

RÉFLEXIONS DANS LA PERSPECTIVE DU DIGITAL SERVICES ACT EUROPÉEN

(NOTE D'ÉTUDE)

DE LIZA BELLULO



LIZA BELLULO

Liza Bellulo est juriste, spécialisée dans les **affaires européennes**, la **régulation économique** et les **relations institutionnelles**.

Ancienne élève de l'ENA, diplômée de Sciences Po Paris et titulaire d'un MBA de l'Essec, elle a occupé diverses fonctions en matière de négociation européenne et de conseil juridique au **ministère de la Justice** (2003-2007), au **cabinet du Secrétaire d'Etat chargé des affaires européennes** (2007-2008) et au **service du Président de l'Autorité de la concurrence** (2009-2014).

Elle a dirigé le **service juridique du Secrétariat général des affaires européennes**, au sein des services du Premier ministre (2014-2017) avant d'occuper les fonctions de **rapporteur au Conseil d'Etat**, en particulier dans les domaines de la fiscalité et des transports.

Les propos développés dans la note n'engagent que l'auteur, et en aucune manière les institutions et organismes au sein desquels elle a été employée.

RÉFLEXIONS DANS LA PERSPECTIVE DU NEW DIGITAL SERVICES ACT EUROPÉEN

INTRODUCTION	7
I - LA DEVIATION DU « E-COMMERCE BACKBONE »	8
1.1 - Le statut d'hébergeur de la directive commerce électronique : un régime de faveur d'une ampleur, désormais, injustifiée	10
1.2 - Un refus d'importer certaines techniques de réglementation des infrastructures essentielles dépourvu de justification solide	15
II - DES INTERVENTIONS LEGISLATIVES BIENVENUES, MAIS DEMEURANT INSUFFISANTES	24
2.1 - L'encadrement de certaines pratiques de verrouillage des consommateurs et l'institution d'obligation de loyauté minimales vis-à-vis des entreprises utilisatrices : des retouches indirectes de la directive « e-commerce » à approfondir	25
- <i>Le droit à la portabilité : une avancée majeure, à approfondir pour assurer une réelle mobilité inter-plateformes</i>	25
- <i>Des obligations de loyauté minimales, dont la méconnaissance est insuffisamment sanctionnée lorsque les plateformes sont en relation avec des professionnels</i>	26
2.2 - Une directive commerce électronique faisant en l'état obstacle à des réponses légitimes à la diffusion à grande échelle de propos « odieux » et à la manipulation de l'information, dans le respect de la liberté d'expression	27
III - PROPOSITIONS DANS LA PERSPECTIVE D'UN DIGITAL SERVICES ACT	30
3.1 - La révision de la directive « e-commerce »	31
- <i>Une restriction du statut d'hébergeur</i>	31
- <i>L'instauration, aux niveaux européen et national, de devoirs de précaution</i>	33
3.2 - Une réglementation sectorielle au bénéfice des consommateurs et des entreprises utilisatrices	35
- <i>Un consommateur acteur de la concurrence entre plateformes</i>	35
- <i>L'interdiction de certaines pratiques envers les entreprises utilisatrices</i>	36
3.3 - Une mise en œuvre plus efficace des droits	37
- <i>Des obligations spécifiques de notification des concentrations</i>	37
- <i>Un mécanisme de sanction efficace et dissuasif</i>	38
CONCLUSION	39
ANNEXE - Proposition de directive relative aux interfaces et services numériques en ligne	40

INTRODUCTION

L'épine dorsale ou le « *backbone* » du commerce en ligne, pour reprendre des termes courants dans le vocabulaire des communications électroniques, comporte une face externe, visible, la directive dite « *e-commerce* »¹ et une face interne, qui l'est moins, le refus d'assimiler certains services numériques aux infrastructures essentielles des industries de réseau traditionnelles.

Cette ossature a subi, de longue date, des déformations significatives, sous la pression de l'évolution de circonstances résultant du changement d'échelle, de nature et de stratégie des services numériques, déjà largement décrites dans une autre note de la Fondation² relative au « *monopole des big techs* ». Son diagnostic économique, sévère, est largement partagé par d'autres rapports³.

Les interventions prudentes et indirectes apportées depuis 2016 au niveau européen, par la voie législative et par la mise en œuvre déterminée des pouvoirs de régulation concurrentielle, sont, certes, notables. Mais il ne s'agit, tout bien considéré, que d'un lombostat d'appoint. Elles sont insuffisantes, à elles seules, pour redresser cette ossature et redonner une assise suffisamment solide à la dynamique concurrentielle.

L'annonce, par la nouvelle présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, d'un *Digital Services Act*, pour la fin de l'année 2020, constitue le vecteur possible d'une opération de plus grande ampleur, visant à restaurer la capacité des entreprises utilisatrices des plateformes numériques et des consommateurs à exercer un contre-pouvoir de nature à redonner toute sa vigueur à la concurrence entre les services numériques.

Les pistes de réflexion juridique proposées par la présente note invitent à supprimer certaines parties de l'ossature, soit certaines des dispositions de la directive « *e-commerce* », aux effets devenus indésirables, à lui greffer de nouveaux éléments, provenant de certaines techniques de réglementation des industries de réseau ou des secteurs oligopolistiques, et à consolider l'ensemble de l'œuvre législative engagée par des outils de sanction plus effectifs, proportionnés et dissuasifs.

¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

² *Briser le monopole des Big Tech : réguler pour libérer la multitude*, sept. 2019, Sébastien Soriano, avec la participation de Barry Lynn, Mehdi Medjaoui, Stefano Quintarelli, Judith Rochfeld

³ Commission européenne, *Competition policy in a digital era*, avril 2019, Yves Cremer, Jen-Yves de Montjoie, Heike Schweitzer (dit rapport Cremer) ; Royaume-Uni, *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, mars 2019 (dit rapport Furman) ; George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the

State, université de Chicago, *Market structure and antitrust*, subcommittee for the study of online platforms, juillet 2019 ; Autorité de la concurrence, 19 février 2020, Contribution au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques ; avis n°s 18-A-03 du 6 mars 2018 sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité ciblée sur internet et 10-A-29 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne ; Conseil d'Etat, étude annuelle, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner « l'ubérisation »*, La Documentation française, 2017 ; Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital*, Concurrences n° 2, 2018 ; OCDE, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Rapport, 2018 ; ACCC, *Digital Platforms Inquiry*, Final report, juin 2019, page 30.

|

LA DEVIATION
DU « *E-COMMERCE BACKBONE* »

L'épine dorsale intellectuelle de la législation européenne a en partie perdu de sa pertinence ; elle a subi, du fait de l'évolution des circonstances depuis sa conception, des déviations significatives.

Aucun dessein du législateur n'impose l'intangibilité d'un statut d'hébergeur dans son acception actuelle. Son application aux plateformes électroniques ne résulte que de la conjonction de circonstances de droit et de fait qui étaient imprévisibles à la date d'adoption de la directive « e-commerce ».

Rien ne justifie plus davantage de refuser d'importer certaines techniques de réglementation des infrastructures essentielles construites dans le cadre d'anciens monopoles de droit aux plateformes numériques.

La réglementation des infrastructures essentielles vise, en principe, à assurer la contestabilité d'un marché naissant, dont l'émergence avait jusqu'alors été interdite par l'effet d'un monopole de droit, exorbitant de droit commun, protégeant l'exploitation d'une infrastructure financée sur deniers publics.

Il a jusqu'alors été considéré, avec certaine raison, ou du moins avec certaine mesure, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer de telles techniques de régulation ou de réglementation à des services nés sur un marché libre et concurrentiel. Mais c'est faire abstraction de ce que la puissance de certaines plateformes numériques repose entièrement sur l'agrégation de données collectées dans un contexte particulier. Les consommateurs n'avaient, jusqu'à une date très récente, aucune conscience de la valeur de leurs données, qui n'est manifestement pas nulle, ou de la circonstance qu'elles étaient collectées, surtout lorsqu'ils utilisaient des services gratuits, à des fins commerciales, au prix d'une ingérence dans leur vie privée. Encore moins la capacité, en pratique, d'exprimer leur consentement ou leur opposition, si bien que l'on pourrait même hésiter à qualifier ces circonstances de dol collectif historique. Le mot est extrêmement fort⁴. Mais il y a sans doute bien là une forme de vice de consentement, dont les contours de principe commencent à être esquissés par le droit souple, en particulier les lignes directrices du G29, et la jurisprudence (voir *infra*). Dans ces circonstances, regarder la position dominante des plateformes numériques comme exclusivement conquise par les mérites semble bien irénique. Et dès lors que la privation de l'accès à ces plateformes a pour effet d'évincer les entreprises utilisatrices, il n'y a plus lieu, aujourd'hui, de délimiter si strictement le champ des infrastructures essentielles des industries de réseau et celui des plateformes numériques.

⁴ Aux termes de l'article 1137 du nouveau code civil, issu de l'article 5 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. / Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. / Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. ». La réticence dolosive peut être constituée par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter (Cass. civ. 3e, 15 janv. 1971 : Bull. civ. III, no 38 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Loussouarn) ou le manquement ou à une obligation d'information précontractuelle. Toutefois, le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère inten-

tionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci (Cass. Com. 28 juin 2005, no 03-16.794 P : Dalloz 2006. 2774, note Chauvel). Le dol est une cause de nullité - dont les conséquences seraient fort théoriques dans de telles circonstances - ainsi qu'une faute civile, susceptible de donner droit à réparation - démarche délicate dans le cas d'un service gratuit et d'un préjudice de nature essentiellement moral et collectif, sous la forme d'un recul du droit à la vie privée. On doute, dans ces circonstances, que la question de la qualification des modalités de recueil de consentement à l'utilisation de données à caractère personnel ou de données non personnelles soit un jour tranchée par un juge ; il serait bien plus prometteur pour un plaignant de se fonder sur le RGPD (voir *infra*), le G29 ayant pris position sur la question des modalités de recueil du consentement ou peut-être, à l'avenir, sur le règlement dit « e-privacy ».

1.1 Le statut d'hébergeur de la directive commerce électronique : un régime de faveur d'une ampleur, désormais, injustifiée

Adoptée il y a vingt ans, la directive dite « commerce électronique » constitue toujours l'ossature clé de la réglementation européenne des services numériques⁵. Proposée par le collège des Commissaires en février 1999, elle a fait l'objet d'un accord politique en moins d'un an, ce qui était notable à l'époque, avec des amendements de portée limitée. Il est donc essentiel de comprendre dans quel environnement le législateur européen a donné son consentement à ce texte.

Par nature, internet n'était alors qu'une interface⁶ de communication naissante. Il dupliquait, dans un espace virtuel, des pratiques de marché du monde physique (« *brick-and-mortar* »). Et encore, avec peine. Le temps de chargement d'une page était alors largement supérieur à 20 secondes. Google était à peine créée. Amazon était un libraire. Steve Jobs était une seconde fois recruté par Apple et n'avait pas encore commercialisé l'ipod, encore moins conçu l'iphone et ses boutiques d'application. Le trombinoscope de l'Université de Harvard, Facebook, est créé en 2004, soit deux ans après l'échéance de transposition de la directive dans les Etats membres.

Les enjeux économiques des services numériques étaient alors d'une toute autre nature de ceux d'aujourd'hui. Il s'agissait, pour les opérateurs de télécommunication, qui avaient supporté les coûts d'infrastructure et étaient déjà soumis à une régulation sectorielle exigeante, de les rentabiliser par des abonnements d'accès à internet, l'hébergement d'entreprises contre rémunération, voire, par l'édition de contenus. Un écosystème de sous-traitants et de prestataires de services était donc nécessaire pour renforcer l'attractivité du réseau internet vis-à-vis des utilisateurs, qui était loin d'être suffisante pour susciter l'intérêt des annonceurs ou envisager le développement du commerce en ligne que nous connaissons aujourd'hui.

Les enjeux juridiques et politiques consistaient à alléger les charges administratives pesant sur cet écosystème et sur les opérateurs de télécommunications, pour assurer l'essor de ces nouvelles technologies, sans pour autant créer, *ex nihilo*, un « droit commun de l'internet ». La technique d'harmonisation usuellement empruntée pour unifier le marché intérieur des marchandises n'était manifestement pas adaptée à ce que l'on dénommait alors les « services de la société de l'information ».

Dans ce contexte, la directive s'est fondée sur deux principes essentiels.

D'une part, le principe du pays d'origine. S'il avait déjà été esquissé en matière de retransmission hertzienne, de services financiers, et de signature électronique⁷, il s'agissait de sa première application indépendamment et même en substitut à toute harmonisation, ce qui constituait alors une innovation majeure⁸. Son champ d'application, jusqu'alors circonscrit, est par ailleurs vaste, puisqu'il s'étend à tout service de la société de l'information.

⁵ Pour un panorama plus large mais synthétique et récent, voir : Francis Donnat, Droit européen de l'internet, LGDJ systèmes, 2018

⁶ Au sens du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et de la proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur la publicité numérique applicable aux produits tirés de la fourniture de services de publicité numérique (reprise dans la directive proposée en annexe).

⁷ dont on sait qu'il est également prévu pour les services de média audiovisuels depuis 1989, les services d'investissement dans le

domaine des valeurs mobilières depuis 1993 et la signature électronique depuis 1999. Le législateur européen l'a en revanche rejeté, à l'occasion de l'adoption de la directive n° 2006/123/CE sur les services dans le marché intérieur

⁸ Alexandre Cruquenaire et Christophe Lazaro, *La clause de marché intérieur: clef de voûte de la directive sur le commerce électronique*, in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*, pp. 41-94, Cahiers du CRID; No. 19, Bruylant, 2001 ; Marc Fallon et Johan Meeusen, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, (2002) 91 Rev. crit. DIP ; Emmanuel Crabit, Jean Bergevin, *Le cadre réglementaire des services de la Société de l'Information : laboratoire pour un nouveau droit du marché intérieur*, Revue trimestrielle de droit économique européen, vol. 1995, no. 1, p. 15-74

En vertu de ce principe, l'hébergeur n'est, en substance, soumis qu'au droit public de son Etat d'établissement⁹, réserve étant seulement faite des contrats de droit privé déterminant la loi applicable. L'Etat de résidence du destinataire de ces services ne peut ainsi prendre des mesures que de manière très subsidiaire, au terme d'un lourd mécanisme de coopération avec l'Etat d'origine et la Commission européenne, dans des cas d'urgence, et pour des motifs circonscrits à l'ordre public, la protection des consommateurs et de la dignité humaine (article 3 de la directive et annexe). Ce qui revient, en d'autres termes, à donner à la loi d'un Etat membre, déterminée en fonction de ses propres intérêts et des équilibres de sa politique intérieure, la capacité de devenir la loi commune de toute l'Union européenne. Cette délégation de pouvoir, unilatérale et inconditionnelle, à un champ aussi vaste d'un secteur économique était sans précédent. Elle n'a pas été, depuis lors, réitérée. L'article 16 de la directive sur les services dans le marché intérieur¹⁰ a été très substantiellement amendé par le législateur européen. Le principe du pays d'origine de la directive « Télévisions sans frontières » a été subséquemment amendé de manière significative (*voir ci-après*).

D'autre part, la directive a posé, de manière singulière, un principe d'irresponsabilité de l'hébergeur vis-à-vis des contenus qu'il diffuse (articles 12 à 15 de la directive). En opportunité, ce principe est justifié par la circonstance que l'activité du prestataire de service numérique est généralement regardée comme se limitant à des activités de stockage et de transmission d'informations, au « *caractère purement technique, automatique et passif* », ce qui se reflète dans les considérants de la directive¹¹. En conséquence, il est interdit aux Etats membres d'instituer une obligation générale de surveillance des informations diffusées, ou de recherche active de faits ou circonstances, même manifestement illicites¹².

C'est dans ce cadre juridique, conçu pour les opérateurs de télécommunications, que se sont coulés les services numériques de plateformes et de réseaux, apparus postérieurement à l'adoption de la directive¹³, affranchis de toute régulation sectorielle et de toute habitude de coopération avec les pouvoirs publics en matière de prévention de la criminalité.

Ne répondant généralement pas au statut d'éditeur dès lors qu'ils ne définissent pas eux-mêmes le contenu des informations affichées ou n'en assurent pas le contrôle entier et systématique¹⁴, ils ont été -généreusement- assimilés, pour ces motifs, à des hébergeurs.

Or, la distinction binaire, et même manichéenne, entre hébergeurs et éditeurs, a perdu toute pertinence avec l'apparition de plateformes numériques aptes à diffuser ou mettre à disposition, de façon massive, des biens et services édités par des tiers à des consommateurs ou des citoyens. À ce changement d'échelle répond un changement de nature des services numériques, depuis 2000.

⁹ Permettant notamment, dans une certaine mesure, l'application du droit de l'Etat de résidence habituelle du consommateur, en application des règles de droit international privé. L'article 6 du règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », postérieurement adopté, n'assure toutefois cette protection que si le consommateur n'a pas pris lui-même l'initiative de souscrire le contrat. Dans ce cas, seules les règles d'ordre public de son Etat de résidence sont applicables.

¹⁰ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

¹¹ (42) *Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul*

but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées. (43) Un prestataire de services peut bénéficier de dérogations pour le "simple transport" et pour la forme de stockage dite "caching" lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise. Cela suppose, entre autres, qu'il ne modifie pas l'information qu'il transmet. Cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission.

¹² Voir notamment CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10 et 16 février 2012, *SABAM*, C-360/10

¹³ CJUE, gr. ch., 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09

¹⁴ CJUE, précité, *L'Oreal c/ E-bay* ; gr. ch., 23 mars 2010, *Google c/ Louis Vuitton Malletier*, C-236/08.

Internet est devenu accessible à tout moment de la journée, de manière quasi instantanée. Le téléphone (ou « terminal »¹⁵) en est aujourd'hui un mode d'accès privilégié. Représentant aujourd'hui près de 50% du trafic sur internet, sa part croît encore de manière rapide¹⁶. L'un des principaux motifs de connexion réside aujourd'hui essentiellement dans la consultation des plateformes et des réseaux sociaux, dont l'importance quantitative a crû, selon l'OCDE, d'un facteur 1 à 14 entre 2004 et 2017¹⁷.

Surtout, internet est devenu le creuset d'écosystèmes qui jouent de puissants effets de réseau et d'externalités et bénéficient des efforts de promotion des biens et produits par les commerces physiques, sans contribuer à leur financement. Sans même évoquer les textes juridiques qui reconnaissent expressément ce phénomène de parasitisme économique¹⁸, il suffit d'observer, dans la vie quotidienne, le repli des agences bancaires et la stratégie de lancement des offres de services sans relais ou point de vente physique.

Si, dans leur ensemble, ces écosystèmes contribuent assurément au développement économique, notamment en élargissant l'audience de PME et en favorisant une segmentation plus fine de la demande, ils ne présentent plus un caractère ouvert, et donc aisément contestable. Ils se décomposent désormais en silos fermés (boutiques d'application, logiciels propres aux téléphones donnant accès à internet, réseaux sociaux favorisant la seule mise en exergue d'informations répondant à des préférences identifiées de l'utilisateur), que leurs organisateurs ont intérêt à « verrouiller » pour conserver les revenus ou données découlant de leur usage et pour limiter la concurrence entre silos.

