportement d'un contrôleur d'accès ».

Dans la mesure où ils constituent des outils complémentaires, la régulation *ex ante* et le droit de la concurrence resteront l'un et l'autre applicables de plein droit. Le DMA n'a pas vocation à se substituer au droit de la concurrence, quelle que soit sa source, comme l'affirme explicitement son article 1§6 : « Le présent règlement est sans préjudice de l'application des articles 101 et 102 du TFUE [...] Il est également sans préjudice de l'application des règles nationales interdisant les accords anticoncurrentiels, les décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées et les abus de position dominante » ou des règles nationales imposant aux *gatekeepers* des « obligations supplémentaires ».

Les articles 102 et 114 du TFUE seront donc appliqués de manière concurrente, à chaque fois qu'un comportement constituerait à la fois une violation du DMA et d'un autre corpus normatif. En pratique, l'articulation entre les nouvelles règles et le droit existant, qu'il soit européen ou national, demandera à être précisée. Il faut envisager le risque que ces règles se télescopent et se neutralisent, en raison de l'application du principe *non bis in idem*, qui s'oppose à ce qu'un même fait soit sanctionné deux fois. Dans le cas seulement où une juridiction nationale lancerait une enquête sur le fondement du droit de l'Union européenne, par exemple de l'article 102 du TFUE, la Commission peut choisir de la dessaisir ; mais aucune articulation n'est prévue dans le cas où une autorité nationale lancerait une enquête sur le fondement du droit interne.

S'il apparaît que le principe d'une nouvelle régulation *ex ante* est parfaitement légitime, il n'en sera donc pas moins nécessaire de garantir une certaine cohérence entre l'application du DMA et l'application du droit de la concurrence ainsi qu'avec les autres outils normatifs applicables aux plateformes, comme le règlement « *Platform to Business* » (P2B), le règlement RGPD et les projets de règlement en cours de négociation : le *Digital Service Act* (DSA) et *ePrivacy*.

Recommandation n° 2 : Veiller à prévoir une articulation fluide entre l'application du DMA et des règles du droit de la concurrence, national et européen, ainsi qu'une certaine cohérence avec les autres règlements s'appliquant aux plateformes.

B. DES CONCEPTS FONDAMENTAUX PEU INTELLIGIBLES, UNE ARCHITECTURE À PRÉCISER

Le champ du texte est décrit à son article 1§2 : « Le présent règlement s'applique aux services de plateforme 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 ».

Avant de s'intéresser au fond, on ne peut s'empêcher de remarquer la médiocre qualité de la traduction française du texte. Ainsi, « *offered by gatekeepers to business users* » a été traduit : « proposés par des contrôleurs d'accès aux entreprises utilisatrices », plutôt que « à des entreprises utilisatrices » – de même : *aux utilisateurs finaux*, plutôt que : à des utilisateurs finaux. Le choix de l'article défini au lieu de l'article indéfini rend le texte plus confus que dans sa rédaction d'origine, en laissant penser qu'il existe un groupe pré-identifié d'entreprises utilisatrices et d'utilisateurs finaux à disposition des *gatekeepers*. Malheureusement, votre rapporteure remarque que **le texte dans son ensemble souffre d'une traduction assez indigente, ce qui ne contribue pas à la lisibilité de la législation européenne pour les citoyens européens** ; ceci est d'autant plus regrettable qu'il s'agit d'un texte d'application directe, qui ne sera pas transposé.

Sur le fond, l'article 1 §2 expose les concepts fondamentaux du DMA : il s'applique à des fournisseurs de **services de plateforme essentiels**, qualifiés de **contrôleurs d'accès**, qui mettent en relation des **entreprises utilisatrices** et des **utilisateurs finaux**. Or force est de constater que ces concepts ne sont pas définis de manière suffisamment précise, même en anglais, ce qui pourrait provoquer de l'ambiguïté et de l'insécurité juridique.

1. Les « services de plateforme essentiels » : une liste qui semble arbitraire, sans architecture conceptuelle claire

En guise de définition, l'article 2§2 donne une liste de huit services considérés comme des « services de plateforme essentiels » (SPE) :

- les services d'intermédiation en ligne (a) ;
- les moteurs de recherche en ligne (b) ;
- les services de réseaux sociaux en ligne (c) ;
- les services de plateformes de partage de vidéo (d) ;
- les services de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation (e) ;
- les systèmes d'exploitation (f) ;
- les services d'informatique en nuage [services de *cloud*] (g) ;

- les services de publicité « fournis par un fournisseur de l'un quelconque des services de plateforme essentiels énumérés aux points a) à g) » (h)

Le DMA ne fournit donc aucune définition conceptuelle (en intension) des services de plateforme essentiels, mais simplement une liste (en extension) présentée comme exhaustive et qui peine à montrer sa cohérence. À quoi bon qualifier ces services de plateforme de services « essentiels », s'ils ne s'opposent à aucun service « non essentiel » ? Faute d'explications, deux interprétations pourraient être défendues :

- ces services sont considérés, de manière absolue, comme des services de plateforme « essentiels », par opposition à d'autres services de plateforme qui ne le seraient pas (sans être énumérés par le texte) ;
- ces services de plateforme sont « au cœur » de l'activité de leur *gatekeeper* respectif, comme semble l'indiquer l'expression anglaise *core platform service*.

La première interprétation semble invalidée par le fait que cette liste de services de plateforme « essentiels » est particulièrement extensive, et en tout cas plus longue que la liste de plateformes structurantes communément admise. Le règlement *Platform to business* (P2B) ⁽¹⁾, par exemple, ne mentionne que deux des huit services de plateforme désignés par le DMA : les moteurs de recherche et les services d'intermédiation en ligne.

De fait, la liste de l'article 2§2 recouvre une diversité de services dont certains ne semblent pas être des services *de plateforme*. C'est le cas des services de *cloud*, qui n'ont pas de rôle d'intermédiation entre des professionnels et des utilisateurs finaux. L'offre de *cloud* est segmentée entre un marché orienté vers les entreprises et un marché destiné aux particuliers. La rémunération des services de *cloud* prend en général la forme d'un abonnement négocié par contrat, sans monétisation des données, qui restent la propriété des utilisateurs. Pour les particuliers, le *cloud* est un service auxiliaire lié à d'autres services, comme les messageries ou les systèmes d'exploitation. Comme le *cloud* ne revêt pas le caractère d'une *plateforme*, le rapporteur au Parlement européen Andreas Schwab propose de le supprimer purement et simplement de la liste des SPE.

Les services de plateforme essentiels ne semblent pas non plus nécessairement *au cœur* de l'offre proposée par le *gatekeeper*. À propos des « services de publicité », le texte est obligé de préciser, de manière assez curieuse, qu'ils ne seront considérés comme des services de plateforme essentiels que pour autant qu'ils sont « fournis par un fournisseur de l'un quelconque des SPE énumérés aux points a) à g) ». Cela revient implicitement à distinguer deux catégories de services de plateforme « essentiels » :

(1) Règlement 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

- les services listés de a) à g), qui constituent les services de plateforme essentiels au sens propre, c'est-à-dire *cœur de métier* ;
- les services de publicité, qui ne sont pas appréhendés de manière autonome et seraient mieux qualifiés de services de plateforme *secondaires* – comme le *cloud*, selon votre rapporteure.

Il serait donc nécessaire, vu l'importance de ce concept dans l'économie générale du texte, de donner une véritable définition aux « services de plateforme essentiels » et de réexaminer la liste de l'article 2§2 afin de vérifier si tous les services qui y sont énumérés y correspondent.

2. La distinction entre « entreprises utilisatrices » et « utilisateurs finaux », ambiguë et possiblement incohérente

La distinction entre « entreprises utilisatrices » (*business users*) et « utilisateurs finaux » (*end users*) n'est pas non plus exempte d'ambiguïtés. Les définitions données par le DMA frappent par leur circularité :

- Utilisateur final : « toute personne physique ou morale utilisant des services de plateforme essentiels autrement qu'en tant qu'entreprise utilisatrice » (article 2§16) ;
- Entreprise utilisatrice : « toute personne physique ou morale agissant à titre commercial ou professionnel qui utilise des services de plateforme essentiels aux fins ou dans le cadre de la fourniture de biens ou de services à des utilisateurs finaux » (article 2§17).

Les deux définitions se font référence mutuellement : l'entreprise utilisatrice est définie par rapport à l'utilisateur final (elle lui fournit un bien ou un service), tandis que l'utilisateur final est défini en creux par rapport à l'entreprise utilisatrice (tout utilisateur d'une plateforme... *qui n'est pas une entreprise utilisatrice*). Le texte refuse d'employer des notions communes (telles que *client*, ou *consommateur*), de telle sorte qu'il n'est pas possible en réalité de comprendre la définition de l'entreprise utilisatrice et de l'utilisateur final si on ne sait pas déjà de quoi il s'agit.

On remarquera par ailleurs que :

- la fonction « d'entreprise utilisatrice » n'est pas forcément remplie par une entreprise, par exemple sur les *marketplaces* permettant aux particuliers de vendre des objets d'occasion ;
- à l'inverse, les utilisateurs finaux *peuvent être des entreprises*, quand celles-ci utilisent les services de plateforme pour leurs besoins internes. À la limite, toutes les entreprises européennes sont utilisatrices des services de Google ou de Microsoft !

Ces derniers paradoxes tiennent sans doute à la traduction française de *business user*. Au sens strict, la notion de *business user* doit se référer uniquement aux utilisateurs professionnels qui vendent un produit ou un service à leurs clients par l'intermédiaire de la plateforme, dans le cadre d'une activité commerciale. Il serait judicieux de réfléchir à une traduction qui préserverait la symétrie de l'opposition *business user / end user*, par exemple un couple *utilisateur professionnel / utilisateur final* ou encore *utilisateur final / utilisateur intermédiaire*.

Enfin, le choix de la notion d'*utilisateur final* dans le DMA entraîne un risque d'incohérence avec les concepts de *Platform to Business*, qui ne parle pas d'utilisateurs finaux mais de *consommateurs*. Or ces textes ne fonctionnent pas de manière indépendante, puisqu'à son article 2 §5 le DMA renvoie à la définition des services d'intermédiation en ligne donnée à l'article 2 §2 du règlement P2B ⁽¹⁾. Quelles conséquences faut-il tirer de l'abandon de la notion de *consommateurs* au profit de celle, apparemment plus large, d'*utilisateur final* ? Comment le DMA va-t-il s'appliquer aux services d'intermédiation en ligne dont la définition mobilise des concepts hétérogènes ?

Recommandation n° 3 : Préciser le sens de l'opposition *business users / end users*, quitte à modifier la traduction française, et s'assurer que la terminologie est cohérente avec la terminologie du règlement *Platform to business*.

3. Réviser l'architecture des services numériques en distinguant services de plateforme « essentiels » et services de plateforme « secondaires »

La définition des services de plateforme essentiels (article 2§2) pose deux difficultés :

- Il n'existe pas de définition conceptuelle du concept de services de plateforme « essentiels » (ni de concept de services « non essentiels ») ;
- La liste est à la fois trop longue et incomplète : certains services devraient en être retirés, d'autres devraient y être ajoutés.

a. Distinguer services de plateforme « essentiels » et « secondaires » et compléter la liste des services correspondants

Au sens strict, un service de plateforme « essentiel » devrait être défini comme un service de plateforme qui agit comme une passerelle incontournable entre des utilisateurs professionnels et des utilisateurs finaux. Cela exclut les services techniques (c'est-à-dire les « services accessoires » de l'article 2§14, par

(1) Le règlement P2B définit ainsi les services d'intermédiation en ligne : ils « permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs » (point b).

exemple les services de paiement en ligne) mais aussi les services numériques n'ayant pas une fonction d'intermédiation.

i. Nécessité d'un nouveau concept de « services de plateforme secondaires »

Pour résoudre les difficultés liées à la notion de « service de plateforme essentiel », il conviendrait de dégager un concept de « service de plateforme secondaire » ou auxiliaire, c'est-à-dire *non essentiel* qui, comme les services de publicité dans la version actuelle du texte, ne seraient pris en compte que dans la mesure où ils sont liés à un service de plateforme *essentiel* dépendant du même fournisseur.

Les « services de plateforme secondaires » comprendraient, entre autres, les services de publicité, mais aussi les services de *cloud* ainsi que les services de messagerie – qui n'ont pas, en soi, un caractère de plateforme (contrairement aux réseaux sociaux). Ainsi, les services de *cloud* et les services de messagerie n'entreraient dans le périmètre du texte que s'ils sont liés à des services de plateforme essentiels (comme Whatsapp qui appartient à Facebook). Il serait également pertinent de rajouter les **navigateurs** à la liste des services de plateforme secondaires, dans la mesure où ils posent des problèmes de neutralité quand ils s'intègrent à un écosystème complet (Safari pour Apple – Chrome pour Google), mais pas quand ils sont développés de manière indépendante (Firefox).

La définition de services de plateforme secondaires permettrait **de prendre en compte la dimension écosystémique d'un acteur qui renforce la position de sa plateforme en proposant une diversité de services complémentaires, dont tous ne constituent pas, au sens strict, des services de plateforme autonomes.**

Recommandation n° 4 : Créer après l'article 2§2 une liste de services de plateforme « secondaires », avec les attributs suivants :

- ils n'entrent dans le champ du texte que dans la mesure où ils font partie d'un écosystème comprenant au moins un service de plateforme essentiel ;
- ils peuvent faire l'objet d'obligations *a minima*.

Recommandation n° 5 : Faire basculer dans cette liste les services de publicité, de *cloud* et de messagerie. Ajouter, à cette liste, les navigateurs.

ii. Ajouter les assistants vocaux à la liste des services de plateforme essentiels

La liste des services de plateforme *essentiels* pourrait quant à elle être complétée par une mention spécifique des **assistants vocaux**, dans la mesure où

ceux-ci constituent de plus en plus un service autonome. Actuellement considérés comme des moteurs de recherche ⁽¹⁾, les assistants vocaux présentent toutefois des caractéristiques propres qui les rendent irréductibles aux autres services de plateforme, et notamment la capacité de *choisir* à la place de l'utilisateur et d'interférer avec le système d'exploitation, tandis qu'un moteur de recherche classique se contente de lui présenter une liste de résultats. Bien qu'ils semblent déjà couverts par le texte, une telle mention des assistants vocaux permettrait de construire des obligations spécifiques à ce service de plateforme de nature hybride.

Dans la même logique, il pourrait être utile de distinguer clairement les *marketplaces* (places de marché) et les *app stores* (magasins d'application), que le texte regroupe indistinctement dans la catégorie « services d'intermédiation en ligne » (article 2§12), car certaines obligations imposées par le texte ne s'appliquent qu'à l'un ou l'autre de ces services, en raison de leurs caractéristiques propres.

Recommandation n° 6 : Liste de services de plateforme essentiels (article 2§2) : mentionner de manière séparée les assistants vocaux et distinguer expressément, au sein des services d'intermédiation, les *marketplaces* et les *app stores*.

b. Utiliser le concept de « service de plateforme secondaire » pour mieux appréhender la dimension écosystémique d'un gatekeeper

L'une des difficultés interprétatives et de fond posée par le texte est la question de savoir si les entreprises identifiées comme des *gatekeepers* doivent se conformer aux prescriptions des articles 5 et 6 seulement pour les services de plateforme qui remplissent les seuils quantitatifs de l'article 3§2 (b) (à savoir 45 millions d'utilisateurs finaux par mois et 10 000 entreprises utilisatrices par an), ou pour l'ensemble des services de plateforme qu'elles proposent.

Faut-il qu'un *gatekeeper* comme Amazon ou Facebook soit soumis au DMA seulement pour sa *marketplace*, qui représente le cœur de son activité, ou bien aussi à ses services annexes, comme Prime Video ou Facebook Marketplace, même s'ils ne sont pas encore en situation de position dominante ? Les deux solutions présentent chacune leurs inconvénients :

- en restreignant le périmètre des obligations aux services pour lesquels les *gatekeepers* sont effectivement en position dominante, on leur laisse la possibilité de s'étendre à d'autres activités en profitant de leurs

(1) L'article 2 § 6 du DMA renvoie à la définition des moteurs de recherche donnée dans le règlement P2B : un moteur de recherche est un « service numérique qui permet aux utilisateurs [...] d'effectuer des recherches [...] sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot-clé, d'une demande vocale [...] et qui renvoie des résultats dans quelque format que ce soit » (article 2 § 5 du règlement P2B).

capacités d'investissements, des données dont ils disposent et de la possibilité de ventes liées entre différents services ⁽¹⁾ ;

- en imposant aux *gatekeepers* des obligations sur l'ensemble de leurs services, même sur leurs services annexes, on crée de nouvelles distorsions de concurrence au profit des acteurs en position dominante comme Netflix et on empêche les GAFAM de se faire concurrence sur leurs services *core business*.

En l'état, et malgré un certain flottement terminologique (voir *infra*), le texte a opté pour la première solution. Aux termes de l'article 3§7, la Commission établit, « pour chaque contrôleur d'accès », « la liste des services de plateforme essentiels qui sont fournis au sein de cette même entreprise *et qui constituent, individuellement, des points d'accès majeurs* permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre les utilisateurs finaux ». Les articles 5 et 6 précisent que le contrôleur d'accès n'est soumis aux obligations qui y sont définies que pour « ses services de plateforme essentiels recensés conformément à l'article 3, paragraphe 7 », c'est-à-dire en pratique pour les services qui dépassent les seuils fixés à l'article 3§2.

