

LIBRE CHOIX DU CONSOMMATEUR DANS LE CYBERESPACE*Commission des affaires économiques***Rapport n° 301 (2019-2020)**

Le 10 octobre dernier, Sophie Primas, présidente, et l'ensemble des membres de la commission des affaires économiques déposaient la **proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberespace** (consultable, ainsi que son dossier de presse, sur le [site internet du Sénat](#)). La proposition de loi a ensuite été co-signée par **plus de la moitié des sénateurs tous groupes politiques confondus**. À la demande de Sophie Primas, le président du Sénat a saisi le Conseil d'État dans la foulée afin de recueillir son avis sur la proposition de loi et, ainsi, en conforter la portée juridique.

Réunie le mercredi 5 février 2020, la commission des affaires économiques a examiné le rapport de Mme Sylviane Noël et de M. Franck Montaugé sur cette proposition de loi. La commission a conforté et enrichi le texte.

L'OBJECTIF DE LA PROPOSITION DE LOI : REDONNER DU POUVOIR AU CONSOMMATEUR-INTERNAUTE EN DÉFINISSANT UNE RÉGULATION ÉCONOMIQUE ADAPTÉE À L'ÈRE DES GÉANTS DU NUMÉRIQUE**A. Le constat : l'enfermement croissant des consommateurs sur internet résulte de la constitution d'oligopoles autorisée par une régulation lacunaire****1. Une économie du monopole et du conglomérat**

Le constat est connu et rappelé à longueur de rapports, en France, en Europe et au-delà : **le modèle d'affaires des principales plateformes numériques** repose sur des effets de réseau massifs, des rendements d'échelle extrêmes, des économies de gamme, la collecte et l'exploitation de données massives et des cycles d'innovation particulièrement courts qui permettent une croissance rapide et à l'échelle mondiale. Ces spécificités des plateformes favorisent l'acquisition de positions dominantes, voire de monopoles, et la constitution de grands conglomérats mondiaux. Dans le monde numérique, « le gagnant prend tout » (« *the winner takes all* ») !

La **concentration excessive du marché** en oligopole remet en question la possibilité de voir émerger des acteurs concurrents, avec des impacts négatifs sur l'économie tels que la constitution de rentes ou une moindre innovation. L'exposé des motifs de la

proposition de loi rappelle quelques grandes données : la capitalisation boursière de Google et d'Apple équivaut à celle de l'ensemble du CAC 40. Les Gafam (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) réalisent un chiffre d'affaires comparable aux recettes fiscales françaises. Le tiers de l'humanité est sur Facebook et utilise Android. Afin de renforcer leur position dominante, les Gafam ont procédé, ces dix dernières années, à environ 400 acquisitions, souvent avec le même profil : une jeune entreprise, au nombre d'utilisateurs croissant rapidement, avec un chiffre d'affaires encore limité mais dont le potentiel est estimé très important.

2. Un enfermement croissant du consommateur portant atteinte à sa liberté de choix

Le numérique commercial s'est développé depuis les années 1990. À la faveur de la réduction des coûts des infrastructures et des équipements numériques, le commerce en ligne n'a cessé d'augmenter. Même s'il reste encore minoritaire aujourd'hui en France (près de 10 % des ventes de détail selon la [Fevad](#)), il connaît une croissance forte et régulière (+ 13,4 % du chiffre d'affaires en 2018 selon la même source), et la part effectuée à travers les

terminaux mobiles est également en forte croissance (passée de 4 à 8 % du commerce en ligne en 2014 à plus de 20 % en 2018 selon la même source). La raison en est simple : chacun bénéficie d'un accès à une offre démultipliée et à portée de main, ou à portée de clic.

Il n'est pas question, pour les auteurs de la proposition de loi, de nier que **le numérique est avant tout une opportunité économique pour la France et qu'il a apporté de nombreuses avancées pour les consommateurs**, dont chacun peut, au quotidien, mesurer l'utilité. Nous devons une grande partie de ces avancées à ceux qu'on appelle, de façon un peu rapide, les « géants du numérique », souvent désignés par l'acronyme Gafam.