Ces écosystèmes numériques ne présentent plus les caractères objectifs de passivité qui justifiaient, en opportunité, le régime d'hébergeur, parfaitement dérogatoire au droit commun. Désormais, ils jouent un rôle de mise en relation, de sélection, de référencement, de classement des contenus, de labellisation, de séquençage, de promotion ou de régie publicitaire.

La jurisprudence a commencé à le reconnaître dans des domaines spécifiques, comme celui du traitement des données à caractère personnel. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a ainsi retenu qu'un moteur de recherche devait être regardé comme un responsable de traitement de données à caractère personnel dès lors qu'il « *explor[e] de manière automatisée, constante et systématique Internet* », « *à la recherche des informations qui y sont publiées, «extrait» des données, « les «enregistre» et «organise» par la suite dans le cadre de ses programmes d'indexation, [les] «conserve» sur ses serveurs et, le cas échéant, (...) «met à disposition de» ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherche* ». L'exploitant « *détermine* », en effet « *les finalités et les moyens de cette activité* »¹⁹. Les circonstances que l'exploitant ne modifie pas des informations déjà publiés ou que les éditeurs puissent eux-mêmes influencer l'indexation en en excluant en tout ou partie certaines informations est, à cet égard, sans influence²⁰.

¹⁵ Voir l'article 1er, point I) de la directive 2008/63/CE de la Commission du 20 juin 2008 relative à la concurrence dans les marchés des équipements terminaux de télécommunications

¹⁶ Etude Google/OASTA Research, février 2017 : mentionnée sur <https://www.thinkwithgoogle.com/marketing-resources/data-measurement/mobile-page-speed-new-industry-benchmarks/>. Selon le baromètre du numérique 2018, 46 % des Français se connectent principalement à internet *via* un téléphone intelligent, contre 35 % *via* un ordinateur personnel et 7 % *via* une tablette. En 2018, selon Criteo, près de 30 % des achats en ligne étaient réalisés à partir des *smartphones*, chiffre en hausse de 43 % sur un an, alors que le nombre d'achats en ligne effectué à partir des ordinateurs personnels diminuait de 11 % sur la même période (Criteo, *Global commerce review*, France, 2e trimestre 2018). Selon la Fevad, les ventes sur mo-

bile représentaient même 35 % du commerce en ligne la même année, en hausse de 22 % sur un an (Fevad, Bilan 2018 du e-commerce en France, 2019).

¹⁷ Alberto Bailin Rivas, Peter Gal, Valentine Millot et Stéphane Sorbe, *Like it or not ? The impact of online platforms on productivity of incumbent services*, OECD Economics Department Working Papers n°1548, 15 mai 2019

¹⁸ Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 10 mai 2010, SEC(2010) 411 final, points 107, 203-208. Le parasitisme en droit français, branche de la concurrence déloyale, relève en revanche d'une toute autre définition

¹⁹ CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain*, C-131/12, points 26 à 33

²⁰ Même arrêt, points 39 et 40

Les circonstances politiques qui justifiaient l'irresponsabilité des plateformes ne sont, ainsi, plus réunies.

On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles le caractère passif des plateformes numériques n'a pas davantage été contesté. Le motif en est simple. Dans le cadre juridique actuel, la charge de la preuve du caractère actif d'un service repose sur celui qui le conteste. Or ce dernier ne peut raisonnablement disposer d'aucun élément de preuve, dès lors, que les activités de retraitement de données personnelles des plateformes ne sont soumises à aucune obligation de transparence, même minimale, et que leurs algorithmes constituent des secrets d'affaires.

Il reste donc en pratique impossible, de démontrer, en droit, qu'un service numérique ne répond pas aux conditions de neutralité, technicité et passivité exigées en principe par la directive²¹.

Ce changement de nature des services de la société de l'information se combine à un changement d'échelle de ses opérateurs en termes de position concurrentielle.

Certains d'entre eux ont acquis une position dominante, laquelle appelle, en principe, des responsabilités particulières²², en particulier l'interdiction de certains comportements susceptibles d'évincer leurs concurrents, actuels ou potentiels, sur le même marché, ou sur les marchés connexes. Mais même ces opérateurs ne sont soumis à aucune régulation ou obligation minimale *ex ante*.

Il s'agit d'une conséquence indirecte du principe du pays d'origine, appliqué indistinctement à tout service de la société de l'information, quelle que soit sa taille ou sa position concurrentielle. L'Etat membre d'implantation des plateformes n'a aucun intérêt propre à réglementer l'activité économique d'entreprises participant à l'emploi et l'attractivité économique de son territoire. En outre, la directive sur le commerce électronique les exonère, très largement de toute responsabilité.

Les plateformes électroniques en position dominante sont donc placées dans une situation bien plus favorable que les opérateurs dits « puissants » des communications électroniques, qui devaient, en principe, être les seuls à bénéficier du principe du pays d'origine eu égard à leur caractère passif. Ces derniers étaient en effet déjà soumis de longue date à une réglementation particulière contraignante²³, qui encadre leur organisation juridique et leur comportement sur le marché, notamment tarifaire, et à une régulation dite « asymétrique », sur chacun des segments de marché sur lequel ils exercent une influence significative²⁴. Cette régulation prévoit même désormais, en cas d'insuffisance de la séparation comptable et juridique, une séparation structurelle.

²¹ Il a été reconnu qu'Uber va jusqu'à « exercer une influence décisive » sur les « conditions de prestations », en définissant « un prix maximum », « un certain contrôle sur la qualité » et « le comportement » de contributeurs supposés être indépendants (CJUE, gr. Ch., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, C-434/15, points 37 à 39). Si, dans ce dernier cas particulier, la directive sur le commerce électronique ne s'applique pas, ce n'est pas parce que ces prestataires ne répondent pas à ces conditions de passivité, mais uniquement en raison de ce que le droit primaire exonère les services de transport, auxquels les services d'Uber ont été assimilés par préférence à la qualification de services de la société de l'information. Dès lors, les services d'Uber échappent au champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

²² Voir, en ce sens : CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76; 9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/81, point 57; 2 avril 2009, *France Télécom*, C-202/07 P, point 105; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, point 112; CJUE, 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23-

14, points 70-74

²³ Voir les articles 63 à 70 de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen, succédant à la directive 2002/19 du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (dite directive "accès"), dont l'article 6 autorise la mise en œuvre d'une régulation asymétrique, devant être levée lorsque l'analyse de marché établit les perspectives d'une « concurrence effective sur les marchés » ou l'accomplissement des obligations de service universel

²⁴ Lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission des Communautés européennes du 11 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques

L'application aux plateformes numériques du régime juridique de faveur découlant de la directive e-commerce en dépit du changement de nature et d'échelle des services de la société de l'information montre aujourd'hui clairement ses limites. Tant du point de vue de la liberté d'expression que celui du développement concurrentiel du marché.

Du point de vue de la liberté d'expression, internet offre certes un accès inégalé à la culture et au savoir. Il permet à chacun de s'exprimer et de diffuser ses pensées, opinions et créations, à un public mondial, en mettant à distance les institutions et les intermédiaires, notamment professionnels. Ces avantages incomparables ont, nécessairement, leur pendant. Peuvent ainsi être diffusés des propos dont les faits ne sont pas préalablement vérifiés selon les standards de la déontologie du journalisme, voire des contenus dits « odieux » (apologie du terrorisme ou des crimes contre l'humanité, incitation à la haine ou à la discrimination, pédopornographie)²⁵.

L'information *via* des écosystèmes fermés peut même aboutir à supprimer tout pluralisme démocratique ou tout réel débat public ou contradictoire. En effet, les biais de sélection fondés sur des algorithmes identifiant des préférences individuelles, efficaces pour cibler et segmenter une clientèle commerciale, peuvent aboutir à isoler les individus de toute prise de connaissance d'informations non conformes à leurs préférences historiques, sans qu'un consentement véritablement éclairé ait été donné à cette fin.

Il peut ainsi être relevé que 42% des Français s'informent via les réseaux sociaux (et, dans ce cas, en consultant, pour 78% d'entre eux, des smartphones et tablettes plutôt qu'un poste fixe), par préférence à la presse écrite, qui ne constitue que 18% des sources²⁶.

Or, la diffusion d'informations de politique général via des appareils mobiles peut, dans certaines circonstances, devenir le canal de la diffusion massive d'informations susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de processus électoraux, comme le mettent en évidence tant l'ONU que certaines études d'autorités de régulation indépendantes européennes²⁷. Selon une récente étude américaine²⁸, 48 millions de comptes Twitter dans le monde, soit davantage que la population française inscrite sur les listes électorales pour les élections européennes d'avril 2019, seraient gérés par des robots.

Du point de vue du concurrentiel, les stratégies mises en œuvre pour maximiser les effets de réseau et les avantages d'un fonctionnement biface, déjà amplement décrites dans la note de la Fondation et les rapports précités, abritent les plateformes qui attirent le plus d'utilisateurs de tout contre-pouvoir.

Les entreprises utilisatrices n'ont aucun intérêt à changer de plateforme si elles encourent des pénalités contractuelles ou des représailles, et si les plateformes concurrentes offrent un accès moins large à leurs clients. Elles sont ainsi privées de la possibilité de faire jouer la concurrence

²⁵ La question, bien qu'importante, du droit d'auteur n'est pas abordée ici, la directive n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique ayant son encre à peine sèche et la problématique de recherche d'un équilibre entre rémunération des auteurs et liberté d'expression plus spécifique. Son article 15 crée un droit voisin au bénéfice de la presse, que Google a indiqué ne pas souhaiter appliquer, ses articles 17 à 22 prévoyant des obligations de moyens, devant être appréciées en tenant compte du nombre de fichiers protégés, de la nature des œuvres et de l'audience du site, et des meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité des œuvres diffusées en violation du droit d'auteur. La question de la sanction effective du défaut de bonne foi dans la mise en œuvre d'obligations de moyens par les plateformes reste posée.

²⁶ Reuters Institute, Digital News Report 2019 ; par Facebook à 49%, Youtube à 24%, Facebook Messenger à 13%, Twitter à 9%, Instagram et Whatsapp à 8% chacun

²⁷ Voir ONU, rapporteur spécial sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, *Freedom of Expression in the Digital Age*, Research paper, 1/19, juin 2019p. 11 : « *In the digital age, technological advances have enabled perpetrators to increase the scope and frequency of these attacks on freedom of expression. One common practice involves the use of Distributed Denial of Service ("DDoS") attacks, where a network of online systems is compromised and directed to flood another online system with Internet traffic, effectively rendering the target inaccessible* ». Voir également les travaux de l'autorité de garantie de la liberté des communications audiovisuelles italienne : AGCOM, *Online Disinformation Strategies and the Fake Content Supply Chain, Technical Roundtable for safeguarding News-Media Pluralism and Fairness in the online Platforms*, Deliberation No. 423/17/CONS, 2018 et la recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 du Conseil supérieur de l'audiovisuel français aux opéra

²⁸ https://www.lesechos.fr/14/03/2017/lesechos.fr/0211878636882_48-millions-de-comptes-twitter-sont-geres-par-des-robots.htm

dans le taux de commission prélevé, dans la comparaison des conditions contractuelles, dans le maintien de la maîtrise des paramètres de leur politique commerciale. Le jeu de la concurrence à ce niveau peut jouer un rôle important dans la dynamique concurrentielle, comme l'illustre le cas des distributeurs indépendants, lorsqu'ils sont en mesure de choisir, au terme de leur contrat d'affiliation ou de franchise, une nouvelle enseigne commerciale et centrale d'achat de référence²⁹.

Quant aux consommateurs, en raison de l'absence d'interopérabilité des plateformes et de portabilité des contenus utilisés, ils restent souvent fidèles à leur plate-forme « historique » et recourent rarement à plusieurs prestataires de services en ligne (« *single-homing* ») ce qui accroît encore les effets de réseau³⁰.

En outre, les plateformes peuvent tuer dans l'œuf toute concurrence potentielle, par abus d'exploitation ou d'éviction (voir infra), ou par acquisition préventive de concurrents échappant, le plus souvent, au contrôle des concentrations compte tenu de l'expression actuelle des seuils de notification en chiffre d'affaires, négligeant ainsi la valeur commerciale indirecte des services en apparence fournis gratuitement au consommateur³¹. Elles peuvent également favoriser leurs propres services ou bien les éditeurs d'applications qui leur offrent les taux de rémunération les plus attractifs ou qui leur fournissent le plus de données économiquement valorisables, qui sont, en général, des applications gratuites³².

Enfin, le contre-pouvoir des utilisateurs et des entreprises utilisatrices est également entravé par les pratiques de verrouillage dans des écosystèmes fermés³³.

Or, une concentration extrêmement élevée des plateformes limite voire peut annihiler les gains de productivité totaux qui découlent de leur émergence³⁴.

L'application rigide et en l'état de la directive sur le commerce électronique est de nature à amplifier ces effets indésirables, sans n'être plus nécessaire, dans tous ses aspects, eu égard à la maturité désormais acquise par les services numériques.

1.2 Un refus d'importer certaines techniques de réglementation des infrastructures essentielles dépourvu de justification solide

L'autre face de la doctrine européenne actuelle, interne et implicite, repose sur la doctrine des infrastructures essentielles.

Forgée par les autorités de concurrence, sous le contrôle du juge, consolidée et mise en œuvre par le législateur européen, elle fournit le cadre théorique de l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles d'Etat dans les domaines des télécommunications, de l'énergie et des transports.

²⁹ Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire

³⁰ Voir notamment Nicolas Colin, Augustin Landier, Pierre Mohnen et Anne Perrot, *Economie numérique*, Notes du conseil d'analyse économique, 2015/7 (n° 26)

³¹ Voir le rapport Cremer précité, pp. 44-47 ; Bundeskartellamt, *Market power of platforms and networks*, juin 2016. La Norvège, l'Allemagne et l'Autriche ont ainsi modifié leurs seuils d'examen au niveau national. La proposition de loi mentionnée en note de bas de page 33 le prévoit également.

³² AGCOM, étude « Big data » précitée, pp. 48-68

³³ Commission européenne, 18 juillet 2018, *Google Android*, AT40099, notamment pp. 53-72, 102-127 ; 142-159, 169-226 ; 251-268 ; Autorité de régulation des communications et des postes (ARCEP), *Smartphones, tablettes, assistants vocaux... Les terminaux sont-ils le mail-lon faible de l'ouverture d'internet ? consultation publique*, décembre 2017 ; Sénat, proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, enregistrée le 10 octobre 2019 ; Conseil d'Etat, avis sur la proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, 19 décembre 2019

³⁴ Voir Alberto Bailin Rivares, Peter Gal, Valentine Millot et Stéphane Sorbe, *Like it or not? The impact of online platforms on productivity of incumbent services*, OECD Economics Department Working Papers, précité

En droit de la concurrence, la qualification d'infrastructure essentielle repose sur quatre critères cumulatifs³⁵.

En premier lieu, le caractère indispensable de l'infrastructure³⁶ pour une activité d'exploitation, pour laquelle existe une demande potentielle, sur un marché voisin ou aval ou « dérivé ». De manière parcimonieuse, ce critère a été adapté aux droits de propriété intellectuelle conditionnant le développement d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, sous contrepartie d'un « test d'innovation » : ce produit ne doit pas se limiter à reproduire des produits ou des services existants³⁷.

En deuxième lieu, l'absence d'alternative³⁸ : aucun substitut réel ou potentiel ne permet au concurrent de mener à bien ses activités et le plaignant ne peut raisonnablement répliquer lui-même le service ou le produit.

En troisième lieu, l'absence de justifications objectives au refus, par le monopoleur, de mettre à disposition son infrastructure ou de rendre un service essentiel³⁹.

En quatrième et dernier lieu, l'élimination de toute concurrence effective⁴⁰ du fait de ce refus.

Ces critères ne sont considérés comme réunis de manière certaine que dans le cas des grandes industries de réseau déjà citées. Ils ne l'ont été que très exceptionnellement et parcimonieusement, avec moult réserves de principe, à la livraison de biens ou services dits « primaires » ou, « dans des circonstances exceptionnelles », à des droits de propriété intellectuelle exclusifs⁴¹.

La réunion de ces critères permet au régulateur concurrentiel de réprimer de manière ferme les pratiques des exploitants des infrastructures essentiels qui en refusent l'accès à leurs concurrents en aval ou les évincent par des pratiques tarifaires, dites de ciseau⁴².

Lorsque cette régulation, par nature répressive, est insuffisante pour restaurer une dynamique concurrentielle, le législateur est généralement disposé à prendre le relais plus à la source, de manière préventive, par une réglementation sectorielle, qui définit des obligations spécifiques à la charge des exploitants d'infrastructure et une régulation sectorielle s'appuyant sur des autorités administratives spécialisées. Elle fixe généralement un cadre d'organisation pour les opérateurs

³⁵ Voir notamment, sur l'approche d'ensemble : Marty, Frédéric, et Julien Pillot. « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. tome I, no. 4, 2011, pp. 197-221.

³⁶ CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/Commission*, C241/91 P et C242/91 P, dit « *Magill* », point 53

³⁷ 29 avril 2004, *IMS Health*, C418/01, points 38 et 49

³⁸ CJCE, 26 novembre 1998, *Bronner*, C7/97, point 46 ; *Magill* précité, point 52 ; 29 avril 2004, *IMS Health*, C418/01, point 29

³⁹ Arrêt *Magill* précité, point 55

⁴⁰ Arrêt *Bronner* précité, point 38, arrêt *Magill* précité, point 56, arrêt *IMS Health* précité, point 38 ; TPICE (gr ch.), *Microsoft*, 17 septembre 2007, T-201/04, points 332 et 335, 563 et 564 (sur le grief de refus de fourniture des informations nécessaires à l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour clients et pour serveurs de groupe de travail, distinct du grief de vente liée) ; TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream*, aff. T-301/04, points 148 à 152

⁴¹ CJCE, 5 octobre 1988, *Volvo*, aff. 238/87 ; Arrêt *Magill* précité, point 54 ; arrêt *Microsoft* précité, points 334 et 647-648

⁴² Le Tribunal a jugé que « Les pratiques poursuivies désignées

par les termes de ciseau tarifaire consistent, pour un opérateur généralement verticalement intégré, fixent à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation nécessaire pour l'accès au marché (2020)66 final, pp. 15, 17 et 23. On relève en particulier p. 15: "Third, the Commission will **explore the need for legislative action on issues that affect relations between actors in the data-agile economy** to provide incentives for horizontal data sharing across sectors (complementing data sharing within sectors as described in the appendix). One or more of the following issues could be taken forward in a **Data Act (2021)**:(...)/ -support business-to-business data sharing, in particular addressing issues related to usage rights for co-generated data (such as IoT data in industrial settings), typically laid down in private contracts. The Commission will also seek to identify and address any undue existing hurdles hindering data sharing and to clarify rules for the responsible use of data (such as legal liability). The general principle shall be to facilitate voluntary data sharing. /- only where specific circumstances so dictate³⁹, access to data should be made compulsory, where appropriate under fair, transparent, reasonable, proportionate and/or non-discriminatory conditions⁴⁰// - evaluating the IPR framework with a view to further enhance data access and use (including a possible revision of the Database Directive⁴¹ and a possible clarification of the application of the Trade Secrets Protection Directive⁴² as an enabling framework)."

historiques, en jouant sur l'éventail des divers degrés de séparation entre gestion de l'infrastructure et exploitation des services – de la séparation comptable à la filialisation, en passant par la séparation fonctionnelle, ainsi que des modalités par lesquelles les concurrents peuvent librement accéder à l'infrastructure, selon des tarifs orientés vers les coûts. Le « deuxième paquet télécom » ou les troisième et quatrième « paquets » énergie en sont des illustrations.