En raisonnant service par service, le texte évite de produire des effets collatéraux sur les activités marginales des *gatekeepers*, mais il néglige la force d'écosystème des différentes plateformes.

Votre rapporteure propose une solution originale, qui consiste à pouvoir assimiler à des services de plateforme secondaires des services de plateforme essentiels par nature, mais qui ne sont pas au cœur de l'activité du *gatekeeper* (par exemple, Prime Video ou Facebook Marketplace), et qui perdent de ce fait leur caractère « essentiel », mais qui n'en contribuent pas moins à renforcer l'écosystème. Il s'agit de **la seule solution permettant de concilier deux exigences sinon contradictoires** :

- cibler les services des *gatekeepers* qui représentent effectivement une passerelle incontournable pour les utilisateurs ;
- tenir compte de l'ensemble des services proposés par le *gatekeeper*, et des synergies entre ces services au sein de l'écosystème.

Recommandation n° 7 : au cours de la détermination des services de plateforme essentiels d'un *gatekeeper* (article 3§7), énumérer aussi ses SPE *ne constituant pas un point d'accès majeur* au marché. Les assimiler à des services de plateforme *secondaires* en tant qu'ils remplissent une fonction connexe au sein de l'écosystème de ce *gatekeeper*.

(1) Ainsi, le service Prime Video étant intégré à l'abonnement Amazon Prime, Amazon fait de chacun de ses clients market place un client de fait de son service de vidéo à la demande.

C. DÉSIGNATION DES *GATEKEEPERS* : UNE PROCÉDURE COMPLEXE, UNE MÉTHODOLOGIE MAL DÉFINIE ET PARESSEUSE

La désignation des *gatekeepers* est excessivement complexe, à cause de l'existence de deux procédures concurrentes mais pas indépendantes, l'une fondée sur des critères qualitatifs, l'autre sur des critères quantitatifs. Il est prévu que les notions fondamentales à la base des seuils (« entreprise », « utilisateur actif ») soient définies par actes délégués, ce qui n'est pas acceptable vu les enjeux. En l'état, les critères semblent ne pas cibler suffisamment les caractéristiques problématiques des *gatekeepers* – par exemple la dimension conglomérale – et pourraient même être défavorables à certaines entreprises européennes sans dimension mondiale.

1. Une procédure artificiellement complexe, parfois peu compréhensible

Non seulement il existe deux procédures parallèles pour désigner les *gatekeepers*, mais on trouve certaines contradictions dans la façon dont les destinataires des obligations sont désignés, laissant un doute sur la question de savoir s'il s'agit des fournisseurs d'un service de plateforme particulier ou des entreprises comprenant éventuellement plusieurs fournisseurs de services.

a. Deux procédures alternatives, dont l'une essentiellement quantitative

Deux grandes possibilités pouvaient être envisagées pour la procédure de désignation des *gatekeepers* :

- soit désigner les entreprises au cas par cas ;
- soit définir une méthode générale, fondée sur des critères abstraits, sans préjuger de la position de telle ou telle entreprise.

La première solution, qui a été privilégiée en droit interne par l'Allemagne et le Royaume-Uni, a l'avantage de permettre un ciblage rapide et adéquat, mais elle présente un risque de contentieux avec les entreprises ainsi désignées, qui pourraient trouver cette méthode discriminatoire, et ce d'autant plus que les entreprises tombant dans le périmètre du texte seront probablement toutes des entreprises américaines, à l'exception peut-être de l'entreprise néerlandaise Booking, qui a d'ailleurs été rachetée par une société américaine.

C'est pourquoi la Commission a préféré, à juste titre, une procédure plus lourde mais plus robuste, qui permet de cibler certains acteurs, en tant qu'ils fournissent certains services aux utilisateurs localisés en Europe, sur le fondement de critères objectifs et rationnels. Aux termes de l'article 3§1, qui énumère ces critères, un fournisseur de services sera considéré comme *gatekeeper* s'il satisfait trois conditions cumulatives :

- il a un poids important sur le marché intérieur (a) ;
- il assure un SPE qui constitue « un point d'accès majeur » permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux (b) ;
- il jouit actuellement ou « dans un avenir proche » d'une position « solide et durable », ce qui signifie en pratique que les critères a) et b) s'inscrivent dans la durée (c).

Ces critères sont donc essentiellement qualitatifs, notamment le critère *b*) relatif au « point d'accès majeur ». Toutefois, le paragraphe suivant (article 3§2) ajoute que ces critères sont *réputés satisfaits* si le fournisseur de services remplit certains critères quantitatifs. Le texte prévoit ensuite deux procédures alternatives pour désigner les *gatekeepers* :

- Une procédure fondée sur des critères qualitatifs plus précis (article 3 §6) ⁽¹⁾, indépendamment des seuils quantitatifs ;
- Une procédure fondée uniquement sur les critères quantitatifs (article 3§4) : les fournisseurs franchissant les seuils seront automatiquement désignés comme des *gatekeepers*, à moins qu'ils parviennent à démontrer qu'ils n'ont pas, malgré leur taille, un statut de contrôleur d'accès.

b. Un cheminement juridique difficile à suivre

Après avoir désigné un *gatekeeper* en fonction de seuils quantitatifs (article 3§4) ou en fonction de critères qualitatifs (article 3§6), la Commission « détermine l'entreprise concernée à laquelle il appartient et établit la liste des services de plateforme essentiels qui sont fournis au sein de cette même entreprise et qui constituent, individuellement, des points d'accès majeurs permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre les utilisateurs finaux » (article 3§7).

Autrement dit, la Commission désigne un *gatekeeper* à partir d'un service qu'il fournit, puis l'entreprise à laquelle ce *gatekeeper* appartient, puis les services de plateforme essentiels proposés par cette entreprise.

Le paradoxe selon lequel l'entreprise du *gatekeeper* est à la fois un paramètre de la procédure (*via* son chiffre d'affaires) et son résultat sera analysé plus bas. On ne peut que s'étonner de la « dialectique platonicienne » excessivement complexe qui consiste à partir d'un service de plateforme, à déterminer s'il constitue un « point d'accès majeur », à remonter ensuite à son fournisseur pour déterminer s'il est un *gatekeeper*, puis jusqu'à l'entreprise de ce *gatekeeper*, pour ensuite redescendre au niveau des différents services de plateforme que cette entreprise fournit.

(1) Ces critères sont par exemple : la présence de barrières à l'entrée, d'économies d'échelle, le degré de liberté de choix ou de captivité des utilisateurs, etc.

Pourquoi la Commission établit-elle la liste des SPE fournis au sein de l'entreprise à laquelle appartient le *gatekeeper* (article 3§7), puisqu'il est clair :

- d'une part, que les *gatekeepers* sont les fournisseurs de services eux-mêmes, et non les entreprises auxquelles ils appartiennent (article 3§1),
- et d'autre part, que les obligations s'imposent aux *gatekeepers*, et non pas aux entreprises auxquelles ils appartiennent ?

À cause de cette distinction mal expliquée entre le « *gatekeeper* » et « l'entreprise du *gatekeeper* », le premier alinéa de l'article 5 et de l'article 6, qui introduit les obligations qui incombent aux *gatekeepers* au titre de ces articles, est incohérent : « Pour chacun de ses services de plateforme essentiels recensés conformément à l'article 3, paragraphe 7, le contrôleur d'accès s'abstient [etc.] ». Or, en toute rigueur, l'article 3§7 ne recense pas les SPE fournis par le *gatekeeper*, mais par l'entreprise à laquelle il appartient. Si l'on s'en tient à une lecture rigoureuse de la première phrase des articles 5 et 6, les obligations contenues dans ces articles – et donc dans la totalité du DMA – sont sans objet.

Il s'ensuit une ambiguïté fondamentale sur la personne qui est soumise à la réglementation – le fournisseur de services au sens strict, ou le groupe d'entreprise dont il dépend – et sur le périmètre des SPE pour lesquels le *gatekeeper* est soumis à des obligations.

Ces hésitations rédactionnelles traduisent, encore une fois, la difficulté qu'a le texte d'appréhender la dimension conglomérale des *gatekeepers*, c'est-à-dire les liens et les synergies qui existent entre différents services de plateforme proposés au sein d'un même écosystème.

2. Les critères quantitatifs semblent bien calibrés, mais ne sont pas définis de manière adéquate

a. Les seuils sont globalement bien calibrés, mais ils pourraient être conçus plus intelligemment

Les seuils quantitatifs, en principe indicatifs, sont détaillés à l'article 3§2 :

- Le fournisseur est réputé avoir un « poids important sur le marché intérieur » si l'entreprise à laquelle il appartient :
 - o a réalisé un chiffre d'affaires de 6,5 milliards d'euros dans l'Espace économique européen ;
 - o ou si sa capitalisation ou a juste valeur marchande s'élève à 65 milliards d'euros ;
 - o et à condition que le SPE soit proposé dans au moins trois États membres de l'Union.

- Le SPE qu'il fournit est réputé constituer un « point d'accès majeur » s'il comptabilise :
 - o 45 millions d'utilisateurs actifs par mois dans l'Union ;
 - o *et* 10 000 entreprises utilisatrices européennes par an.

La quasi-totalité des personnes entendues dans le cadre de la mission considère que ces seuils sont bien calibrés, puisqu'ils permettent de cibler des entreprises de taille suffisamment importante, en évitant les effets de bord sur de jeunes entreprises européennes qui seraient « dissuadées de croître » si les seuils avaient été trop bas ⁽¹⁾. Il est nécessaire, au moins dans un premier temps, que la régulation européenne, pour des raisons de moyens et d'efficacité, concentre ses efforts sur un nombre restreint d'acteurs considérés comme les plus significatifs.

Quoiqu'ils soient globalement bien calibrés, on remarque quelques bizarreries dans la définition de ces chiffres, par exemple la référence à trois périmètres géographiques différents :

- Le chiffre d'affaires est celui réalisé dans *l'Espace économique européen* ;
- La capitalisation boursière de l'entreprise est par structure de *niveau mondial* ;
- Le nombre d'utilisateurs est comptabilisé dans *l'Union européenne*.

La raison pour laquelle le chiffre d'affaires retenu est limité à l'Espace économique européen tient à la base juridique même du texte, à savoir le marché *intérieur*. Il serait juridiquement contestable de présumer de l'importance d'une entreprise étrangère sur le marché européen à partir de critères liés à ses performances mondiales. Mais il paraît incohérent de restreindre expressément le critère du chiffre d'affaires au marché européen, s'il existe un critère *alternatif* relatif à la taille de l'entreprise *au niveau mondial*.

L'existence d'un troisième critère, cette fois-ci obligatoire, tenant au fait que l'entreprise doit proposer un SPE dans « au moins trois États membres » ne s'explique probablement que par le caractère facultatif du critère « marché européen ». Or ce troisième critère ne semble pas pertinent, car il ne tient pas compte de l'intensité de l'activité dans ces différents États membres, ni de la taille de ces États ; il pourrait, de surcroît, dissuader une entreprise européenne présente dans deux États membres d'étendre ses activités à un troisième par crainte d'entrer

(1) Cet argument est une critique récurrente avancée par les GAFAM à l'encontre de la logique de seuil, et de la logique de régulation en général. Notons néanmoins qu'une position est considérée comme « solide et durable » au bout d'un délai de trois ans, ce qui évite des effets de seuil immédiat. En outre, le statut de gatekeeper confère intrinsèquement de tels avantages économiques qu'il est peu probable qu'une entreprise y renonce (ou renonce à sa clientèle européenne) dans le seul but d'échapper à la régulation.

dans les seuils, et freiner ainsi la croissance d'entreprises européennes ayant une forte base nationale.

Dans un strict souci de cohérence et de lisibilité, il faudrait donc que les critères tenant au chiffre d'affaires et à la capitalisation soient cumulatifs – quitte à les ajuster –, ce qui permettrait de supprimer la condition « trois États membres ». Ces critères sont d'ailleurs complémentaires, puisque la capitalisation mondiale reflète de manière plus adéquate la capacité de la plateforme à monétiser l'activité de ses utilisateurs, y compris européens.

Cette « double approche » permettrait donc, en outre, de prendre en compte à la fois l'importance d'une entreprise au niveau européen et sa puissance globale (ou sa dimension conglomérale), et d'écarter ainsi les entreprises européennes qui n'auraient pas de dimension mondiale sans négliger, à l'inverse, les entreprises étrangères dotées de fortes capacités d'investissement qui pourraient rapidement devenir incontournables sur le marché européen.

Recommandation n° 8 : Rendre cumulatifs les deux premiers critères de l'article 3§2 (a) (chiffre d'affaires européen et capitalisation mondiale), quitte à les ajuster, et supprimer le troisième critère du même article (activité dans trois États membres), pour rendre l'ensemble plus cohérent et tenir compte à la fois de l'implantation d'une entreprise en Europe et de sa puissance mondiale.

b. Supprimer le recours aux actes délégués pour la définition des critères quantitatifs

Le texte prévoit à son article 3§5 que la notion d'utilisateur actif, ainsi que tous les éléments relatifs aux critères quantitatifs de l'article 3§2, puissent être précisés ultérieurement par la Commission par voie d'actes délégués. Le recours aux actes délégués présente un double risque :

- un risque d'insécurité juridique, puisque les entreprises doivent pouvoir connaître dès le départ les critères qui permettront de les identifier ou non comme des *gatekeepers* ;
- un risque de contentieux, puisque les actes délégués ne peuvent pas porter sur les éléments essentiels d'un acte législatif⁽¹⁾ : or il est clair que la notion d'utilisateur actif, entre autres, est au cœur du texte.

(1) « Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif » (article 290 du TFUE).

Votre rapporteure rappelle que **le recours aux actes délégués ne saurait être une solution de facilité visant à pallier une rédaction confuse ou une méthodologie mal pensée.**

Il est donc nécessaire de supprimer la possibilité de préciser les critères quantitatifs de l'article 3 §2 par voie d'actes délégués, et d'en donner dans le texte lui-même une définition complète.

Recommandation n° 9 : Supprimer la possibilité de recours aux actes délégués prévue à l'article 3§5 pour préciser les critères quantitatifs, inutile et contraire à l'article 290 du TFUE.

c. Chiffre d'affaires « de l'entreprise » : une définition cocasse

Considéré en tant que tel, le critère du chiffre d'affaires est tellement mal défini qu'il risque de faire peser un risque d'insécurité juridique sur les entreprises obligées, en application de l'article 3§3, d'informer la Commission du fait qu'elles ont franchi les seuils fixés à l'article 3§2.

Aux termes de l'article 3§2 (a), le chiffre d'affaires retenu est celui réalisé dans l'Espace économique européen par « l'entreprise à laquelle le fournisseur de services appartient ». Or le terme « entreprise » est défini ainsi à l'article 2§22 : « toutes les entreprises liées formant un groupe par l'intermédiaire du contrôle direct ou indirect d'une entreprise par une autre et exerçant une activité économique ». Le texte emploie donc un vocable au pluriel (« toutes les entreprises ») pour définir le même vocable au singulier (« l'entreprise ») ! Après avoir proposé, avec les utilisateurs finaux et les entreprises utilisatrices, une définition circulaire, le texte nous offre à présent une définition tautologique.

On comprend que la notion d'*entreprise*, c'est-à-dire la structure économique à laquelle appartient le fournisseur de services, ne s'entend pas de la filiale, mais renvoie à l'ensemble du groupe d'entreprises auquel ce fournisseur appartient. Cette convention aurait pu être exprimée de manière plus claire. La confusion est accrue par le fait que la notion « d'entreprise utilisatrice », elle, est comprise dans un sens individuel : toutes les entreprises d'un même groupe seront considérées comme autant d'utilisateurs d'un fournisseur de services de plateformes essentiel.

Dans ces conditions, les entreprises entendues par votre rapporteure au cours des auditions ont exprimé leurs doutes sur les modalités de calcul du chiffre d'affaires au sens de l'article 3§2.

À son article 3§7, le texte semble d'ailleurs indiquer que l'entreprise à laquelle appartient le fournisseur de SPE est désignée *après* la désignation de ce fournisseur comme *gatekeeper* : « Pour chaque contrôleur d'accès désigné en vertu du paragraphe 4 ou du paragraphe 6, la Commission détermine *l'entreprise*

concernée à laquelle il appartient ». Autrement dit, les fournisseurs de services peuvent être désignés *gatekeepers* en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise à laquelle ils appartiennent (article 3§4), mais cette entreprise n'est déterminée qu'ensuite (article 3§7). Comment exiger des fournisseurs de services qu'ils communiquent le chiffre d'affaires de leur entreprise en vue d'une éventuelle désignation comme *gatekeepers* si cette entreprise n'est déterminée qu'après leur désignation comme *gatekeepers* ?

Recommandation n° 10 : Clarifier dans le texte, sans recours à des actes délégués, le périmètre du chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'article 3§2 (a), et préciser les modalités de calcul de ce chiffre d'affaires.

d. Nombre d'utilisateurs « actifs » : un concept à définir, des seuils à adapter en fonction du type d'activité

Pour déterminer si un service de plateformes constitue un « point d'accès majeur », le texte raisonne en nombre d'utilisateurs plutôt qu'en parts de marché, précisément parce qu'il est difficile de définir un « marché » dans l'économie numérique. À cette fin, l'article 3§2 (b) convoque la notion « d'utilisateurs actifs ». Ainsi, un service de plateformes essentiel est présumé avoir le caractère de « point d'accès majeur » s'il enregistre à la fois 45 millions d'utilisateurs finaux « actifs » par mois et 10 000 entreprises utilisatrices « actives » par an dans l'Union européenne.