Mais, alors que la *web* devait être synonyme d'ouverture et de liberté, l'apparition de grands acteurs dominants a conduit à **l'émergence d'un web en silos**, enfermant le consommateur dans des écosystèmes en vue de le rendre captif, le privant ainsi de son libre choix. Une fois dominants, les acteurs ont **toute latitude pour restreindre la liberté de choix du consommateur** par des pratiques délibérées. La liberté de choix du consommateur, c'est la possibilité de recourir à plusieurs solutions ou de n'en retenir aucune ! Au-delà de priver le consommateur d'une véritable liberté de choix, elles peuvent engendrer des préjudices concurrentiels particulièrement forts, rapides et irrémédiables.

La **problématique est particulièrement prégnante sur les smartphones** : leur écosystème logiciel est régi par le duopole formé par Google et Apple (selon une répartition respective d'environ 75 % contre 25 %). Notre accès à internet est donc régi par ces deux « *gate-keepers* » ou « gardes-barrières » qui ont tout loisir de mettre en place des pratiques visant à enfermer le consommateur et à limiter la concurrence. De même, Facebook est aujourd'hui le réseau social de référence, qui revendique 40 millions d'utilisateurs dans notre pays.

Ces enjeux justifient la mise en place de régulations économiques. C'est contre un verrouillage du marché par les plateformes se traduisant par un enfermement des consommateurs que la proposition de loi entend lutter.

3. Une régulation lacunaire et permissive

Les auteurs de la proposition de loi font le constat de **l'échec du droit en vigueur** à contenir cette tendance et à permettre au consommateur de garder la main.

Le **droit de la concurrence** (abus de position dominante, ententes, concentrations) interne comme européen apparaît suffisamment plastique pour s'adapter à de nombreuses caractéristiques de l'économie numérique. Mais il donne également l'image d'une certaine impuissance publique en raison de la lenteur des procédures : sept ans pour l'affaire Google Shopping, sept ans pour l'affaire Google Android... Et pendant ce temps, la position des acteurs a pu être confortée, et les concurrents évincés. Et la procédure se poursuit désormais devant le tribunal de l'Union européenne !

Certes, comme le Sénat le demandait depuis plusieurs années déjà, la Commission européenne accepte désormais de recourir à des mesures conservatoires : elle a, pour la première fois depuis vingt ans, prononcé une telle mesure à l'encontre de Broadcomm en octobre dernier. Mais les critères du recours à de telles mesures sont toujours trop restrictifs et mériteraient d'être amendés. Au niveau national, la transposition par voie d'ordonnance de la directive dite « ECN+ » adoptée en 2018 et proposée dans le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, permettra également d'accélérer les procédures.

Mais il existe aujourd'hui un consensus pour dire que l'approche *ex post* qui caractérise le droit de la concurrence n'est pas adaptée au marché numérique, qui se caractérise par des cycles d'innovation particulièrement courts et permettant au premier de « tout prendre ».

Au-delà du droit de la concurrence, la France peut se targuer de disposer de certains outils précurseurs. En vue de **protéger le consommateur**, la loi pour une République numérique de 2016 a introduit la définition d'opérateur de plateforme en ligne afin de développer la transparence sur ces marchés. Ces opérateurs sont tenus de « *délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente* » concernant le fonctionnement du service d'intermédiation proposé et les facteurs

influençant le référencement et le classement (art. L. 111-7 du code de la consommation).

S'agissant du **droit encadrant les relations entre professionnels**, les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, souvent appelées « petit » droit de la concurrence (titre IV du livre IV code de commerce), ont été appliquées à l'économie numérique et ont permis de condamner certaines pratiques de plateformes numériques au cours des dernières années. Ainsi en septembre 2019 Amazon a été condamnée à une amende de 4 millions d'euros pour des clauses contractuelles déséquilibrées envers les entreprises ayant recours à la plateforme. Il existe également dans notre droit une disposition propre au secteur touristique introduite à l'initiative du Sénat dans la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques de 2015, qui interdit les clauses de parité tarifaire entre les plateformes de réservation en ligne et les hôteliers.

Hormis les grandes affaires *antitrust* traitées par la Commission européenne, **le droit européen est quant à lui longtemps resté très timoré** dès qu'il s'agissait de s'attaquer aux « services de la société de l'information », tels que désignés par la directive dite « e-commerce » de 2000. Afin de favoriser le développement de l'économie numérique en Europe, un régime de responsabilité dit « limitée » a été défini au bénéfice des plateformes désignées comme des hébergeurs de contenus. Son corollaire est d'interdire aux États d'intervenir pour réglementer des plateformes qui ne seraient pas établies sur leur territoire, sauf motifs précisément énumérés, comme la protection du consommateur. On ne peut aujourd'hui que constater les limites de ce modèle : la Chine a les « BATX » (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi), les Russes sont parvenus à développer certains acteurs domestiques importants (Yandex, VKontakte), seuls les Européens sont dépendants des acteurs américains et doivent aujourd'hui déployer des trésors d'ingéniosité pour créer des « Gafam » européens.