L'application de cette doctrine, dans toute sa rigueur, aux plateformes de services numériques relève de la gageure.

Ces services présentent en effet certaines spécificités au regard du schéma traditionnel opposant infrastructure (marché amont mettant en relation l'opérateur historique et ses concurrents) et exploitation du service (marché aval mettant en relation cet opérateur et ses clients). La stratégie des plateformes consiste à se développer sur une chaîne de valeur complète.

Apple est entrée sur le marché par les terminaux (l'iPhone, l'Ipod), pour ensuite développer des plateformes et services commerciaux (vente d'œuvres musicales, logiciels, gestion de boutiques d'application). La stratégie de Google est en miroir : prenant appui sur des services de référencement sur internet d'un large éventail (allant du moteur de recherche naturel, créant un effet d'appel, aux moteurs de recherche spécialisés impliquant des annonceurs) avant de se lancer des systèmes d'exploitation sur les terminaux. Amazon, pour sa part, s'est développée sur d'autres bases, tout en prenant également rapidement de l'ampleur. Engageant une stratégie de distribution toujours plus approfondie (qui inclut aujourd'hui des incursions dans le secteur logistique et postal), elle a diversifié toute une palette de produits et services (en particulier la mise à disposition de cloud et de services via Amazon Web Services), avant de s'engager sur les marchés des contenus (vidéogrammes, œuvres musicales) et des terminaux (Kindle, Stick Fire TV...).

Dans un tel contexte, les services numériques s'éloignent du schéma classique mettant en relation une infrastructure en amont et un exploitant de services, en aval. Les concurrents des plateformes ne se situent, en général, pas sur un marché aval, mais sur une partie du marché occupé par les plateformes elles-mêmes. La première condition de la doctrine des infrastructures essentielles sera donc particulièrement difficile à satisfaire sur de tels marchés.

Le deuxième, l'absence de toute alternative est toute délicate à prouver, le standard de contrôle du juge étant particulièrement élevé, comme l'illustre l'affaire *Bronner*⁴³.

Quant à la satisfaction de la quatrième, elle suppose, par construction, en particulier dans le secteur numérique, dans lequel les consommateurs sont prompts à censurer un opérateur défaillant, qu'il soit déjà trop tard pour agir ; le concurrent privé temporairement de l'accès à la plate-forme, généralement une PME perd définitivement tout accès à sa clientèle. Au demeurant, les plateformes de services numériques préféreront, habilement, dégrader le service rendu au concurrent utilisateur plutôt que de refuser de lui fournir un service⁴⁴, et fournir des justifications indépendantes de son statut de concurrent actuel ou potentiel.

⁴³ La Cour devait déterminer si le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser l'accès audit système, contre une rémunération appropriée, à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile constitue un abus de position dominante. Elle a répondu par la négative, bien que le système de portage en cause fût alors unique. La Cour a considéré que la distribution par la voie postale et la vente dans les magasins et kiosques, même s'ils devaient

être moins avantageux pour la distribution de certains d'entre eux constituaient des substituts. A cette aune, en termes concrets, Yahoo serait encore l'équivalent de Google. Elle a également relevé qu'il n'y avait aucun obstacle technique, réglementaire ou même économique de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale et de l'utiliser pour la distribution de ses propres quotidiens (points 43 à 47).

⁴⁴ Par exemple en indexant moins favorablement celui-ci, en restreignant les relations commerciales pour des motifs présentés comme objectifs et indépendant de la pression concurrentielle qu'il exerce...

L'adaptation de la théorie des infrastructures essentielles⁴⁵ supposerait de s'inscrire dans un temps long, celui d'une mise en œuvre audacieuse de celle-ci par la Commission européenne, validée par le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne. L'on comprend aisément, dans ces conditions, qu'aucune autorité de concurrence n'ait, dans le monde, qualifié le service fourni par une plateforme numérique d'infrastructure essentielle ou n'ait envisagé, même dans une étude sectorielle, de considérer qu'une base de données, à caractère personnel ou non, appartenant à une telle plate-forme, doit être partagée avec des concurrents⁴⁶. Il est vrai également que l'exécution d'une injonction en ce sens à un prestataire de services numériques dirigé à partir d'un Etat tiers de l'Union européenne resterait particulièrement délicate à contrôler, en droit comme en pratique. La Commission européenne semble privilégier, sans doute pour ces raisons, l'élaboration des règles de circulation et de partage des données du secteur privé par la voie d'un *Data Act*, annoncé pour 2021⁴⁷ en complément du *Digital Services Act*.

L'extension de la théorie des infrastructures essentielles aux services numériques pourrait en outre se heurter à un frein politico-juridique, celui de la crainte d'une divergence transatlantique, déjà forte depuis le prononcé de l'arrêt *Trinko*, il y a quinze ans⁴⁸. Mais il convient de ne pas en surestimer la portée. La jurisprudence américaine est traditionnellement plus réservée en matière d'accès aux facilités essentielles, la régulation concurrentielle lui apparaissant superflue lorsque le refus d'accès résulte non d'une pratique concertée, mais d'une pratique unilatérale, et lorsqu'une régulation sectorielle est déjà mise en œuvre. Il s'agit d'un élément connu et assumé par les institutions européennes, la jurisprudence européenne et les priorités de mise en œuvre de l'interdiction des abus étant clairement orientées dans un sens différent⁴⁹. Au demeurant, l'absence de poursuite des autorités américaines vis-à-vis de Google, alors qu'elles étaient saisies de plaintes similaires à celles introduites devant la Commission européenne, n'a pas empêché cette dernière d'agir, sur un autre terrain que celui des infrastructures essentielles.

Il pourrait encore être objecté qu'il n'est, précisément, pas indispensable de se fonder par la théorie des infrastructures essentielles pour lutter contre les abus. La théorie des infrastructures essentielles n'est pas elle-même essentielle pourrait-on dire.

De nombreuses décisions ont, en effet, déjà été prises par la Commission et les autorités nationales de concurrence, sur d'autres terrains juridiques.

⁴⁵ Autorité de la concurrence, 19 février 2020, 19 février 2020, Contribution au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques ; Frédéric Marty, « *The unspeakable one : de l'activation de la théorie des infrastructures essentielles dans l'économie numérique* », GREDEG Working Papers Series n° 2018-27

⁴⁶ Dans un domaine plus classique des industries de réseau, il peut ainsi être relevé que l'Autorité de la concurrence française, de manière novatrice, a sanctionné Engie pour avoir abusé de sa position dominante sur les marchés du gaz, en utilisant la base de données de clientèle aux tarifs réglementés de ventes, qu'elle détient en raison de son monopole historique, afin d'inciter ses clients à basculer sur ses offres de marché de gaz et d'électricité, sur le marché concurrentiel (décision n° 17-D-06 du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques)

⁴⁷ Annoncé pour le dernier trimestre de l'année 2021. Commission européenne, 19 février 2020, *A European strategy for data*, COM (2020)66 final, pp. 15, 17 et 23. On relève en particulier p. 15: "Third, the Commission will explore the need for legislative action on issues that affect relations between actors in the data-agile economy to provide incentives for horizontal data sharing across sectors (complementing data sharing within sectors as described in the appendix)). One or more of the following issues could be taken forward in a **Data Act (2021)**:(...)/ -support business-to-business data sharing, in particular addressing issues related to usage rights for co-generated data (such as IoT data in industrial settings), typically laid down in private contracts. The Commission will also seek to identify and address any undue existing hurdles hindering data sharing and to clarify rules

for the responsible use of data (such as legal liability). The general principle shall be to facilitate voluntary data sharing. /- only where specific circumstances so dictate³⁹, access to data should be made compulsory, where appropriate under fair, transparent, reasonable, proportionate and/or non-discriminatory conditions⁴⁰// - evaluating the IPR framework with a view to further enhance data access and use (including a possible revision of the Database Directive⁴¹ and a possible clarification of the application of the Trade Secrets Protection Directive⁴² as an enabling framework)."

⁴⁸ US Supreme Court, *Verizon Communications inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, Llp*, 540 U.S. 398, 2004. Le droit de la concurrence est né aux Etats-Unis il y a bientôt deux siècles dans le contexte d'un marché intérieur déjà largement intégré et d'un faible interventionnisme public, la préoccupation essentielle étant de prévenir la constitution de monopoles privés et de définir le bon curseur entre innovation et régulation publique. L'influence de l'école de Chicago témoigne d'une confiance des juges dans la capacité de l'économie à s'auto-réguler, compte tenu de structures de financement de l'économie ouvertes et efficaces, d'une forte capacité des concurrents à s'adapter aux évolutions des stratégies économiques de leurs rivaux, de faibles barrières à l'entrée, d'un marché du travail relativement fluide et d'un droit des faillites favorable à la poursuite des activités économiques et à la reprise des actifs. La régulation concurrentielle européenne est beaucoup plus récente, marquée par le contexte économique de l'après-guerre caractérisé par une forte présence de l'Etat et par le projet encore à mettre en œuvre d'un marché unique.

⁴⁹ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009

Ces autorités ont conclu des engagements mettant fin à des pratiques susceptibles d'être anti-concurrentielles ou ont déjà sanctionné des pratiques aux effets d'éviction établis, sur différents fondements : clauses d'exclusivité⁵⁰, ventes liées⁵¹, rupture brutale et sans justifications objectives de relations commerciales établies⁵², discriminations.

Ces dernières sont de nature variée : elles peuvent être fondées sur le lieu d'établissement des clients⁵³, le traitement plus favorable de services « maison » au regard de services concurrents (affaire *Google shopping*⁵⁴), l'édiction de règles opaques, peu intelligibles, et dont l'application est difficilement prévisible et discriminatoire⁵⁵, ou encore sur des clauses dites « de parité ». Ces dernières, sous couvert de l'objectif de garantir le meilleur prix au consommateur, ont en réalité pour effet de « verrouiller » les entreprises utilisatrices, c'est-à-dire de les empêcher de faire appel à des plateformes concurrentes (affaires *Booking* et *Amazon*)⁵⁶. La Commission européenne instruit une plainte du site de streaming musical Spotify, concernant une discrimination alléguée entre l'accès aux boutiques d'applications de l'App Store de tiers en comparaison avec celles d'Apple Music. Enfin, la Commission européenne a ouvert de nouveaux champs d'investigation en ce qui concerne la collecte de données sur les produits et services des vendeurs qui utilisent sa plateforme, afin de vérifier si elle ne les utilise pas pour mieux placer ses propres produits et services et d'analyser la manière dont le processus de sélection des bénéficiaires de l'option "Buy box", qui représente un avantage significatif pour atteindre les consommateurs, permet de recueillir des informations stratégiques pour son positionnement concurrentiel.

Cette régulation concurrentielle est certes déterminée et aboutit à des résultats, sans qu'il ait été nécessaire, pour les autorités concernées, de qualifier les plateformes numériques d'infrastructures essentielles. Mais au prix, toutefois, de procédures d'instruction si longues, lourdes et complexes qu'elles perdent leur caractère dissuasif, et de risques contentieux importants.

Les outils du droit de la concurrence, aussi flexibles qu'ils soient, sont encore en terrain peu défriché⁵⁷, et sur lequel le standard de preuve est extrêmement élevé, alors même qu'il est urgent d'agir sur un marché où les effets d'éviction sont rapides et létaux.

Et avec des risques d'émergence de nouvelles pratiques similaires par leur effet mais échappant au risque de sanction pour réitération, celle-ci étant appréciée de manière stricte.

⁵⁰ Commission européenne, 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*, COMP/AT.40411

⁵¹ Voir notamment CJCE, 2 mars 1994, *Hilti*, aff. C-53/92 P et arrêt *Microsoft* précité ; Commission européenne, 18 juillet 2018, *Google Android*, COMP/AT.40099, précité

⁵² Autorité de la concurrence, décision n°10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx et décision n°10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet. Dans l'affaire *Commercial Solvents* (CJCE, 6 mars 1974, *Istituto chemioterapico et Commercial Solvents*, aff. jtes 6/73 et 7/73) CSC, l'entreprise en position dominante, avait brutalement et totalement cessé un approvisionnement en matières premières sans justification objective. Dans l'affaire *United Brands* (CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76) la Cour a jugé qu'une entreprise ne saurait, sans abuser de sa position dominante, cesser ses livraisons à un client ancien et respectant les usages commerciaux lorsque les commandes de ce client ne présentent aucun caractère anormal, et pratiquer des prix discriminatoires. Dans les arrêts BPB (TPICE, 1er avril 1993, *BPB Industries et British gypsum*, aff. T-65/89) et *Lelos Kai Sia* (C-468/06), la Cour autorise la définition de critères de priorité de satisfaction des commandes en période de pénurie ou même des quotas d'importations parallèles susceptibles de comporter des effets de parasitisme, à condition que les critères soient objectifs, ne présentent aucun caractère discriminatoire et soient objectivement justifiés

⁵³ Voir par exemple CJCE, 2 mars 1983, *GVL*, aff. 7/82 ; *Corsica Ferries Italia*, 17 mai 1994, aff. C-18/93

⁵⁴ Commission européenne, 27 juin 2017, *Google Search*, COMP/AT.39740

⁵⁵ Autorité de la concurrence, décision n° 19-D-26 du 19 décembre 2019 (en cours de publication)

⁵⁶ Autorité de la concurrence, décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne ; rapport d'évaluation des autorités de concurrence allemande, belge, britannique, française, hongroise, italienne, irlandaise, néerlandaise, tchèque, suédoise et de la DG Concurrence de la Commission européenne sur le secteur de la réservation en ligne hôtelière, 2016 ; Commission européenne, 4 mai 2017, *e-book MFNs and related matters*, AT.40153 (Amazon)

⁵⁷ Ainsi, la frontière entre abus d'exploitation et abus d'éviction est encore largement débattue par la doctrine et devant le juge national. Voir Frédéric Marty, *Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante, Réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique*, OFCE Working paper n° 31 ; Walid Chaiehloudj, *Abus de position dominante et big-tech: une affaire Apple Store près l'affaire Android?*, Concurrences, n°4-2018. Voir également CAA Paris, 14 novembre 2019, *Société Sanicorse ea*, n° 18/23992

Ainsi, l'abus de position dominante de Google dans le référencement de ses concurrents sur son service Google Shopping a certes été sanctionné, mais sept ans après l'ouverture de la procédure, le contentieux étant encore pendant devant le Tribunal de l'Union européenne⁵⁸, notamment sur la question de la délimitation du marché pertinent. Même lorsque le droit des Etats confère au régulateur national le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires, ce qui devrait devenir la norme⁵⁹, leur maniement doit nécessairement rester prudent eu égard au standard de contrôle du juge⁶⁰ et exige que des effets d'éviction soient déjà suffisamment établis.

Il est donc nécessaire, pour restaurer un contre-pouvoir de la part des entreprises utilisatrices et des consommateurs, de faire jouer en synergie la régulation concurrentielle, répressive, et une régulation *ex ante*, définie au niveau européen et proportionnée aux enjeux.

Cette démarche a été celle de la régulation des infrastructures essentielles dans les secteurs des télécommunications, de l'énergie, des transports.

Il n'est nullement nécessaire, pour établir une régulation *ex ante*, de remplir la qualification d'infrastructure essentielle, celle-ci n'étant requise par le juge qu'en matière de régulation concurrentielle. Les exigences qui pèsent sur le législateur sont plus limitées.

Il lui suffit, pour se fonder sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de justifier la nécessité d'une réglementation par l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur, notamment pour supprimer des distorsions de concurrence⁶¹ ou prévenir l'apparition vraisemblable d'obstacles aux échanges résultant de l'évolution hétérogène des législations nationales⁶². En l'espèce, il serait difficile de soutenir que ces conditions ne sont pas remplies dans le contexte déjà décrit.

Aucune différence profonde de nature ne justifie, en opportunité, et, donc, du point de vue du législateur, de traiter différemment, d'une part, les anciens monopoles d'Etat dans les industries de réseau, d'autre part des monopoles, certes privés, mais pouvant jouer également sur des effets d'échelle et de réseau, reposant sur l'acquisition de données à caractère personnel ou non personnel dans des conditions particulières.

La circonstance qu'aucun droit exclusif d'Etat n'ait été accordé aux plateformes numériques ne les exonère pas de toute responsabilité. Si certes, ils ont acquis leur position concurrentielle en partie par leurs mérites, un effort d'innovation soutenu par un investissement continu, l'acquisition de cette position repose aussi – et même surtout – sur l'inconscience de la valeur des données personnelles des utilisateurs.

⁵⁸ Affaire T-612/17. Pour un aperçu de l'ampleur des griefs, voir le résumé sur le site Curia du recours : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=196224&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5954912> ou le rapport d'audience de 105 pages mis en ligne en février 2020 : https://eulawlive.com/app/uploads/t_612_17_report_for_the_hearing_1581528569.pdf

⁵⁹ Voir l'article 11 de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, qui doit être transposée au plus tard le 4 février 2021 : il doit au moins être établi « un préjudice grave et irréparable » à la concurrence, « sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction »

⁶⁰ Bruno Lasserre, *Concilier le temps de la régulation et le temps économique : bilan et nouveaux défis de la pratique française des mesures conservatoires*, Concurrences, n°2, mai 2012

⁶¹ CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, C-491/01, point 60.

⁶² CJCE, 8 juin 2008, *Vodafone et autres/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-58/08, point 33, au sujet du règlement n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté ; 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, C154/04 et C-155/04, point 29 ; 14 décembre 2004, *Arnold André*, C-210/03, point 31 ; même jour, *Swedish Match*, C-434/02, point 30 ; 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-376/98, point 86.

Ces plateformes ont collecté des données à caractère personnel par une forme de vice du consentement, reconnu dans son principe par le G29⁶³, et esquissé par la jurisprudence de la CJUE⁶⁴. Il n'a, au demeurant, pas nécessairement pris fin par la seule adhésion à des conditions générales de vente eu égard aux dispositions de l'article 7, paragraphe 4 du règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD)⁶⁵.