Or le concept d'utilisateur actif n'est pas défini dans le texte. Parle-t-on des acheteurs ou des visiteurs ? De toute évidence, le concept n'a pas la même signification selon la plateforme envisagée. Le concept « d'acheteur » n'a pas beaucoup de pertinence pour les services « gratuits » dont le *business model* est fondé sur la monétisation des données de leurs utilisateurs finaux. À l'inverse, le concept de « visiteur » est trop large pour les services d'intermédiation dont l'essentiel du chiffre d'affaires provient des commissions réalisées sur les transactions ou des données collectées à l'occasion de ces transactions.

Certains observateurs ont proposé de définir l'utilisateur « actif » comme un utilisateur « logué », c'est-à-dire inscrit et nominativement connecté à la plateforme grâce à un mot de passe. Mais tous les services de plateforme ne proposent pas de système d'identification : par exemple, les utilisateurs des moteurs de recherche ne sont en général pas « logués », à moins d'utiliser simultanément d'autres services du fournisseur (comme Gmail). Pour ce qui est des services d'intermédiation, la notion d'utilisateur logué n'est pas forcément plus pertinente que la notion de « visiteur », car elle n'implique pas davantage de transaction.

Votre rapporteure propose donc de définir plus précisément la notion « d'utilisateur actif » et de différencier cette définition, ainsi que les seuils

applicables, selon la manière dont ces plateformes « monétisent » l'activité des utilisateurs :

- pour les services d'intermédiation, ne doivent être considérés comme des utilisateurs « actifs » que les utilisateurs qui effectuent une transaction ;
- pour les moteurs de recherche, tous les visiteurs réguliers peuvent être considérés comme des utilisateurs actifs ;
- pour les autres services de plateforme, il semble pertinent de retenir les utilisateurs « logués ».

Par ailleurs, le seuil de 10 000 entreprises utilisatrices paraît bien trop bas pour les *marketplaces*, alors qu'il pourrait être trop élevé pour d'autres types de plateformes. Le seuil de 65 millions d'utilisateurs finaux actifs pourrait à l'inverse être trop élevé pour les *marketplaces*, si l'on ne comptabilise que les utilisateurs ayant effectivement réalisé une transaction dans le mois. Il pourrait être nécessaire de l'ajuster, soit en abaissant le seuil, soit de préférence en étendant la période retenue (par exemple, 65 millions d'acheteurs différents *sur six mois*).

Recommandation n° 11 : Définir dans le texte la notion « d'utilisateur actif » en tenant compte du type de plateforme et de la façon dont la plateforme monétise ses utilisateurs (acheteurs pour les *marketplaces*, visiteurs pour les moteurs de recherche, utilisateurs logués pour les autres plateformes). Adapter les seuils et la période de référence à chaque type de plateforme.

3. Unifier la procédure de désignation des *gatekeepers* en renforçant l'importance des critères qualitatifs

Mais au-delà des aspects techniques liés à la définition des seuils, c'est le recours même à une méthode exclusivement quantitative, dans le cadre de la procédure de l'article 3§4, qui pourrait être remis en cause.

a. Supprimer la possibilité de désigner des *gatekeepers* uniquement à partir de critères quantitatifs

Il est tout à fait pertinent que le texte propose, à titre indicatif, des critères quantitatifs permettant aux entreprises de savoir *a priori* si elles sont potentiellement concernées par celui-ci. Ces seuils donnent de la prévisibilité aux acteurs tout en préservant une part de flexibilité, puisqu'ils ne constituent qu'une présomption réfragable. Ils permettent, surtout, d'imposer aux entreprises entrant dans les seuils une obligation préalable de notification auprès de la Commission

(article 3 §3), faisant ainsi participer les entreprises au processus de désignation des *gatekeepers* dans une logique déclarative.

Toutefois, la « commutation du qualitatif en quantitatif » opérée par l'article 3§4, qui permet en pratique de désigner des *gatekeepers* uniquement à partir de seuils, peut conduire à délaissé la définition conceptuelle d'un « contrôleur accès », qui est la raison d'être du DMA, et à négliger sa dimension conglomérale ainsi que sa capacité à verrouiller le marché, qui ne dépend pas seulement de sa taille. D'ailleurs, l'existence d'une double procédure ne sera pas forcément un facteur de simplicité et d'efficacité, au contraire, puisqu'il est possible aussi bien :

- que des fournisseurs de services *ne soient pas* qualifiés de *gatekeepers* alors qu'ils dépassent les seuils ;
- que des fournisseurs de services soient qualifiés de *gatekeepers* en application de l'article 3§6 *alors même qu'ils ne remplissent pas les seuils*.

En tout état de cause, le recours à des seuils quantitatifs ne saurait être suffisant, et pourrait même avoir des effets pervers. D'une part, la présence d'un acteur de taille importante sur un marché ne signifie pas nécessairement que ce marché souffre d'un manque de contestabilité. La position dominante de certaines plateformes ⁽¹⁾ ne s'explique que par leurs performances supérieures à celles de leurs concurrents ; toutes les entreprises en position dominante ne sont pas structurellement des *contrôleurs d'accès*.

D'autre part, l'accent mis sur les critères quantitatifs risque d'introduire un biais en défaveur des entreprises européennes, qui auront naturellement une part plus importante sur le marché domestique que sur le marché mondial et donc, *in fine*, d'introduire des distorsions de concurrence en faveur des entreprises étrangères. Ce biais n'est pas évident à l'heure où est négocié le texte, car toutes les entreprises qui entrent potentiellement dans son périmètre – à l'exception de Booking – sont des entreprises américaines. Mais le texte a également pour but de favoriser l'émergence d'alternatives européennes aux GAFAM, et ce point ne doit pas être négligé.

Enfin, les seuils quantitatifs sont forcément indicatifs et pour partie arbitraires. Au vu des seuils actuellement fixés par le texte, il est généralement admis qu'une dizaine d'entreprises pourrait être concernée, ce qui est sans doute trop pour permettre une mise en œuvre satisfaisante du texte. Si les seuils quantitatifs jouent le rôle d'un filtre grossier, il est primordial que la véritable sélection soit opérée essentiellement à partir de critères qualitatifs.

(1) C'est le cas par exemple de la plateforme Zoom, qui a été largement utilisée durant l'épidémie alors même que les organisations publiques ou privées recommandaient en général le recours à d'autres solutions considérées plus sécurisées. De même la plateforme Netflix, en situation dominante malgré la concurrence d'Amazon Prime Video.

Votre rapporteure préconise donc la suppression de la procédure prévue à l'article 3§4 : tous les *gatekeepers* devraient être désignés essentiellement en fonction de critères *qualitatifs*, les seuils indicatifs de l'article 3§2 devant seulement permettre aux entreprises concernées de s'identifier comme telles auprès de la Commission, et donner une assurance juridique aux entreprises qui seraient significativement en deçà.

Recommandation n° 12 : affirmer clairement le caractère indicatif des seuils quantitatifs de l'article 3§2 et supprimer la possibilité prévue à l'article 3§4 de désigner automatiquement un *gatekeeper* sur le fondement de ces seuils.

Cela suppose également que les critères qualitatifs soient complétés et renforcés, pour mieux cibler les acteurs concernés et leur donner de la prévisibilité.

b. Renforcer les critères qualitatifs pour mieux saisir la capacité de verrouillage et la dimension conglomérale du gatekeeper

i. Insister sur la notion de « dépendance » et de captivité des utilisateurs

Ainsi, les critères qualitatifs devraient davantage insister sur la **dépendance** des utilisateurs envers le *gatekeeper*, comprise comme une absence de choix.

Indépendamment de sa dimension, un *gatekeeper* est conceptuellement un acteur qui constitue une passerelle incontournable pour d'autres entreprises qui cherchent à atteindre leurs clients, ou pour des utilisateurs finaux confrontés à une offre de services limitée. L'analyse de l'article 3§6 devrait donc mieux prendre en compte la présence (ou l'absence) d'alternatives viables et la possibilité d'utiliser simultanément plusieurs plateformes concurrentes à la fois (*multi-homing*). De même que les critères quantitatifs, les critères qualitatifs devraient être adaptés à chaque *business model*, en fonction de la façon dont se manifeste le lien de dépendance d'un service à l'autre.

En outre, les critères qualitatifs devraient permettre de corriger le « biais domestique » évoqué plus haut et vérifier que la position mondiale d'une entreprise est bien cohérente avec sa position européenne.

ii. Une dimension conglomérale à prendre en compte explicitement

La prise en compte de la **dimension conglomérale** des *gatekeepers* est également un point qui devrait être renforcé dans le texte, à la fois au stade de leur désignation (article 3§6) et dans la façon dont s'appliquent les obligations des articles 5 et 6.

Selon votre rapporteure, qui est bien consciente du fait que cette position n'est pas partagée par l'ensemble des parties prenantes, le champ du texte devrait

se limiter aux acteurs de dimension conglomérale, c'est-à-dire fournissant une multitude de services accessibles au sein d'un même écosystème, et ne pas s'intéresser – du moins dans un premier temps – aux « *gatekeepers* sectoriels » (comme par exemple, dans le domaine de l'hôtellerie et de la location meublée, Booking et Airbnb), qui seraient mieux régulés par le droit classique de la concurrence. L'offre de services accessoires accessibles grâce à un identifiant unique est en effet un facteur déterminant dans la capacité des *gatekeepers* à « verrouiller » l'accès à ces services et à rendre les utilisateurs finaux captifs.

Recommandation n° 13 : Renforcer l'importance des critères qualitatifs dans la désignation des *gatekeepers*, et insister à l'article 3§6 sur leur dimension conglomérale et sur la latitude de choix des utilisateurs.

Afin de mieux appréhender la dimension conglomérale des *gatekeepers*, et donc l'ensemble des marchés connexes à son activité principale, votre rapporteure propose d'imposer comme condition supplémentaire qu'une entreprise fournisse, en plus de son service de plateforme essentiel principal, un autre service de plateforme (essentiel ou secondaire), pour être considérée comme un *gatekeeper*.

Recommandation n° 14 : Pour inscrire la dimension conglomérale au cœur de la définition des *gatekeepers*, préciser à l'article 3§1 (b) qu'un *gatekeeper* assure au moins deux services de plateforme, dont au moins un service de plateforme essentiel.

II. DES OBLIGATIONS À RENFORCER ET À RÉORGANISER DANS UN OBJECTIF DE CLARTÉ ET D'EFFICACITÉ

La confusion constatée dans la présentation de l'objet du texte et de ses concepts fondamentaux (chapitre I) et de la procédure de désignation des *gatekeepers* (chapitre II) se retrouve naturellement dans l'énoncé des obligations, qui constitue le cœur du texte (chapitre III). Les obligations ne sont pas présentées de manière suffisamment claire en ce qui concerne leur portée et leurs objectifs, d'où il suit un risque de contournement et un manque de flexibilité (A). Prises individuellement, certaines obligations pourraient également être renforcées ou complétées (B).

A. REVOIR L'ARCHITECTURE DES OBLIGATIONS POUR GAGNER EN INTELLIGIBILITÉ, EN FLEXIBILITÉ ET EN SÉCURITÉ JURIDIQUE

Dans un objectif aussi bien de clarté que d'efficacité, il conviendrait de repenser la façon dont les obligations sont construites (articles 5 et 6). Les obligations ne sont pas suffisamment spécifiques aux différentes plateformes et à leurs caractéristiques propres. Elles ne précisent même pas, ou rarement, les services auxquels elles s'appliquent et les objectifs qu'elles poursuivent, ce qui produit une forme de rigidité faisant obstacle à la possibilité de les adapter facilement.

Le dispositif anticcontournement (article 11) pourrait aussi être rédigé de manière plus simple et plus efficace.

Enfin, le mécanisme de flexibilité (article 10), pourtant essentiel, est inopérant à cause d'un recours juridiquement fragile aux actes délégués : comme les notions de l'article 3 (voir *supra*), les obligations doivent être précisées dans le règlement, ou par voie de décision au moment de la désignation d'un *gatekeeper*.

1. Définir, pour chaque obligation, l'objectif poursuivi et les services de plateformes concernés

Dans leur rédaction actuelle, les obligations des articles 5 et 6 s'appliquent à toutes les entreprises désignées comme *gatekeepers* et à tous leurs services de plateforme essentiels, sans tenir compte de l'hétérogénéité des modèles et des problématiques posées par chaque type de service. Cela pose plusieurs types de difficultés :

- La rédaction est parfois tellement générale et abstraite qu'elle est difficile à comprendre ;
- Le périmètre des services concernés est parfois incertain ;

- Les obligations ne sont pas assez affinées en fonction des difficultés spécifiques à tel type de plateforme.

À quelques exceptions près ⁽¹⁾, les obligations sont formulées de manière générale alors qu'elles ont été élaborées à partir d'un cas particulier et n'ont vocation à s'appliquer, en pratique, qu'à un type de service. Cela crée de la confusion. Par exemple, l'article 5c « permet aux utilisateurs finaux, *par l'intermédiaire des services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès*, d'accéder à des contenus, abonnements, fonctionnalités ou autres éléments et de les utiliser en se servant de l'application logicielle de l'entreprise utilisatrice, lorsque ces éléments ont été acquis par les utilisateurs finaux auprès des entreprises utilisatrices concernées *sans avoir recours aux services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès* ». À défaut de préciser à quels SPE il est fait référence, cette disposition semble contradictoire : elle permet aux utilisateurs d'accéder « par l'intermédiaire des SPE du contrôleur d'accès » à des contenus acquis « sans avoir recours aux SPE du contrôleur d'accès » ! Il serait plus clair de formuler de la manière suivante : le *système d'exploitation* du contrôleur d'accès doit permettre d'accéder à des contenus qui n'ont pas été acquis par l'intermédiaire de son *app store (sideloading)*.

De même, le début de cet article, « permet aux entreprises utilisatrices de promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux acquis *grâce au service de plateforme essentiel* », serait plus clair s'il était rédigé ainsi : « permet aux entreprises utilisatrices de promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux acquis grâce à l'*app store* du contrôleur d'accès ». À quoi bon parler de « services essentiels de plateforme » en général – expression large, comme on l'a vu, puisqu'elle désigne les réseaux sociaux, les services de messagerie, de *cloud*, de publicité... – si l'article n'a de sens que pour certains services d'intermédiation ?

Parfois, le choix de l'expression générale « services de plateforme essentiels » introduit une incertitude sur le périmètre des services concernés. Par exemple, l'obligation de partager les données avec les entreprises utilisatrices (article 6 §1-i) a été conçue pour les fournisseurs de services d'intermédiation, mais la portée de l'obligation pourrait être étendue incidemment à d'autres services sans pour autant être étendue à tous les SPE. De la même façon, l'interdiction d'utiliser les données générées par les entreprises pour leur faire concurrence (article 6§1-a) s'applique-t-elle seulement aux services d'intermédiation, ou bien aussi aux moteurs de recherche ?

À l'inverse, l'obligation de proposer des conditions d'accès équitables et non discriminatoires (article 6§1-k) se limite expressément aux *app stores*, alors qu'elle devrait être étendue à l'ensemble des services d'intermédiation (voir recommandation n° 25).

(1) Les articles 5g et 6 § 1-g ne concernent expressément que les services de publicité ; l'article 6§1-j, les moteurs de recherche ; et l'article 6 § 1-k, les *app stores*.

Pour plus de clarté, il faudrait organiser la présentation des obligations par catégorie de plateforme. Cette démarche aurait d'autant plus de sens que chaque type de plateforme pose un problème différent :

- moteurs de recherche : la mise en valeur de ses propres produits (*self-preferencing*) ;
- les réseaux sociaux : les effets de réseau ;
- services d'intermédiation : les relations déséquilibrées avec les entreprises utilisatrices et la capture de la valeur ;
- assistants vocaux : la décision à la place de l'utilisateur final.

Dès lors que chaque plateforme a des caractéristiques propres, elle appelle aussi des solutions propres. A l'exception des obligations par nature transversales (parce qu'elles concernent les liens entre les services), les obligations devraient donc être conçues et classées *service par service* (voir tableau ci-dessous).

Recommandation n° 15 : Préciser, pour chaque obligation de l'article 5 et de l'article 6, quels SPE sont concernés pour rendre les obligations plus claires et mieux adaptées. Présenter les obligations par catégorie de plateformes.

Il serait aussi nécessaire, à la fois pour éclairer le sens des obligations et pour ouvrir une marge de flexibilité (voir *infra*, partie II.A.3) de préciser pour chaque obligation à quel objectif général du règlement elle se rattache principalement. Ces objectifs sont au nombre de deux (article 1§1), auxquels il faudrait rajouter la liberté de choix de l'utilisateur final (*recommandation n° 1*) :

- équité (partage de la valeur)
- contestabilité (suppression des barrières à l'entrée et des phénomènes de verrouillage)
- liberté de choix de l'utilisateur (entre les services, et sur l'utilisation des données personnelles)

En pratique ces objectifs sont naturellement liés, puisque la liberté de choix suppose que les marchés soient contestables et vient à son tour renforcer la possibilité pour des entreprises concurrentes de développer une offre.

Chaque obligation devrait en outre préciser le but recherché ou le principe sous-jacent, afin qu'elle puisse continuer à s'appliquer dans son esprit malgré les contingences des évolutions techniques.

