

Digital Markets Act
Position de France Digitale

avril 2021

Le mot du Board

Les startups ont besoin de visibilité et de prédictibilité dans les relations qu'elles entretiennent avec les plateformes systémiques : le Digital Markets Act pose les conditions de relations commerciales plus équitables.

France Digitale se félicite d'un texte qui permet de préserver l'innovation en posant de nécessaires garde-fous contre les comportements monopolistiques et les rentes de situation. Nous resterons toutefois très vigilants et attentifs à ce que le texte ne génère pas d'inutiles barrières réglementaires à l'entrée, qui reviendraient à conforter les acteurs existants au détriment de la croissance des startups.

Nous nous félicitons aussi de l'adoption par la Commission d'une liste de nouvelles interdictions et obligations qui seront imposées aux géants du Web. Certains points auraient le mérite d'être précisés pour aboutir à un texte plus ambitieux. Ainsi, France Digitale recommande :

- 1. L'intégration d'une procédure de signalement pour les associations et fédérations professionnelles comme France Digitale, leur permettant de jouer un rôle de lanceur d'alerte et contribuer à la désignation des contrôleurs d'accès (art. 3);*
- 2. Permettre aux développeurs d'engager des communications avec les utilisateurs finaux in-app (art. 5c);*
- 3. Une extension de l'interdiction de certaines formes de tie-in par les gatekeepers aux services de paiement (art. 5e);*
- 4. Renforcer les conditions générales d'accès équitables et non discriminatoires en ajoutant l'obligation de maintenir des coûts raisonnables pour les magasins d'applications (art. 6k);*
- 5. Maintenir intactes les obligations et les interdictions existantes dans le DMA concernant : l'interopérabilité, l'auto-référencement, le side-loading et l'accès aux données relatives aux transactions de paiement par les développeurs d'applications.*

Les enjeux technologiques appellent des réponses continentales et nous invitons les décideurs en Europe à accélérer le passage du DMA, plutôt qu'à construire une mosaïque désarticulée de réglementations nationales. Les entrepreneurs s'inquiètent ainsi de voir la France prendre de l'avance sur le Digital Services Act et l'Allemagne sur le Digital Markets Act.

A un an de la Présidence française du Conseil de l'UE, la France aura un rôle déterminant dans ce processus réglementaire et pourra orienter sensiblement l'issue de ce texte.

Pour finir, il est important de rappeler que la construction de champions européens du numérique ne saurait reposer sur la seule réglementation des plateformes et d'éventuelles mesures défensives de la part de l'UE. Une stratégie continentale offensive doit voir le jour, encourageant les financements transnationaux, orientant la commande publique vers l'innovation et formant en masse les innovateurs de demain qui pourront circuler avec un même visa. Ainsi un marché unique du numérique verra véritablement le jour.

Board de France Digitale

1. **Contexte : Relations entre startups et Big Tech**
2. **Pourquoi le DMA est une opportunité pour les startups ?**
3. **Nos recommandations**

Contexte : Relations entre startups et Big Tech

Comment rééquilibrer les relations entre les géants du web et les pépites technologiques ? La crise du Covid-19, dont les géants technologiques sortent renforcés, a eu pour conséquence d'accentuer le déséquilibre sur le marché des plateformes numériques. Alors que le Digital Markets Act doit encore être analysé par le Parlement européen et le Conseil de l'UE, France Digitale adresse ici ces recommandations pour un texte favorable à la croissance des startups en Europe.

Les startups peuvent bénéficier des effets de réseaux des Big Tech. Leurs *business models* sont souvent pensés pour s'inscrire au sein de plateformes géantes qui leur ouvrent de nouveaux débouchés commerciaux grâce à :

- la publicité ciblée en ligne auprès de millions de consommateurs;
- au référencement avantageux sur les moteurs de recherche;
- la distribution de leurs solutions sur des *app stores* mondiaux;
- la distribution de leurs produits sur des places de marché en ligne, etc.

