

N° 301

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2019-2020

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 5 février 2020

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des affaires économiques (1) sur la proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace,*

Par M. Franck MONTAUGÉ et Mme Sylviane NOËL,

Sénateurs

---

(1) Cette commission est composée de : Mme Sophie Primas, *présidente* ; Mme Élisabeth Lamure, MM. Daniel Gremillet, Alain Chatillon, Martial Bourquin, Franck Montaugé, Mmes Anne-Catherine Loisier, Noëlle Rauscent, M. Alain Bertrand, Mme Cécile Cukierman, M. Jean-Pierre Decool, *vice-présidents* ; MM. François Calvet, Daniel Laurent, Mmes Catherine Procaccia, Viviane Artigalas, Valérie Létard, *secrétaires* ; M. Serge Babary, Mme Anne-Marie Bertrand, MM. Yves Bouloux, Bernard Buis, Henri Cabanel, Mmes Anne Chain-Larché, Marie-Christine Chauvin, Catherine Conconne, Agnès Constant, MM. Roland Courteau, Pierre Cuypers, Marc Daunis, Daniel Dubois, Laurent Duplomb, Alain Duran, Mmes Dominique Estrosi Sassone, Françoise Férat, M. Fabien Gay, Mme Annie Guillemot, MM. Xavier Iacovelli, Jean-Marie Janssens, Joël Labbé, Mme Marie-Noëlle Lienemann, MM. Pierre Louault, Michel Magras, Jean-François Mayet, Franck Menonville, Jean-Pierre Moga, Mmes Patricia Morhet-Richaud, Sylviane Noël, MM. Jackie Pierre, Michel Raison, Mmes Évelyne Renaud-Garabedian, Denise Saint-Pé, M. Jean-Claude Tissot.

**Voir les numéros :**

**Sénat :** 48 et 302 (2019-2020)



## SOMMAIRE

Pages

L'ESSENTIEL.....	5
<b>I. 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 .....</b>	<b>5</b>
A. LE CONSTAT : L'ENFERMEMENT CROISSANT DES CONSOMMATEURS SUR INTERNET RÉSULTE DE LA CONSTITUTION D'OLIGOPOLES AUTORISÉE PAR UNE RÉGULATION LACUNAIRE.....	5
1. <i>Une économie du monopole et du conglomérat.....</i>	5
2. <i>Un enfermement croissant du consommateur portant atteinte à sa liberté de choix .....</i>	6
3. <i>Une régulation lacunaire et permissive .....</i>	7
B. LA RÉPONSE PROPOSÉE : RENDRE LE POUVOIR AU CONSOMMATEUR « CRÉER LES CONDITIONS D'UN CHOIX VÉRITABLEMENT LIBRE DU CONSOMMATEUR-INTERNAUTE » .....	9
<b>II. 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. ....</b>	<b>12</b>
A. L'ÉCHELON NATIONAL COMME CATALYSEUR D'UNE ACTION À L'ÉCHELON EUROPÉEN .....	12
1. <i>Le Gouvernement privilégie l'échelon européen .....</i>	12
2. <i>La commission des affaires économiques estime que le prix de l'attente est trop élevé .....</i>	13
3. <i>Nos partenaires allemands entendent agir au niveau national .....</i>	13
B. LA PRISE EN COMPTE DE L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT.....	14
C. UNE RÉDACTION AMÉLIORÉE GRÂCE AUX TRENTE AUDITIONS MENÉES .....	15
D. L'INSERTION D'UN NOUVEAU CHAPITRE SUR LA SINCÉRITÉ DES INTERFACES UTILISATEUR .....	16
<b>EXAMEN DES ARTICLES .....</b>	<b>17</b>
• <b>Article 1<sup>er</sup> Protection de la liberté de choix des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux .....</b>	<b>17</b>
• <b>Article 2 Recueil et partage d'informations et règlement des différends.....</b>	<b>29</b>
• <b>Article 3 Sanctions .....</b>	<b>32</b>
• <b>Article 4 Renforcement de l'interopérabilité des plateformes en ligne.....</b>	<b>34</b>
• <b>Article 5 Recueil d'informations .....</b>	<b>43</b>
• <b>Article 6 Sanctions .....</b>	<b>44</b>
• <b>Article 7 Contrôle des acquisitions des entreprises structurantes .....</b>	<b>45</b>
• <b>Article 8 A Lutte contre les interfaces trompeuses.....</b>	<b>52</b>
• <b>Article 8 Gage financier .....</b>	<b>55</b>
• <b>Article 9 Entrée en vigueur .....</b>	<b>56</b>

TRAVAUX EN COMMISSION .....	57
I. AUDITION DE M. CÉDRIC O, SECRÉTAIRE D'ÉTAT AUPRÈS DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES ET DU MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, CHARGÉ DU NUMÉRIQUE.....	57
II. EXAMEN EN COMMISSION.....	73
RÈGLES RELATIVES À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA CONSTITUTION ET DE L'ARTICLE 48, ALINÉA 3 DU RÈGLEMENT DU SÉNAT ..	87
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES .....	89
LISTE DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES.....	93
LA LOI EN CONSTRUCTION .....	95
ANNEXE : AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT.....	97

## L'ESSENTIEL

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 cyberspace** (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.