PROPOSITION DE CLASSEMENT DES OBLIGATIONS PLATEFORMES

Obligation	Article	Objectif principal
Tous SPE (obligations transversales)		
Interdiction de combiner les données à caractère personnel sans consentement	5a	liberté de choix
Interdiction des mesures de représailles	5d	anticonournement
Interdiction d'imposer un système d'identification	5e	liberté de choix
Interdiction du <i>tie-in</i> entre les SPE	5f	contestabilité liberté de choix
Services d'intermédiation		
Interdiction des clauses de parité	5b	contestabilité
Obligation de désintermédiation	5c	équité / contestabilité
Interdiction d'utiliser les données générées par les entreprises pour leur faire concurrence	6§1-a	contestabilité / équité
Accès équitable et non discriminatoire	6§1-k	équité
Partage des données d'activité avec les entreprises utilisatrices	6§1-i	équité
Systèmes d'exploitation		
Droit de désinstaller des applications logicielles préinstallées	6§1-b	liberté de choix
Droit d'installer et d'utiliser des applications de tiers	6§1-c	liberté de choix
Absence de restrictions techniques à l'emploi d'applications de tiers	6§1-e	liberté de choix contestabilité
Interopérabilité pour les services accessoires	6§1-f	contestabilité
Services de publicité		
Transparence des prix	5g	information
Transparence des performances	6§1-g	information
Moteurs de recherche		
Interdiction du <i>self-preferencing</i> en matière de classement ⁽¹⁾	6§1-d	contestabilité
Obligation de partager les données des requêtes	6§1-j	contestabilité
Réseaux sociaux et services de messagerie		
Obligation de portabilité	6§1-h	liberté de choix

Recommandation n° 16 : Préciser, pour chaque obligation, à quel objectif général du règlement elle se rattache principalement (équité, contestabilité, liberté de choix) et expliquer l'objectif particulier recherché (par exemple : garantir tel droit ou telle possibilité aux utilisateurs professionnels ou finaux).

(1) Pour les autres formes de *self-preferencing*, il faudrait détailler, pour chaque plateforme, les pratiques interdites éventuellement dans des obligations distinctes.

2. Rendre le dispositif anticcontournement plus efficace et le rédiger de manière plus élégante

Le dispositif anticcontournement (article 11) pourrait être rédigé de manière plus complète en créant une disposition générale contre les manipulations d'interface (*dark patterns*) et en y intégrant l'interdiction d'exercer des mesures de représailles, qui est actuellement une obligation particulière de l'article 5. À l'inverse, la disposition de l'article 11§2 devrait être intégrée à l'obligation de l'article 6 sur laquelle elle porte.

Il manque au dispositif anticcontournement une interdiction claire d'échapper aux obligations des articles 5 et 6 liées au choix des consommateurs par des techniques de manipulation liées à l'interface (*dark patterns*). En incitant les utilisateurs à effectuer un choix grâce à une habile présentation des options ou en les détournant d'un autre choix rendu excessivement complexe, ces techniques peuvent produire les mêmes effets que des barrières techniques. Elles seront donc un point de vigilance majeur pour s'assurer que les *gatekeepers*, tout en respectant formellement leurs obligations, ne les contournent pas par des méthodes pernicieuses.

L'absence de dispositions relatives aux *dark patterns* (à l'exception d'une interdiction, trop générale pour être opérationnelle, de rendre l'exercice des droits « excessivement difficile ») montre, encore une fois, que le DMA s'intéresse d'abord aux utilisateurs professionnels et négligent la liberté de choix des utilisateurs finaux.

Recommandation n° 17 : Compléter l'article 11§3 pour y introduire une clause générale prohibant le contournement des obligations par des techniques de manipulation liées à l'interface (*dark patterns*).

L'interdiction des mesures de pression et des mesures de représailles à l'encontre des utilisateurs qui auraient dénoncé une pratique du *gatekeeper* est prévue dans le texte, mais parmi les autres obligations, à l'article 5. Le *gatekeeper* doit en effet s'abstenir « d'empêcher ou de restreindre la possibilité pour les entreprises utilisatrices de faire part à toute autorité publique compétente de préoccupations à l'égard de toute pratique des contrôleurs d'accès » (article 5d).

Or cette obligation n'est pas tant une obligation de fond qu'une condition permettant de contrôler le respect de toutes les autres obligations et de donner une portée effective à la consultation des entreprises. Il faudrait donc la faire figurer à l'article 11. Par ailleurs, il faudrait étendre *aux utilisateurs finaux* la protection qu'elle confère.

Éventuellement, l'interdiction de mesures de représailles envers les entreprises pourrait être renforcée par l'instauration d'un préavis, par exemple de deux mois, avant toute mesure d'exclusion des plateformes autre que pour certains motifs d'ordre public.

Recommandation n° 18 : Déplacement dans le dispositif anticcontournement (article 11) l'interdiction d'exercer des mesures de pression et de représailles pour dissuader les entreprises utilisatrices pour les dissuader de signaler les pratiques non vertueuses des gatekeepers (article 5d). Étendre aux utilisateurs finaux la protection garantie par cette disposition.

Enfin, à l'inverse, l'article 11§2 aurait davantage sa place directement auprès de l'article 6§1-i. En effet, il traite de l'obtention du consentement auprès des utilisateurs finaux pour le partage de leurs données aux entreprises utilisatrices, c'est-à-dire qu'il ne s'applique en pratique qu'à l'article 6§1-i, qui prévoit l'obligation de transmettre aux entreprises utilisatrices leurs données d'activité, sauf opposition des utilisateurs finaux quand ces données revêtent un caractère personnel. Il serait plus clair de supprimer ce paragraphe de l'article 11, qui doit conserver une portée générale, et préciser directement à la fin de l'article 6 §1-i que l'obtention du consentement ne doit pas être rendue « plus lourde » que pour les services du *gatekeeper*.

Recommandation n° 19 : Supprimer l'article 11§2 et l'intégrer directement à l'article 6§1-i.

3. Adapter le mécanisme de flexibilité : circonscrire les pouvoirs de la Commission pour les rendre plus agiles

Afin de s'assurer de l'effectivité des obligations et leur capacité à résister à l'épreuve des évolutions technologiques (*future proofness*), il est essentiel que le DMA prévoie la possibilité de préciser « sur-mesure », pour chaque *gatekeeper*, la portée de leurs obligations.

La difficulté consiste à trouver un équilibre entre deux exigences contradictoires : la flexibilité, qui veut que les obligations soient souples et puissent être adaptées avec facilité, et la sécurité juridique, qui veut qu'elles soient clairement exprimées et parfaitement prévisibles pour les acteurs concernés. L'inconvénient d'un mécanisme *ex ante* étant précisément qu'il ne peut pas anticiper toutes les évolutions qui surviendront après lui.

C'est pour cette raison que le texte prévoit, à son article 10, un mécanisme de flexibilité. Aux termes de cet article, la Commission est habilitée à « adopter des actes délégués [...] pour mettre à jour les obligations énoncées aux articles 5 et 6 », lorsqu'elle a constaté à l'issue d'une enquête de marché (article 17) « la nécessité d'instaurer de nouvelles obligations » pour lutter contre des pratiques anticoncurrentielles ou déloyales qui n'avaient pas été envisagées par le texte.

On remarque une ambiguïté dans l'article 10 : il est dit que la Commission peut « mettre à jour des obligations », quand elle constate « la nécessité [d'en] instaurer de nouvelles » : les actes délégués peuvent-ils seulement actualiser les obligations existantes, ou créer des obligations complètement nouvelles ? Dans la deuxième hypothèse, et peut-être même dans la première, le recours à des actes délégués est manifestement contraire à l'article 290 du TFUE car les obligations des articles 5 et 6 constituent le cœur même du DMA. Votre rapporteure souligne donc **la fragilité juridique de l'article 10 et le risque que, faute d'instruments adéquats, les obligations des articles 5 et 6, souvent mal définies, ne soient jamais correctement appliquées**. Encore une fois, le recours aux actes délégués ne saurait être un palliatif pour compenser les malheurs rédactionnelles de dispositions qui auraient pu être claires dès le départ.

Votre rapporteure propose donc d'adapter le dispositif de l'article 10 : la Commission ne doit pas pouvoir créer de nouvelles obligations par actes délégués, mais seulement préciser ce qui est nécessaire pour que les obligations existantes atteignent l'objectif qui leur aura été spécifiquement assigné (voir recommandation n° 16) et élargir le champ d'application des obligations à d'autres services de plateforme du *gatekeeper* que ceux qui sont mentionnés au titre de ces obligations. Afin de gagner en souplesse, ces précisions doivent pouvoir intervenir sans la condition préalable d'une enquête de marché au sens de l'article 17.

Recommandation n° 20 : Modifier l'article 10 : les actes délégués doivent seulement permettre de préciser ce qu'implique chaque obligation pour satisfaire l'objectif particulier qu'elle poursuit, et d'élargir le champ d'application des obligations à d'autres services de plateformes du *gatekeeper*.

Enfin, la procédure de l'article 7§2, qui énonce dans quelles conditions la Commission peut préciser les obligations de l'article 6, est trop lente (délai de six mois *après avoir constaté une défaillance*). Il faudrait que la Commission précise systématiquement, en même temps qu'elle désigne les *gatekeepers* (article 3§7), quelle est la portée concrète des obligations de l'article 6 pour ce *gatekeeper*. Ce afin de gagner à la fois en efficacité (gain de temps) et en sécurité juridique (obligations précisées *in concreto*). Grâce à cette possibilité de « remédiation sur mesure », les entreprises concernées sauraient directement la manière dont telle obligation doit être appliquée, prévenant les risques de contournement et réduisant la nécessité d'interventions additionnelles qui poseraient des difficultés de sécurité juridique et des risques de contentieux.

Recommandation n° 21 : En plus de la procédure du paragraphe 7§2, prévoir à l'article 3§7 que la Commission précise systématiquement, en déterminant les SPE d'un *gatekeeper*, la façon dont les obligations de l'article 6 doivent être appliquées *in concreto* par ce *gatekeeper*.

B. RENFORCER OU COMPLÉTER CERTAINES OBLIGATIONS DES ARTICLES 5 ET 6

De manière générale, le DMA est centré sur l'intérêt des entreprises concurrentes ou clientes des *gatekeepers* (« entreprises utilisatrices »), mais pas suffisamment sur l'intérêt des utilisateurs finaux. Ainsi, l'article 1§1 du texte ne mentionne que deux objectifs : la contestabilité des marchés – par d'autres entreprises – et l'équité – un partage de la valeur plus favorable aux entreprises utilisatrices, mais il ne mentionne pas la liberté de choix de l'utilisateur final. Par ailleurs, il est également possible d'aller plus loin pour renforcer les objectifs d'équité et de contestabilité. Ainsi, votre rapporteure soutient que :

- certaines obligations sont à compléter (1)
- certaines obligations doivent être rendues systématiques (2)
- certaines obligations nouvelles pourraient être créées (3)

1. Certaines obligations sont à compléter

a. Dans un objectif de contestabilité

- i. Interdire de lier les services accessoires aux services essentiels (article 5-e)

L'article 5-e interdit aux *gatekeepers* d'imposer aux entreprises utilisatrices un service d'identification du *gatekeeper* pour accéder à ses services de plateforme essentiels.

Cette interdiction, qui concerne les services d'identification, devrait être étendue aux services de paiement, afin de permettre l'émergence de nouveaux services de paiement (contestabilité) et de laisser à l'entreprise la possibilité de choisir le service de paiement le plus avantageux (équité). Dans un souci de clarté et d'efficacité, il pourrait être plus simple d'étendre l'interdiction de *tie-in* à l'ensemble des services accessoires au sens de l'article 2§14, dont les services de paiement et les services d'identification font partie.

Recommandation n° 22 : Étendre la portée de l'article 5-e : interdire aux *gatekeepers* d'imposer aux utilisateurs professionnels non seulement leurs services d'identification, mais aussi leurs services de paiement, voire l'ensemble de leurs services accessoires au sens de l'article 2§14.

ii. Interdire de lier services de plateforme essentiels et services de plateforme secondaires

Les obligations des articles 5 et 6 ne s'appliquent, pour chaque *gatekeeper*, qu'à ses SPE recensés en application de l'article 3§7, c'est-à-dire en pratique aux services qui ont plus de 45 millions d'utilisateurs finaux et 10 000 utilisateurs professionnels.

Il faut aussi soumettre ses services de plateforme secondaires (soit parce qu'ils sont secondaires par nature, soit parce qu'ils ne sont pas cœur de métier) à certaines obligations afin de prendre en compte les synergies entre les services et les propriétés « verrouillantes » d'un écosystème.

L'interdiction de lier services essentiels et services *accessoires* pourrait donc être étendue à une interdiction de lier services essentiels et services *secondaires*, c'est-à-dire au fait d'imposer ensemble l'utilisation d'un service essentiel et d'un service secondaire, ou de proposer aux utilisateurs d'un service principal d'accéder à un service secondaire à des conditions artificiellement avantageuses.

Recommandation n° 23 : Interdire également, dans l'article 5-e, de lier services de plateforme essentiels et services de plateforme secondaires ou assimilés.

iii. Préciser et élargir l'interdiction de l'auto-référencement préférentiel (article 6§1-d)

L'article 6§1-d est sans doute l'un des plus importants du texte : il interdit aux *gatekeepers* « d'accorder, *en matière de classement*, un traitement plus favorable » à ses propres services (*self-preferencing*). Mais cet article est à la fois insuffisamment précis et insuffisamment large. Conçue pour répondre à un cas particulier relatif aux moteurs de recherche (Google avec l'affaire *Google Shopping*), sa rédaction, qui se limite à la méthode de *classement* (des résultats de recherche), ne permettra pas d'appréhender l'ensemble des pratiques de *self-preferencing* chez les grandes plateformes.

Au-delà du seul classement, il faudrait donc étendre l'interdiction du *self-preferencing* à toutes les techniques qui permettent au *gatekeeper* d'influencer les utilisateurs finaux pour l'inciter à utiliser ses propres produits (présentation, paramétrage par défaut, *etc.*) au détriment de leurs entreprises utilisatrices.

Recommandation n° 24 : Étendre l'interdiction du *self-preferencing* (article 6§1-d), actuellement limité aux méthodes de classement, à toutes les techniques qui permettent au *gatekeeper* d'influencer les utilisateurs finaux pour les inciter à utiliser ses propres produits plutôt que ceux des entreprises utilisatrices concurrentes.

b. Dans un objectif d'équité

- i. Permettre aux entreprises utilisatrices de vendre leurs produits moins chers sur leur propre site (article 5-b)

L'article 5-b permet aux entreprises utilisatrices « de proposer les mêmes produits ou services aux utilisateurs finaux par l'intermédiaire de services d'intermédiation en ligne *tiers* », et donc de vendre leurs produits moins chers sur des plateformes concurrentes (interdiction des clauses de parité). Pour autant, cet article ne va pas au bout de la logique en affirmant le droit pour les entreprises utilisatrices de vendre également leurs produits *sur leur propre site*.

En réalité, l'article 5-b ne poursuit pas un objectif d'équité (assurer une meilleure distribution de la valeur en permettant d'échapper à la commission des *marketplaces*), mais un objectif de contestabilité (ne pas créer de distorsion entre les places de marché en ligne). Selon la Commission, il ne serait pas souhaitable que les entreprises utilisatrices aient le droit de vendre librement leurs produits sur leur propre site, sans intermédiaire, car cela permettrait à ces entreprises d'utiliser les plateformes pour faire connaître leurs produits puis de réaliser la vente hors plateforme, sans les rémunérer (*free-riding*). L'article 5-b ne cherche donc pas à réduire la marge des places de marché (au bénéfice du consommateur) mais à s'assurer que cette marge ne soit pas concentrée chez une même plateforme. Ce faisant, l'article 5-b montre bien, une fois encore, que **le texte préserve d'abord l'intérêt des entreprises concurrentes plutôt que l'intérêt des utilisateurs finaux**.

Selon votre rapporteure, il serait tout à fait légitime que les entreprises utilisatrices ne soient pas empêchées de vendre leurs produits directement, y compris à des prix plus attractifs. Cela ne menacerait pas le *business model* des places de marché, qui peuvent justifier les prix plus élevés dus aux frais d'intermédiation par un service complet (livraison gratuite en un jour⁽¹⁾), des garanties (qualité des produits, paiement sécurisé) et une politique de retours favorable. De manière générale, la facilité d'utilisation d'un écosystème comme Amazon et les avantages qui y sont liés compensent largement les petits écarts tarifaires qui pourraient être constatés entre les prix plateforme et les prix hors plateforme.

Recommandation n° 25 : Permettre aux entreprises vendant des produits sur une *marketplace* de vendre le même produit à des conditions différentes non seulement sur d'autres *marketplaces*, mais aussi directement sur leur propre site (article 5-b).

(1) Service compris dans l'abonnement Amazon Prime.

ii. S'assurer que les *gatekeepers* ne confisquent pas les données issues de l'activité de leurs entreprises utilisatrices (article 6§1-i)

L'article 6§1-i impose aux *gatekeepers* de fournir gratuitement aux entreprises utilisatrices les données issues de leur activité sur les plateformes sous réserve, en ce qui concerne celles de ces données qui auraient un caractère personnel, *du consentement de l'utilisateur final*. L'article 11§2 précise, dans une disposition générale qui ne s'applique en pratique qu'à l'article 6§1-i, que le *gatekeeper* ne doit pas rendre l'obtention du consentement « plus lourde que pour ses propres services ».