Nombreuses sont les entreprises propulsées grâce à ces outils numériques. Mais **le prix à payer est de plus en plus décrié. Les témoignages anonymes recueillis par France Digitale¹ pointent du doigt les stratégies d'enfermement auxquelles les entrepreneurs peuvent être confrontés :**

- conditions d'accès discriminatoires ;
- exclusion abusive des plateformes, clôture injustifiée des comptes des startups utilisatrices ; motivation peu claire de dé-référencements (sans recours possibles auprès d'autorités administratives compétentes) ;
- refus aléatoire de publicités avec des explications peu claires ;
- rétention de données ;
- Intermédiation ; confiscation de la relation directe avec les utilisateurs ; refus de communiquer au développeur les données des utilisateurs bien que le client ait toujours la possibilité de refuser, ce qui prive les entreprises d'informations importantes pour, par exemple, améliorer leurs produits.
- commissions exorbitantes sur les ventes ;
- empêcher les utilisateurs d'acheter librement en dehors des services de la plateforme ;
- *sherlocker* ou copier des applications : faire partie des applications les plus populaires de l'App Store peut être une victoire dangereuse pour une startup. Certains magasins d'applications (notamment celui d'Apple²) repèrent les fonctionnalités préférées des utilisateurs, les intègrent à ses propres applications, les intègrent par défaut dans l'iOS, jusqu'à parfois anéantir les applications copiées.

La commission de 30 % perçue par Apple sur tous les flux financiers dans l'Apple Store

Lorsqu'un développeur souhaite publier une application sur l'App Store, il doit d'abord payer 99\$ pour disposer d'un compte développeur. Pour chaque application publiée, Apple percevra une commission de 15 % ou 30 % sur le prix de l'application (si l'application est payante) et 30 % sur les paiements effectués dans l'application pour débloquent une fonctionnalité ou accéder à un service supplémentaire. S'il s'agit d'un abonnement, le même taux de 30 % s'applique pour la première année et passe à 15 % à partir de la seconde année.

¹ 50+ témoignages reçus entre le 1er janvier 2021 et le 22 mars 2021 après un appel à témoigner

² Washington Post, [Apple has copied some of the most popular apps in the App](#), 5 Sept 2019

Obligation d'intégrer le service d'identification fourni par le *gatekeeper*

Le service de connexion "Apple Sign-In" est récemment imposé à tous les utilisateurs. Apple exige que toutes les applications distribuées dans l'App Store offrent le service "Apple Sign-In" dans le cadre de ses options d'authentification, bien que d'autres services d'authentification tiers soient disponibles sur l'application (c'est-à-dire la connexion à Google ou Facebook). Grâce à ce service obligatoire, Apple étend encore sa capacité à désintermédier les applications de ses clients, et constitue un autre exemple de lien entre deux services (App Store et services de connexion).

Pourquoi le DMA est une opportunité pour les startups ?

Plus de 10 000 plateformes en ligne opèrent au sein de l'économie numérique européenne, la plupart étant des PME et startups³. Les startups sont souvent en situation de très forte dépendance vis-à-vis des *gatekeepers*, les rendant particulièrement vulnérables aux comportements déloyaux sur le marché.

Le contrôle ex-post actuel du droit de la concurrence, qui se traduit par des amendes ou des mesures correctives comportementales à l'égard de certains géants, **est insuffisant pour dissuader ces très grandes plateformes de déployer des stratégies anticoncurrentielles.**

- **Les enquêtes menées en vertu du droit de la concurrence sont trop lentes** pour s'attaquer aux pratiques anticoncurrentielles sur des marchés numériques en évolution rapide. Par conséquent, au moment où les enquêtes sont terminées, le marché a généralement basculé en faveur du contrevenant et la concurrence sera difficile à rétablir.
 - Un dossier d'abus de position dominante à la DG COMP prend entre 4 et 6 ans, parfois plus (les cas Intel, Microsoft et Google se rapprochent plus des 10 ans);
 - La Commission n'a adopté des mesures conservatoires qu'une fois en 18 ans. Elle l'a fait en un an.
 - A l'échelon national, en France par exemple l'Autorité de la Concurrence peut agir plus rapidement, mais il faut compter 3-4 ans. Les mesures conservatoires sont plus fréquentes, mais il faut 5-6 mois.
- Les enquêtes en droit de la concurrence sont *ad hoc*, limitées aux faits étroits de l'affaire en question. En outre, les mesures correctives adoptées par les autorités de la concurrence se limitent à traiter les problèmes de concurrence spécifiques et n'abordent guère les mêmes questions qui se posent dans des contextes différents.

Dénoncer une pratique concurrentielle est particulièrement lourd et dangereux pour une startup pour trois raisons :

1. **la crainte de représailles** dans la relation commerciale entre la startup et l'acteur visé ;
 - Les *gatekeepers* sont à la fois juge et partie du respect des conditions générales d'utilisation sur leurs plateformes. Les startups n'ont aucun recours (autre que les procédures internes d'appel de ces mêmes

³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) COM(2020) 842 final 2020/0374(COD)

plateformes) pour contester d'éventuelles mesures jugées abusives. Elles choisissent ainsi pour la plupart de garder le silence.