Au-delà des données à caractère personnel, les plateformes collectent également des données à caractère non personnel et exploitent des métadonnées, dont l'état est indéterminé entre pseudonymisation et anonymisation, sans réel encadrement. Cette question, portant sur d'autres catégories d'opérateurs, est aujourd'hui au cœur de la discussion sur le règlement dit « *e-privacy* »⁶⁶, et notamment de son article 6, paragraphe 2.

La valeur d'usage de cet ensemble de données⁶⁷ ne peut, au niveau individuel, être estimée par le consommateur moyen ou comparée en l'état actuel du marché, comme l'attestent des études théoriques⁶⁸ comme des études empiriques. Certaines, menées aux Etats-Unis et à Singapour, citées dans les travaux du Conseil supérieur de l'audiovisuel français, indiquent que la protection des données personnelles contre les erreurs, les accès non autorisés ou les usages détournés serait valorisée entre 30 et 45 dollars par chaque individu, mais qu'une différence de 2 dollars sur une carte d'achat peut sembler suffisante à une majorité d'entre eux pour compenser une perte d'anonymat dans des transactions en ligne⁶⁹. A fortiori, leur valeur d'ensemble est incommensurable et explique la valorisation sans précédent, sur les marchés ouverts à la négociation, des plus grandes plateformes du numérique. Ainsi, quelques douzaines de « *likes* » permettent de prédire, avec une probabilité de 85%, la sensibilité politique d'un individu, à 82% sa religion, à 93% son sexe⁷⁰.

⁶³ Voir G29, avis sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, p. 40 ; Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679, avril 2017, pp. 6-10, notamment l'exemple 1 p. 6 : « Une application mobile d'édition de photos demande à ses utilisateurs d'activer leur localisation GPS afin de pouvoir utiliser ses services. L'application indique également à ses utilisateurs qu'elle utilisera les données collectées à des fins de publicité comportementale. Ni la géolocalisation, ni la publicité comportementale en ligne ne sont nécessaires à la fourniture de services d'édition de photos et toutes deux dépassent de ce fait la fourniture du service de base proposé. Dès lors que les utilisateurs ne peuvent pas utiliser l'application sans consentir à ces finalités, le consentement ne peut pas être considéré comme donné librement ». Voir également p. 9 : « L'article 7, paragraphe 4, du RGPD indique entre autres que le « couplage » du consentement à l'acceptation de conditions générales et la « subordination » de la fourniture d'un contrat ou d'un service à une demande de consentement au traitement de données à caractère personnel non nécessaires à l'exécution dudit contrat ou service ne sont en aucun cas souhaitables. Le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement s'il a été donné dans une telle situation (considérant 43). L'article 7, paragraphe 4, cherche à garantir que la finalité du traitement des données à caractère personnel ne soit pas dissimulée ou associée à la fourniture d'un contrat ou d'un service pour lequel ces données à caractère personnel ne sont pas nécessaires. Ce faisant, le RGPD veille à ce que le traitement de données à caractère personnel pour lequel le consentement est sollicité ne puisse pas devenir directement ou indirectement la contre-performance d'un contrat. Ces deux bases juridiques du traitement de données à caractère personnel, à savoir le consentement et le contrat, ne peuvent pas être fusionnées et amalgamées » et p. 10 : « En tout état de cause, la charge de la preuve repose sur le responsable du traitement en vertu de l'article 7, paragraphe 4 »

⁶⁴ S'agissant de cookies, la CJUE, en procédant à une analyse de l'économie des directives 95/46/CE, 2002/58/CE, 2009/136/CE et du RGPD et à leur genèse, a considéré que l'exigence d'une « manifestation » de volonté de la personne concernée évoque clairement un comportement actif et non pas passif, et exclu qu'un consentement

soit regardé comme actif lorsqu'un internaute coche une case par défaut. Celui-ci doit bénéficier d'une information clairement compréhensible et suffisamment détaillée pour lui permettre de comprendre le fonctionnement des cookies qui sont utilisés, leur durée et leur exploitation par des tiers. (CJUE, 1er oct. 2019, *Planet 49*, C-673/17, points 50 à 65 et 72 à 81). Les lignes directrices de la CNIL l'exigent finalité par finalité (délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs)

⁶⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

⁶⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM/2017/010 final - 2017/03 (COD)

⁶⁷ Voir, sur ce sujet : AGCOM (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), « Big data », Interim report in the context of the joint inquiry on 'big data' launched by the AGCOM deliberation n° 217/17/CONS, pp. 33-35

⁶⁸ Susan Athey, Christian Catalini, Catherine Tucker, *The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk*, NBER Working Paper n° 23488, juin 2017

⁶⁹ Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA Lab, *Le rôle des données et des algorithmes dans l'accès aux contenus*, Yann Bonnet, Nicolas Curien et Francesca Musiani, janvier 2017 ; Alessandro Acquisti, Laura Brandimarte, George Loewenstein, *Privacy and human behavior in the age of information*, Science 30 January 2015, vol. 345, n° 6221, pp. 509-514

⁷⁰ AGCOM (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*), « Big data », Interim report in the context of the joint inquiry on 'big data' launched by the AGCOM deliberation n° 217/17/CONS, pp. 41-42

Par leur agrégation, ces données permettent, par le jeu de l'intelligence artificielle, même après anonymisation, de dégager des profils de préférences commerciales et personnelles pour cibler efficacement la publicité, faire des liens entre des préférences pour différentes catégories de produits et services, voire de prédire des évolutions de marché, les déplacements humains, la propagation de maladies, la capacité à rembourser des emprunts, la propension à dépenser.

Le temps que des services concurrents apparaissent, en marquant leur différence en termes de respect de la vie privée apparaissent, le temps que les modalités de recueil du consentement soient précisées, explicitées et efficacement sanctionnées, le temps que chacun prenne conscience de la valeur commerciale des traitements secondaires de données, à caractère personnel ou non est long. Dans l'attente, la plate-forme numérique qui collecte massivement de telles données gagne en pertinence, et donc en audience. Elle bâtit des effets d'échelle, de réseau et de réputation qui lui confèrent une puissance de marché devenue incontestable.

Le recueil d'une immense base de données, si ce n'est par réticence dolosive, au moins au prix d'un vice de consentement collectif, justifie, en opportunité, qu'une régulation sectorielle ex ante, propre aux plateformes qui exercent le pouvoir de marché le plus significatif, se dessine, en s'inspirant des réglementations des industries de réseau. Et elle ne peut l'être qu'au niveau européen.

En tout état de cause, la combinaison de régulations et de réglementations concurrentielle et spéciale n'est pas spécifique aux industries de réseau et aux monopoles historiques.

Elle se retrouve également dans des secteurs oligopolistiques qui sont de longue date ouverts à la concurrence et n'ont pas été caractérisés par des monopoles de droit historique, comme, au niveau européen, les services financiers de détail⁷¹ ou, au niveau national, la grande distribution alimentaire ou la santé.

La réglementation sectorielle ainsi envisagée n'a rien de stigmatisant au regard des services numériques. Elle ne revient au demeurant en aucune manière à les assimiler aux industries de réseau, qui sont soumises à une réglementation autrement plus complète, détaillée et contraignante, qui comprend en général un encadrement tarifaire et une séparation comptable, fonctionnelle ou structurelle.

Une législation européenne spéciale destinée à assurer une concurrence effective est par ailleurs nécessaire pour préserver l'unité du marché intérieur alors que, compte tenu d'une forte demande politique que la Commission européenne ne peut plus ignorer, le législateur national est intervenu dans de nombreux Etats, notamment en Allemagne, en France et en Italie, pour répondre aux enjeux d'intérêt public suscités par la diffusion massive de contenus odieux ou altérant les conditions de déroulement d'un scrutin. Les mêmes Etats sont également préoccupés par l'insuffisance de la régulation économique des services numériques.

En d'autres termes, la délégation de pouvoir unilatérale à l'Etat membre d'origine, qui poursuit ses propres intérêts nationaux, ne suffit pas à atteindre des objectifs qui sont d'intérêt commun à l'ensemble de l'Union européenne.

⁷¹ Directive (UE) 2015/2366 relative aux services de paiement précitée dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010,

et abrogeant la directive 2007/64/CE et règlement délégué n° (UE) 2018/389 de la Commission européenne ; articles L. 312-1-7 et R. 312-4-4 du code monétaire et financier français

Il incombe au législateur européen, qui dispose d'une large marge de manœuvre en opportunité pour poursuivre de tels objectifs⁷², d'assurer la proportionnalité⁷³ des exigences nouvelles qu'il fait peser sur les opérateurs aux objectifs qu'il poursuit, notamment en tenant compte de la situation particulière des PME. Les propositions esquissées ci-après entendent intégrer ces paramètres.

Sans aller jusqu'à la séparation comptable, fonctionnelle ou structurelle, cette réglementation *ex ante* peut reposer sur d'autres leviers, tels que l'interdiction de certaines restrictions contractuelles ou unilatérales vis-à-vis de consommateurs ou de professionnels ayant pour objet ou pour effet de les maintenir artificiellement dépendants d'un prestataire, ainsi que la reconnaissance au consommateur d'un droit à l'auto-détermination, c'est-à-dire de choisir sans contrainte le prestataire le plus apte à répondre à ses besoins. Le *Data Act* annoncé en complément du *Digital Services Act* fournira le cadre juridique plus adapté pour traiter les questions liées aux algorithmes et au partage de données entre opérateurs, incluant, le cas échéant, des déclinaisons sectorielles.

Ces obligations de faire ou de ne pas faire seraient définies dans un corpus européen harmonisé, et mis en œuvre par des autorités de régulation indépendantes de tout intérêt national, qu'il s'agisse des Etats d'origine ou des Etats où se déploie effectivement la présence numérique des opérateurs.

⁷² CJUE, 4 mai 2016, Pologne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, C-358/14, points 37-38 et 67, voir également arrêts Allemagne/Parlement et Conseil, précité, point 42, ainsi que

Royaume-Uni/Parlement et Conseil, point 102.

⁷³ Voir les arrêts précités *Arnold André*, point 34 ; *Swedish Match*, point 33, ainsi que *Allemagne/Parlement et Conseil*, point 41

II

**DES INTERVENTIONS
LEGISLATIVES BIENVENUES,
MAIS DEMEURANT INSUFFISANTES**

Les institutions de l'Union européenne ont récemment pris conscience de l'importance d'adapter la réglementation européenne aux évolutions fondamentales des services numériques depuis vingt ans. Les avancées récentes qui en résultent ne sont pas négligeables. Mais ces interventions prudentes ne sont pas encore suffisantes au regard des besoins de régulation économique *ex ante*.

2.1 L'encadrement de certaines pratiques de verrouillage des consommateurs et l'institution d'obligation de loyauté minimales vis-à-vis des entreprises utilisatrices : des retouches indirectes de la directive « e-commerce » à approfondir

Le droit à la portabilité : une avancée majeure, à approfondir pour assurer une réelle mobilité inter-plateformes

L'article 20 du RGPD ouvre le droit à toute personne de recevoir les données à caractère personnel qu'elle a fournies dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le destinataire initial ne puisse s'y opposer. L'exercice de cette faculté est, en application de l'article 12 du même règlement, gratuite, la plate-forme étant tenue de répondre dans un délai d'un mois et de motiver, le cas échéant, son refus. Sur le principe, il s'agit d'une avancée majeure, assimilable à la fourniture d'une API (*application programming interface*, ou interface de programme d'application) « robot », donnant ainsi un levier à un usager pour assurer la portabilité des données.

Ce droit s'exerce sur les données à caractère personnel, c'est-à-dire celles qui permettent d'identifier une personne⁷⁴ (nom, pseudonyme, courriel, numéro de téléphone, âge, date de naissance...) traitées de façon automatisée. Il couvre également les données qui n'ont pas directement de caractère personnel au sens du règlement mais qui sont traitées sur la base de l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie (listes de contacts, historiques d'achats et de consultations de films, musique...).

Toutefois, ce droit ne concerne pas les fichiers, les données susceptibles d'affecter des tiers ainsi que les données qui ne répondent pas à la définition des données à caractère personnel et qui ne sont pas échangées pour l'exécution d'un contrat. Le règlement ne s'applique pas davantage aux applications téléchargées sur les terminaux d'accès à internet⁷⁵.

Par ailleurs, la demande de portabilité ne déclenche automatiquement ni l'effacement des données ni la demande de portabilité au titre des législations sectorielles⁷⁶, telles que les relevés bancaires⁷⁷, et reste ponctuelle, sans permettre une interopérabilité continue, à l'image d'une API.

S'il s'agit ainsi d'un premier pas notable, ces seules dispositions ne suffisent pas à mettre fin au verrouillage des écosystèmes fermés, en développant les utilisations multiples de plateformes (« *multihoming* ») et en permettant de les mettre en concurrence entre elles. Elles ne mettent donc

⁷⁴ Soit, aux termes de l'article 4, paragraphe 1, du règlement : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » « directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »

⁷⁵ Le règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de

communications mobiles à l'intérieur de l'Union ne concernent que les réseaux physiques et le choix par le consommateur du terminal de son choix, mais non des contenus et applications qu'il télécharge sur un terminal de communication mobile

⁷⁶ Voir G29, *Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données*, 16/FRWP 242 rev.01, adoptées le 13 décembre 2006 et révisées le 5 avril 2017

⁷⁷ Articles 66 et 67 de la directive (UE) 2015/2366 relative aux services de paiement précitée dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE et règlement délégué n° (UE) 2018/389 de la Commission européenne

en œuvre le droit à la mobilité entre opérateurs en fonction de l'intérêt de la contrepartie offerte, monétaire ou non monétaire, que de manière imparfaite. Elles doivent donc encore être complétées.

Des obligations de loyauté minimales, dont la méconnaissance est insuffisamment sanctionnée lorsque les plateformes sont en relation avec des professionnels

Le règlement « *platform to business* »⁷⁸, entré en vigueur en juillet 2019 encadre pour la première fois les relations entre les plateformes et les entreprises utilisatrices. Il prévoit une transparence des conditions générales, un délai minimum de préavis de 15 jours en cas de modification de celles-ci, et une obligation de motivation de la décision de restreindre ou de suspendre la fourniture de services.

Les conditions générales doivent notamment préciser, sans dévoiler l'algorithme, les principaux paramètres qui, individuellement ou collectivement, jouent le rôle le plus déterminant dans le classement ainsi que la pondération de chacun d'entre eux, en précisant notamment l'influence d'une éventuelle rémunération et la motivation d'éventuels traitements différenciés de certaines annonces. Les dégradations de classement résultant de la prise de connaissance de faits signalés par un tiers obligent la plate-forme à en communiquer le contenu à l'entreprise en cause.

La reconnaissance de ces nouveaux droits vient pérenniser les effets des décisions d'autorités de concurrence au niveau européen, mais aussi national (France, Italie), et en élargir le champ d'application.

La sanction de la méconnaissance des obligations ainsi instituée repose sur des mécanismes de traitement des plaintes internes aux plateformes, un processus de médiation *ad hoc*, ainsi que sur des actions en cessation ou représentatives (articles 11 à 14), ce qui est notable.

Toutefois, aucune amende n'est prévue, y compris pour les violations les plus graves du règlement, ce qui contraste avec les modalités de mise en œuvre de la directive *platform-to consumer*, en cours de publication⁷⁹. Cette dernière impose aux plateformes d'informer clairement les consommateurs des principaux paramètres déterminant le classement des différentes offres, en particulier la perception de paiements en contrepartie d'un référencement ou de l'inclusion de certaines informations⁸⁰, et de préciser au consommateur co-contractant, en se fondant sur les éléments indiqués par la contrepartie, le statut de ce dernier (professionnel ou particulier), le droit applicable au contrat et l'identité de la personne à même de répondre à ses demandes fondées sur le droit des consommateurs, si le cocontractant est un professionnel (droit de rétractation, du droit au remplacement ou à la réparation d'un bien non conforme...)⁸¹. Et elle sanctionne d'une lourde amende administrative la méconnaissance de ces obligations.

Il n'y a guère de raison de ne pas adopter de mécanisme similaire dans les relations entre plateformes et entreprises utilisatrices, qui sont généralement également des parties faibles. Comme déjà relevé, le droit de la concurrence ne suffit en l'état et à lui seul, sans l'appui d'une réglementation sectorielle inspirée du droit des pratiques restrictives, à dissuader des comportements d'éviction lucratifs vis-à-vis d'entreprises utilisatrices.

Des mécanismes de mise en œuvre de droits plus dissuasifs sont donc nécessaires pour assurer la

⁷⁸ Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne

⁷⁹ Proposition de directive modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen

et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des règles de protection des consommateurs de l'UE, 2018/0090(COD)

⁸⁰ L'article 6 de la directive sur le commerce électronique ne prévoit qu'une obligation de loyauté et d'information du consommateur en ce qui concerne des « communications commerciales »

⁸¹ Par l'insertion d'un article 6 *bis* à la directive n° 2011/83 précitée

bonne application du règlement *platform-to-business*. Le droit dérivé prévoit désormais fréquemment des dispositions permettant d'imposer une amende administrative dont le montant peut s'élever jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial et qui doit être déterminé en tenant notamment compte de la durée, de la gravité de l'infraction et du profit indu. S'agissant toutefois d'un champ matériel n'entrant pas dans la compétence d'une autorité administrative indépendante reconnue au niveau européen, il est préférable de prévoir un dispositif prévoyant le prononcé d'amendes civiles plutôt que d'amendes administratives. Il reviendrait ainsi aux autorités administratives veillant à la bonne application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁸² de saisir le juge, lorsque le marché d'un Etat membre est affecté⁸³.

2.2 Une directive commerce électronique faisant en l'état obstacle à des réponses légitimes à la diffusion à grande échelle de propos « odieux » et à la manipulation de l'information, dans le respect de la liberté d'expression

La directive sur le commerce électronique envisage déjà, en principe, la suppression de contenus manifestement illicites, pour des motifs tirés, « *en particulier* », de « *la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine* », en autorisant des injonctions, même de portée mondiale, visant à prévenir la réapparition de contenus équivalents⁸⁴.

Mais elle procède de manière si déséquilibrée qu'en pratique elle en prive presque d'intérêt le maniement par les autorités publiques et les expose au contentieux.

Seul un considérant, sans portée normative autonome, prévoit que l'hébergeur doit agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible, et ce, à l'issue d'une mise en balance avec le principe de la liberté d'expression et en fonction de procédures non harmonisées, et sans fixer aucunement de critères, même indicatifs. Quant à la directive elle-même, si elle prévoit que les Etats membres peuvent instaurer l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient, c'est sans sanction et en contrepoint de l'interdiction de créer une obligation générale de surveillance.

Une procédure de coopération avec l'Etat d'établissement de la plate-forme s'impose en tout état de cause préalablement à l'Etat membre dans lequel réside le destinataire de l'information qui souhaite agir⁸⁵, la proportionnalité de la mesure devant être clairement établie au regard du motif, circonscrit aux actes manifestement illicites et aux atteintes graves et sérieuses à l'ordre public, notions généralement entendues de manière stricte⁸⁶. Enfin, il est relativement aisé pour l'éditeur de parer à une injonction en déplaçant le contenu vers un nouveau site.