Si cette réserve de consentement est parfaitement légitime, dans l'intérêt – cette fois-ci – de l'utilisateur final, il est à craindre que les *gatekeepers* incitent d'une manière ou d'une autre les utilisateurs finaux à refuser de donner leur consentement, malgré la prohibition de l'article 11§2, afin de garder un avantage concurrentiel sur les entreprises utilisatrices. Les *gatekeepers* proposant des services d'intermédiation utilisent en effet les données générées par leurs partenaires commerciaux pour développer leurs propres activités commerciales (optimisation, détection des fraudes, intégration verticale, etc.). Dans ces conditions, la capacité des entreprises utilisatrices à collecter les données auprès de leurs propres consommateurs est essentielle pour éviter de nouvelles distorsions de concurrence.

Sans remettre en cause le principe du consentement de l'utilisateur final pour la communication de ces données à l'entreprise vendeuse, votre rapporteure souhaite que l'article veille à ce que le choix de celui-ci ne soit pas biaisé par le *gatekeeper*, conformément à l'exigence de l'article 11§2 qui, pour des raisons de clarté, devrait être intégrée directement à l'article 6§1-i. Afin de s'assurer du plein respect de cette exigence, il pourrait en outre être intéressant que le consentement soit présumé avec possibilité de le retirer (*opt-out*).

Recommandation n° 26 : S'assurer que les *gatekeepers* n'abusent pas de la réserve de consentement de l'article 6§1-i en prévoyant, par exemple, de remplacer l'*opt-in* (possibilité pour les utilisateurs de donner leur consentement expresse) par un *opt-out* (consentement présumé avec possibilité de le retirer). Dans un objectif de clarté, intégrer l'article l'exigence de l'article 11§2 à l'article 6§1-i.

iii. Ajouter une clause de prix raisonnables à l'obligation d'un accès équitable et non discriminatoire (article 6§1-k), puis la généraliser

L'article 6§1-k exige que les fournisseurs d'*app stores* appliquent des « conditions d'accès équitables et non discriminatoires » pour les entreprises utilisatrices. Mais à strictement parler, cela ne les empêche pas d'abuser de leur position de *gatekeeper* pour imposer un taux excessivement élevé – comme la

commission de 30 % appliquée par Apple sur son *app store* – à toutes les entreprises clientes. Il est donc important de préciser que les conditions d'accès doivent être équitables, non discriminatoires *et raisonnables*.

Par ailleurs, l'obligation devrait être étendue aux autres services d'intermédiation.

Recommandation n° 27 : Préciser à l'article 6§1-k que l'accès aux *app stores* doit se faire dans des conditions équitables, non discriminatoires *et raisonnables* (FRAND) d'un point de vue financier. Étendre cette obligation à l'ensemble des SPE, ou du moins à l'ensemble des services d'intermédiation en ligne.

c. Dans l'objectif de préserver la liberté de choix des utilisateurs finaux

i. Liberté de refuser le croisement des données sans prestations dégradées

L'article 5a interdit aux *gatekeepers* de croiser les données à caractère personnel de ses utilisateurs finaux entre ses différents services de plateforme, à moins que l'utilisateur final ait donné son consentement en ce sens.

Pour prévenir les risques de contournement, il faudrait préciser que le refus de consentir au croisement des données n'a aucune incidence sur la qualité du service offert, seulement sur son degré de personnalisation. Le consommateur qui refuse le croisement des données ne doit pas se voir proposer une offre dégradée.

Recommandation n° 28 : À l'article 5a, préciser que le refus du croisement des données ne doit avoir aucune incidence sur la qualité du service offert, seulement sur son degré de personnalisation.

En outre, pour gagner en lisibilité, il faudrait intégrer directement l'article 6 §2 à l'article 6 §1-a ou à l'article 2 (« définitions »). L'article 6§2, qui précise simplement la définition des « données non accessibles au public » au sens de l'article 6§1-a, n'est pas à sa place à l'article 6§2 : il rajoute inutilement un deuxième paragraphe à l'article 6, et nuit à la présentation des obligations de l'article 6, qui ne se lisent pas 6a, 6b, 6c... mais 6§1-a, 6§1-b, 6§1-c...

Recommandation n° 29 : Supprimer l'article 6§2, qui nuit à la lisibilité de l'article 6, et intégrer son contenu – définition des données non publiques au sens de l'article 6§1-a – soit à l'article 2 parmi les définitions, soit à l'article 6§1-a (qui deviendrait l'article 6a).

ii. Liberté de choisir les applications sur le système d'exploitation

L'article 6§1-b permet aux utilisateurs finaux de désinstaller toute application logicielle préinstallée dans le service d'exploitation. Actuellement les *gatekeepers*, comme Apple, fournissent une version « propriétaire » des applications à succès développées par des tiers, les préinstallent dans leur système d'exploitation et confisquent ainsi la clientèle des entreprises innovantes.

Il devrait être possible d'aller plus loin et d'obliger les fournisseurs de systèmes d'exploitation à proposer une version « vierge » du système d'exploitation, sans aucune application logicielle préinstallée, à l'exception de celles qui sont nécessaires au fonctionnement de l'appareil.

Recommandation n° 30 : Compléter l'article 6§1-b pour obliger les fournisseurs de systèmes d'exploitation à proposer, à titre facultatif, une version « vierge » du système d'exploitation, sans aucune application logicielle préinstallée à l'exception de celles qui sont nécessaires au fonctionnement de l'appareil.

2. Certaines obligations de l'article 6 (« liste grise ») doivent basculer dans l'article 5 (« liste noire »)

Les obligations imposées par le DMA aux *gatekeepers* sont présentées en deux listes : les obligations qui s'imposent directement (article 5) et les obligations *susceptibles d'être précisées* conformément à la procédure de l'article 7§2. Ainsi, les obligations de l'article 6, bien que d'application immédiate – comme les obligations de l'article 5 – sont néanmoins susceptibles de donner lieu à des procédures qui peuvent retarder leur mise en œuvre effective. Avant de préciser la portée des obligations de l'article 6, dans un délai de six mois, la Commission doit en effet établir des constatations préliminaires dans un délai de trois mois (article 7§4).

Aussi, il serait plus efficace que certaines obligations actuellement présentes à l'article 6 basculent dans l'article 5, pour s'assurer de leur respect permanent et ne pas donner l'impression qu'elles ne sont pas effectives avant que la Commission les ait précisées.

Les obligations qui devraient être soumises au régime de l'article 5 sont les suivantes :

- Obligation de désinstaller les obligations préinstallées (article 6§1-b) ;

- Droit pour les utilisateurs finaux d'installer et d'utiliser des applications et des *app stores* de tiers (article 6§1-c) ;
- Interdiction du *self-preferencing* (6§1-d) ;
- Interdiction de restreindre techniquement l'accès aux applications et services de tiers (6§1-e).

Recommandation n° 31 : Soumettre au régime de l'article 5 les obligations de l'article 6 suivantes : 6§1-b, 6§1-c, 6§1-d, et 6§1-e.

3. De nouvelles obligations peuvent être envisagées au titre de l'article 6

En plus des obligations à renforcer ou à compléter, certaines obligations nouvelles pourraient être instaurées, concernant les algorithmes (contestabilité et transparence), les changements discrétionnaires de conditions générales d'utilisation (équité) et l'interopérabilité (liberté de choix des utilisateurs finaux).

a. *Obligation de communiquer l'algorithme au régulateur*

Dans la version actuelle du texte, les entreprises peuvent être obligées de communication leurs algorithmes à la Commission *sur demande*, dans le cadre de l'article 19. Selon votre rapporteure, cette obligation n'est pas suffisante : la Commission ne peut pas surveiller le respect des obligations de l'article 5 et de l'article 6 si elle n'a pas accès, en permanence, aux algorithmes au cœur du fonctionnement du *gatekeeper*.

Il conviendrait donc de rajouter, à l'article 6, une obligation pour les *gatekeepers* de communiquer automatiquement au régulateur – et de manière non publique – l'algorithme qui gère le fonctionnement de leurs services de plateforme essentiels. Les utilisateurs, quant à eux, devraient connaître les quelques principes de base qui régissent ces algorithmes.

Recommandation n° 32 : Ajouter, à l'article 6, une obligation pour les *gatekeepers* de communiquer automatiquement au régulateur les algorithmes fondamentaux de leurs services de plateforme essentiels, et d'informer les utilisateurs des principes généraux qui régissent ces algorithmes.

b. Encadrer les changements substantiels de conditions générales d'utilisation

Les *gatekeepers* ont acquis un tel pouvoir de marché que leurs conditions générales d'utilisation, en principe internes, ont un statut quasi réglementaire. Dans ces conditions, il pourrait être pertinent de réfléchir à un encadrement des changements de conditions générales d'utilisation (CGU), dès lors que ces changements sont substantiels et affectent significativement l'environnement économique. Plusieurs solutions seraient envisageables :

- consultations industrielles systématiques avant tout changement substantiel des CGU ;
- préavis de trois mois ;
- possibilité de recours devant le régulateur avec effet suspensif sur le délai de préavis.

Recommandation n° 33 : Encadrer le pouvoir discrétionnaire des *gatekeepers* de changer leurs conditions générales d'utilisation (CGU). Il pourrait être envisagé, par exemple, de rajouter à l'article 6 les obligations suivantes : consultations systématiques avant tout changement substantiel des CGU ; préavis de trois mois ; possibilité de recours devant le régulateur avec effet suspensif sur le délai de préavis.

c. Une réflexion à poursuivre sur l'interopérabilité

L'interopérabilité entre différents services est la revendication principale des associations de défense des consommateurs, qui critiquent le manque d'ambition du DMA en la matière.

Dans sa version actuelle, le texte prévoit simplement une obligation de portabilité (article 6§1-h) et une obligation minimale d'interopérabilité pour les services accessoires liés aux systèmes d'exploitation (article 6§1-f). La question de l'opportunité d'étendre l'exigence d'interopérabilité à d'autres services est l'un des points de fond qui prête le plus à débat, en raison aussi bien des enjeux techniques que des enjeux concrets pour les utilisateurs finaux.

Il apparaît légitime que les consommateurs puissent choisir librement leur réseau social et leur système de messagerie en imposant une obligation d'interopérabilité entre les différents services. Si l'objectif d'interopérabilité n'est pas forcément souhaitable pour tous les types de plateforme (par exemple, les *marketplaces*), il est particulièrement pertinent pour contrecarrer les forts effets de réseaux dont bénéficient certaines plateformes, notamment les réseaux sociaux, en ouvrant l'accès à la plateforme à des services concurrents.

Toutefois, l'interopérabilité sur ce type de services pourrait également produire des effets pervers :

- L'interopérabilité consiste à trouver des standards communs entre des systèmes différents. S'il existe des systèmes plus performants que d'autres, l'interopérabilité conduira donc nécessairement à un alignement des normes vers le bas ; soit les petits acteurs seront exclus des normes d'interopérabilité (nouvelles barrières à l'entrée), soit les normes de sécurité seront dégradées (au détriment de l'utilisateur) ;
- Pour que l'interopérabilité ne pénalise pas les nouveaux entrants, il faudrait l'imposer seulement aux *gatekeepers* : mais comment imposer une interopérabilité asymétrique ? S'il est possible d'envoyer un message d'un service minoritaire vers un service dominant, il sera également possible d'envoyer un message du service dominant vers le service minoritaire, sinon la communication n'est pas possible ; cela peut avoir pour effet de dissuader les utilisateurs du service dominant de basculer vers le service minoritaire (puisque tous les services sont compatibles entre eux), ce qui est contraire à l'effet recherché ; l'interopérabilité est donc à double tranchant ;
- C'est aussi la différenciation entre services qui permet d'apporter de la sécurité, de l'innovation, et de répondre à la diversité des préférences des utilisateurs. Une forme de standardisation peut donc conduire à un appauvrissement de l'offre.

On peut également se demander si l'interopérabilité est bien nécessaire pour les messageries et les réseaux sociaux étant donné que :

- ces services sont gratuits (il n'y a pas de coût de transaction à changer de fournisseur – contrairement au cas des abonnements téléphoniques) ;
- il existe déjà un service universel de messagerie : le SMS (« *Short Message Service* »).

Votre rapporteure invite donc la Commission à poursuivre la réflexion sur l'extension d'une interopérabilité à certains services de plateforme (services de messagerie et réseaux sociaux), tout en prenant en considération les effets pervers qui pourraient résulter d'un renforcement des obligations de l'article 6 en ce sens.

III. UNE ARCHITECTURE DE MISE EN ŒUVRE PEU ROBUSTE, QUI NÉGLIGE LE RÔLE DES ÉTATS MEMBRES ET DES AUTORITÉS NATIONALES

Si le niveau européen est le plus pertinent pour fixer des normes harmonisées dans un domaine qui a par nature une dimension mondiale, le texte souffre d'une procédure de mise en œuvre excessivement centralisée qui pourrait nuire à son efficacité. Dans la version actuelle du texte, aucun mécanisme de

concertation entre la Commission et les autorités nationales n'est prévu, si ce n'est par la voie habituelle mais insuffisante de la comitologie, mentionnée à son article 32 ⁽¹⁾ : bien qu'elle puisse donner lieu à des échanges, son objet n'est pas d'instaurer un véritable mécanisme de coopération ou de faire remonter des informations. Un tel mécanisme serait pourtant nécessaire pour créer un cadre de dialogue entre les *gatekeepers* et le régulateur, donner aux petites entreprises un interlocuteur susceptible de recueillir les plaintes et mobiliser les moyens des autorités nationales de concurrence au service des enquêtes de marché.

A. DES PROCÉDURES EXCESSIVEMENT CENTRALISÉES

S'il est nécessaire, pour éviter une concurrence jurisprudentielle entre les États membres, que l'interprétation du texte soit harmonisée au niveau de l'Union et que les sanctions soient décidées par la Commission, le fait d'ignorer complètement le niveau national pose un problème de souveraineté, d'absence de contre-pouvoirs – la Commission ayant le pouvoir de modifier le texte, de l'interpréter, de le mettre en œuvre, d'enquêter et de sanctionner, sous le contrôle lointain de la Cour de Justice – et d'efficacité, puisque la Commission n'aura manifestement pas les moyens de faire appliquer seule le texte. L'association des autorités nationales de régulation au travail de la Commission reste donc à penser.

1. Enquêtes de marché et enquêtes pour violations systématiques : prévoir la possibilité d'une application décentralisée

Les États membres ne sont mentionnés qu'une fois dans le texte, à son article 33, qui permet à au moins « trois États membres » de solliciter l'ouverture d'une enquête de l'article 15. Non seulement cette prérogative suppose que plusieurs États membres agissent de concert, mais elle est limitée aux seules enquêtes de l'article 15 (enquêtes pour la désignation d'un *gatekeeper*), à l'exclusion des enquêtes de l'article 16 (enquêtes pour violation systématique) et de l'article 17 (enquêtes sur les nouveaux services et les nouvelles pratiques).

Il serait légitime que n'importe quel État membre puisse demander à la Commission l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 15, de l'article 16 et de l'article 17 du texte.

Cette possibilité devrait également être ouverte aux autorités nationales de régulation et, par leur intermédiaire – celles-ci exerçant un filtre –, aux entreprises, aux organisations professionnelles et aux associations de consommateurs.

(1) L'article 33 prévoit qu'un « comité consultatif en matière de marchés numériques » soit créé. Ce comité au sens du règlement n° 182/2011 permettra aux États membres de rendre des avis consultatifs en amont de l'adoption d'actes d'exécution.

Recommandation n° 34 : Modifier l'article 33 pour permettre aux États membres de demander le lancement d'une enquête prévue à l'article 15, à l'article 16 ou à l'article 17. Ouvrir également cette possibilité aux autorités nationales de régulation et, par leur intermédiaire, aux entreprises, aux organisations professionnelles et aux associations de consommateurs.

Les enquêtes sur la désignation d'un *gatekeeper* (article 15) et sur les nouvelles pratiques et nouveaux services (article 17) doivent également pouvoir être instruites au niveau décentralisé, par les différentes autorités nationales de régulation, puis transmises à la Commission en vue d'une décision. Le travail préalable exercé par les autorités nationales permettant de gagner du temps, les délais maximaux entre le moment où la Commission se saisit de l'enquête et sa conclusion – respectivement 6 mois et 24 mois – doivent être raccourcis de moitié.

Recommandation n° 35 : Enquêtes des articles 15 et 17 : permettre aux autorités de régulation nationales d'effectuer le travail d'instruction préalable à la prise d'une décision ou à la publication du rapport par la Commission. Réduire à 3 mois et à 12 mois les délais maximaux entre le moment où la Commission se saisit d'une enquête et sa conclusion.

La procédure de l'enquête pour violation systématique (article 16) ne peut être conduite que par la Commission car elle fait suite à des décisions en manquement qu'elle est seule habilitée à adopter, au titre de l'article 25 ou de l'article 26. En revanche, il est possible de rendre cette procédure plus robuste.

Les conditions d'ouverture d'une enquête de l'article 16 sont floues. Le premier alinéa de l'article 16 commence ainsi : « Lorsqu'il ressort de l'enquête sur le marché que [...] » : à quelle enquête est-il fait référence ? L'article 16 faisant suite à l'article 15, intitulé « *Enquête sur le marché* pour la désignation des contrôleurs d'accès », on peut croire que l'ouverture d'une enquête article 16 dépend de la conclusion d'une enquête article 15, ce qui n'aurait pas beaucoup de sens. En tout état de cause, l'article 16 n'explique à *aucun moment* dans quelles conditions la Commission peut décider de l'ouverture d'une enquête « portant sur un non-respect systématique ».

