

Réflexions de la France et des Pays-Bas relatives à la régulation des plateformes numériques en position de « gatekeeper »

Ce document de réflexion porte sur la question de l'intervention auprès des « grandes plateformes numériques ayant des effets de réseaux importants et agissant comme des gardiens » (autrement appelées « plateformes structurantes ») afin de savoir pourquoi, quand et comment un nouveau cadre de régulation pourrait être utilisé. Son objectif est d'apporter une contribution supplémentaire aux deux consultations lancées par la Commission européenne concernant, d'une part, une intervention *ex ante* auprès des plateformes « gatekeepers » dans le cadre du paquet DSA et, d'autre part, le nouvel outil de concurrence (NCT) dans la mesure où il s'applique aux marchés du numérique. Nous sommes bien évidemment disposés à approfondir ces discussions auprès d'experts, de la Commission européenne et des autres Etats membres sur ce sujet.

Pourquoi une intervention est-elle nécessaire ?

Certes, les plateformes continuent d'offrir aux entrepreneurs et aux consommateurs un grand nombre d'avantages. Toutefois, ces avantages peuvent être amoindris si la position sur le marché de certaines plateformes devient incontournable au point où les concurrents ne peuvent plus contester leur pouvoir de marché (*cf. infra*). Les termes « plateformes structurantes » sont utilisés ci-après pour précisément désigner la position de « gatekeeper » de ces plateformes. En conséquence, les petites plateformes innovantes peuvent être empêchées d'entrer sur le marché ou contraintes de s'en retirer. En outre, les consommateurs et les utilisateurs professionnels peuvent devenir dépendants d'une plateforme et être soumis à des clauses abusives ou à des comportements discriminatoires. Or ceci peut conduire à terme à une absence significative de concurrence ainsi qu'à des défaillances plus larges du marché résultant de l'incapacité des utilisateurs à comparer les offres de marché et choisir les termes et conditions qu'ils privilégient. Outre l'impact négatif sur la liberté de choix des utilisateurs, ces défaillances peuvent également causer un préjudice important sur l'innovation ainsi que sur les prix et la qualité des services.

Dynamique

Les risques susmentionnés résultent principalement de la dynamique des marchés des plateformes numériques.

C'est le cas sur les marchés où :

- Les effets de réseau directs et indirects positifs jouent un rôle important, permettant à une plateforme dotée d'un grand nombre d'utilisateurs établis d'attirer toujours plus d'utilisateurs.
- Les effets de réseau sont renforcés par la collecte de données en augmentation constante (« data-driven feedback loops »).
- Une plateforme bénéficie d'importantes économies d'échelle (surtout lorsque le produit est numérique).
- Des économies de gamme apparaissent lorsque la combinaison de séries de données peut être utilisée pour obtenir de nouvelles informations.

Le fait que ces dynamiques conduisent ou non à un résultat « winner-takes-all » ou « winner-takes-most » dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment des coûts de transfert (« switching cost ») et de la possibilité pour les utilisateurs de faire du « multi-homing » (multi-hébergement).

Dans certains cas, ces dynamiques créeront une situation dans laquelle une plateforme est en mesure de contrôler la quasi-totalité du marché. En raison de l'accès exclusif à certains *inputs* (données et infrastructures) et/ou aux utilisateurs, les consommateurs et entreprises, comme souligné ci-dessus, n'ont pas d'autres choix que d'utiliser la plateforme et, en conséquence, d'en accepter les conditions d'utilisation, même si cela implique de subir potentiellement des inconvénients importants, en termes de qualité, prix ou de respect de la vie privée.

Stratégies

Une autre conséquence de la dynamique décrite ci-dessus est que les plateformes structurantes peuvent avoir la possibilité d'appliquer un certain nombre de stratégies visant à maintenir et à renforcer leur position de « *gatekeeper* ».