Si bien qu'il est risqué, en droit, de tenter de mettre en œuvre la recommandation⁸⁷, dépourvue

⁸² Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

⁸³ Ce dispositif est inspiré du III de l'article L. 442-6 du code de commerce français. On suppose que ces autorités n'interviendraient qu'en cas d'affectation significative, par le nombre des entreprises affectées ou le sérieux des pratiques.

⁸⁴ CJUE, 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook*

Ireland, C-18/18 ; *SABAM contre Netlog*, précité

⁸⁵ Considérant 46, Article 15, paragraphe 2, article 3, paragraphe 4

⁸⁶ Entendue comme une « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* », ne pouvant être unilatéralement définie par un Etat membre (CJCE, 27 octobre 1977, *Regina c/ Bouchereau*, aff. 30/77 ; 19 janvier 1999, *Calfa*, C 348/96), cette menace devant être actuelle (CJUE, 15 février 2016, N., C 601/15 PPU)

⁸⁷ Recommandation (UE) 2018/334 de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne

de portée contraignante, adoptée par la Commission européenne pour répondre, de manière insuffisante, à la forte demande politique exprimée par les Etats membres.

Certes, la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels⁸⁸ introduit des tempéraments au principe du pays d'origine. Mais ceux-ci demeurent limités dans leur portée et, surtout confinés aux médias audiovisuels, par voie hertzienne, câblée, ou en ligne. Les dispositions en cause ne s'étendent pas aux des plateformes de partage de vidéogrammes, ni aux autres plateformes, qui demeurent régies par la directive e-commerce, sous la seule réserve d'une obligation à la charge du pays d'origine, s'agissant des premières, de prévoir des mesures de précaution pour protéger les mineurs ou le grand public vis-à-vis de contenus dits « odieux »⁸⁹. L'essentiel de la diffusion de contenus audiovisuels, qui devrait représenter pourtant 80% du trafic à l'horizon 2022. La directive n'inclut ainsi pas dans son champ les réseaux sociaux et les moteurs de recherche.

Enfin, si les enjeux réputationnels peuvent convaincre les services en lignes concernés d'engager une coopération avec les pouvoirs publics, l'absence de cadre harmonisé et contraignant limite naturellement la portée de ces efforts, qui impliquent la mise en œuvre de moyens susceptibles d'être employés de manière plus profitable.

Sur ces questions, la législation européenne est donc notoirement insuffisante. Elle se révèle à ce jour moins exigeante que pour la protection du droit d'auteur, matière dans laquelle les dispositifs d'injonction et les obligations de coopération des plateformes sont organisés de manière claire et harmonisée par le droit dérivé.

Plus gênant encore, la directive sur le commerce électronique est à ce jour susceptible, si elle est appliquée de manière trop rigoureuse et mécanique, de faire obstacle à des initiatives nationales d'inspiration politique légitime, qu'il s'agisse de la loi allemande dite *NetzDG* du 1er septembre 2017 ou de deux initiatives françaises, la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet dite « Avia »⁹⁰ et les lois organique⁹¹ et ordinaire⁹² relatives à la lutte contre la manipulation de l'information. Ces dernières préoccupations ne sont d'ailleurs pas propres aux législateurs nationaux au sein de l'Union européenne⁹³ et se font jour aux Etats-Unis, avec la proposition bipartisane dite *Honest Ads Act* ⁹⁴, ainsi qu'au Royaume-Uni, avec un futur *Online Harms Act* ⁹⁵.

Il est donc proposé, à défaut de prévoir un mécanisme harmonisé, d'adapter la directive commerce électronique. La seule tentative d'adopter un mécanisme harmonisé, bien que centré sur la

⁸⁸ Articles 2 à 4 de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, modifiés par la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels

⁸⁹ Article 28 bis de la directive 2010/13, créé par la directive (UE) 2018/1808

⁹⁰ Proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, n° 645 ; texte modifié par le Sénat le 17 décembre 2019. Conseil d'Etat, avis du 16 mai 2019 sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet

⁹¹ Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information

⁹² Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Conseil d'Etat, 19 avril 2018, avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations

⁹³ Sur ce sujet délicat à l'aune du principe de subsidiarité, la Com-

mission européenne n pourrait agir que de manière très ciblée sur le fondement de l'article 114 TFUE. Des travaux de réflexion sont toutefois engagés. Voir Commission européenne, *A multi-dimensional approach to disinformation*, Independent high level group on fake news and online disinformation, mars 2018. Aucune proposition de nature réglementaire n'est formulée, le groupe appelant toutefois à un réexamen par le prochain collège des commissaires.

⁹⁴ <https://www.congress.gov/115/bills/s1989/BILLS-115s1989is.xml>. Elle propose d'étendre aux plateformes les exigences applicables aux médias, notamment l'obligation de fournir des informations à la commission électorale sur l'identité des personnes à l'origine des publicités politiques et la mise en œuvre d'« efforts raisonnables » visant à s'assurer que ces publicités ne soient pas financées, directement ou indirectement, par des pays étrangers. Voir également, pour un panorama des récentes interférences dans les processus électoraux en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis : Atlantic Council of the United States, Scowcroft Center for Security and Strategy, *Defining Russian Interference, An analysis of Select 2014 to 2018 Cyber Enabled Incidents*, Issue Brief, Spetember 2018, Laura Galante et Shaun Ee

⁹⁵ Voir le livre blanc : <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper>

prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne⁹⁶, n'invite en effet guère à l'optimisme.

Cette proposition de règlement met à la charge des plateformes une obligation de désigner un point de contact dans l'Union européenne⁹⁷, de retirer les contenus signalés par un Etat membre ou l'unité dédiée d'Europol comme terroristes dans un délai de 24 heures, sous peine d'amende, de repérer les contenus de nature à faire l'apologie ou à favoriser les activités terroristes et d'éviter leur réapparition (mesures dites « proactives », ou « spécifiques » dans la version du Parlement européen).

Mais une ample divergence de vues s'est manifestée entre le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, qui s'est réuni en plénière le 17 avril 2019, notamment quant à l'articulation de la proposition avec la directive sur le commerce électronique, aux obligations de filtrage des contenus, aux modalités de signalement ou encore au prononcé des mesures de retrait.

Il appartient au collège qui vient d'entrer en fonctions de déterminer si la Commission doit transmettre aux institutions une proposition modifiée susceptible de dégager un compromis dans le cadre de la nouvelle législature, ce qui serait opportun et plus rapide, ou s'il convient plutôt de se rabattre sur un dispositif moins ambitieux, permettant expressément aux Etats membres d'agir sans contrevenir à la directive sur le commerce électronique. C'est cette solution de second rang qui est envisagée ci-après à titre exploratoire.

⁹⁶ Référence de procédure : 2018/0331(COD)

⁹⁷ Voir également, pour les opérateurs des services critiques, l'article 18 de la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du

Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, dite « NIS »



PROPOSITIONS
DANS LA PERSPECTIVE
D'UN *DIGITAL SERVICES ACT*

Pour remédier aux insuffisances ainsi identifiées et restaurer la capacité des parties prenantes - concurrents, clients et consommateurs - à discipliner les acteurs en position dominante, le *Digital Services Act* offre une opportunité unique de porter une réglementation sectorielle. Une rédaction est proposée en ce sens en annexe de la présente note.

Elle est articulée autour de trois axes : la révision de la directive « e-commerce » (restriction du statut d'hébergeur, instauration de devoirs de précaution), la création d'une réglementation sectorielle dans les mains d'autorités administratives indépendantes ou de juridictions (approfondissement de la portabilité et de l'interopérabilité au bénéfice du consommateur, interdiction de certaines pratiques vis-à-vis des entreprises utilisatrices) et la mise en œuvre effective des droits et obligations instaurés par le *Digital Services Act* et la législation européenne récente (contrôle des acquisitions par les plateformes puissantes, sanction effective des manquements).

3.1 La révision de la directive « e-commerce »

Une restriction du statut d'hébergeur

L'option la plus radicale serait de restreindre le statut d'hébergeur à ce qu'il visait originellement, soit uniquement les intermédiaires purement passifs parmi les « interfaces en ligne »⁹⁸ et ceux qui ne dirigent pas leurs activités vers le territoire de l'Union européenne⁹⁹.

Les dispositions des articles 3 (principe du pays d'origine) et 15, paragraphe 1 (interdiction d'instauration d'une obligation générale de surveillance) de la directive ne s'appliqueraient, en conséquence, qu'aux opérateurs de télécommunications. N'en bénéficieraient plus, en revanche, à compter d'une date à définir, les services numériques poursuivant d'autres finalités, même à titre accessoire.

Un considérant préciserait que seraient ainsi dorénavant exclus du champ d'application de la directive les plateformes assurant le placement sur une interface numérique de publicités ciblées, la mise à disposition des utilisateurs d'une interface numérique multi-face ou la vente de données recueillies au sujet des utilisateurs et générées à partir de leurs activités sur des interfaces numériques. Ces notions sont déjà définies en droit de l'Union dans les textes précités.

Aucune disposition de droit primaire ne s'y opposerait, la directive n'étant aucunement indispensable à l'exercice de la liberté de prestation de services. Les activités des plateformes concernées retomberaient en tout état de cause dans le champ de la directive sur les services dans le marché intérieur, et notamment du principe de la liberté de prestation de services garanti par son article 16.

Ces dispositions ne porteraient pas davantage préjudice à l'obligation de notification à la Commission européenne et aux Etats membres de toute mesure affectant les services de la société de l'information¹⁰⁰. Cette procédure permettrait de vérifier qu'elle n'entrave pas indûment le marché intérieur, notamment par d'éventuels effets discriminatoires.

Une option plus équilibrée consiste à ne retirer le bénéfice du principe d'origine qu'aux plateformes dont la taille laissant présumer une position dominante qui appelle des « responsabilités particulières

⁹⁸ Voir note de bas de page 6

⁹⁹ Voir le considérant 11 de la proposition de règlement précitée relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne

¹⁰⁰ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information

de ne pas porter atteinte » « à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur de l'Union »¹⁰¹ et les activités ne relèvent pas d'activités purement passives.

L'intérêt de ces seuils serait naturellement d'instaurer une présomption législative sans délimiter un marché pertinent inévitablement sujet à contentieux au cas par cas, alors même que le pouvoir de marché des plateformes se prête malaisément aux mécanismes classiques du contrôle des concentrations et des pratiques anti-concurrentielles, comme l'ont amplement documenté les études précitées. Il resterait cependant possible, pour le service en cause, de démontrer qu'il respecte les conditions de passivité requises pour bénéficier du statut d'hébergeur, ou que les conditions d'une concurrence effective sont désormais réunies. Cette règle de dévolution de la charge de la preuve est plus adaptée à la disponibilité des données en cause, que seul cet opérateur est susceptible de détenir.

Le bénéfice des dispositions précitées de la directive pourrait être maintenu en deçà des seuils actuellement fixés par le projet de taxe sur les services numériques¹⁰² en termes de chiffre d'affaires ou de présence numérique significative¹⁰³. En d'autres termes, aujourd'hui les GAFAM et les (N)A(T)U, demain les BATX¹⁰⁴.

Dans un souci de proportionnalité, il resterait possible aux entreprises concernées, au terme d'une première période de cinq ans d'application de la directive, de démontrer à la Commission européenne, après consultation des autorités de la protection des données, du contrôleur européen des données et de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, et, à l'issue d'une consultation ouverte sur internet, qu'elles n'exercent pas de position dominante ou que l'interdiction de certaines pratiques ne se justifie plus, compte tenu de l'existence d'une concurrence effective suffisante. Mais la charge de la preuve serait ainsi inversée.

En outre, la Commission européenne pourrait proposer, de sa propre initiative ou sur proposition d'une autorité de régulation nationale, de soumettre d'autres fournisseurs de service au mécanisme de régulation économique prévu par le *Digital Services Act*, si elle estime qu'il s'agit d'« opérateurs puissants » atteignant les conditions de seuils fixées par d'autres instruments de droit dérivé (directive droit d'auteur¹⁰⁵ ou plateformes chargées de mettre en œuvre un mécanisme de traitement des plaintes dans le cadre du règlement *Platform-to-business*¹⁰⁶).

Des critères plus sophistiqués peuvent également être envisagés dans le cadre de listes européenne et nationales reposant sur un critère de dominance élargi¹⁰⁷, ou tenant compte de l'impact sociétal ou systémique des plateformes¹⁰⁸.

Il est ici proposé de combiner les deux approches : renversement de la charge de la preuve au

¹⁰¹ Voir, en ce sens : CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76; 9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/81, point 57; 2 avril 2009, *France Télécom*, C-202/07 P, point 105; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, point 112

¹⁰² Proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, 2018/0073(CNS), Présidence du Conseil de l'Union européenne, Orientation générale, 29 novembre 2018, n° 14886/18 ; voir également OCDE, Document de consultation, proposition globale de lutte contre l'érosion de la base d'imposition, pilier 2, 9 décembre 2019

¹⁰³ Proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS)

¹⁰⁴ Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft ; AirBnB, Uber (sans toutefois Netflix et Tesla, à ce jour hors champ, le premier étant un éditeur, le second un constructeur) ; Baidu, Alibaba, Tencent et

Xiaomi

¹⁰⁵ 10 millions d'euros à l'article 17, paragraphe 6 de la directive précitée sur le droit d'auteur

¹⁰⁶ Voir les plate-formes soumises à l'obligation de gérer un système interne de traitement des plaintes dans le cadre du règlement précité dit « *platform-to-business* », article 11, paragraphe 5, en référence à la définition des petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE. Cette même référence a été prise par le règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne

¹⁰⁷ Autorité de la concurrence, 19 février 2020, Contribution au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques ; voir également les études réalisées conjointement avec le Bundeskartellamt relatives au big data (mai 2016) et les algorithmes (novembre 2019)

¹⁰⁸ Voir, par exemple : ARCEP, *plateformes numériques structurantes, éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation*, décembre 2019.

bénéfice de la Commission européenne pour les opérateurs excédant les seuils de la taxe dite « GAFA » et les terminaux au-delà d'un certain seuil d'usage, et liste plus axée sur les critères traditionnels de la dominance pour les autres plateformes et terminaux, maintenant la charge de la preuve sur les institutions de l'Union européenne.

L'instauration, aux niveaux européen et national, de devoirs de précaution

L'article 15 de la directive sur le commerce électronique doit être précisé et complété, de manière à harmoniser les procédures par lesquelles les Etats membres peuvent enjoindre aux services en ligne de procéder au retrait d'informations, à instaurer certains devoirs de précaution ciblés et à autoriser les Etats membres à légiférer au niveau national pour garantir l'intégrité de leurs processus électoraux, selon des lignes directrices communes.

Quelques rappels à titre liminaire sont par ailleurs indispensables compte tenu de la vivacité du débat public sur ce sujet, en partie due à des confusions volontairement entretenues par certaines parties prenantes.

En premier lieu, il convient de rappeler que les mécanismes d'injonction à l'initiative de tiers, notamment d'autorités publiques, sont parfaitement indépendants de la responsabilité éventuelle des plateformes et de leur rôle, passif ou actif. Dans le domaine du droit d'auteur, ces principes sont clairement établis par le droit dérivé¹⁰⁹ et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁰.

En deuxième lieu, même dans sa rédaction actuelle, l'article 15 de la directive sur le commerce électronique ne s'oppose pas à l'institution d'obligations ciblées de retrait de contenus et de vigilance, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation de moyens laissant au destinataire une certaine marge de manœuvre dans son exécution¹¹¹, pour « *mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité* », et prévenir de nouvelles atteintes¹¹². Il n'y a donc, sur ces points précis, aucun recul de la liberté d'expression. Au contraire, il s'agit de rendre public et contrôlable un mécanisme qui repose aujourd'hui, en pratique, essentiellement, sur des mécanismes de retrait gérés par les seuls prestataires de services numériques, largement à l'abri du regard du public, des autorités politiques, voire des autorités de contrôle.

En troisième lieu, des obligations de retrait sont parfaitement compatibles avec la liberté d'expression garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que l'injonction, sauf urgence particulière, est prononcée par un juge ou une autorité administrative indépendante¹¹³, que cette autorité a procédé à une mise en balance et a ciblé son intervention¹¹⁴, de manière à ce qu'elle reste proportionnée. Les propos qui sont « *de nature clairement illicites et constitutifs d'un discours de haine ou d'incitation à la violence* » n'entrent pas dans le champ de la liberté protégée par l'article 10 de cette convention¹¹⁵. Par ailleurs, « *si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui* »¹¹⁶.

¹⁰⁹ Directive 2001/29/CE, article 8, paragraphe 3 et considérant 59 ; directive 2004/48/CE, article 11, et considérant 23

¹¹⁰ CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09

¹¹¹ CJUE, 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12

¹¹² CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09

¹¹³ Cour EDH, gr ch, 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers BV c/ Pays-Bas*, n° 38224/03 ; 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 58 ; 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, n° 33014/05, § 55

¹¹⁴ Cour EDH, 18 décembre 2012, *Yildirim c/ Turquie*, n° 3111/10

¹¹⁵ Cour EDH, gr ch, 16 septembre 2015, *Delfi c/ Estonie*, n° 64569/09

¹¹⁶ Cour EDH, 2008, *K.U. c. Finlande*, n° 2872/02, par 49

Dans ces conditions, le droit primaire ne s'opposerait pas à ce que le *Digital Services Act* :

- impose la désignation d'un point de contact dans l'Union européenne à toutes les plateformes, au-delà d'un seuil *de minimis* ;
- reprenne, si nécessaire, les principaux éléments du règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, en cours de négociation, ou autorise les Etats membres à agir en ce sens et à demander le retrait de contenus « odieux », en étant exonérés de la procédure de coopération préalable avec l'Etat d'établissement prévue par les paragraphes 4 à 6 de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique ;
- autorise les Etats membres, dans les mêmes conditions, à lutter contre la manipulation de l'information afin de protéger l'intégrité de leurs procédures électorales, notamment en imposant une obligation d'engagement, de bonne foi, de conventions de coopération pour identifier les diffusions d'informations à grande échelle et les interférences de pays étrangers. Il s'agirait également d'imposer aux services en ligne assurant la diffusion d'informations, sous réserve d'un seuil *de minimis*, de prendre des mesures efficaces et proportionnées à leurs ressources pour identifier des comptes robots et les supprimer ;
- permette aux Etats membres de doter des autorités de régulation indépendantes d'imposer, dans le respect du secret des affaires, la transparence des algorithmes de mise en exergue d'informations à caractère général et de modération des contenus mis en ligne, d'édicter des lignes directrices pour guider les obligations de précaution concernant les plus grands acteurs et de certifier les dispositifs internes de modération des contenus. Des travaux de réflexion, engagés en France à la suite d'un accord entre le président directeur général de Facebook et le Président de la République française, ont ainsi souligné l'intérêt de compléter les législations européenne et nationale en matière de retrait de contenus d'une obligation de « *duty of care* », de « régulation de l'auto-régulation » et d'une palette d'outils plus ciblée (mise en quarantaine, décélération, démonétisation, pédagogie ciblée...)¹¹⁷.