Il serait nécessaire non seulement d'exposer les conditions d'ouverture d'une enquête article 16, mais de préciser dans quels cas l'ouverture d'une telle enquête peut être *obligatoire*, par exemple à partir de deux manquements et à la demande d'un État membre.

Une fois l'enquête lancée, il faudrait en outre que des mesures correctives comportementales – qui *ne sont pas* des sanctions, contrairement aux mesures résultant de l'article 26 – puissent être imposées au contrôleur d'accès *dès le deuxième manquement* au lieu de trois actuellement (article 16§3), en cas de mauvaise foi caractérisée de sa part ou de pratiques particulièrement dommageables.

Recommandation n° 36 : Enquêtes de l'article 16 : définir les conditions d'ouverture d'une enquête portant sur un non-respect systématique. Rendre l'ouverture d'une telle enquête obligatoire, à la demande d'un État membre, quand un *gatekeeper* a déjà fait l'objet de deux décisions constatant un manquement. Permettre l'imposition de mesures correctives *comportementales* dès le deuxième manquement, en cas de mauvaise foi caractérisée du *gatekeeper* ou de pratiques particulièrement dommageables.

2. Compléter la procédure visant à constater un manquement par un mécanisme de plainte

La procédure visant à constater un manquement (article 25) pourrait elle-même être renforcée en prévoyant un mécanisme de plainte à l'encontre d'une entreprise qui aurait manqué à ses obligations. La plainte serait déposée par un État membre ou par des autorités nationales de régulation. La Commission devrait répondre :

- soit en prenant une décision constatant un manquement (article 25) ;
- soit en exprimant son refus de donner suite à la plainte par un avis motivé rendu dans un délai de trois mois.

Recommandation n° 37 : Compléter l'article 25 par un mécanisme de plainte ouvert aux États membres, aux autorités nationales de régulation et éventuellement à des tiers intéressés. La Commission serait obligée de donner suite à la plainte dans un délai de trois mois, en constatant un manquement ou en exprimant par un avis motivé son refus de le faire.

Il faudrait, en outre, renforcer l'étendue des mesures susceptibles d'être prises par la Commission sur le fondement de l'article 25. Alors que dans ses constatations préliminaires (article 25§2), la Commission peut expliquer les « mesures [...] que le contrôleur d'accès devrait prendre, selon elle, afin de donner suite aux constatations préliminaires », elle ne peut au stade de l'injonction (article 25§3) qu'ordonner au *gatekeeper* « de mettre fin au non-respect », lui laissant le soin de fournir lui-même « des explications sur la manière dont il envisage de se mettre en conformité avec la décision ». Comment se fait-il que la Commission ne puisse pas être aussi précise dans la décision finale que dans ses constatations préliminaires ?

Il est impératif que la Commission puisse préciser les mesures que le contrôleur d'accès doit prendre **non seulement au stade des constatations préliminaires, mais aussi dans l'injonction** qui accompagne le constat d'un manquement. Cela permettrait non seulement de « mettre fin » à une violation, mais aussi d'imposer des mesures réparatrices pour compenser les avantages indus dont aura illégalement bénéficié le *gatekeeper* le temps de la procédure.

Recommandation n° 38 : Compléter l'article 25 par un mécanisme de plainte ouvert aux États membres, aux autorités nationales de régulation et éventuellement à des tiers intéressés. La Commission serait obligée de donner suite à la plainte dans un délai de trois mois, en constatant un manquement ou en exprimant par un avis motivé son refus de le faire.

B. ASSOCIER LES AUTORITÉS NATIONALES ET LES STRUCTURER AU SEIN D'UN RÉSEAU EUROPÉEN DE LA RÉGULATION NUMÉRIQUE

Au-delà de ces quelques procédures formelles, les autorités nationales doivent avoir à jouer un rôle permanent : analyser les pratiques des *gatekeepers*, recueillir les signalements et favoriser le dialogue entre les acteurs régulés et les entreprises utilisatrices. Dans cette perspective, il sera nécessaire de créer ou d'organiser autour des structures de coopération existantes un véritable « réseau européen de la régulation numérique ».

1. Le rôle essentiel des autorités nationales de régulation : recueil des plaintes, règlement des différends, capacité d'analyse et d'expertise

a. La nécessité d'un interlocuteur au niveau national

S'il est vrai que les acteurs régulés par le DMA auront une dimension internationale, ses bénéficiaires seront principalement des entreprises de taille modeste et des particuliers. Pour tous ces utilisateurs, il est nécessaire que le régulateur central ait des « relais » au niveau national. L'échelon national serait le plus adapté pour suivre les évolutions des marchés, contrôler l'efficacité des mesures mises en place, faire « remonter » des informations ou des anomalies, organiser un dialogue avant d'éventuelles procédures contentieuses.

En complément des procédures de sanction, la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends peut être utile pour instaurer un cadre de dialogue et s'assurer que les obligations sont appliquées correctement. Un tel mécanisme est indispensable pour permettre à un petit acteur de se plaindre d'une pratique qui n'est pas acceptable, alors qu'il serait peut-être réticent à s'adresser directement à la Commission.

Pour les utilisateurs finaux, il est nécessaire qu'un mécanisme de signalement soit mis en place dans tous les États membres, sur le modèle par exemple de la plateforme « J'alerte l'Arcep », créée en 2017 pour détecter rapidement les signaux faibles et réduire l'asymétrie d'information entre le régulateur et les régulés.

Plus largement, les autorités nationales de régulation doivent pouvoir consulter les acteurs censés bénéficier des obligations du DMA, qu'ils soient professionnels ou non, et apporter des éléments d'analyse prospective à la Commission.

Recommandation n° 39 : Conférer aux autorités nationales de régulation un rôle de médiation, de recueil des plaintes et de relais des informations auprès de la Commission.

b. Mettre les moyens des autorités nationales au service des pouvoirs d'enquête du régulateur européen

Non seulement la Commission est éloignée du « terrain », mais elle ne dispose pas des ressources suffisantes pour mettre en œuvre le texte de manière complète, ce qui est d'ailleurs bien normal dans une logique de subsidiarité. En 2025, l'équipe de la Commission dédiée à la mise en œuvre du DMA ne devrait compter qu'au plus 80 personnes⁽¹⁾, réparties entre trois directions générales (DG Comp, DG Grow, DG Cnect) – c'est-à-dire moins que ce dont dispose, juste au Royaume-Uni, le nouveau *Digital Markets Unit* créé en avril 2021.

Dans ce contexte, la Commission doit pouvoir s'appuyer sur les autorités nationales de régulation pour mettre en œuvre le DMA. Le projet de règlement prévoit seulement, à son article 24, la possibilité pour la Commission de nommer des experts et auditeurs externes indépendants pour « l'aider à contrôler les obligations et mesures et lui apporter une expertise et des connaissances spécifiques ».

Ce concours extérieur est bienvenu mais il n'est pas suffisant : il faudrait que la Commission puisse déléguer à des autorités nationales indépendantes une partie de ses pouvoirs pour accomplir les missions énumérées à l'article 24 §1 : contrôle du respect des obligations des articles 5 et 6 et des décisions prises en vertu des articles 16 (violation systématique), 22 (mesures provisoires) et 23 (engagements des *gatekeepers*). Cela permettrait aux autorités nationales d'être associées à la Commission dans la mise en œuvre de certains de ses pouvoirs d'enquête : demande de renseignements (article 19), auditions (article 20), perquisitions (21).

Recommandation n° 40 : Compléter l'article 24§2 pour donner à la Commission la faculté de déléguer aux autorités nationales de régulation certains de ses pouvoirs, et notamment ses pouvoirs d'enquête, afin d'accomplir les missions énumérées à l'article 24§1.

(1) « Dans le but d'atteindre de manière optimale les objectifs de la présente initiative, il est nécessaire de financer un certain nombre d'actions à la fois au niveau de la Commission, où le redéploiement de 80 ETP est envisagé [...] » (proposition de règlement, p. 13, « Incidence financière »).

2. S'inspirer du modèle du BEREC et du Réseau européen de la concurrence

Pour mettre en œuvre ces nouvelles prérogatives de manière cohérente, il serait nécessaire d'articuler l'action des autorités nationales de régulation au sein d'un réseau, qui pourrait prendre exemple sur le BEREC (comme instance de coordination) et sur le Réseau européen de la concurrence (REC).

a. Le BEREC, instance de coordination dans le domaine des télécoms

L'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (BEREC) coopère avec la Commission et avec les autorités de régulations nationales pour assurer un bon fonctionnement du marché intérieur des communications électroniques. Il a à la fois ⁽¹⁾ :

- Une mission d'expertise : il conseille les autorités nationales et la Commission pour toute question technique, au moyen d'avis et de rapports ;
- Un rôle de coordination : il établit des lignes directrices pour s'assurer de la cohérence et de l'application harmonieuse du cadre réglementaire.

L'équivalent d'un BEREC serait sans doute nécessaire pour la régulation du marché intérieur du numérique, à la fois dans la mission d'expertise technique dans celle de coordination. Cela permettrait d'assister la Commission dans la désignation des *gatekeepers* (article 3), le réexamen de la liste des *gatekeepers* (article 4), la définition *in concreto* des obligations de l'article 5 et surtout de l'article 6 et le contrôle du respect de ces obligations.

b. Un modèle qui a fait ses preuves : le Réseau européen de la concurrence

La mise en œuvre du DMA pourrait prendre exemple sur celle du droit de la concurrence, qui est appliqué à la fois de manière centralisée et de manière décentralisée – les autorités nationales de concurrence ayant la faculté d'appliquer elles-mêmes les articles 101 et 102 du TFUE en parallèle de l'action de la Commission – grâce à un système de coordination : le Réseau européen de la concurrence (REC). Mis en place par le règlement n° 1/2003 et renforcé par la directive 2019/1 dite « ECN+ », il donne plein effet au principe de convergence ⁽²⁾, qui permet à la Commission d'exercer un contrôle sur les décisions des autorités nationales.

De même, il serait opportun de créer un réseau européen dédié à la régulation numérique en tant que mécanisme de concertation entre la Commission et les autorités nationales de régulation, ne serait-ce que pour échanger des informations, recouper les plaintes et coordonner les enquêtes. L'existence d'un tel réseau permettrait en outre aux autorités de régulation nationales d'engager des procédures à l'encontre des *gatekeepers* sur le fondement des articles 5 et 6 du

(1) Voir article 4 du règlement n° 2018/1971 du 11 décembre 2018.

(2) Voir article 3 § 2 du règlement 1/2003.

règlement (plutôt que sur le fondement du droit interne) tout en garantissant une application cohérente du texte par rapport à l'interprétation qu'en donne la Commission et par rapport aux procédures lancées dans le cadre du droit de la concurrence.

Au niveau français, plusieurs autorités administratives indépendantes seraient légitimes pour participer à ce « réseau européen de la régulation numérique » sur le modèle du REC :

- L'ARCEP a l'habitude de la régulation *ex ante* (dans le domaine des télécommunications) mais pas des acteurs de dimension mondiale ;
- L'Autorité de la concurrence, à l'inverse, n'intervient que *ex post*, mais les problématiques qu'elle traite sont plus proches de celles du DMA.

Le plus judicieux serait que chaque État membre désigne une autorité de régulation « chef de file » au niveau national, sur le modèle du dispositif mis en place par l'article 60 du RGPD pour les données à caractère personnel. Le réseau pourrait également compter sur l'avis d'autres régulateurs sectoriels, par exemple la CNIL pour tout ce qui est lié à l'exploitation des données. La possibilité que plusieurs autorités dans chaque État membre soient intégrées au processus décisionnel n'est pas une source de complexité insurmontable, puisque c'est déjà ce qui est prévu dans le cadre du BEREC ⁽¹⁾.

Recommandation n° 41 : Structurer un « réseau européen de la régulation numérique » autour des autorités nationales de régulation, sur le modèle du Réseau européen de la concurrence ou du BEREC, avec un rôle d'échange d'informations et de coordination.

(1) Voir article 2 du règlement 2018/1971.

TRAVAUX DE LA COMMISSION

La Commission s'est réunie le mercredi 21 juillet 2021, sous la présidence de Mme Sabine Thillaye, Présidente, pour examiner le présent rapport d'information.

Mme la Présidente Sabine Thillaye. Nous examinons aujourd'hui le rapport d'information sur le *Digital market act*. La proposition de règlement, présentée par la Commission en décembre dernier, prévoit d'imposer des obligations spécifiques aux grandes plateformes numériques en tant qu'elles sont des *gatekeepers*, c'est-à-dire des « contrôleurs d'accès » à un marché en ligne. Il s'agit d'une évolution profonde de la régulation européenne qui passerait d'un contrôle *ex post* des abus de position dominante à des exigences *ex ante*.

Mme Christine Hennion, rapporteure. La période est un peu insolite pour présenter un rapport, mais l'actualité de ce rapport est telle qu'il me semblait important qu'il fût présenté avant la pause estivale.

Le rapport porte sur le projet de *Digital Market Act* (DMA), c'est-à-dire sur l'une des deux parties du paquet législatif présenté par 15 décembre dernier. L'autre partie, le *Digital Service Act*, fera l'objet d'un autre rapport présenté par Aude Bono-Vandorme et Constance Le Grip. J'ai souhaité, pour ma part, que nos travaux soient terminés suffisamment tôt pour qu'ils puissent contribuer utilement aux débats à venir au Parlement européen à la rentrée. Les travaux au Parlement et au Conseil devraient aboutir l'an prochain, la présidence française du Conseil s'y emploiera.

L'objectif du DMA est de résoudre les problèmes structurels posés par les « grandes plateformes » désignées sous le nom de « contrôleurs d'accès », *gatekeeper* en anglais – si vous le voulez bien, je continuerai à employer la forme anglaise qui me semble finalement plus simple. Il s'agit, pour dire les choses clairement, des GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) et de quelques autres entreprises de l'économie numérique qui ont acquis un quasi-monopole au niveau mondial et un pouvoir de marché démesuré.

Alors pourquoi ce nouveau texte, le DMA ? Eh bien parce que le droit classique de la concurrence était trop lent, comme l'a montré la succession d'affaires relatives aux GAFAM depuis le début des années 2010. Les sanctions arrivent trop tard, sont peu dissuasives, et entre-temps de nouvelles pratiques sont intervenues qui nécessitent de nouvelles procédures.

La Commission a donc proposé une régulation *ex ante*, c'est-à-dire que des obligations sont imposées sans qu'il soit besoin de constater une violation effective du droit de la concurrence – un petit peu comme si on présumait un abus de position

dominante. Cela permet d'interdire certains comportements avant même qu'ils soient mis en place, et de réagir plus vite en cas de manquement.

Le texte a naturellement suscité beaucoup de critiques de la part des GAFAM. Par ailleurs, des universitaires et des *think tanks* ont dénoncé le caractère discriminatoire du texte, puisqu'il s'agit d'une régulation asymétrique (seules quelques entreprises, essentiellement américaines, seront concernées) mais aussi le manque de visibilité et de sécurité juridique pour les entreprises en question.

L'idée générale du rapport est de dire que l'insécurité juridique est surtout due à la rédaction même du texte, à un travail insuffisant sur les définitions et à des procédures peu adaptées. Il est donc possible de gagner à la fois sur le plan de la sécurité juridique et de l'efficacité sans renoncer aux ambitions du texte ou à l'exigence de flexibilité. Le rapport montre ainsi, et ce sera le cheminement de mon exposé, que les concepts fondamentaux à la base du texte doivent être précisés voire repensés, sans recours aux actes délégués ; ensuite, que les obligations doivent être présentées de manière plus claire sinon il sera impossible de les faire appliquer correctement et de les adapter ; enfin, que les autorités nationales de régulation doivent être associées à la mise en œuvre du texte.

J'ajoute qu'au-delà des auditions et des publications existantes, nous avons essayé le plus possible de formuler des propositions et des solutions originales.

Tout d'abord, il faut revoir les concepts fondamentaux et les procédures de désignation pour améliorer la sécurité juridique. Les concepts fondamentaux doivent être clarifiés. Ces concepts, qui servent de base aux procédures, sont définis de manière ambiguë ou incohérente par rapport aux autres textes européens, même récents comme le règlement *Platform to business* (P2B). Par exemple, les concepts d'entreprises utilisatrices, d'utilisateur final ou de fournisseurs de service n'ont pas toujours une définition cohérente.

Il faut dire aussi que la traduction française du texte n'est pas toujours de bonne qualité, ce qui ajoute une difficulté supplémentaire et rend l'ensemble complètement illisible.

J'aimerais m'arrêter sur le concept le plus fondamental de tous, celui de « service de plateformes essentiel », puisque les obligations ne concernent que ces services de plateforme des *gatekeepers*. Or le texte ne donne pas une véritable définition de ces services essentiels, mais simplement, en guise de définition, une liste un peu arbitraire.