Deux initiatives récentes rejoignent cependant les dispositions de nature plus interventionnistes de notre droit national. Il s'agit en premier lieu de la directive dite « une nouvelle donne pour les consommateurs » de

novembre dernier, que les États membres devront transposer d'ici au 28 novembre 2021. Elle prévoit notamment des obligations de transparence renforcées pour les plateformes en vue de mieux protéger les consommateurs. S'agissant des relations entre professionnels, le règlement dit « platform-to-business » (P2B) publié le 12 juillet 2019 et qui entrera en application en juillet 2020, a permis d'introduire la notion de plateforme et de renforcer au niveau européen les obligations de transparence des plateformes vis-à-vis de leurs utilisateurs professionnels.

Tous les acteurs publics considèrent que les États doivent se mettre à niveau technologiquement et juridiquement pour réguler ces acteurs numériques devenus systémiques.

Les auteurs de la proposition de loi et les rapporteurs partagent l'idée que ces acteurs doivent se voir appliquer un certain nombre de règles spécifiques, à l'instar de ce qui a été fait pour les banques systémiques.

Devant la commission, le ministre en charge du numérique a lui-même considéré que « *ces règles pourraient porter sur l'interopérabilité ou la régulation d'infrastructures devenues essentielles. Un contrôle extrêmement fort des acquisitions pourrait être instauré pour éviter les acquisitions tueuses et développer l'innovation, car nous sommes aujourd'hui dans une situation de quasi-oligopole, mais aussi pour des raisons démocratiques... Globalement, une mise à jour de l'action publique est indispensable, sans quoi c'est sa pertinence qui pourrait être remise en cause* ».

On ne saurait mieux dire la nécessité d'agir ! États-Unis, Chine, Australie, Royaume-Uni, Pays-Bas, Belgique, Luxembourg, Union européenne... Partout dans le monde, des réflexions ont lieu sur la nécessité d'adapter la régulation économique aux nouveaux enjeux posés par l'économie numérique. Le moment que nous vivons est donc celui d'une prise de conscience générale. Elle est certes tardive, mais elle ouvre enfin une fenêtre d'opportunité après tant d'années d'atermoiements.

B. La réponse proposée : rendre le pouvoir au consommateur ou « créer les conditions d'un choix véritablement libre du consommateur-internaute »

Contrairement au mythe de la concurrence à portée de clic, les positions acquises aujourd'hui par les géants du numérique sur leurs marchés respectifs ne laissent plus de place à d'éventuels concurrents. L'économie numérique a **besoin d'une régulation qui permette d'en corriger les excès**. C'est ce que fait la proposition de loi, en identifiant **trois mesures qu'il est possible de prendre dès maintenant au niveau national**, tout en restant dans les limites très strictes posées au début des années 2000 par le droit européen à ce type d'initiative nationale.

1° La première mesure vise à **rendre le pouvoir aux utilisateurs de terminaux**. L'exposé des motifs de la proposition de loi rappelle : « *rendre impossible la suppression des applications préinstallées ou de changer de navigateur par défaut ; empêcher ou limiter la possibilité d'installer un autre magasin d'application que le Google Play et l'AppStore ; ne pas permettre à tous les développeurs de contenus d'accéder aux mêmes fonctionnalités des équipements terminaux, ou encore ne pas approuver ou supprimer des applications d'un magasin de façon arbitraire* » sont autant de pratiques qui nuisent à la liberté de choix du consommateur. Cela fera bientôt dix ans que l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) plaide en faveur de ce qu'il est aussi convenu d'appeler la « neutralité » des terminaux, rejointe en 2013 par le Conseil national du numérique et par le Sénat en 2015. Il est temps de passer des mots à l'action !