Ces mêmes travaux soulignent l'intérêt d'une régulation nationale dans un cadre commun européen. D'une part, la définition de contenus odieux ou haineux dépend de spécificités historiques, culturelles, législatives et jurisprudentielles propres à chaque Etat. D'autre part, une régulation à ce niveau présente l'intérêt de réconcilier le lieu où le dommage se produit et le lieu où la régulation est mise en œuvre.

Pour autant, un cadre commun européen est également nécessaire, pour garantir l'indépendance des régulateurs et dessiner un cadre commun et cohérent. Des lignes directrices communes pourraient ainsi être établies par la Commission, après consultation de l'ORECE et du groupe des régulateurs européens pour les services de médias audiovisuels (ERGA), le nombre des autorités de régulation nationales participant à ces deux instances étant appelé à évoluer en croissant. Le dispositif de notification à la Commission européenne et aux Etats membres de toute mesure affectant les services de la société de l'information¹¹⁸ resterait, par ailleurs, là également, applicable.

¹¹⁷ Mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », dirigée par Frédéric Potier et Serge Abiteboul, « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », mai 2019.

¹¹⁸ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information

3.2 Une réglementation sectorielle au bénéfice des consommateurs et des entreprises utilisatrices

Un consommateur acteur de la concurrence entre plateformes

Certains des prestataires de service en ligne (places de marché en ligne, moteurs de recherche en ligne, interfaces et offres forfaitaires de services internet dans lesquelles l'aspect télécommunications est auxiliaire et secondaire) répondant aux conditions de seuil les plus élevées (voir supra) pourraient être tenus, en complément du droit, ponctuel, à la portabilité, résultant de l'article 20 du RGPD, d'ouvrir un droit à l'interopérabilité.

Sur demande d'un consommateur, ces prestataires seraient tenus de fournir, sous la forme d'une interface de programmation dynamique, à des fins de réutilisation, toutes les données activement fournies qui n'ont pas de caractère personnel ainsi que les métadonnées associées aux adresses IP qu'il mentionne, à lui-même ou à toute personne qu'il désigne¹¹⁹.

Il pourrait exiger que ces données lui soient fournies selon un protocole défini par un règlement délégué de la Commission européenne, tout prestataire pouvant demander qu'un protocole soit mentionné dans cet acte.

S'agissant de terminaux de communications électroniques donnant accès à internet et de logiciels atteignant un certain seuil d'usage (différent de celui évoqué supra, qui ne concerne que les plateformes) le consommateur pourrait faire valoir un droit à la défragmentation ou à la désinstallation et, inversement, à l'installation d'applications numériques ou de navigateurs, sauf justifications objectives tirées de la sécurité, de l'intégrité ou le bon fonctionnement du système d'exploitation. A compter d'une date fixée par la directive, les fournisseurs puissants pourraient être tenus de commercialiser des terminaux « modulaires ».

Au-delà serait institué un principe plus général de neutralité des terminaux, interdisant d'introduire, dans la configuration ou le fonctionnement du système d'exploitation, des différences de traitement injustifiées entre les contenus, applications et services, par exemple en restreignant ou en favorisant de manière excessive l'accès à certains d'entre eux (par exemple en restreignant les possibilités de télécharger des applications, non disponibles sur le moteur de recherche intégré) ou en dégradant les fonctionnalités (par exemple le fonctionnement en arrière-plan, le mécanisme de paiement intégré).

Dans ces deux hypothèses, l'autorité de régulation nationale chargée des communications électroniques pourrait voir ses pouvoirs complétés, pour recueillir les données, agir aux fins de règlement des différends et imposer, le cas échéant, des sanctions administratives (voir également *in fine*) en cas de méconnaissance de ces obligations.

En complément, compte tenu des spécificités du secteur, il pourrait être exigé, selon les mêmes modalités que celles définies par les articles 12 et 20 du RGPD, soit de manière ponctuelle, le transfert de tout fichier et métadonnée, même non échangée pour l'utilisation d'un contrat.

¹¹⁹ Ces dispositions sont convergentes avec celles de la proposition de la Commission européenne concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les com-

munications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement e-privacy), qui a toutefois un champ d'application beaucoup plus large et poursuit d'autres finalités

Enfin, de manière annuelle, toute interface serait tenue d'informer le consommateur :

- de la portée du principe de neutralité des terminaux ;
- de ses droits à la portabilité, à l'interopérabilité et à la fragmentation ;
- de son droit, nouveau, à être informé de l'ensemble des catégories métadonnées, sur la base d'adresses IP fournies par le demandeur ; il est paradoxal que des droits aient été reconnus en ce sens aux entreprises utilisatrices dans le cadre de l'article 9 du règlement *platform-to business* et non aux consommateurs ;
- de son droit, nouveau, à être informé de toute conclusion d'accord d'interopérabilité conclu avec un tiers concernant les données à caractère personnel et les métadonnées de l'utilisateur¹²⁰.

La mise en œuvre de ce dernier droit pourrait être contrôlée par l'autorité nationale chargée de la protection des données, en raison de son expérience dans le traitement de plaintes affectant les droits individuels des personnes.

Le règlement pourrait prévoir des dispositions d'échanges d'informations entre ces deux catégories d'autorités administratives d'indépendantes ainsi que d'inspections à la demande de l'autorité d'un autre Etat membre.

Ces dispositions, organisant un droit à la portabilité et à l'interopérabilité seraient proportionnées et ciblées. En particulier au regard de la proposition, que certains avancent, de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données à caractère personnel et métadonnées, qui constituerait un réel frein à toute innovation de service en ligne.

Le droit à la défragmentation et à l'installation ne reviendrait pas à un accès de tout tiers au réseau puisqu'il dépendrait non pas d'une demande de l'éditeur du logiciel ou de l'application, mais du consommateur individuel.

Une demande d'un éditeur de logiciel resterait soumise aux conditions posées par la jurisprudence en matière d'abus de position dominante¹²¹ et de restrictions verticales, le droit de la concurrence actuel permettant de délimiter de façon plus aisée le marché pertinent et le pouvoir de marché dans ce secteur.

L'interdiction de certaines pratiques envers les entreprises utilisatrices

Les prestataires puissants pourraient se voir interdire toute pratique ou stipulation contractuelle ayant pour objet ou pour effet de :

- restreindre la possibilité, pour un consommateur, un contributeur, ou une entreprise utilisatrice, de conclure des contrats avec d'autres interfaces en ligne ;
- limiter le droit à la portabilité ou l'interopérabilité (voir *supra*) ;
- imposer un prix déterminé à une entreprise utilisatrice ou un contributeur indépendant, ou un prix maximum ;
- d'interdire à ces derniers de déterminer librement les prix et quantités vendues sur leurs propres canaux de distribution, en ligne ou hors ligne,
- de les obliger à une parité de modèles commerciaux (prix, conditions ou quantités) vis-à-vis d'autres interfaces en ligne ou d'autres canaux de distribution, en ligne ou hors ligne.

Ces clauses ou pratiques ont, en effet, un effet anti-concurrentiel largement documenté lorsqu'elles sont mises en œuvre par des opérateurs puissants (voir *supra*)¹²².

¹²⁰ Par exemple, un accord entre Facebook et Cambridge Analytica

¹²¹ CJUE, 16 juillet 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13

¹²² L'Autorité de la concurrence française a proposé une liste plus large encore dans sa contribution précitée du 19 février 2020, certaines pratiques dépendant d'analyses de marché plus sophistiquées

3.3 Une mise en œuvre plus efficace des droits

Des obligations spécifiques de notification des concentrations

L'Autorité de la concurrence française relève que, depuis 2008, Google a acquis 168 entreprises, dont beaucoup étaient des concurrents potentiels (Waze pour les services de navigation, YouTube pour les vidéos, DoubleClick et AdMob dans la publicité en ligne), Facebook 71 (parmi les plus importantes, Instagram en 2012 et WhatsApp en 2014).

Elle estime que « Ces acquisitions permettent le plus souvent d'intégrer l'activité de jeunes start-up à l'écosystème de l'acquéreur. Elles peuvent également avoir pour objectif d'acquérir une communauté d'utilisateurs potentiels (Facebook/WhatsApp) ou des compétences techniques ou humaines rares sur le marché. Ces acquisitions peuvent ainsi avoir, sinon pour objectif, du moins pour effet d'assécher le marché du travail alors que les ressources humaines expertes disponibles sont souvent rares et précieuses. Par cette politique d'acquisition très intensive, certains acteurs pourraient de façon effective freiner l'apparition de concurrents potentiels qui auraient pu proposer au consommateur une alternative. Ces opérations d'acquisition réalisées « sous les seuils » peuvent faire craindre une appropriation de l'innovation par certains acteurs dominants qui pourrait être dommageable pour l'économie, faute de contrôle effectif de la part des autorités de concurrence. (...)

Dans de nombreux cas, l'acquéreur ne « tue » pas la cible, comme dans les cas des killer acquisitions, mais au contraire la conserve et développe fortement son activité : les exemples de WhatsApp et Instagram rachetés par Facebook, ou de Double Click et YouTube rachetés par Google, sont à cet égard particulièrement parlants, ces entités ayant connu un développement notable après leur rachat, et contribuant de façon très significative au succès de leurs acquéreurs.

Il peut donc y avoir plusieurs configurations différentes : l'acquisition d'un concurrent pour l'éliminer ou le mettre en sommeil ou l'acquisition d'une entreprise qui vient renforcer la position de l'acquéreur sur un même marché ou des marchés voisins. Aujourd'hui, ces politiques d'acquisition qui ne sont soumises à quasiment aucun contrôle permettent à certains acteurs d'accroître leurs positions sur le marché : on peut parler d'acquisitions « consolidantes » ou « englobantes ». Ces acquisitions peuvent leur permettre de renforcer leur dominance sur leur marché principal et/ou sur un marché voisin. »

Eu égard au risque d'acquisitions prédatrices ou dommageables à l'innovation, et aux difficultés que représente la mesure de celui-ci dans le cadre des seuils actuels fixés par le règlement « concentrations » ¹²³, exposées par les contributions précitées de l'Autorité de la concurrence française comme par les rapports *Stigler*, *Cremer* et *Furman*, les fournisseurs puissants pourraient faire l'objet d'un régime dérogatoire, les obligeant à notifier à la Commission européenne et aux autorités nationales de concurrence toute concentration avec une entreprise dirigeant ses activités vers l'Union européenne, par dérogation aux seuils fixés par les articles 1^{er} et 5 de ce règlement et à respecter un délai de *statu quo*.

La Commission, de sa propre initiative ou sur demande d'une autorité nationale de concurrence, au moyen d'un mémoire motivé, pourrait « engager une procédure » dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours ouvrables ou enjoindre à une entreprise de notifier une concentration.

Les dispositions législatives nécessaires pourraient sans doute être prises par le seul Conseil, à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission européenne fondée sur le paragraphe 5 de l'article 1er du règlement précité.

¹²³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

En cas de défaut de notification ou d'information trompeuse, les sanctions prévues par l'article 14 du règlement « concentrations » seraient applicables. Elles ont déjà été mises en œuvre de manière notable, dans le cadre juridique en vigueur, dans l'affaire Facebook/Whatsapp.¹²⁴, qui n'avait par ailleurs été notifiée auprès de la Commission européenne qu'en raison d'un renvoi, en application de l'article 22 du règlement relatif aux concentrations, de la part d'Etats dont les seuils nationaux étaient atteints (Espagne, Chypre, Royaume-Uni).

Il reviendrait le cas échéant aux législateurs nationaux de compléter par ailleurs leur dispositif de contrôle, en-deçà des seuils européens, de manière coordonnée. L'Allemagne, l'Autriche et la France ont engagé des travaux en ce sens.

Un mécanisme de sanction efficace et dissuasif

L'instauration de l'ensemble des autres obligations nouvelles précitées appelle un mécanisme de sanction efficace et dissuasif.

A cet effet, il est proposé de s'appuyer, autant que faire se peut, sur les autorités administratives indépendantes sectorielles ou les autorités de concurrence nationales, et de répliquer les mécanismes de sanction administrative permettant d'imposer une amende tenant compte de la durée, de la gravité de l'infraction, ainsi que du caractère lucratif de celle-ci, jusqu'à un montant représentant 4% du chiffre d'affaires en cause.

La sanction de nullité peut également présenter une certaine efficacité s'agissant de relations entre professionnels.

Par ailleurs, il conviendrait d'étendre les mécanismes de l'action en cessation et de l'action représentative ouverte aux consommateurs pour assurer la bonne application des nouveaux droits reconnus aux entreprises utilisatrices.

¹²⁴ Commission européenne, 3 octobre 2014, Facebook/Whatsapp, COMP/M.7217

CONCLUSION

Une ébauche des éléments clés du *Digital Services Act* reposant sur ces grands axes est proposée en annexe. La rédaction est largement inspirée d'instruments voisins du droit de l'Union cités dans la présente note. L'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne offrirait une base juridique appropriée, à l'exception des dispositions relatives au contrôle des concentrations, pour les motifs déjà exposés, qui ne devraient être adoptée, en principe, que par le Conseil de l'Union européenne¹²⁵.

Ces propositions ont vocation à stimuler un débat appelé à durer.

La Commission européenne a, en effet, annoncé des consultations au printemps 2020, avant l'élaboration, d'ici la fin de cette année, d'une proposition législative assortie d'une étude d'impact, qui sera, naturellement, soumise au Parlement européen et au Conseil.

Par ailleurs, pour important que soit le Digital Services Act, il ne s'agit que l'une des nombreuses dimensions d'une politique nationale et européenne en faveur du numérique ou même de la régulation des services numériques, qui passe de nombreux leviers, réglementaires ou non.

Le soutien juridique ou financier à l'innovation, au capital-risque et au capital-développement, la politique commerciale commune, la réglementation financière et prudentielle, notamment des crypto-monnaies, la définition d'un niveau minimal de conditions de travail au bénéfice des personnes physiques contributrices des plateformes, la mise en œuvre des nouveaux droits voisins au bénéfice de la presse, du RGPD ou de la directive services de médias audiovisuels, l'adaptation de la fiscalité à la spécificité des modèles économiques du secteur numérique, les enjeux de l'intelligence artificielle¹²⁶ et du partage de données collectées par le secteur privé¹²⁷, le déploiement de la 5 G, la cyber-sécurité sont autant de sujets nouveaux à approfondir par ailleurs aux niveaux européen et national.

L'éducation au numérique, la formation professionnelle, l'étude d'impact des propositions législatives sur les PME dans le secteur du numérique, notamment en matière fiscale, la numérisation des services publics dans des conditions de respect de la vie privée et de sécurité satisfaisantes, ressortissant exclusivement de la compétence des Etats membres, constituent par ailleurs autant d'enjeux d'avenir pour le « Digital New Deal ».

¹²⁵ Il n'a pas été estimé utile de rédiger une proposition sur ce point, celle-ci n'ayant qu'un aspect purement technique et n'ouvrant pas un large éventail d'options

¹²⁶ Voir notamment sur ce point : Céline Castets-Renard, Professeure, Université d'Ottawa, Titulaire de la Chaire « Law, Accountability and Social Trust in AI », Comment construire une intelligence artificielle responsable et inclusive ?, Recueil Dalloz 2020 p.225 ainsi que le rapport précité de la mission « créer un cadre français de

responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », pp. 25-26

¹²⁷ La Commission européenne a annoncé à cet effet un Data Act pour l'année 2021. Commission européenne, 19 février 2020, A European strategy for data, COM (2020)66 final; White Paper On Artificial Intelligence – a European approach to excellence and trust, COM(2020)65 final

ANNEXE

Proposition de directive relative aux interfaces et services numériques en ligne

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
et notamment son article 114, (...)

(considérants...)

TITRE 1 DISPOSITIONS GENERALES

Article 1^{er}

Objet

1. La présente directive a pour objet de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en fixant les règles visant à garantir aux consommateurs et utilisateurs professionnels de services en ligne la possibilité d'exercer le libre choix des services qu'ils regardent comme les plus avantageux, le bénéfice d'une transparence appropriée, d'équité et de possibilités de recours efficaces.

2. La présente directive ne s'applique pas :

- aux activités menées par les autorités publiques, notamment à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces.
- aux activités mentionnées à l'article 1er, paragraphe 5 de la directive 2000/31/CE ;
- aux services de fourniture de médias audiovisuels ;
- aux droits d'auteur et aux droits voisins, sauf disposition contraire de la présente directive ;
- aux services financiers, notamment les services de paiement en ligne ;
- aux services de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité et de chauffage urbain ;
- aux offres forfaitaires dont la finalité exclusive est de fournir des services de communications électroniques ;
- aux outils publicitaires en ligne et aux échanges publicitaires en ligne qui ne sont pas proposés en vue de faciliter l'engagement de transactions directes et qui n'impliquent pas une relation contractuelle avec les consommateurs ;
- aux plateformes de développement et de partage de logiciels libres ;
- aux services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage.

3. La présente directive est sans préjudice de l'application du droit de l'Union européenne et des règles nationales qui, conformément au droit de l'Union :

- protègent les intérêts des consommateurs ;
- interdisent ou sanctionnent les ententes, comportements unilatéraux ou les pratiques commerciales déloyales ;
- ordonnent, dans le respect des droits garantis par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, la suppression de contenus portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, à l'ordre public, à la dignité humaine ou à l'honneur et la réputation d'autrui ;
- promeuvent la diversité culturelle et linguistique et assurent la défense du pluralisme.

4. La présente directive ne porte pas atteinte au droit civil national, en particulier au droit des contrats, tel que les règles relatives à la validité, à la formation, aux effets ou à la résiliation d'un contrat, dans la mesure où les règles du droit civil national sont conformes au droit de l'Union et où les aspects pertinents ne sont pas régis par le présent règlement.

5. La présente directive ne s'applique pas :

- aux microentreprises et petites entreprises telles qu'elles sont définies dans la recommandation

2003/361/CE de la Commission ;

- aux exploitants de services non établis dans l'Union européenne qui ne ciblent pas leurs activités sur les utilisateurs d'un ou plusieurs Etats membres au sens de l'article 17, paragraphe 1, point c), du règlement (UE) n° 1215/2012.