Quand on regarde la liste, on s'aperçoit qu'elle est particulièrement longue et que loin de ne comprendre que des services de plateforme « essentiels », elle comprend aussi des services qui ne sont pas, à proprement parler, des services de plateforme ! Au sens strict, un service de plateforme est un service d'intermédiation qui met en relation par exemple un vendeur et un acheteur ou, de manière générale, des entreprises et leurs clients. Or dans la liste on trouve, à côté des services d'intermédiation en ligne, des moteurs de recherche, des systèmes d'exploitation et

des réseaux sociaux – qui sont en effet les services principaux proposés par les GAFAM –, des services qui n'ont pas le caractère de plateforme : je pense aux services de *cloud*, aux messageries et aux services de publicité. À propos des services de publicité, la Commission elle-même a dû se rendre compte qu'il y avait un problème, puisqu'elle précise qu'ils ne seront considérés comme des services de plateforme « essentiels » que pour autant qu'ils sont proposés par le fournisseur d'un autre service de plateforme essentiel...

Et à côté de cela, il manque certains services à la liste, notamment les assistants vocaux, qui sont actuellement assimilés à des « moteurs de recherche », mais qui présentent des spécificités qui ne sont pas prises en compte par le texte. Il manque aussi les navigateurs web, qui sont pourtant un élément important de l'écosystème Apple et Google.

Le rapport propose donc de séparer les « services de plateforme » en deux catégories :

- les services de plateforme « essentiels » au sens strict, c'est-à-dire au cœur d'un écosystème de plateforme (*core platform services* en anglais) ;
- les services de plateforme « non essentiels » ou « secondaires », qui ne sont pas au cœur de l'écosystème, mais qui contribuent à renforcer sa capacité de verrouillage grâce à des synergies.

Dans cette deuxième catégorie, on trouverait le *cloud*, les services de publicité, de messagerie, et les navigateurs.

L'intérêt de cette distinction serait d'écartier du champ du texte les acteurs qui ne proposent que des services de plateforme « secondaires », tout en prenant en compte l'ensemble des services proposés par les *gatekeepers*, y compris donc leurs services secondaires. Concrètement, un acteur qui ne fait que du *cloud* ne sera pas considéré comme un *gatekeeper*. En revanche, les activités *cloud* de Microsoft, Apple, etc., seront concernées, avec des obligations spécifiques, puisqu'elles sont liées à d'autres services au sein d'un même écosystème. Cette distinction entre des services « cœur de métier » et des services connexes permettrait donc de mieux cerner la dimension « écosystémique » des grandes plateformes.

Ensuite, la méthodologie de désignation des *gatekeepers* doit être simplifiée et améliorée. Et c'est précisément cette dimension écosystémique qui est absente, également, de la procédure de désignation des *gatekeepers*.

La désignation des *gatekeepers* est excessivement complexe, à cause de l'existence de deux procédures concurrentes mais pas indépendantes, l'une fondée sur des critères qualitatifs, l'autre sur des critères quantitatifs. En pratique, la procédure fondée sur des critères quantitatifs risque de se substituer à la procédure fondée sur des critères qualitatifs, qui est pourtant bien plus pertinente, parce qu'elle permet de mieux cibler les entreprises véritablement problématiques. À l'inverse, la procédure quantitative pourrait défavoriser les entreprises européennes, qui sont

naturellement plus puissantes sur leur marché domestique sans forcément avoir une position dominante au niveau mondial.

Les critères quantitatifs, d'ailleurs, ne sont pas suffisamment bien définis dans le texte, puisque la notion « d'entreprise » et de « chiffre d'affaires » est floue. La Commission a prévu de les préciser par voie d'actes délégués, ce qui n'est pas satisfaisant. Les seuils ne sont pas suffisamment affinés en fonction des types de services de plateforme. Par exemple, il faut qu'une plateforme rassemble 10 000 utilisateurs professionnels pour être considérée comme un « service de plateforme essentiel » : pour un service d'intermédiation comme une *marketplace* c'est dérisoire, mais pour d'autres services cela peut être beaucoup !

Il faudrait donc préciser dans le texte lui-même les critères quantitatifs, en tenant compte de la nature de la plateforme, et affirmer clairement que ces critères n'ont qu'une portée indicative. Le rapport propose en toute logique de supprimer le recours aux actes délégués en la matière ainsi que la possibilité de désigner un *gatekeeper* uniquement à partir de critères quantitatifs.

Corrélativement, il faudrait renforcer la procédure qualitative et insister sur la dimension écosystémique des *gatekeepers*. Une entreprise ne devrait pas pouvoir être désignée comme *gatekeeper* si elle ne propose pas au moins deux services de plateforme. Rien n'empêchera de réguler dans un second temps les « *gatekeepers* sectoriels » comme Booking ou Airbnb.

Pour mieux tenir compte de cette dimension écosystémique, il faudrait en outre qu'un *gatekeeper* puisse se voir imposer des obligations minimales sur ses services de plateforme qui, sans être en position dominante, profitent d'un « effet écosystème » en s'appuyant sur les données et les capacités d'investissement du *gatekeeper*. Typiquement, le service de vidéo à la demande compris dans l'abonnement d'Amazon n'est pas en position dominante, mais si un jour il le devient, il sera dans une situation presque impossible à contester pour la concurrence.

Un autre critère qualitatif dont ne tient pas suffisamment compte le texte, c'est la présence ou non d'alternatives viables à la plateforme du *gatekeeper* et la liberté de choix des utilisateurs, notamment des utilisateurs finaux. De manière générale, le texte néglige la liberté de choix des consommateurs, comme on le voit aussi dans l'analyse des obligations de fond.

J'en viens donc à la deuxième partie, relative aux obligations elles-mêmes. Leur portée et leurs objectifs doivent être précisés pour gagner en clarté, en souplesse et en efficacité.

Les obligations poursuivent deux objectifs : d'une part, la contestabilité, c'est-à-dire la possibilité d'une concurrence effective et d'autre part, l'équité, c'est-à-dire le partage de la valeur entre les *gatekeepers* et leurs utilisateurs professionnels

Ces deux objectifs sont liés, puisqu'il est fréquent qu'un *gatekeeper* utilise sa position de monopole pour imposer des conditions financières inéquitables. Il s'agit néanmoins de deux objectifs distincts. Par exemple, le fait d'interdire à Apple d'imposer une commission de 30 % sur toutes les transactions qui passent par son *app store* – interdiction qu'il faudrait rendre explicite et généraliser à l'ensemble des services d'intermédiation – ne vient pas remédier à un problème de concurrence, mais à un déséquilibre structurel entre un contrôleur d'accès en situation de quasi-monopole et des entreprises utilisatrices qui ne peuvent pas atteindre leurs clients sans cette plateforme.

Il faudrait ajouter explicitement au texte un troisième objectif, la liberté de choix des utilisateurs finaux. La liberté de choix est bien sûr liée à la diversité de l'offre et donc à la contestabilité des marchés, mais elle devrait aussi être prise en compte comme un objectif à part entière. Dans certains cas, le texte défend clairement les intérêts des entreprises concurrentes au détriment de l'intérêt des consommateurs, par exemple en donnant aux vendeurs le droit de vendre sur plusieurs plateformes, mais pas sur leur propre site. Le texte défend donc les intermédiaires et leur droit à toucher une commission, plutôt que le droit d'acheter directement et moins cher au fournisseur.

Mais surtout, le problème vient du fait que le texte ne précise pas, pour chaque obligation, l'objectif principal qu'elle poursuit, ni le résultat attendu de la bonne application du texte. Il sera donc relativement facile pour les *gatekeepers* de respecter la lettre des obligations mais d'atteindre de manière détournée les effets que ces obligations ont pour but d'éviter. Il existe certes un dispositif anti-contournement, mais il est laborieux et incomplet ; par exemple, il ne mentionne pas les techniques de manipulation par l'interface (*dark patterns*).

Les obligations ne précisent pas non plus à quels services elles s'appliquent. Par défaut, elles sont censées s'appliquer à tous les services de plateforme essentiels du *gatekeeper*. Mais certaines obligations n'ont de sens que pour certains services ; d'autres, au contraire, pourraient être appliquées à plusieurs services, mais de manière plus ou moins pertinente, car elles sont formulées de manière trop générale. Comment s'y retrouver ?

Bref : les obligations sont souvent peu claires et excessivement rigides, ce qui posera à la fois un problème de sécurité juridique et de flexibilité.

En effet, comme les obligations sont purement matérielles et que l'effet recherché n'est pas indiqué, elles seront difficiles à adapter, sauf à les modifier complètement. Actuellement, le texte prévoit la possibilité de créer de nouvelles obligations par voie d'actes délégués. Évidemment, cette procédure est souple, puisqu'elle permet à la Commission de légiférer sans le Parlement ni le Conseil... mais en l'occurrence, elle aurait l'inconvénient d'être contraire à l'article 290 du TFUE. Les actes délégués peuvent éventuellement modifier les éléments « non essentiels » d'un texte, mais certainement pas créer de nouvelles obligations.

En fait, à chaque fois qu'elle a été confrontée à une difficulté, la Commission a toujours trouvé la même solution : les actes délégués. Mais cela nuit à l'intelligibilité et à la prévisibilité de la norme et crée un risque de contentieux. La bonne solution aurait été de faire un effort sur la conception du texte même et sur sa rédaction.

La proposition du rapport est donc la suivante : définir précisément des obligations service par service, et les classer par catégories de plateforme, en précisant à chaque fois l'objectif principal et le but recherchés. Les actes délégués pourront seulement permettre d'actualiser les obligations et de préciser par quels moyens l'effet recherché par chaque obligation doit être atteint, sans rien changer à la liste des obligations et à l'effet recherché par chacune d'elles.

Le rapport propose aussi de renforcer, sur le fond, les obligations existantes ou de soumettre au régime systématique de l'article 5 certaines obligations actuellement soumises au régime plus souple de l'article 6. Je n'entre pas dans le détail ici. Le rapport propose, enfin, de créer des obligations nouvelles : rendre automatique la transmission des algorithmes au régulateur ; encadrer les changements substantiels de conditions générales d'utilisation et les rendre moins discrétionnaires ; promouvoir certaines normes minimales d'interopérabilité entre les services de réseaux sociaux. Ce dernier point est sans doute le plus délicat, nous pourrions revenir dessus si vous le souhaitez.

Enfin, la troisième partie du rapport affirme qu'il faut donner un véritable rôle aux États membres et aux autorités nationales de régulation pour s'assurer que la mise en œuvre du texte sera efficace.

La Commission tient à faire appliquer le texte seul, sans aide extérieure, si l'on excepte le recours ponctuel à des experts indépendants. Les États membres ne sont mentionnés que dans un seul article du texte, qui leur donne la possibilité de demander l'ouverture d'une enquête en vue de la désignation d'un *gatekeeper*, et encore à condition que trois États membres le demandent. Les États membres ne peuvent même pas demander l'ouverture d'un autre type d'enquête (enquêtes pour violations systématiques, enquêtes sur de nouvelles pratiques). Aucun rôle ne leur est attribué, si ce n'est parfois un rôle consultatif dans le cadre de la comitologie.

Bien sûr, il est légitime que les normes soient harmonisées et qu'il n'y ait qu'une autorité de décision au niveau européen, pour éviter les écarts de doctrine et apporter une réponse cohérente aux problèmes posés par les *gatekeepers*. Mais le texte souffre d'une procédure de mise en œuvre excessivement centralisée. Cela ne pose pas seulement des difficultés de principe liées à l'absence de contre-pouvoir, cela risque aussi de nuire à l'efficacité du texte. Au plus, la Commission disposera de 80 ETP, puisés dans d'autres services, pour la mise en œuvre du DMA. C'est dérisoire : au Royaume-Uni, l'autorité de régulation chargée du numérique, qui vient d'être créée, compte déjà 200 personnes !

Dans la version actuelle du texte, aucun mécanisme de concertation entre la Commission et les autorités nationales de régulation n'est prévu. Un tel mécanisme serait pourtant nécessaire pour créer un cadre de dialogue entre les *gatekeepers* et le régulateur, donner aux petites entreprises un interlocuteur susceptible de recueillir les plaintes et mobiliser les moyens des autorités nationales de concurrence au service des enquêtes de marché. S'il est vrai que les acteurs régulés par le DMA auront une dimension internationale, ses bénéficiaires seront principalement des entreprises de taille modeste et des particuliers. Pour tous ces utilisateurs, il est nécessaire que le régulateur central ait des « relais » au niveau national.

Il faudrait, surtout, s'assurer d'une bonne articulation entre le DMA, qui est fondé sur le marché intérieur (comme il s'agit d'une régulation *ex ante*), et le droit de la concurrence, qui restera pleinement applicable en parallèle. Paradoxalement, les autorités nationales de concurrence n'auront pas le droit de lancer une procédure contre les *gatekeepers* sur le fondement du DMA, mais rien ne les empêchera de le faire sur le fondement du droit interne. Et comme il n'y a pas de mécanisme de concertation, le risque de conflits de compétence et de divergences de jurisprudence n'est pas à exclure.

Le rapport propose donc la création d'un réseau européen des autorités nationales de régulation, sur le modèle du Réseau européen de la concurrence ou du BEREC. Ces réseaux permettent de coordonner l'action des autorités nationales en matière respectivement de concurrence et de régulation des télécoms. Vu le succès de ces instances, il n'est pas compréhensible que la Commission n'ait pas pensé à créer l'équivalent pour la régulation du secteur numérique.

Le réseau européen de la régulation numérique rassemblerait les autorités nationales de régulation désignées compétentes par les différents États membres. Il faudrait, pour chaque État membre, une autorité « chef de file », et éventuellement d'autres autorités qui seraient associées pour apporter leur expertise dans tel secteur particulier. En France, l'autorité chef de file pourrait être l'Autorité de la concurrence ou l'ARCEP (qui a davantage l'habitude de la régulation *ex ante*) ; la CNIL pourrait également être associée pour l'application des obligations qui impliquent la gestion et la protection des données.

Ce réseau de coordination permettrait aux autorités nationales d'exercer les fonctions suivantes : faire un travail d'analyse et « faire remonter » à la Commission les informations pertinentes et les anomalies qu'elle constate ; jouer le rôle de médiateur ou de mécanisme de règlement des différends ; recueillir les plaintes des particuliers et des entreprises et décider de les traiter elle-même ou de les renvoyer à la Commission ; demander à la Commission d'ouvrir une procédure d'infraction à l'encontre d'un *gatekeeper* ; participer activement aux enquêtes décidées par la Commission et bénéficier, par délégation, de ses pouvoirs d'instruction.

Pour conclure : je suis favorable à la démarche et aux objectifs du DMA, car nous avons besoin d'une régulation *ex ante* pour résoudre des problèmes structurels posés par les *gatekeepers*. Mais nous regrettons le manque de clarté du

texte, concernant les procédures aussi bien que les normes de fond. Cela risque de nuire à sa bonne mise en œuvre, de même que l'absence de mécanisme de coordination des autorités nationales de régulation. Si nous voulons que le DMA soit un succès, il faut donc renforcer les fragilités juridiques du texte et construire une véritable architecture de régulation.

L'exposé de la rapporteure a été suivi d'un débat.

Mme la Présidente Sabine Thillaye. Comme souvent avec les textes européens, les différences de traditions juridiques posent des difficultés. Il est d'autant plus nécessaire que la Commission européenne et les autorités nationales de régulation travaillent ensemble.

Les propositions de votre rapport sont très précises et je crois, pour certaines, nouvelles et originales. Puisque que le texte est encore en cours de négociations et qu'il est largement possible de l'améliorer, pourquoi ne pas envisager une proposition de résolution européenne (PPRE) après la suspension estivale ?

Mme Christine Hennion, rapporteure. C'est une excellente idée, madame la présidente. Nous pourrions en effet apporter une contribution utile aux débats ; si vous pensez que ce soit opportun, je travaillerai dès la rentrée à l'élaboration d'une PPRE à l'attention du gouvernement et des institutions européennes.

Mme Aude Bono-Vandorme. La commission judiciaire de la Chambre des représentants a adopté début juillet plusieurs textes visant à protéger les consommateurs et favoriser une plus grande concurrence sur Internet. Sont particulièrement visés Google, Apple, Facebook et Amazon.

Parallèlement, le président Joe Biden a signé un vaste décret ce 9 juillet 2021 dont l'ambition est de promouvoir la concurrence dans l'économie américaine. Le texte (dont la référence aux lois antitrust de Roosevelt est très nette) concerne des secteurs très variés, dont bien entendu le numérique.

Parmi les mesures les plus emblématiques, on trouve la possibilité donnée aux régulateurs comme la *Federal Trade Commission* (FTC) de démanteler les GAFAM *via* des scissions imposées en cas de conflit d'intérêts entre leurs activités de plateforme et de vente. Comme en Europe, les GAFAM s'alarment des conséquences possibles du DMA.

Ces nouvelles réglementations américaines pourraient-elles ouvrir de nouvelles perspectives et inscrire les outils du DMA dans un environnement juridique plus favorable à sa mise en œuvre, si les États-Unis eux-mêmes adoptent une régulation qui s'appliquerait à ces entreprises américaines ?

Mme. Christine Hennion, rapporteure. C'est une très bonne chose que les États-Unis se mettent aussi à vouloir réguler les GAFAM. Car malgré toute la volonté que l'on peut avoir au niveau européen, ces géants sont tout d'abord des entreprises américaines soumises au droit américain, et il sera toujours délicat pour nous de faire appliquer des règles de droit à portée extraterritoriale.

Le fait que le président Biden ait choisi le décret comme instrument est sans doute justifié par sa crainte que le texte, qui a été voté par la chambre des représentants, ne puisse pas passer au Sénat. Il pourrait ainsi faire en sorte que certaines dispositions votées par les démocrates puissent effectivement être appliquées.