### I. 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 le *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, concentration) 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 Etats 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 « 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.

La première mesure vise à **rendre le pouvoir aux utilisateurs de terminaux**. L'exposé des motifs de la proposition de loi le 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 Franck Montaugé). 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 !

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.

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.

## II. 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'Etat 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'Etat 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.

## EXAMEN DES ARTICLES

### CHAPITRE I<sup>ER</sup>

#### LIBRE CHOIX DE L'UTILISATEUR DE TERMINAUX

##### *Article 1<sup>er</sup>*

#### **Protection de la liberté de choix des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux**

Cet article confie à l'Arcep la mission de gardien de la liberté de choix des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux.

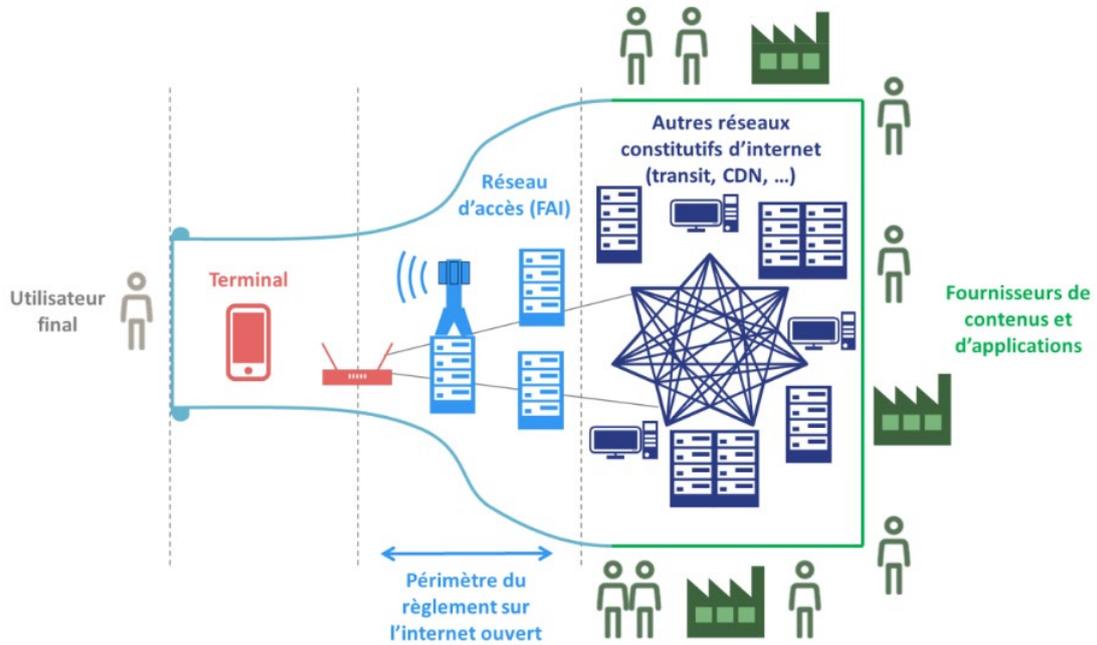
La commission a adopté six amendements en vue d'en améliorer la rédaction.

#### **I. La situation actuelle - L'absence de régulation *ad hoc* des terminaux, maillons pourtant essentiels pour garantir l'ouverture d'internet**

*A) L'accès à internet est de plus en plus régi par quelques écosystèmes dominants à travers les terminaux, qui restreignent l'offre disponible pour les consommateurs.*

Les terminaux - ordinateurs, *smartphones*, tablettes, enceintes connectées, véhicules connectés...- constituent le **dernier maillon de la chaîne technique d'internet**. Ils sont le point d'entrée vers l'utilisateur et le point de rencontre entre la couche matérielle et la couche logicielle d'internet, comme le montrent les deux schémas suivants.