6. La présente directive, sauf dispositions contraires, ne porte pas préjudice à l'application d'autres instruments du droit de l'Union européenne notamment :

- de la directive n°2006/123/CE sur les services dans le marché intérieur ;
- du règlement (UE) n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union ;
- du règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne ;
- de la directive n° xxxx/UE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. « services numériques » : les services fournis sur l'internet ou sur un réseau électronique et dont la nature rend la prestation largement automatisée, accompagnée d'une intervention humaine minimale, et impossible à assurer en l'absence de technologie de l'information, incluant notamment :

- (a) la fourniture de produits numériques en général, en ce compris les logiciels et leurs modifications ou leurs mises à jour ;
- (b) les services consistant à assurer ou à soutenir la présence d'entreprises ou de particuliers sur un réseau électronique, tels qu'un site ou une page internet ;
- (c) les services générés automatiquement par ordinateur sur l'internet ou sur un réseau électronique, en réponse à des données particulières saisies par le preneur ;
- (d) l'octroi, à titre onéreux, du droit de mettre en vente des biens ou des services sur un site internet opérant comme marché en ligne, où les acheteurs potentiels font leurs offres par un procédé automatisé et où les parties sont averties de la réalisation d'une vente par un courrier électronique généré automatiquement par ordinateur ;
- (e) les offres forfaitaires de services internet (ISP) dans lesquelles l'aspect télécommunications est auxiliaire et secondaire, en d'autres mots des forfaits allant au-delà du simple accès à l'internet et comprenant d'autres éléments comme des pages à contenu donnant accès aux actualités, à des informations météorologiques ou touristiques, des espaces de jeu, l'hébergement de sites, l'accès à des débats en ligne ou tout autre élément similaire ;
- (f) les services énumérés à l'annexe 1.

2. « interface numérique » : tout logiciel, y compris un site internet ou une partie de celui-ci, et toute application, y compris les applications mobiles, accessibles par les utilisateurs ;

3. « utilisateur » : toute personne physique ou entreprise ;

4. « consommateur », toute personne physique agissant à des fins étrangères à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ;

5. « place de marché en ligne » : un service numérique qui permet à des consommateurs et/ou à des professionnels au sens de l'article 4, paragraphe 1, point a) ou point b) respectivement, de la directive (UE) 2013/11 du Parlement européen et du Conseil de conclure des contrats de vente ou de service en ligne avec des professionnels soit sur le site internet de la place de marché en ligne, soit sur le site internet d'un professionnel qui utilise les services informatiques fournis par la place de marché en ligne ;

6. « moteur de recherche en ligne » : un service numérique qui permet aux utilisateurs d'effectuer des recherches sur, en principe, tous les sites internet ou sur les sites internet dans une langue donnée, sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot clé, d'une phrase ou d'une autre entrée, et qui renvoie des liens à partir desquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé ;

7. « entreprise associée » : une entité qui est liée à l'entité particulière en question de l'une ou de plusieurs des façons suivantes :

(a) l'une d'elles participe à la gestion de l'autre par le fait qu'elle est en mesure d'exercer une influence notable sur l'autre ;

(b) l'une d'elles participe au contrôle de l'autre au moyen d'une participation, directement ou indirectement, dans l'autre qui dépasse 20 % des droits de vote ;

(c) l'une d'elles participe au capital de l'autre au moyen d'un droit de propriété, directement ou indirectement, dans l'autre qui dépasse 20 % du capital ;

Si plus d'une entité participe à la gestion, au contrôle ou au capital de la même entité de l'une ou de plusieurs des façons énoncées aux points a) à c), toutes ces entités sont considérées également comme des entreprises associées les unes aux autres.

Si la même entité participe à la gestion, au contrôle ou au capital de plus d'une entité de l'une ou de plusieurs des façons énoncées aux points a) à c), toutes ces entités sont considérées également comme des entreprises associées les unes aux autres.

En cas de participations indirectes, le respect des critères énoncés aux points b) et c) est déterminé en multipliant les taux de pourcentage de détention successivement aux différents niveaux. Une entité détenant plus de 50 % des droits de vote est réputée détenir 100 % de ces droits.

8. « groupe » : toute entité comprenant une entreprise mère et l'ensemble de ses entreprises filiales au sens de l'article 2, point 11, de la directive (UE) 2013/34 du Parlement européen et du Conseil ;

9. « terminal » : tout équipement répondant aux conditions prévues par l'article 1er, point 1), de la directive 2008/63/CE de la Commission ;

10. « adresse IP (protocole internet) » : une série de chiffres attribuée aux appareils en réseau pour leur permettre de communiquer entre eux par internet ;

11. « données dynamiques », des documents se présentant sous forme numérique et faisant l'objet d'actualisations fréquentes ou en temps réel, notamment à cause de leur volatilité ou de leur obsolescence rapide ;

12. « métadonnée » : les données traitées dans un réseau de communications électroniques aux

fins de la transmission, la distribution ou l'échange de contenu de communications électroniques, y compris les données permettant de retracer une communication et d'en déterminer l'origine et la destination ainsi que les données relatives à la localisation de l'appareil produites dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques, et la date, l'heure, la durée et le type de communication ;

TITRE 2

OPERATEURS DE SERVICES NUMERIQUES PUISSANTS

Article 3

Fournisseur de service numérique ou interface numérique puissante

1. Aux fins de l'application des articles 6 à 12, on entend par fournisseur puissant de service numérique ou interface numérique puissante toute entreprise ou groupe ou entreprise associée à cette entreprise ou ce groupe lorsque cette entreprise ou ce groupe remplit l'une ou l'autre des deux conditions :

(a) Le montant total de ses produits bruts, hors taxe sur la valeur ajoutée, déclaré au niveau mondial pour le dernier exercice clos est supérieur à 750 000 000 EUR et le montant total des produits générés au sein de l'Union durant le dernier exercice clos est supérieur à 50 000 000 EUR ;

(b) une ou plusieurs des conditions suivantes sont remplies en ce qui concerne la fourniture de ces services par l'entité exerçant cette activité, considérée conjointement avec la fourniture de tels services par l'intermédiaire d'une interface numérique par chacune des entreprises associées de cette entité au niveau consolidé :

(i) la part du total des produits tirés au cours de l'exercice clos et résultant de la fourniture de ces services numériques à des utilisateurs situés dans cet État membre au cours de cette période est supérieure à 7 000 000 EUR ;

(ii) le nombre d'utilisateurs de l'un ou de plusieurs de ces services numériques qui sont situés dans cet État membre au cours du dernier exercice clos est supérieur à 100 000 ;

(iii) le nombre de contrats commerciaux pour la fourniture de tels services numériques qui sont conclus au cours du dernier exercice clos par des utilisateurs situés dans cet État membre est supérieur à 3 000.

2. Les activités économiquement significatives exercées par la présence numérique significative par l'intermédiaire d'une interface numérique comprennent, entre autres, les activités suivantes :

(a) la collecte, le stockage, le traitement, l'analyse, le déploiement et la vente de données au niveau de l'utilisateur ;

(b) la collecte, le stockage, le traitement et l'affichage de contenu généré par l'utilisateur ;

(c) la vente d'espaces publicitaires en ligne ;

(d) la mise à disposition de contenu créé par des tiers sur un marché numérique ;

(e) la fourniture de tout service numérique non énuméré aux points a) à d), notamment les services de place de marché en ligne ou de moteur de recherche en ligne.

3. En ce qui concerne l'utilisation des services numériques, un utilisateur est réputé être situé dans l'Union européenne au cours d'un exercice si l'utilisateur utilise un appareil dans cet État membre au cours de cette période pour accéder à l'interface numérique par l'intermédiaire de laquelle les services numériques sont fournis.

4. En ce qui concerne l'affichage publicitaire, l'utilisateur est réputé se trouver dans un Etat membre durant un exercice si la publicité apparaît sur l'appareil de l'utilisateur à un moment où cet appareil est utilisé dans l'Etat membre considéré durant cette période pour avoir accès à une interface numérique.

5. En ce qui concerne la conclusion de contrats portant sur la fourniture de services numériques :

(a) un contrat est considéré comme un contrat commercial si l'utilisateur conclut un contrat au cours de l'exercice d'une activité ;

(b) un utilisateur est réputé être situé dans un Etat membre au cours d'un exercice :

(i) s'il s'agit d'une personne physique, s'il y a sa résidence habituelle ;

(ii) s'il s'agit d'une personne morale, si elle y dispose d'un établissement stable ou si elle est résidente fiscale d'un Etat membre de l'Union européenne ;

(iii) dans l'un et l'autre cas, la personne est également réputée située dans un Etat membre si l'adresse indiquée lors de la conclusion d'un service de fourniture d'accès aux communications électroniques ou l'adresse IP (protocole internet) de l'appareil ou d'un contrat est située sur le territoire de l'Union européenne. Si elle est plus précise, toute autre méthode de géolocalisation permettant de situer la personne au sein de ce territoire peut être utilisée.

6. La part du total des produits visée au paragraphe 1, point b), est déterminée par rapport au nombre de fois où ces appareils sont utilisés au cours de cette période d'imposition par des utilisateurs situés n'importe où dans le monde pour accéder à l'interface numérique par l'intermédiaire de laquelle les services numériques sont fournis.

7. Pour déterminer les produits attribuables au titre du paragraphe 1, l'entreprise utilise la méthode de partage des bénéfices, à moins qu'elle ne prouve qu'une autre méthode fondée sur des principes acceptés au niveau international est plus adéquate eu égard aux résultats de l'analyse fonctionnelle. Les facteurs de partage peuvent inclure les dépenses engagées pour la recherche, le développement et la commercialisation, ainsi que le nombre d'utilisateurs et les données recueillies par Etat membre.

8. Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par une décision de la Commission européenne afin d'être mises en cohérence avec celles mises en œuvre aux fins de l'institution d'une taxe sur les services numériques au niveau de l'Organisation de coopération et de développement économique ou en application d'un acte de droit de l'Union européenne.

9. Toute entreprise ou tout groupe relevant du champ d'application du présent article peut, à compter de l'expiration d'un délai de 5 ans après l'échéance de transposition de la présente directive, demander à ne plus être considérée comme une interface numérique puissante. Elle assortit sa demande d'une analyse de la structure de l'offre et de la demande.

Si la Commission, après consultation du comité européen de la protection des données institué en vertu de l'article 68 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil et l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques prévu par le règlement (UE) 2018/1971, et à l'issue d'une consultation ouverte sur internet, estime qu'il n'est plus nécessaire, pour la réalisation de l'objet de la présente directive, de considérer cette entreprise ou ce groupe comme puissant, elle émet un avis motivé, qui fait l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Elle peut adopter un acte d'exécution suivant la procédure définie par l'article 5 du règlement (UE) n° 182/2011. Cet acte ne peut être adopté si aucun avis n'est émis.

10. Par dérogation aux dispositions précédentes, un acte d'exécution, adopté selon la procédure de l'article 5 du règlement (UE) n° 182/2011, peut soumettre une entreprise ou groupe d'entreprise à l'application des articles 6 à 12 de la présente directive en raison de la position dominante qu'il ou qu'elle exerce sur un marché concerné.

La Commission peut proposer un acte en ce sens de sa propre initiative ou sur demande motivée d'une autorité de concurrence d'un Etat membre, d'une autorité réglementaire mentionnée par la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen ou par le règlement (UE) 2016/679.

Article 4

Terminaux et logiciels puissants

Aux fins de l'application de l'article 10, un terminal, un système d'exploitation ou un logiciel est considéré comme puissant si le nombre d'utilisateurs qui sont situés dans un Etat membre au cours de la dernière année civile est supérieur à 100 000 et si le montant total des produits générés au sein de l'Union durant cette même année est supérieur à 50 000 000 EUR.

TITRE 3

RESPONSABILITE ET OBLIGATIONS DES EXPLOITANTS DE SERVICES NUMERIQUES

Article 5

Représentant

1. Chaque Etat membre veille à ce que tout fournisseur de service numérique, interface numérique, place de marché en ligne ou moteur de recherche en ligne relevant de la présente directive qui n'est pas établi dans l'Union désigne un représentant auprès des autorités publiques des Etats membres. Le représentant est établi dans l'un des Etats membres dans lesquels les services sont fournis.

2. La désignation d'un représentant est sans préjudice d'actions en justice qui pourraient être intentées contre le fournisseur lui-même et de la compétence des Etats membres pour prendre des mesures vis-à-vis de cet exploitant.

Article 6

Déclaration annuelle

1. Les Etats membres veillent à ce que toute entreprise relevant de l'article 3 dépose, auprès de chacun des Etats membres concerné, au titre de chaque exercice, une déclaration des données mentionnées à cet article, dans les 90 jours suivant la clôture de l'exercice de l'entreprise ou du groupe.

2. La Commission peut adopter des actes d'exécution pour définir un format commun de déclaration suivant la procédure définie par l'article 5 du règlement (UE) n° 182/2011.

3. Les dispositions du 1 du présent article peuvent être modifiées par une décision de la Commission européenne afin d'être mises, le cas échéant, en cohérence avec l'institution de la taxe mentionnée à l'article 3, paragraphe 9.

Article 7 **Responsabilité**

1. L'article 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil n'est plus applicable aux entreprises relevant de l'article 3, à compter de ...(date).

Ces dispositions sont sans préjudice de l'application de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur.

2. Les paragraphes 4 à 6 de l'article 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil ne sont plus applicables, à compter de... (date à fixer) :

(a) aux mesures prises par les Etats membres, conformément aux autres dispositions du droit de l'Union européenne, pour lutter, sur leurs territoires respectifs, contre les contenus illicites en ligne, en particulier dans le domaine couvert par la recommandation (UE) 2018/334 de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne ;

(b) aux mesures prises par les Etats membres pour doter l'autorité réglementaire nationale prévue par le règlement (UE) 2018/1971 ou par la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du pouvoir :

(i) d'imposer aux fournisseurs de services en ligne relevant des articles 3 et 4 de la présente directive la publication des principaux paramètres déterminant, individuellement ou collectivement, la sélection d'une publication de presse, d'une information liée à l'actualité, de la mise en ligne d'un contenu et son signalement à l'utilisateur ainsi que les raisons justifiant l'importance relative de ces principaux paramètres par rapport aux autres paramètres, dans les conditions générales ainsi que sur d'autres supports, formulés de manière claire et compréhensible pour un consommateur moyen ;

(ii) de certifier les mécanismes de modération des contenus des fournisseurs de services en ligne pour lutter contre les contenus illicites en ligne ;

(iii) de publier des bonnes pratiques et recommandations à destination des entreprises intéressées.

(c) aux mesures prises par les Etats membres pour préserver l'intégrité de leurs processus électoraux.

Les Etats membres peuvent notamment, à cette fin, imposer une obligation tendant à la mise en œuvre de mesures proactives ciblées pour identifier les diffusions d'informations à grande échelle, les comptes robots, et les interférences de pays étrangers.

3. Les mesures prises par les Etats membres en application du paragraphe 2 doivent être efficaces et proportionnées. Pour apprécier leur proportionnalité, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération :

(a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type de contenus téléversés par les utilisateurs du service ;

(b) la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services

4. Des mesures proactives relatives à la prévention de la réapparition de contenus bloqués ne peuvent être exigées des exploitants de service dont le nombre moyen de visiteurs uniques

mensuels est inférieur à 5 millions. Ce chiffre est calculé sur la base de l'année civile précédente.

5. La responsabilité des exploitants ne peut être engagée s'ils démontrent que :

- (a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour mettre en œuvre les mesures proactives demandées, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle,
- (b) ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part d'une autorité publique, pour bloquer l'accès aux contenus,
- (c) ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher que ce mêmes contenus soient de nouveau disponibles en ligne.

6. Les mesures prises par les Etats membres en application du paragraphe 2 sont notifiées à la Commission et aux autres Etats en application de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil.

Elles tiennent compte de l'incidence des mesures concernées sur les droits fondamentaux des utilisateurs et de l'importance fondamentale de la liberté d'expression. La décision est adressée de la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées dans une société ouverte et démocratique.

7. Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne ne sont pas tenus, lorsqu'ils satisfont aux exigences mentionnées par le présent article, de divulguer leurs algorithmes.

8. L'article 15, paragraphe 1 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil ne fait pas obstacle :

- à l'application des dispositions de la présente directive ;
- aux mesures mentionnées au paragraphe 2 du présent article.

9. La Commission peut adopter des recommandations ou des lignes directrices relatives aux mesures mentionnées au paragraphe 2.

Elle consulte préalablement l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques prévu par le règlement (UE) 2018/1971 et le groupe des régulateurs européens pour les services de médias audiovisuels créé par la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil.

TITRE 4

DROITS DES CONSOMMATEURS

Article 8

Droit à la mobilité et à la portabilité

1. Les Etats membres veillent à ce que tout consommateur ait le droit de recevoir, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible en machine, à des fins de réutilisation, tout ou partie des données, à caractère personnel ou non, qu'il a renseignées dans l'interface ou le service numérique, ainsi que de ses métadonnées et des fichiers associés à son compte d'utilisateur, son identifiant ou son adresse IP. Il désigne, le cas échéant, le tiers habilité à recevoir ces données.

Les Etats membres veillent également à ce que le consommateur puisse demander à recevoir ces données, à compter de la date qu'il fixe, sous une forme dynamique, au moyen d'une interface de programme d'application (API), et à ce que l'exploitant ne puisse refuser de faire droit à cette demande que pour des motifs tenant à l'intégrité de son service, à son bon fonctionnement ou à leur sécurité. Un tel refus ne peut être exercé lorsque le consommateur se fonde sur un protocole d'interopérabilité mentionné dans l'acte d'exécution visé au paragraphe 5.

Les Etats membres veillent à ce que, lorsque le fournisseur oppose un refus, il engage de bonne foi ses meilleurs efforts pour proposer une interface permettant de répondre à la demande du consommateur. Cette procédure ne doit pas induire de charges disproportionnées.

Les droits mentionnés aux précédents alinéas sont exercés conformément aux conditions prévues par les articles 12 et 20 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil.

Les Etats membres ne peuvent subordonner l'exercice de ces droits à l'existence de relations contractuelles entre le fournisseur et la personne désignée par le consommateur pour recevoir les données.

2. Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs de services répondant aux conditions fixées dans l'article 3 proposent aux consommateurs, à titre gratuit, une interface de programme d'application permettant de transmettre les données mentionnées au paragraphe 1 de manière dynamique, au moyen d'une API sécurisée.

3. Les Etats membres veillent à doter les autorités réglementaires nationales mentionnées par la directive (UE) 2018/182 du 11 décembre 2018 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen des pouvoirs et ressources suffisants pour assurer un règlement des différends et imposer, le cas échéant, des mesures aux fournisseurs concernés, ainsi que des sanctions administratives adaptées, proportionnées et dissuasives, conformément à l'article 15.

4. La Commission européenne adopte, dans le cadre de la procédure définie à l'article 4 du règlement (UE) n° 182/2011 une liste de normes ou de spécifications techniques relatives à l'interopérabilité des données et des protocoles présumés fiables, que les fournisseurs de services numériques ne peuvent rejeter en raison d'un risque d'atteinte à l'intégrité, au bon fonctionnement ou à la sécurité de leurs propres services. Elle réexamine cette liste annuellement. Elle prend position, au plus tard dans un délai de six mois, sur la demande tendant à ce qu'un nouveau protocole soit inscrit sur cette liste.

5. Ni l'article 6 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, ni

aucun droit de propriété intellectuelle garanti par le droit de l'Union européenne ou le droit des Etats membres en conformité avec le droit de l'Union européenne, ni le secret des affaires au sens de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 ne peuvent faire obstacle à l'application des précédents alinéas.