Il se trouve que certaines de ces dispositions, nouvelles aux États-Unis, sont déjà appliquées par nos textes européens. Par exemple, sur le fait que les utilisateurs sont propriétaires de leurs données. La question de la portabilité des données, existante dans le RGPD et renforcée dans le DMA, est aussi abordée. Les États-Unis rejoignent aussi l'Union européenne sur le *self-preferencing* pratiqué par Google et sur le contrôle des fusions et acquisitions dans le but d'empêcher les acquisitions prédatrices.

Sur la possibilité de démantèlement, les textes américains vont plus loin que le DMA, dans la lignée de la tradition américaine qui remonte au moins à Roosevelt et que l'on a pu observer, dans le domaine des télécoms, avec le démantèlement d'ITT. De même, les Américains semblent plus ambitieux pour ce qui est de l'interopérabilité, et cela rejoint aussi une proposition du rapport. Les États-Unis vont aussi imposer à Amazon et à Apple un choix entre leurs activités d'intermédiation entre des tiers et la commercialisation de leurs propres produits.

Il y a donc une convergence entre la volonté de régulation aux États-Unis et en Europe, on ne peut que s'en féliciter.

Mme Marguerite Deprez-Audebert. Comme vous le soulignez, le texte ne semble pas juridiquement abouti. Est-ce que cela pourrait s'expliquer par une différence de traditions juridiques entre le droit anglo-saxon et le droit romain, le projet de règlement étant peut-être plutôt d'inspiration anglo-saxonne ? Par ailleurs, comment est accueilli le texte dans les autres États membres ?

Mme. Christine Hennion, rapporteure. Je ne pense pas que les imprécisions du texte viennent de la tradition anglo-saxonne : l'exigence de définitions précises et d'une méthodologie rigoureuse est partagée par tous les juristes, ce n'est heureusement pas propre au droit romain !

Le projet de DMA est généralement bien reçu dans son esprit. Tout le monde s'accorde sur la nécessité d'avoir une régulation *ex ante*. Certains États européens ont même devancé la Commission : en janvier 2021, l'Allemagne a adopté une loi pour réformer son droit de la concurrence et réguler les GAFAM. Le Royaume-Uni a suivi une voie similaire et a déjà mis en place une autorité spécifiquement dédiée à la régulation des grandes plateformes (la *Digital markets*

unit) qui, comme je le disais, a déjà des moyens plus importants que ceux dont la Commission sera dotée. La Commission a donc sans doute sous-évalué les efforts nécessaires à cette tâche et négligé l'importance de s'appuyer aussi sur les différents États membres.

La commission *a ensuite autorisé* le dépôt du rapport en vue de sa publication.

ANNEXES

ANNEXE N° 1 : LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LA RAPPORTEURE

Administration française

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)

- Mme Virginie Beaumeunier, directrice générale

Secrétariat général des affaires européennes (SGAE)

- M. Jérôme Vidal, chef du secteur aides d'État et concurrence

- M. Vincent Doumergue

Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne

- M. Fabrice Dubreuil, représentant permanent adjoint

- M. Yves-Emmanuel Bara

Direction générale des entreprises

- M. Mathieu Weill, chef du service de l'économie numérique

- M. Quentin Navaro-Auburtin

Cabinet du secrétaire d'État chargé de la Transition numérique et des communications électroniques

- Mmes Carole Vachet et Hélène Bonnet

Autorités de régulation

ARCEP

- Mme Laure de la Raudière, présidente

- Mme Anne Yvrande-Billon, directrice Économie, marchés et Numérique

- Mme Virginie Mathot-de Raincourt, conseillère de la présidente

Autorité de la concurrence

- Mme Isabelle de Silva, présidente

- Mme Giuliana Galbiati, conseillère affaires institutionnelles et internationales
- Mme Laura Doumoulakis, conseillère affaires institutionnelles et européennes

La rapporteure remercie également la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) pour sa contribution écrite.

Institutions européennes

Competition Policy - European Commission - European Union (DG COMP)

- M. Olivier Guersent, directeur général
- Mme Inge Bernaerts, directrice « politique et stratégie »

Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (DG CNECT)

- M. Prabhat Agarwal, chef de l'unité numérique
- M. Michael Koenig, conseiller pour la législation sur les marchés

Parlement européen

- M. Andreas Schwab, membre de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, rapporteur du DMA

Bureau européen des unions de consommateurs - BEUC

- Mme Vanessa Turner

GAFAM

Amazon

- M. Yohann Bénard, directeur affaires publiques pour le sud de l'Europe
- Mme Philippine Colrat, responsable affaires publiques Amazon France

Facebook

- M. Anton Battesti, responsable affaires publiques Facebook France
- Mme Béatrice Oeuvrard, *Public policy manager* Facebook France

Google

- Mme Elisabeth Bargès, responsable relations institutionnelles

- Mme Sarah Boiteux, responsable du suivi du DMA

Autres entreprises

Booking

- M. Alexis Darmois, directeur relations institutionnelles France, Espagne, Portugal
- Mme Julia Lamb, directrice des affaires européennes

Criteo

- M. Nicolas Rieul, directeur général France
- Mme Sophie Compagnon, responsable affaires publiques

Rakuten

- M. Benjamin Moutte-Caruel, directeur juridique et affaires publiques

OVH

- Mme Anne Duboscq, directrice affaires publiques

Qwant

- M. Sébastien Ménard, responsable relations publiques

Qualcomm

- Mme Audrey Scozzaro Ferrazzini, directrice affaires règlementaires

La rapporteure remercie également la Fédération du commerce et de la distribution (FCD) pour sa contribution écrite.

Think-tanks

Syntec Numérique et Tech in France (désormais : Numeum)

- M. Benoît Darde, directeur associé de Wavestone et administrateur de Numeum
- M. François Lhémy, directeur délégué aux affaires publiques et à la communication de Numeum

Renaissance numérique

- M. Henri Isaac, président

- Mme Jennyfer Chrétien, déléguée générale
- M. Olivier Fréget

France Digitale

- Mme Julia Fenar

Institut Thomas More

- M. Cyrille Dalmont

Experts et personnalités

- Mme Joëlle Toledano, professeur émérite d'économie, membre du CNUM
- M. Serge Abiteboul, membre du collège de l'ARCEP, membre de l'Académie des sciences, chercheur à l'ENS Ulm et directeur de recherches à l'INRIA
- M. Ian Brown, professeur invité à la FGV de Rio de Janeiro.

ANNEXE N° 2 : SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1 : rajouter, parmi les objectifs du texte (article 1§1), la liberté de choix des utilisateurs finaux entre différents fournisseurs de services et l'émergence d'offres alternatives.

Recommandation n° 2 : Veiller à prévoir une articulation fluide entre l'application du DMA et des règles du droit de la concurrence, national et européen, ainsi qu'une certaine cohérence avec les autres règlements s'appliquant aux plateformes.

Recommandation n° 3 : Préciser le sens de l'opposition *business users / end users*, quitte à modifier la traduction française, et s'assurer que la terminologie est cohérente avec la terminologie du règlement *Platform to business*.

Recommandation n° 4 : Créer après l'article 2§2 une liste de services de plateforme « secondaires », avec les attributs suivants :

- ils n'entrent dans le champ du texte que dans la mesure où ils font partie d'un écosystème comprenant au moins un service de plateforme essentiel ;
- ils peuvent faire l'objet d'obligations *a minima*.

Recommandation n° 5 : Faire basculer dans cette liste les services de publicité, de *cloud* et de messagerie. Ajouter, à cette liste, les navigateurs.

Recommandation n° 6 : Liste de services de plateforme essentiels (article 2§2) : mentionner de manière séparée les assistants vocaux et distinguer expressément, au sein des services d'intermédiation, les *marketplaces* et les *app stores*.

Recommandation n° 7 : au cours de la détermination des services de plateforme essentiels d'un *gatekeeper* (article 3§7), énumérer aussi ses SPE *ne constituant pas un point d'accès majeur* au marché. Les assimiler à des services de plateforme *secondaires* en tant qu'ils remplissent une fonction connexe au sein de l'écosystème de ce *gatekeeper*.

Recommandation n° 8 : Rendre cumulatifs les deux premiers critères de l'article 3§2 (a) (chiffre d'affaires européen et capitalisation mondiale), quitte à les ajuster, et supprimer le troisième critère du même article (activité dans trois États membres), pour rendre l'ensemble plus cohérent et tenir compte à *la fois* de l'implantation d'une entreprise en Europe et de sa puissance mondiale.

Recommandation n° 9 : Supprimer la possibilité de recours aux actes délégués prévue à l'article 3§5 pour préciser les critères quantitatifs, inutile et contraire à l'article 290 du TFUE.

Recommandation n° 10 : Clarifier dans le texte, sans recours à des actes délégués, le périmètre du chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'article 3§2 (a), et préciser les modalités de calcul de ce chiffre d'affaires.

Recommandation n° 11 : Définir dans le texte la notion « d'utilisateur actif » en tenant compte du type de plateforme et de la façon dont la plateforme monétise ses utilisateurs (acheteurs pour les *marketplaces*, visiteurs pour les moteurs de recherche, utilisateurs logués pour les autres plateformes). Adapter les seuils et la période de référence à chaque type de plateforme.

Recommandation n° 12 : affirmer clairement le caractère indicatif des seuils quantitatifs de l'article 3§2 et supprimer la possibilité prévue à l'article 3§4 de désigner automatiquement un *gatekeeper* sur le fondement de ces seuils.

Recommandation n° 13 : Renforcer l'importance des critères qualitatifs dans la désignation des *gatekeepers*, et insister à l'article 3§6 sur leur dimension conglomerale et sur la latitude de choix des utilisateurs.

Recommandation n° 14 : Pour inscrire la dimension conglomerale au cœur de la définition des *gatekeepers*, préciser à l'article 3§1 (b) qu'un *gatekeeper* assure au moins deux services de plateforme, dont au moins un service de plateforme essentiel.

Recommandation n° 15 : Préciser, pour chaque obligation de l'article 5 et de l'article 6, quels SPE sont concernés pour rendre les obligations plus claires et mieux adaptées. Présenter les obligations par catégorie de plateformes.

Recommandation n° 16 : Préciser, pour chaque obligation, à quel objectif général du règlement elle se rattache principalement (équité, contestabilité, liberté de choix) et expliquer l'objectif particulier recherché (par exemple : garantir tel droit ou telle possibilité aux utilisateurs professionnels ou finaux).

Recommandation n° 17 : Compléter l'article 11§3 pour y introduire une clause générale prohibant le contournement des obligations par des techniques de manipulation liées à l'interface (*dark patterns*).

Recommandation n° 18 : Déplacement dans le dispositif anticcontournement (article 11) l'interdiction d'exercer des mesures de pression et de représsailles pour dissuader les entreprises utilisatrices pour les dissuader de signaler les pratiques non vertueuses des *gatekeepers* (article 5d). Étendre aux utilisateurs finaux la protection garantie par cette disposition.

Recommandation n° 19 : Supprimer l'article 11§2 et l'intégrer directement à l'article 6§1-i.

Recommandation n° 20 : Modifier l'article 10 : les actes délégués doivent seulement permettre de préciser ce qu'implique chaque obligation pour satisfaire l'objectif particulier qu'elle poursuit, et d'élargir le champ d'application des obligations à d'autres services de plateformes du *gatekeeper*.

Recommandation n° 21 : En plus de la procédure du paragraphe 7§2, prévoir à l'article 3§7 que la Commission précise systématiquement, en déterminant les SPE d'un *gatekeeper*, la façon dont les obligations de l'article 6 doivent être appliquées *in concreto* par ce *gatekeeper*.

Recommandation n° 22 : Étendre la portée de l'article 5-e : interdire aux *gatekeepers* d'imposer aux utilisateurs professionnels non seulement leurs services d'identification, mais aussi leurs services de paiement, voire l'ensemble de leurs services accessoires au sens de l'article 2§14.

Recommandation n° 23 : Interdire également, dans l'article 5-e, de lier services de plateforme essentiels et services de plateforme secondaires ou assimilés.

Recommandation n° 24 : Étendre l'interdiction du *self-preferencing* (article 6§1-d), actuellement limité aux méthodes de classement, à toutes les techniques qui permettent aux *gatekeepers* d'influencer les utilisateurs finaux pour les inciter à utiliser ses propres produits plutôt que ceux des entreprises utilisatrices concurrentes.

Recommandation n° 25 : Permettre aux entreprises vendant des produits sur une *marketplace* de vendre le même produit à des conditions différentes non seulement sur d'autres *marketplaces*, mais aussi directement sur leur propre site (article 5-b).

Recommandation n° 26 : S'assurer que les *gatekeepers* n'abusent pas de la réserve de consentement de l'article 6§1-i en prévoyant, par exemple, de remplacer l'*opt-in* (possibilité pour les utilisateurs de donner leur consentement expresse) par un *opt-out* (consentement présumé avec possibilité de le retirer). Dans un objectif de clarté, intégrer l'article l'exigence de l'article 11§2 à l'article 6§1-i.

Recommandation n° 27 : Préciser à l'article 6§1-k que l'accès aux *app stores* doit se faire dans des conditions équitables, non discriminatoires et raisonnables (FRAND) d'un point de vue financier. Étendre cette obligation à l'ensemble des SPE, ou du moins à l'ensemble des services d'intermédiation en ligne.

Recommandation n° 28 : À l'article 5a, préciser que le refus du croisement des données ne doit avoir aucune incidence sur la qualité du service offert, seulement sur son degré de personnalisation.

Recommandation n° 29 : Supprimer l'article 6§2, qui nuit à la lisibilité de l'article 6, et intégrer son contenu – définition des données non publiques au sens de l'article 6§1-a – soit à l'article 2 parmi les définitions, soit à l'article 6§1-a (qui deviendrait l'article 6a).

Recommandation n° 30 : Compléter l'article 6 §1-b pour obliger les fournisseurs de systèmes d'exploitation à proposer, à titre facultatif, une version « vierge » du système d'exploitation, sans aucune application logicielle préinstallée à l'exception de celles qui sont nécessaires au fonctionnement de l'appareil.

Recommandation n° 31 : Soumettre au régime de l'article 5 les obligations de l'article 6 suivantes : 6§1-b, 6§1-c, 6§1-d, et 6§1-e.

Recommandation n° 32 : Ajouter, à l'article 6, une obligation pour les *gatekeepers* de communiquer automatiquement au régulateur les algorithmes fondamentaux de leurs services de plateforme essentiels, et d'informer les utilisateurs des principes généraux qui régissent ces algorithmes.

Recommandation n° 33 : Encadrer le pouvoir discrétionnaire des *gatekeepers* de changer leurs conditions générales d'utilisation (CGU). Il pourrait être envisagé, par exemple, de rajouter à l'article 6 les obligations suivantes : consultations systématiques avant tout changement substantiel des CGU ; préavis de trois mois ; possibilité de recours devant le régulateur avec effet suspensif sur le délai de préavis.

Recommandation n° 34 : Modifier l'article 33 pour permettre aux États membres de demander le lancement d'une enquête prévue à l'article 15, à l'article 16 ou à l'article 17. Ouvrir également cette possibilité aux autorités nationales de régulation et, par leur intermédiaire, aux entreprises, aux organisations professionnelles et aux associations de consommateurs.

Recommandation n° 35 : Enquêtes des articles 15 et 17 : permettre aux autorités de régulation nationales d'effectuer le travail d'instruction préalable à la prise d'une décision ou à la publication du rapport par la Commission. Réduire à 3 mois et à 12 mois les délais maximaux entre le moment où la Commission se saisit d'une enquête et sa conclusion.

Recommandation n° 36 : Enquêtes de l'article 16 : définir les conditions d'ouverture d'une enquête portant sur un non-respect systématique. Rendre l'ouverture d'une telle enquête obligatoire, à la demande d'un État membre, quand un *gatekeeper* a déjà fait l'objet de deux décisions constatant un manquement. Permettre l'imposition de mesures correctives *comportementales* dès le deuxième manquement, en cas de mauvaise foi caractérisée du *gatekeeper* ou de pratiques particulièrement dommageables.

Recommandation n° 37 : Compléter l'article 25 par un mécanisme de plainte ouvert aux États membres, aux autorités nationales de régulation et éventuellement à des tiers intéressés. La Commission serait obligée de donner suite à la plainte dans un délai de trois mois, en constatant un manquement ou en exprimant par un avis motivé son refus de le faire.

Recommandation n° 38 : Compléter l'article 25 par un mécanisme de plainte ouvert aux États membres, aux autorités nationales de régulation et éventuellement à des tiers intéressés. La Commission serait obligée de donner suite à la plainte dans un délai de trois mois, en constatant un manquement ou en exprimant par un avis motivé son refus de le faire.

Recommandation n° 39 : Conférer aux autorités nationales de régulation un rôle de médiation, de recueil des plaintes et de relais des informations auprès de la Commission.

Recommandation n° 40 : Compléter l'article 24§2 pour donner à la Commission la faculté de déléguer aux autorités nationales de régulation certains de ses pouvoirs, et notamment ses pouvoirs d'enquête, afin d'accomplir les missions énumérées à l'article 24§1.

Recommandation n° 41 : Structurer un « réseau européen de la régulation numérique » autour des autorités nationales de régulation, sur le modèle du Réseau européen de la concurrence ou du BEREC, avec un rôle d'échange d'informations et de coordination.