2. **le coût des procédures** et les frais d'avocats face à des géants du numérique ;
 - La durée des procédures sur plusieurs années couplée aux frais élevés d'avocats spécialisés peuvent mener à une facture salée dépassant le million d'euros. C'est un coût inabordable pour une jeune pépite technologique.
3. **les délais des procédures** irréalistes comparés à la vie d'une startup, et à l'évolution rapide du marché numérique.
 - Il convient de noter le fort taux de mortalité des startups après 3 années, au moment de l'industrialisation de leur production (située entre les périodes de démarrage et de croissance). Ce phénomène connu appelé « vallée de la mort⁴ » justifie leur frilosité à engager des procédures légales sur des durées aussi longues (3 et 10 ans).

L'accès au marché est essentiel pour les startups (nouveaux entrants). **Nous soutenons ainsi l'approche du Digital Markets Act visant à prendre des mesures proactives ex ante.**

2. Nos recommandations

1. Un texte à adopter rapidement

La DMA doit être adopté rapidement car :

1. Les interventions individuelles prises à l'échelle des Etats-membres créent un risque sérieux de fragmentation du marché intérieur de l'UE.
2. La mise en œuvre doit être envisagée dès que possible pour permettre la prévention *ex ante* des abus décrits ci-dessus.

1. Maintenir une définition de "contrôleur d'accès" robuste

Nous soutenons la définition de *gatekeeper* énoncée dans le DMA (art 3.1), selon laquelle les fournisseurs de services de plateforme essentiels peuvent être considérés comme des contrôleurs d'accès s'ils remplissent les conditions ci-dessous :

CRITÈRES QUALITATIFS - Art. 3(1)	CRITÈRES QUANTITATIFS - Art. 3(2)
1. a un poids important sur le marché intérieur	<ul style="list-style-type: none"> - chiffre d'affaires annuel dans l'EEE supérieur ou égal à 6 500 000 000 EUR au cours des trois derniers exercices OU capitalisation boursière moyenne ou la juste valeur marchande équivalente de l'entreprise à laquelle il appartient a atteint au moins 65 000 000 000 EUR au cours du dernier exercice - fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres

⁴ Trésor Eco n°276, [Direction Générale du Trésor, Capital-risque et développement des start-ups françaises](#), fev 2021

<p>2. assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux</p>	<p>45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union + plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice</p>
<p>3. jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche</p>	<p>si les seuils d'utilisateurs ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices.</p>

Pour France Digitale, ces propositions sont placées au bon niveau pour englober les plateformes les plus problématiques, sans engendrer d'effets de bord sur les scale-ups européennes. **Il est toutefois important que ces seuils quantitatifs ne soient pas abaissés au cours du processus législatif** pour couvrir un plus large éventail de plateformes, car cela affaiblirait considérablement la capacité opérationnelle de la Commission à mettre en œuvre, contrôler et appliquer correctement les obligations contenues dans le DMA. Par ailleurs, des seuils plus faibles pourraient porter préjudice à la croissance des startups.

3. Renforcer la procédure de désignation des contrôleurs d'accès

Le processus de désignation des *gatekeepers* devrait être renforcé pour permettre aux États membres de notifier à la Commission européenne la présence d'un *gatekeeper* sur leur marché. **Les déclarations volontaires pourraient ne pas suffire à identifier les *gatekeepers* existants.**

Un système de plainte devrait être mis en place pour permettre aux parties intéressées de formuler une plainte à la Commission, entre autres, si le *gatekeeper* ne notifie pas qu'il atteint les seuils quantitatifs pour la désignation ou si un *gatekeeper* désigné ne remplit pas ses obligations en vertu des articles 5 et 6 de la proposition.

En plus de la procédure alternative décrite à l'art. 3 du projet de DMA et sans déclencher une "enquête de marché" formelle, nous pensons que :

- Les associations et fédérations professionnelles, comme France Digitale, devraient pouvoir opérer un tel signalement. Un système de plainte formel, tel que celui mis en œuvre dans le cadre du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFUE, contribuerait à l'application effective de la DMA. Un tel système de plainte, qui permettrait à France Digitale de porter à l'attention de la Commission les cas de non-conformité, permettrait un contrôle plus efficace et efficient de la conduite des "gatekeepers".
- Les États membres individuels et l'autorité pertinente qui sera désignée dans le cadre de la DSA, devraient pouvoir notifier à la Commission chaque fois qu'ils présument qu'une plate-forme de "gatekeeper" opère sur leurs marchés. Ceci est particulièrement pertinent étant donné la nature transfrontalière des gatekeepers.