En 2015, la neutralité de l'Internet a été consacrée au niveau des réseaux par le règlement européen pour un Internet ouvert. L'Europe a ainsi consacré la neutralité des tuyaux, mais pas celle des robinets. La proposition de loi vise donc à confier à un régulateur – l'Arcep en l'occurrence, puisque l'autorité est déjà en charge de la neutralité des réseaux – le soin de s'assurer que les limites posées au libre choix du consommateur par les fournisseurs des systèmes d'exploitation et des logiciels contrôlant les fonctionnalités des terminaux sont bien légitimes et donc justifiées

par des obligations légales ou réglementaires, ou par la nécessité d'assurer la sécurité ou le bon fonctionnement du terminal.

L'Arcep se verrait confier les moyens d'assurer le respect de ce principe. Elle pourrait orienter les acteurs économiques en publiant, après consultation des acteurs, des lignes directrices, recommandations ou référentiels, et en favorisant le développement d'outils de régulation par la donnée (sur cette notion, voir le récent rapport de M. Gérard Longuet au nom de la commission d'enquête sénatoriale sur la souveraineté numérique, présidée par le rapporteur). Elle serait également dotée d'un pouvoir de règlement des différends entre les professionnels et les opérateurs économiques visés par la réglementation afin de permettre à tous les acteurs de dialoguer ensemble et mieux orienter le marché. Elle pourrait également être saisie par les associations de défense des consommateurs.

Afin de rendre la régulation crédible, la proposition de loi dote également l'Arcep d'un important pouvoir de sanction. Mais la sanction n'est là que pour servir en dernier recours : les auteurs de la proposition de loi visent à mettre en place un régulateur qui dialogue et accompagne les acteurs. L'idée est de privilégier l'acceptation volontaire de mesures raisonnables imposées rapidement aux batailles judiciaires sans fin qui accompagnent souvent les procédures *ex post* fondées sur le risque de sanction. L'objectif n'est pas de remplir les caisses de l'État mais bien d'assainir le marché !

2° La deuxième mesure entend **permettre aux consommateurs de ne plus être enfermés dans une seule plateforme, en favorisant la capacité à se trouver sur plusieurs plateformes et à dialoguer entre plateformes**.

Il s'agit de permettre à un régulateur – l'Arcep, à nouveau – d'encourager et, au besoin, d'imposer l'interopérabilité à certaines plateformes lorsque cela s'avère nécessaire. Une palette d'outils serait à sa disposition : partage d'informations, mise en place d'interfaces de programmation applicatives (API), obligation d'adopter des standards techniques pertinents, et toujours en dernier recours, sanctions. Toutes les décisions seraient prises après consultation des acteurs

concernés. C'est une autre façon de rendre du pouvoir au consommateur et de renouer avec l'origine de l'Internet. Afin de ne pas imposer d'obligations disproportionnées aux petits acteurs, cette disposition ne s'appliquerait qu'aux plateformes d'une certaine taille. Il s'agit de ne pas reproduire le seul défaut de conception imputable au règlement général pour la protection des données personnelles (dit « RGPD ») d'un point de vue économique pour nos entreprises, à savoir s'appliquer à toutes sans distinction de taille.

3° Si les deux premières mesures tendent à instaurer une nouvelle régulation sectorielle applicable à certains acteurs identifiés comme structurants, la troisième et dernière mesure entend adapter le **droit de la concurrence à la problématique particulière des acquisitions dites « prédatrices »**. L'objectif est de s'assurer que la politique d'acquisition parfois qualifiée d'agressive des Gafam ne se traduit pas par une diminution de la concurrence sur le marché français.

Aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence est en quelque sorte « aveugle » en raison du droit applicable. Il s'agit de lui rendre la vue. Sa cécité provient des seuils déclenchant l'obligation pour les entreprises actives en France de notifier une concentration à l'Autorité. Ceux-ci sont rédigés en chiffres d'affaires, et pour des montants relativement élevés. Or, comme décrit plus haut, les jeunes

pousses rachetées par les Gafam ne réalisent souvent pas ou peu de chiffres d'affaires.

Pour remédier à cette lacune, la proposition de loi propose que l'Autorité de la concurrence détermine une liste d'acteurs particulièrement importants qui seraient obligés de lui notifier toute opération de concentration avant sa réalisation. Si elle estime que l'opération pourrait faire peser un risque sur la dynamique concurrentielle du marché concerné, elle pourrait enjoindre à l'entreprise concernée de soumettre celle-ci à la procédure applicable aux concentrations soumises aux seuils de droit commun. Autrement dit, l'Autorité serait dotée d'un pouvoir d'évocation.