## Maillons matériels de la chaîne technique d'accès à internet



Source : Arcep, *Les terminaux, maillons faibles de l'ouverture d'internet*, février 2018

## Maillons logiciels entre l'utilisateur final et les contenus



Source : Arcep, *Les terminaux, maillons faibles de l'ouverture d'internet*, février 2018

Or, ce dernier maillon de la chaîne est **de plus en plus régi par un oligopole**. C'est particulièrement le cas sur les *smartphones*, qui constituent un mode de plus en plus important d'accès à internet<sup>1</sup>. C'est aujourd'hui le duopole constitué par les systèmes d'exploitation Android de Google et iOS d'Apple qui est en position de régir notre accès à internet sur ces terminaux, avec des parts de marché respectives de l'ordre de 75 et 25 %<sup>2</sup>.

Du fait de la position acquise par les grands acteurs, ceux-ci sont en mesure de restreindre le choix proposé aux consommateurs. Ce constat a été établi par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) dans plusieurs rapports depuis 2010, dont le plus récent et le plus important date de février 2018<sup>3</sup>. L'Autorité met également en exergue certaines pratiques restrictives dans son rapport annuel.

L'exposé des motifs de la proposition de loi cite un certain nombre de pratiques pouvant restreindre le choix proposé aux consommateurs : « 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'App Store ; 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 ».

Plusieurs cas concrets peuvent être cités : il est ainsi impossible de désinstaller Youtube ou Chrome sur Android, Apple Music sur iOS. Or, la préinstallation corrélée à l'impossibilité de désinstaller a des effets en termes d'usage : les utilisateurs téléchargent rarement des applications qui offrent la même fonctionnalité qu'une application préinstallée<sup>4</sup> et la présence forcée de ces applications permise par les différents systèmes d'exploitation contraint l'utilisateur dans l'usage de la mémoire du terminal.

---

<sup>1</sup> Selon le baromètre numérique 2019, 51 % des Français se connectent de préférence à internet avec un smartphone, contre 31% avec un ordinateur.

<sup>2</sup> Selon les chiffres de Statscounter en janvier 2020. En France, le baromètre du numérique 2019 considère que 77 % des Français utilisent Android et 22 % iOS.

<sup>3</sup> Arcep, Les terminaux, maillons faibles de l'ouverture d'internet, février 2018

<sup>4</sup> Dans le cadre de la décision de la Commission européenne sanctionnant Google pour abus de position dominante concernant les appareils mobiles Android, le communiqué de presse mentionne que : « Les utilisateurs qui trouvent des applications de recherche et de navigation préinstallées sur leurs appareils s'en tiendront vraisemblablement à ces applications. Par exemple, la Commission a trouvé des preuves que l'application Google Search est systématiquement plus utilisée sur les appareils Android, où elle est préinstallée, que sur les appareils Windows Mobile, où les utilisateurs doivent la télécharger. Cela montre également que les utilisateurs ne téléchargent pas des applications concurrentes dans une mesure qui peut compenser l'avantage commercial considérable tiré de la préinstallation ».

Le système d'exploitation iOS offre aux applications tierces **un accès très limité à la puce NFC<sup>1</sup>** des terminaux Apple, dans la mesure où Apple n'ouvre pas l'interface de programmation applicative (ou API<sup>2</sup>) donnant accès à cette fonctionnalité. Or, cet accès étant nécessaire pour utiliser un terminal mobile pour effectuer un paiement sans contact, les applications concurrentes d'Apple Pay se retrouvent dans l'incapacité de proposer leurs services de paiement sans contact aux usagers des terminaux Apple de manière indépendante. Pour accéder à cette fonctionnalité à travers l'application Apple Pay, les services tiers doivent payer une commission à Apple. Cette absence d'accès aux puces NFC met aussi en jeu la fourniture de titres de transports dématérialisés. C'est le cas par exemple du *pass Navigo dématérialisé*, qui de ce fait, ne peut se déployer sur la plupart des terminaux des usagers des transports en commun franciliens.

Aujourd'hui, **aucun régulateur ne peut orienter le marché pour limiter ce type de pratiques.**

*B) La neutralité du Net ne s'applique pas aux terminaux*

*1. Si certaines pratiques portant atteinte au libre choix du consommateur peuvent être saisies par le droit en vigueur...*

Le **droit européen et français de la concurrence<sup>3</sup>** permet d'appréhender, dans une certaine mesure, des cas de traitement discriminatoire par des acteurs en position dominante, dès lors que ceux-ci seraient qualifiables d'abus de position dominante<sup>4</sup>. En 2018, la Commission européenne a ainsi pu infliger une amende de 4,34 milliards d'euros à Google pour abus de position dominante de son système d'exploitation Android<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour « Near Field Communication ».