Article 9

Droit à l'information, à l'opposition et à l'effacement

1. Les Etats membres veillent à ce que tout consommateur ait le droit de recevoir une information de son fournisseur de service numérique sur :

- l'existence d'accord d'interopérabilité conclu entre le fournisseur et un tiers permettant d'accéder aux données précitées ou à ses données à caractère personnel et les principales conditions applicables, notamment le niveau d'agrégation des données en cause.
- la nature et la finalité des traitements et retraitements effectués sur les données renseignées, que ce soit ou non aux fins de l'exécution d'un contrat, et des fichiers qu'il y a téléversés, y compris lorsqu'ils ne revêtent pas le caractère de données à caractère personnel au sens de l'article 4, paragraphe 1 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil. Cette exigence ne concerne que les finalités de ces traitements et retraitements excédant ce qui est nécessaire pour assurer la communication, pendant la durée nécessaire à cette fin, ou pour maintenir ou rétablir la sécurité des réseaux et services de communications électroniques ou détecter des défaillances techniques et/ou des erreurs dans la transmission des communications électroniques, pendant la durée nécessaire à cette fin.

2. Les Etats membres veillent à ce que tout consommateur ait la possibilité, à tout moment :

- de s'opposer à ce que les métadonnées relatives à l'utilisation des services numériques fassent l'objet d'un retraitement ou d'une rediffusion à un tiers par un accord d'interopérabilité, dans les conditions prévues par l'article 21 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil ;
- de demander l'effacement de ses métadonnées, dans les conditions prévues par l'article 17 du même règlement.

3. Les Etats membres veillent à doter les autorités chargées de s'assurer du respect, par les fournisseurs concernés, des obligations fixées au présent article, soient dotées des ressources et pouvoirs nécessaires pour recueillir les informations auprès des fournisseurs concernés et imposer, le cas échéant, des mesures ainsi que des sanctions administratives adaptées, proportionnées et dissuasives, conformément à l'article 15.

Article 10

Droit à la défragmentation

1. Les Etats membres veillent à ce que tout fournisseur d'un terminal ou d'un service visé à l'article 4 ne limite pas le droit des consommateurs :

- d'accéder aux applications, services et contenus numériques de leur choix, quel que soit le lieu où il se trouve, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service concerné ;
- d'utiliser et de fournir des applications et des services.

Ce droit peut inclure la désinstallation ou l'installation d'une application ou d'un logiciel.

Toutefois, les Etats membres peuvent restreindre ce droit pour assurer la mise en œuvre d'obligations conformes au droit de l'Union, pour autoriser le fournisseur à assurer la sécurité ou le bon fonctionnement du terminal, l'intégrité de son contenu et de ses données.

Les Etats membres veillent à ce que le fournisseur ne puisse exiger du consommateur qui exerce ce droit un prix excédant le coût de l'opération et à ce qu'il informe préalablement le consommateur de ce coût.

Les Etats membres ne peuvent subordonner l'exercice de ces droits à l'existence de relations contractuelles entre le fournisseur et la personne désignée par le consommateur pour recevoir les données.

2. Les Etats membres veillent à ce que, au plus tard à compter de (date...) l'offre de terminaux commercialisés par les fournisseurs visés à l'article 4 permette :

- (a) de désinstaller les applications, services et contenus numériques vendus avec le terminal ou liés au logiciel d'exploitation ;
- (b) d'installer, aux frais et risques du consommateur, un logiciel d'exploitation, un moteur de recherche ou une boutique d'applications provenant d'un autre fournisseur. Le fournisseur ne peut exclure de cette possibilité que les services figurant sur une liste de fournisseurs ou d'Etats fixée par l'autorité réglementaire nationale mentionnée par la directive la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 du Parlement européen et du Conseil ou par l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques créé par le règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil.

3. Les Etats membres veillent à désigner une autorité de contrôle indépendante chargée de veiller à l'application, par les fournisseurs concernés, des obligations définies aux précédents alinéas, en privilégiant les autorités de concurrence des Etats membres ou les autorités réglementaires nationales mentionnées par la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil.

Les Etats membres veillent à ce que ces autorités soient dotées des pouvoirs et ressources suffisants, notamment pour recueillir les informations nécessaires, assurer un règlement des différends et imposer, le cas échéant, des mesures aux fournisseurs concernés, ainsi que des sanctions administratives adaptées, proportionnées et dissuasives, conformément à l'article 15.

Article 11

Information des consommateurs

Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs de services relevant de la présente directive informent, dans la mesure où ils sont concernés, les consommateurs des droits définis aux articles 8 à 10, à un rythme semestriel, dans un langage clair et compréhensible, accessible au consommateur moyen.

TITRE 5

RELATIONS ENTRE LES PLATEFORMES ET LES UTILISATEURS

Article 12

Restrictions interdites

1. Les Etats membres veillent à ce que soit inopposable toute clause dans un contrat conclu entre une interface en ligne visée à l'article 3 et une entreprise utilisatrice ayant pour objet ou pour effet :

- (a) d'imposer, directement ou indirectement, le prix de revente d'un bien ou d'un service, ou un prix maximal ;
- (b) de restreindre la possibilité, pour un utilisateur, de conclure des contrats avec d'autres interfaces en ligne ;
- (c) de limiter les droits définis aux articles 8 à 10 ;
- (d) de bénéficier automatiquement de la part d'un utilisateur des conditions plus favorables consenties aux interfaces en lignes concurrentes ;
- (e) d'imposer à un utilisateur un prix de vente ou de gros ou une promotion dépendant du prix de vente ou de gros ou de promotions accordées à une autre interface en ligne ou à un autre distributeur, en ligne ou hors ligne ;
- (f) d'imposer à un utilisateur une clause de révision de prix dépendant d'indices publics ou de prix de référence sans rapport avec le bien ou le service offert à la vente ;
- (g) de bénéficier automatiquement de la part d'une entreprise utilisatrice d'une parité de quantités offertes à la vente sur les interfaces en lignes concurrentes ;
- (h) de limiter le droit d'une entreprise utilisatrice de déterminer librement les prix et quantités vendues sur ses propres canaux de distribution, en ligne ou hors ligne ;
- (i) d'imposer à une entreprise utilisatrice de l'informer si elle propose à d'autres distributeurs des modèles commerciaux, des dates de disponibilité, des prix de gros ou des prix de vente ou des promotions différentes.

2. Les Etats membres veillent à ce que la responsabilité d'une interface en ligne soit engagée lorsqu'elle impose à une entreprise utilisatrice :

- (a) de lui consentir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ;
- (b) de le soumettre à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure.

TITRE 6

MISE EN ŒUVRE DES DROITS

Article 13

Caractère impératif de la directive

Si le droit applicable au contrat est le droit d'un État membre, l'utilisateur du service numérique ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par les dispositions nationales transposant la présente directive.

Toute clause contractuelle qui, d'une manière directe ou indirecte, écarte ou limite les droits découlant de la présente directive ne lie pas le consommateur.

Article 14

Actions en cessation et actions représentatives

1. Les Etats membres veillent à étendre l'application des dispositions nationales prises pour la transposition de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil aux infractions aux droits institués par les articles 8 et 10 de la présente directive.

Le champ d'application du règlement n° xxx du Parlement européen et du Conseil relatif aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE est étendu aux droits institués par les articles 8 et 10 de la présente directive :

- à la date d'entrée en vigueur de ce règlement, si elle est postérieure à la date d'échéance de la transposition de la présente directive ;
- à la date d'échéance de la transposition de la présente directive, si cette date est postérieure à celle de l'entrée en vigueur de ce règlement. Dans ce cas, les Etats membres ne sont pas tenus d'appliquer le premier alinéa.

2. Les Etats membres veillent à ce que les articles 12 à 14 du règlement 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil soient applicables aux infractions aux droits institués par l'article 12 de la présente directive.

3. Les actions mentionnées au présent article sont introduites par l'utilisateur devant la juridiction compétente en vertu des règles fixées par le règlement (UE) n° 1215/2012. Cette juridiction peut ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure provisoire.

Article 15

Sanction administrative des violations des droits des consommateurs

1. Les Etats membres désignent un ou plusieurs autorités de contrôle pour examiner les réclamations des consommateurs relatives à l'application des articles 8 à 11 de la présente directive. Les Etats membres veillent également à ce que les autorités de contrôle puissent se saisir d'office de l'instruction de pratiques susceptibles d'être contraires à ces mêmes dispositions.

L'autorité de contrôle auprès de laquelle la réclamation a été introduite informe l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de son instruction.

La réclamation est introduite auprès de l'autorité de contrôle du lieu de résidence habituelle du consommateur.

2. Chaque autorité de contrôle veille à ce que les amendes administratives imposées en vertu du présent article pour des violations soient, dans chaque cas, effectives, proportionnées et dissuasives. Pour décider s'il y a lieu d'imposer une amende administrative et pour décider du montant de l'amende administrative, il est dûment tenu compte, dans chaque cas d'espèce, des éléments suivants :

- (a) la nature, la gravité et la durée de la violation, notamment du nombre de personnes affectées ;
- (b) toute violation antérieurement commise ;
- (c) toute autre circonstance aggravante ou atténuante applicable aux circonstances de l'espèce, telle que les avantages financiers obtenus ou les pertes évitées, directement ou indirectement,

du fait de la violation.

Le montant des amendes administratives peut s'élever jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent.

3. L'exercice, par l'autorité de contrôle, des pouvoirs que lui confère le présent article est soumis à des garanties procédurales appropriées conformément au droit de l'Union et au droit des États membres, y compris un recours juridictionnel effectif et une procédure régulière.

4. Si le système juridique d'un État membre ne prévoit pas d'amendes administratives, le présent article peut être appliqué de telle sorte que l'amende est déterminée par l'autorité de contrôle compétente et imposée par les juridictions nationales compétentes, tout en veillant à ce que ces voies de droit soit effectives et aient un effet équivalent aux amendes administratives imposées par les autorités de contrôle. En tout état de cause, les amendes imposées sont effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres concernés notifient à la Commission les dispositions légales qu'ils adoptent en vertu du présent paragraphe au plus tard le xxx et, sans tarder, toute disposition légale modificative ultérieure ou toute modification ultérieure les concernant.

Article 16

Sanction civile des violations des droits des entreprises utilisatrices

1. Les Etats membres veillent à ce que les autorités compétentes pour statuer sur les plaintes ou engager les poursuites judiciaires appropriées pour l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil puissent, lorsque leur marché est affecté par des pratiques contraires à l'article 21 de la présente directive ou au règlement 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil, demander à une juridiction du même Etat membre le prononcé d'une amende civile.

2. Les juridictions des Etats membres peuvent échanger entre elles tout élément de preuve aux fins de l'application de la présente directive dans les mêmes conditions que celles définies par le règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001.

3. Le cas échéant, la juridiction impose une amende civile selon les paramètres définis à l'article 15, paragraphe 2.

Article 17

Coopération européenne des autorités de contrôle

1. Le réseau européen de la concurrence prévu par le règlement (CE) n° 1/2003 du Parlement européen et du Conseil, le comité européen de la protection des données institué en vertu de l'article 68 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil et l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques prévu par le règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil sont compétents, chacun en ce que les concerne, pour veiller à l'application cohérente de la présente directive.

Ils peuvent notamment :

- conseiller la Commission sur tout projet de modification de la présente directive ;
- examiner, de leur propre initiative, à la demande de l'un de leurs membres ou à la demande de la Commission, toute question portant sur l'application de la présente directive, et publier des lignes directrices, des recommandations et des bonnes pratiques afin d'en favoriser l'application cohérente.

2. Chaque autorité de contrôle contribue à l'application cohérente de la présente directive dans l'ensemble de l'Union. Elle notifie à la Commission européenne et aux autorités de contrôle des autres Etats membres ses décisions d'engager l'instruction d'une plainte ou de se saisir d'office de pratiques entrant dans le champ d'application de la présente directive ainsi que toute décision prise en application des dispositions de celle-ci.

3. Chaque autorité de contrôle peut, aux fins de l'application de la présente directive, échanger des informations confidentielles dans les mêmes conditions que celles prévues, selon le cas, par l'article 22 du règlement (CE) n° 1/2003, le Chapitre VII du règlement (UE) 2016/679 ou l'article 40 du règlement (UE) 2018/1971.

4. Chaque autorité de contrôle est tenue d'exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité d'un autre Etat membre afin d'établir une infraction aux dispositions des articles 8 à 11 de la présente directive.

Le cas échéant, les informations recueillies ne peuvent être utilisées qu'aux fins de l'application de la présente directive ou celle des articles 101 ou 102 du traité.

TITRE 7

DISPOSITIONS FINALES

Article 18

Transposition

1. Les États membres adoptent et publient, au plus tard le xxx, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils en informent immédiatement la Commission.

Ils appliquent ces dispositions à compter du xxx.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Article 19

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Annexe 1

- (a) fourniture et hébergement de sites internet ;
- (b) maintenance automatisée de programmes, à distance et en ligne ;
- (c) administration de systèmes à distance ;
- (d) entreposage de données en ligne, permettant le stockage et l'extraction de données particulières par voie électronique ;
- (e) fourniture en ligne d'espace disque sur demande ;
- (f) logiciels utilisés en ligne ou téléchargés (notamment, programmes de passation des marchés/ de comptabilité, logiciels antivirus) et leurs mises à jour ;
- (g) logiciels servant à empêcher l'apparition de bannières publicitaires, connus également comme filtres anti-bannières ;
- (h) pilotes à télécharger, tels que les logiciels d'interconnexion entre un ordinateur et des périphériques (tels que les imprimantes) ;
- (i) installation automatisée en ligne de filtres sur des sites internet ;
- (j) installation automatisée en ligne de pare-feu ;
- (k) consultation ou téléchargement d'éléments servant à personnaliser le « bureau » de l'ordinateur ;
- (l) consultation ou téléchargement de photos, d'images ou d'économiseurs d'écran ;
- (m) contenu numérisé de livres et autres publications électroniques ;
- (n) abonnement à des journaux et à des périodiques en ligne ;
- (o) blogs et statistiques de fréquentation de sites internet ;
- (p) informations en ligne, informations routières et bulletins météorologiques en ligne ;
- (q) informations en ligne générées automatiquement par un logiciel, au départ de données saisies par le client, telles que des données juridiques ou financières (notamment, cours des marchés boursiers en temps réel) ;
- (r) fourniture d'espaces publicitaires, en ce compris de bannières sur un site ou une page internet ;
- (s) utilisation de moteurs de recherche et d'annuaires internet ;
- (t) consultation ou téléchargement de musique sur les ordinateurs et les téléphones mobiles ;
- (u) consultation ou téléchargement de sonals, d'extraits, de sonneries ou d'autres sons ;
- (v) consultation ou téléchargement de films ;
- (w) téléchargement de jeux sur les ordinateurs et les téléphones mobiles ;
- (x) accès à des jeux automatisés en ligne qui sont dépendants de l'internet ou de réseaux électroniques analogues et où les différents joueurs sont géographiquement distants les uns des autres ;
- (y) enseignement à distance automatisé dont le fonctionnement dépend de l'internet ou d'un réseau électronique analogue et dont la fourniture exige une intervention humaine limitée, voire nulle, y compris les classes virtuelles, sauf lorsque l'internet ou un réseau électronique analogue est utilisé comme simple moyen de communication entre l'enseignant et l'étudiant ;
- (z) cahiers d'exercices complétés en ligne par les élèves, avec notation automatique ne nécessitant aucune intervention humaine.

DIGITAL NEW DEAL

LE THINK – TANK DE LA NOUVELLE DONNE

Le think tank Digital New Deal a pour vocation d'éclairer de la manière la plus complète possible les évolutions à l'œuvre au sein du phénomène de «digitalisation», dans l'acception la plus large du mot, et d'élaborer des pistes d'actions concrètes à destination des entreprises et des décideurs publics français et européens. Portés par l'expertise de leurs rédacteurs et leur insertion dans le débat public, les travaux du think tank pourront participer à l'élaboration d'une pensée française et européenne de la régulation digitale au service de la mise en place d'un cadre équilibré et durable.

Le Conseil d'administration

Les membres du Conseil d'administration de Digital New Deal sont tous membres fondateurs. Ils sont issus d'horizons divers tout en étant en prise directe avec la transformation digitale des entreprises et des organisations. Forts de leur intérêt commun pour les questions numériques, ils ont décidé d'approfondir leurs débats en formalisant un cadre de production et de publication au sein duquel la complémentarité de leurs expériences pourra être mise au service du débat public et politique. Ils s'impliquent personnellement dans la vie de Digital New Deal.

Arno Pons, délégué général, pilote avec Olivier Sichel, président fondateur, les orientations stratégiques de la fondation, et supervise un chargé de mission qui assure la coordination, au quotidien, de l'ensemble des activités du think tank.

CONTACT: contact@thedigitalnewdeal.org | **WEBSITE:** www.thedigitalnewdeal.org



Sébastien Bazin
PDG AccorHotels



Nicolas Dufourcq
DG de Bpifrance



Axelle Lemaire
Ex-Secrétaire d'Etat du Numérique
et de l'Innovation



Alain Minc
Président AM Conseil



Denis Olivennes
DG Libération



Yves Poilane
DG Ionis Education Group



Arno Pons
Délégué général du think tank
Digital New Deal



Judith Rochfeld
Professeure agrégée de Droit,
Panthéon Sorbonne



Olivier Sichel
Président Digital New Deal
DGA Caisse des Dépôts



Robert Zarader
PDG Equancy

NOS PUBLICATIONS

Partage de données personnelles : changer la donne par la gouvernance

Personal data sharing : governance as a game changer

Matthias de Bièvre et Olivier Dion - septembre 2020

Paiement mobile sans contact - libérer les smartphones et leurs utilisateurs

Contactless mobile payment : liberating smartphones and their users

Various - juin 2020

Réflexions dans la perspective du Digital Services Act européen

Reflections in the perspective of the European Digital Services Act

Liza Bellulo - mars 2020

Préserver notre souveraineté éducative : soutenir l'EdTech française

Marie-Christine Levet - novembre 2019

Briser le monopole des Big Tech : réguler pour libérer la multitude

Big Tech Regulation: Empowering the Many by Regulating A Few

Sébastien Soriano - septembre 2019

Sortir du syndrome de Stockholm numérique

Jean-Romain Lhomme - octobre 2018

Le Service Public Citoyen

Paul Duan - juin 2018

L'âge du web décentralisé

Clément Jeanneau - avril 2018

Et si le CAC 40 ubérisait...sa R&D

Paul-François Fournier - novembre 2017

Fiscalité réelle pour un monde virtuel

Vincent Renoux - septembre 2017

Réguler le « numérique »

Joëlle Toledano - mai 2017

Appel aux candidats à l'élection présidentielle pour un #PacteNumérique

janvier 2017

La santé face au tsunami des NBIC et aux plateformes

Laurent Alexandre - juin 2016

Quelle politique en matière de données personnelles ?

Judith Rochfeld - septembre 2015

Etat des lieux du numérique en Europe

Olivier Sichel - juillet 2015