4. Renforcer les obligations et interdictions

Sur le fond, France Digitale est généralement satisfaite des obligations des articles 5 et 6. Bien que le DMA impose aux gatekeepers un ensemble d'obligations de grande envergure, il est nécessaire de **clarifier dans quelle mesure l'application de l'art. 5 (obligations) et de l'art. 6 (obligations susceptibles d'être précisées) diffèrent dans la pratique.**

Nous pensons que des obligations supplémentaires devraient également inclure :

- **Permettre aux développeurs d'engager des communications avec les utilisateurs finaux *in-app*** : l'article 5(c) de la proposition doit permettre aux utilisateurs professionnels non seulement de "*promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux acquis grâce au service de plateforme essentiel*" mais aussi de **pouvoir "communiquer *in-app* avec les utilisateurs finaux"**. Cette disposition devrait être élargie pour interdire l'interférence de toute communication entre les utilisateurs professionnels et leurs clients, et ne pas se limiter uniquement aux "offres". Les consommateurs devraient avoir accès aux meilleures offres et informations sur les produits et les produits et services dans le marché intérieur.
- **Étendre l'interdiction de certaines formes de tie-in par les gatekeepers aux services de paiement** : France Digitale estime que l'article 5(e), qui oblige les *gatekeepers* à ne plus imposer leur système d'identification, **ne devrait pas se limiter aux services d'identification mais devrait englober tous les services auxiliaires, y compris les services de paiement** du gatekeeper. Cette disposition empêcherait alors les magasins d'applications d'obliger les développeurs d'applications qui vendent des "biens ou services numériques" à utiliser leur système de paiement *in-app*. La proposition contribuerait ainsi réellement à introduire et/ou à maintenir la concurrence entre les *gatekeepers* et leurs utilisateurs professionnels en ce qui concerne la fourniture de services auxiliaires.
- **Renforcer les conditions générales d'accès équitables** : l'article 6(1)(k) vise à "appliquer des conditions générales d'accès équitables et non discriminatoires aux utilisateurs professionnels" à leurs magasins d'applications, en uniformisant les règles du jeu. Cette obligation fournirait un outil précieux à la Commission, en lui donnant le pouvoir, entre autres, d'évaluer l'échange de valeurs entre les développeurs d'applications et Apple et de déterminer si, par exemple, une commission de 30 % est "équitable" et appliquée de manière "non discriminatoire". Cette provision doit impérativement être maintenue et renforcée, **en incluant par exemple une mention à l'obligation de "coûts raisonnables"**.
- **Instaurer un préavis de trois mois : Toute décision de modifier, de restreindre ou d'interdire l'accès à la plate-forme doit être précédée d'un délai de préavis d'au moins trois mois.** Ce délai de préavis devrait être suspendu si le bénéficiaire introduit un recours devant une autorité de contrôle.

Nous pensons que certaines dispositions ne devraient pas être affaiblies :

- **Maintenir l'ouverture des systèmes d'exploitation** : l'article 6(1)(c), de la proposition, qui obligerait les *gatekeepers* à ouvrir le téléchargement d'applications à de nouveaux canaux de distribution (notamment directement à partir des sites web des utilisateurs professionnels) et à des app stores tiers. France Digitale félicite la Commission pour cette mesure qui permettrait par exemple d'ouvrir Apple (iOS) à de nouveaux magasins d'applications et d'améliorer les canaux de distribution des applications.
- **Maintenir un accès renforcé aux données des gatekeepers** : l'article 6(1)(i) obligerait les magasins d'applications à procurer un accès de haute qualité, continu et en temps réel aux données relatives aux transactions traitées par leurs systèmes de paiement intégrés, à condition que l'utilisateur final ait donné son consentement. France Digitale considère qu'il s'agit là d'une solution nécessaire et efficace au problème de désintermédiation des développeurs d'applications vis-à-vis de leurs utilisateurs. Par exemple, avec cette mesure Apple ne pourrait plus priver les utilisateurs professionnels de données précieuses sur les transactions et données des clients.