- Si une plateforme a accès à des *inputs* (apports) majeurs (tels que des données ou l'accès à une infrastructure essentielle), des capitaux et un grand nombre d'utilisateurs, en conséquence de la dynamique mentionnée ci-dessus, elle peut alors utiliser ce pouvoir de marché pour pénétrer d'autres marchés.
- Une telle stratégie peut également être menée grâce à l'acquisition d'autres sociétés afin, par exemple, d'obtenir des bases de données stratégiques ou d'éliminer un concurrent potentiel.

Effets

Si elles sont combinées, ces dynamiques et stratégies peuvent conduire à un certain nombre d'effets qui peuvent à leur tour contribuer à renforcer les positions établies sur le marché.

- L'exploitation du pouvoir de marché signifie que les plateformes « *gatekeepers* » sont en mesure de créer un écosystème de services, dans lequel les utilisateurs peuvent être bloqués par des coûts de transfert élevés qui peuvent être renforcés par chaque ajout de nouveau service à cet écosystème.
- Dans certains cas, les dommages causés à la concurrence peuvent être difficiles à infléchir.
- L'impact sur le marché et la position de négociation vis-à-vis des utilisateurs peuvent atteindre un point où une plateforme « *gatekeeper* » devient une sorte de régulateur privé, capable de fixer les règles sur le marché sans être soumise ni à l'obligation de rendre des comptes à des contreponds démocratiques (comme les régulateurs publics), ni à la discipline du marché. Or ces règles peuvent être utilisées pour renforcer la position de la plateforme elle-même, par exemple en dissuadant les utilisateurs de recourir au multi-homing (multi-hébergement) ou de changer de fournisseur de services.

Quand faut-il intervenir ?

L'action préventive doit intervenir avant le stade où les dommages deviennent irréversibles. L'intervention est justifiée lorsque le pouvoir de négociation asymétrique des plateformes structurantes entraîne des conséquences négatives. Par exemple, une intervention peut être nécessaire lorsqu'une plateforme « verrouille » ses utilisateurs ou lorsque la concurrence est ou sera bientôt entravée par un manque d'accès aux infrastructures et données, aux capitaux et aux utilisateurs. Il s'agirait donc d'intervenir dans des situations où, en l'absence

d'intervention, il est peu probable que les petits acteurs et les nouveaux entrants (qui pourraient devenir de nouveaux innovateurs concurrents) soient capables de concurrencer une plateforme structurante.

Une plateforme soumise à intervention doit avoir un pouvoir de marché considérable sur au moins un marché. C'est une condition préalable essentielle pour que cette plateforme soit qualifiée de « gatekeeper » et donc considérée comme une plateforme structurante.

D'autre part, il est également important de concevoir un cadre de régulation qui n'excède pas ce qui est nécessaire pour répondre aux préoccupations susmentionnées, c'est-à-dire qui n'impose pas d'obligation sans fondement à des plateformes sans aucune position de « gatekeeper ».

Mettre en place le périmètre d'intervention

Une façon d'essayer d'atteindre à la fois une sécurité juridique et une mise en application rapide serait de définir le champ d'intervention en fonction d'un certain nombre de critères simples et objectifs, généralement liés à la taille des plateformes (notamment le nombre d'utilisateurs, le nombre de contrats commerciaux, les parts de marché ou le chiffre d'affaires).

Néanmoins, plus les critères sont simples, moins ils permettent d'identifier précisément les plateformes numériques devant être soumises à des règles spécifiques. À l'inverse, plus ces critères seront justes, plus ils devront être multiples et précis pour s'approcher du bon champ d'intervention.

Sans exclure l'utilisation de certains critères simples pour définir le champ d'intervention des plateformes numériques structurantes, des critères qualitatifs paraissent indispensables, qui pourraient correspondre aux caractéristiques de marché et comportements mentionnés précédemment.

Il est important de souligner que les méthodes classiques de définition du marché pertinent ne peuvent pas toujours être utilisées efficacement sur les marchés numériques. Ainsi, dans son analyse pour déterminer s'il existe une position structurante, l'autorité de régulation devrait examiner les caractéristiques du service ou de l'écosystème en question au même niveau que le comportement de la plateforme et de ses utilisateurs.