Comme le soulignent les auteurs de la proposition de loi, une modification similaire serait souhaitable au niveau européen. Une opération aussi structurante que le rachat d'Instagram par *Facebook* a échappé à la Commission européenne. Et c'est presque par accident – c'est-à-dire grâce au mécanisme de renvoi par des autorités nationales – que celui de *WhatsApp* par la même entreprise a pu être examiné au niveau européen.

Enfin, afin de laisser un peu de temps aux acteurs pour se mettre en conformité, la proposition de loi prévoit une entrée en vigueur différée de trois mois.

LA POSITION DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES : DES AMÉLIORATIONS NÉCESSAIRES AU TERME DES CONSULTATIONS MENÉES POUR RENFORCER UN TEXTE ESSENTIEL À L'ENCADREMENT DES PLATEFORMES STRUCTURANTES.

A. L'échelon national comme catalyseur d'une action à l'échelon européen

1. Le Gouvernement privilégie l'échelon européen

Le Gouvernement entend plaider d'abord au niveau européen avant d'agir, éventuellement, en cas d'absence d'accord, au niveau national. C'est cette même stratégie que l'État français avait adoptée pendant de longues années sur la fiscalité des géants du numérique, avant de se raviser.

Le Gouvernement ne semble pas avoir de divergence sur le fond. Il compte proposer, comme la proposition de loi, un encadrement des plateformes structurantes. Une autorité – dédiée ou non – aurait ainsi la possibilité d'imposer certains remèdes aux entreprises puissantes, sur le modèle de la régulation asymétrique des télécoms. Il s'agirait notamment de s'assurer de l'absence de traitement discriminatoire des solutions proposées par des entreprises tierces (sur les systèmes d'exploitation, les magasins d'application...), de favoriser l'interopérabilité là où cela apparaît pertinent, et d'imposer le

partage de données lorsque la détention de celles-ci constituerait une barrière à l'entrée.

Mais le **Gouvernement se distingue de l'approche sénatoriale dans la stratégie de l'action publique**. Alors qu'il se faisait le fer de lance de la lutte contre les excès d'évasion fiscale et réglementaire des Gafam, à travers, par exemple, la création de la taxe sur les services numériques et la proposition de loi relative à la lutte contre la haine en ligne, le Gouvernement n'entend pas agir au niveau national sur ce qui est pourtant la racine du problème, à savoir le pouvoir économique excessif des plus grandes entreprises du numérique. Et plus d'un an et demi après avoir lancé les états généraux de la régulation du numérique, le Gouvernement réfléchit encore aux propositions concrètes qu'il pourra formuler au niveau européen... Devant la commission, le ministre en charge du numérique a rappelé que le Gouvernement souhaite *« que cette régulation systémique soit inscrite à l'agenda de la nouvelle Commission européenne - les commissaires Breton et Vestager sont très investis sur ces sujets -, et ce pour deux raisons. La première est que l'échelon européen est le bon pour instaurer une telle régulation, la seconde est que, instruits par notre expérience sur la taxe « Gafa », cette régulation pourrait être perçue comme étant si agressive pour les Américains qu'elle appellerait une réaction de leur part »*.

Or, le prix de l'attente est aujourd'hui trop élevé et force est de constater que ce n'est pas l'approche de tous nos partenaires européens.

2. La commission des affaires économiques estime que le prix de l'attente est trop élevé

La nouvelle Commission européenne a lancé les réflexions relatives à un **« Digital services Act »**, qui aurait vocation à mieux encadrer l'économie numérique, mais à ce jour, il serait bien hasardeux de prétendre savoir quelles mesures y figureront *in fine*. Les auteurs de la proposition de loi en conviennent volontiers : un encadrement des géants du numérique sera bien évidemment plus efficace au niveau européen, tout simplement car il concernera une taille critique d'utilisateurs bien plus importante et au pouvoir d'achat encore aujourd'hui le plus élevé du monde.

S'il faut saluer le fait que la Commission considère ce sujet comme une priorité, force est de constater que nous devons encore

attendre longtemps avant de parvenir à un texte applicable... Selon les informations recueillies par les rapporteurs, l'objectif de l'Exécutif européen serait de parvenir à proposer un premier texte d'ici à la fin de cette année (dans le scénario le plus optimiste), lequel ferait l'objet de neuf à douze mois de débats, et pourrait prendre la forme d'une directive... qui laisserait un an à dix-huit mois aux États membres pour procéder à sa transposition. Autrement dit, il n'y aura pas de texte contraignant adopté au niveau européen avant au mieux – hypothèse très optimiste – fin 2021, au pire mi-2024 ! Or, le prix de l'inaction est aujourd'hui trop élevé : **plus nous attendons, plus le choix des consommateurs est limité, plus l'innovation est corsetée, et moins nos entreprises se développent**. C'est une perspective que les auteurs de la proposition de loi et les rapporteurs ne peuvent accepter.

3. Nos partenaires allemands entendent agir au niveau national

Notre principal partenaire européen estime qu'il est nécessaire d'agir dès maintenant au niveau national. En octobre dernier, le Gouvernement allemand a publié un projet de réforme du droit de la concurrence interne visant notamment à l'adapter à l'économie numérique. Il a récemment publié une version modifiée de ce projet, qui confierait à l'autorité allemande de la concurrence le soin de réguler les acteurs les plus importants du numérique en vue, lorsque cela est nécessaire pour garantir une meilleure concurrence, de les contraindre à traiter les entreprises tierces sans discrimination par rapport à leurs propres services, de favoriser l'interopérabilité des services ou encore le partage de données.

La commission estime qu'une **démarche franco-allemande au niveau national renforcerait sans doute le poids des propositions que le Gouvernement français s'apprête à défendre au niveau européen**. C'est aussi l'un des objectifs poursuivis par la proposition de loi, à savoir faire du niveau national un catalyseur de l'initiative au niveau européen ! Ce rôle d'aiguillon doit effectivement être rappelé : il est aussi au cœur de la démarche politique de notre texte !

Par ailleurs, la commission reconnaît sans difficulté que l'existence d'un texte européen rendrait le dispositif plus efficace en raison de la taille du marché européen, plus importante

que le marché français. Mais dénierait-on le droit à l'Australie d'adopter des dispositions au niveau national en raison de l'étroitesse de son marché national – dont la population est plus de deux fois moins élevée que celle de notre pays ? Ce n'est pas parce qu'un échelon est susceptible d'être plus efficace que l'autre qu'il faut se priver de faire les deux ! Et, à nouveau, l'enjeu est aujourd'hui de ne plus perdre de temps !

Enfin, il convient de relativiser deux arguments souvent avancés pour dénier le droit aux parlements nationaux d'agir. Le premier porte sur la capacité des grandes plateformes à se retirer d'un marché national en raison d'une régulation qui porterait trop atteinte à ses intérêts. C'est la raison pour laquelle le dispositif de la proposition de loi comporte de nombreux garde-fous pour garantir la proportionnalité des mesures qui pourraient être adoptées par les régulateurs. Le second consiste à estimer que les grandes entreprises ont les moyens de s'adapter à de nouvelles régulations, alors que les petites en sont dépourvues. C'est précisément la raison pour laquelle il ne faut pas reproduire l'erreur faite dans l'approche économique du règlement général sur la protection des données, dit « RGPD », qui ne fait pas la distinction entre les grands et les petits. Seule la première mesure, qui consacre une forme de neutralité des terminaux, ne procède pas à une telle distinction, car en la matière, seules les entreprises déjà dominantes ont en réalité intérêt à fermer leur écosystème, quand les jeunes entreprises ont davantage intérêt à l'ouverture.

B. La prise en compte de l'avis du Conseil d'État

Fait plutôt rare, le président du Sénat a bien voulu, à la demande de la présidente de la commission des affaires économiques, transmettre la proposition de loi au Conseil d'État pour recueillir son avis. Les rapporteurs estiment que cet avis conforte pour l'essentiel la démarche de la proposition de loi.

Aussi la commission a-t-elle pris en compte ses observations, permettant de conforter la conformité de la proposition de loi aux normes supérieures. Il en va notamment ainsi de toutes celles visant à renforcer la proportionnalité et la lisibilité des différents dispositifs de la proposition de loi, afin d'en assurer la

conformité aux droits constitutionnel et européen, et en particulier la directive dite « e-commerce ». C'est notamment le cas sur la territorialité des dispositions et sur la détermination des personnes auxquelles elles s'appliquent.