Cela signifie qu'en tout état de cause, la définition du périmètre d'intervention nécessite une approche plateforme par plateforme (au cas par cas) menée par l'autorité de régulation. Toutefois, il convient de trouver un juste équilibre entre cette approche et la nécessité d'un niveau raisonnable de sécurité juridique.

Sur quoi faut-il intervenir et comment ?

Outre une liste d'obligations et de pratiques interdites, l'intervention de l'autorité de régulation devrait également inclure une approche flexible et proportionnée au cas par cas, lui permettant d'imposer des remèdes sur mesure à une plateforme structurante. Une intervention proportionnée est nécessaire pour préserver les avantages des plateformes numériques tout en améliorant le niveau de concurrence sur les marchés concernés. Une intervention trop lourde entraverait l'innovation. Cette approche correspondrait à la mise en œuvre des options 3a et 3b de l'étude d'impact de la Commission sur la régulation *ex ante* des plateformes « gatekeepers » ou le NCT proposé par la Commission européenne.

1. Liste des obligations de principe et des pratiques interdites

Afin d'accroître la capacité des utilisateurs à faire librement leur choix, une plateforme « gatekeeper » serait soumise à un ensemble d'obligations et de pratiques interdites. Cela correspond à la mise en œuvre de l'option 3a. Ces obligations comportementales pourraient,

de plus, éventuellement être imposées à l'ensemble de l'écosystème de la plateforme structurante pour faire face aux risques qui découlent de sa position de gardien d'accès (« gatekeeper ») sur un certain nombre de marchés voisins (effet de levier). En outre, cet ensemble d'obligations et d'interdictions pourrait être ajusté dans le temps, compte tenu de l'évolution des marchés. Ainsi, les mesures pourraient être assouplies ou renforcées en fonction de l'évolution réelle de ces conditions de marché.

Mesures comportementales possibles :

- Une extension du droit à la portabilité des données pour les utilisateurs professionnels.
- Des règles relatives aux contrats équitables.
- Des règles interdisant l'auto-référencement.
- Des règles interdisant de bloquer sans justification l'accès à des fournisseurs tiers de services ou de biens, y compris de bloquer l'accès aux API et aux données.

2. Remèdes sur mesures

Des obligations d'accès pourraient être imposées pour garantir l'ouverture du marché. Il s'agirait de la mise en œuvre de l'option 3b ou du NCT. L'objectif de ces mesures serait de renforcer la concurrence en réglementant l'accès aux *inputs* essentiels, aux utilisateurs et aux infrastructures en ligne essentielles. En conséquence, une évaluation particulièrement attentive des avantages et inconvénients de ces mesures devrait être effectuée avant leur mise en œuvre, par une enquête approfondie (approche au cas par cas) de l'autorité de régulation.

Obligations d'accès possibles :

- Une obligation d'offrir de manière proactive des alternatives aux utilisateurs.
- Permettre l'interopérabilité.
- Des obligations de partage de données.

Sanctions des infractions

Le nouveau cadre de régulation devrait permettre au régulateur compétent d'imposer aux plateformes des sanctions appropriées en cas d'infraction. Le niveau de ces amendes ou autres sanctions devrait être suffisamment important pour garantir l'efficacité des règles, en dissuadant les plateformes de les enfreindre. L'exigence d'un mécanisme de sanctions efficace et dissuasif est d'autant plus importante que toute violation des règles serait susceptible de provoquer un préjudice grave et irréversible à la concurrence.

Cadre institutionnel

L'organe européen chargé de l'application de cette nouvelle régulation devra être doté d'outils appropriés, tels que de larges pouvoirs d'enquête, d'audit et de contrôle, y compris la capacité d'auditer les algorithmes.

Pour la France

Cédric O,

Secrétaire d'Etat chargé de la Transition numérique
et des Communications électroniques

Pour les Pays-Bas

Mona Keijzer,

Secrétaire d'État aux affaires et
des économiques et à la politique
climatique