La commission a également veillé, en réponse à l'une des critiques majeures du Conseil d'État, à intégrer la précision selon laquelle les obligations en matière d'interopérabilité ne sauraient être imposées dans le cas où une telle interopérabilité porterait atteinte aux mesures techniques de protection des droits d'auteur, protégées par le droit européen. Enfin, grâce aux auditions menées par les rapporteurs, la commission a pu intégrer à la proposition de loi des **critères d'identification des entreprises « structurantes »** visées au chapitre III, pour éviter le risque d'incompétence négative soulevé à juste titre par l'avis du Conseil d'État.

C. Une rédaction améliorée grâce aux trente auditions menées

Les auditions ont été l'occasion de mesurer deux défis. Le premier est celui d'assurer la compatibilité de la proposition de loi avec le droit européen. Sur ce point, la prise en compte de l'avis du Conseil d'État permet de conforter la proposition de loi. Le second est celui de construire une régulation qui soit efficace et adaptée aux enjeux soulevés par des plateformes d'ampleur systémique.

Sur ce second point, deux apports méritent d'être soulignés. Premièrement, certaines personnes auditionnées ont fait valoir la difficulté de prouver les comportements répréhensibles adoptés par les géants du numérique, compte tenu des moyens qu'ils sont prêts à mobiliser pour démontrer le caractère légal de leurs pratiques.

Cette préoccupation a conduit la commission à :

- rehausser les exigences en matière de libre choix des utilisateurs de terminaux : les entreprises soumises à la régulation ne pourront justifier leurs pratiques restreignant le libre choix par le respect de la loi, la sécurité ou le bon fonctionnement du terminal que si elles leur sont *strictement* nécessaires ;
- **renverser la charge de la preuve** en matière de contrôle des concentrations pour les

entreprises « structurantes » identifiées par l'Autorité de la concurrence.

Par ailleurs, de nombreuses personnes auditionnées ont soulevé les difficultés de l'interopérabilité des plateformes au regard de la protection des données à caractère personnelles assurée par le RGPD. C'est pourquoi la commission a adopté un amendement visant à contraindre l'Arcep à consulter la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) avant d'imposer des obligations en la matière.

D. L'insertion d'un nouveau chapitre sur la sincérité des interfaces utilisateur

Les plateformes numériques conçoivent des interfaces utilisateur qui, pour certaines d'entre elles, trompent le consommateur en ce qu'elles le conduisent à une action qu'il ne souhaite pas mais qui est avantageuse pour l'entreprise. Cet ensemble de pratiques de design d'interface mises en lumière et soulignées comme « *un danger particulièrement important et largement ignoré, notamment pour les personnes vulnérables* » par le rapport du Stigler Center de l'Université de Chicago de 2019 sur les plateformes numériques est souvent appelé « *dark patterns* ». Une proposition de loi américaine déposée la même année entend les encadrer.

Il s'agit de pratiques auxquelles nous sommes tous confrontés au quotidien : des cases pré-cochées pour payer une assurance que l'on ne souhaite pas, la désinscription à un service

quasiment impossible à trouver, la perpétuation payante sans avertissement d'un abonnement gratuit, un *pop-up* qui s'ouvre en plein écran...

Toutes ces pratiques visent à orienter le choix du consommateur dans un certain sens afin d'obtenir son consentement sans que celui-ci ait vraiment le temps d'y penser et d'agir ensuite en toute connaissance de cause.

Sur proposition des rapporteurs, **la commission a donc adopté un amendement visant à interdire ce type de pratiques aux plus grandes plateformes et s'assurer ainsi de la clarté et de la lisibilité des interfaces utilisateurs**. Cette disposition s'inscrit dans le droit fil de l'esprit du code de la consommation qui, dans son article L. 211-1, énonce que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ».

Le ciblage des plus grandes plateformes se justifie par une raison simple : pour celles qui sont déjà en position dominante et qui enferment le consommateur dans leur écosystème, celui-ci n'a pas le choix de passer sur une autre plateforme pour sanctionner le comportement qu'il pourrait estimer contestable.

Les grandes plateformes devront donc s'abstenir de proposer des interfaces trompeuses, sous peine de sanction administrative prononcée par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.



Mme Sophie Primas
Présidente de la commission

Les Républicains – Yvelines



M. Franck Montaugé
Rapporteur

Groupe socialiste et républicain – Gers



Mme Sylviane Noël
Rapporteuse

Les Républicains – Haute-Savoie

Consulter le rapport : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp19-048.html>

Commission des affaires économiques

http://www.senat.fr/commission/affaires_economiques/index.html - Téléphone : 01.42.34.23.20