<sup>2</sup> Pour « Application programming interface ». Il s'agit d'interfaces mises à disposition par les plateformes pour permettre à des tiers d'innover à partir de leurs ressources.

<sup>3</sup> Le droit de la concurrence interne, mis en œuvre par l'Autorité de la concurrence, est constitué de deux grandes « branches » : le droit des pratiques anti-concurrentielles (ententes anti-concurrentielles et abus de position dominante) et droit des concentrations. Au niveau européen, le droit de la concurrence mis en œuvre par la Commission européenne connaît également des aides d'État.

<sup>4</sup> Article L. 420-2 du code de commerce et article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>5</sup> Commission européenne, décision du 18 juillet 2018, Google Android, aff. AT – 40099.

### La décision de la Commission européenne dans le cas Google Android

La commission européenne a estimé que, depuis 2011, Google imposait des restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles, afin de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur l'internet. Plus particulièrement, Google a :

- exigé des fabricants qu'ils préinstallent l'application Google Search et son navigateur (Chrome) comme condition à l'octroi de la licence pour sa boutique d'applications en ligne (Play Store) ;

- payé certains grands fabricants et certains grands opérateurs de réseaux mobiles pour qu'ils préinstallent en exclusivité l'application Google Search sur leurs appareils ;

- empêché les fabricants souhaitant préinstaller les applications Google de vendre ne serait-ce qu'un seul appareil mobile intelligent fonctionnant sur des versions dérivées d'Android non approuvées par Google (ce qu'il est convenu d'appeler les « *forks Android* »).

La Commission européenne a estimé que ces pratiques ont porté préjudice aux moteurs de recherche concurrents, notamment dans la mesure où les pratiques de ventes liées ont garanti la préinstallation du moteur de recherche et du navigateur de Google sur la quasi-totalité des appareils Google Android.

En 2019, la Commission a été saisie d'une plainte du site de streaming musical Spotify qui accuse Apple de discriminer son application sur l'App Store au profit de son propre service de streaming musical, Apple Music et a ouvert une enquête sur les services de paiement Apple pay.

Mais **les procédures européennes apparaissent trop longues** : sept ans pour le cas Google Android, sans compter la procédure qui se déroule désormais devant le tribunal de l'Union européenne. Certes, afin d'agir plus rapidement, la Commission européenne a prononcé une mesure conservatoire en octobre dernier, à l'encontre de la société Broadcom, et a fait état de son souhait d'utiliser plus souvent ce type d'outil. Mais le standard des mesures conservatoires qui résulte de l'article 8 du règlement 1/2003<sup>1</sup>, c'est-à-dire la nécessité de prouver le préjudice irréparable reste très exigeant, comme l'avait déjà remarqué le Sénat dans une résolution du 8 septembre 2017, qui proposait un alignement sur le standard plus souple du droit français de la concurrence, c'est-à-dire la caractérisation d'une atteinte grave et immédiate. Il convient de souligner que l'Autorité de la concurrence française recourt davantage aux mesures conservatoires, ce qui est bienvenu. L'adoption de la directive ECN+<sup>2</sup> comporte des avancées notables afin de faciliter le recours aux mesures

<sup>1</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

<sup>2</sup> Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

conservatoires en permettant aux autorités de concurrence de se saisir d'office, sans attendre les plaintes d'opérateurs qui peuvent être réticents à saisir l'Autorité de pratiques mises en œuvre par des acteurs dominants par peur de représailles.

Plusieurs autres dispositifs permettent également d'encadrer les pratiques constatées sur les terminaux pouvant porter atteinte à la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'une position dominante dont un acteur abuserait. Le **règlement dit « Platform to business » (P2B)** publié le 12 juillet 2019 et qui entrera en application en juillet 2020<sup>1</sup> permettra également de **mieux encadrer les relations entre les fournisseurs d'applications et les magasins d'applications**. Ces derniers devront par exemple annoncer plus en amont tout changement contractuel pouvant avoir un impact sur les développeurs et, en cas de suspension ou terminaison de l'accès de leurs applications au magasin d'application, expliquer les raisons qui sous-tendent cette décision et offrir un mécanisme de recours aux développeurs.

Ce règlement s'ajoute au **droit interne des pratiques restrictives de concurrence**<sup>2</sup>, qui a notamment permis à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) de saisir le tribunal de commerce de Paris pour des abus d'Apple et de Google concernant leurs magasins d'application<sup>3</sup>. Plus précisément, il est reproché aux deux géants du numérique d'avoir soumis ou tenté de soumettre les développeurs d'application présents sur leur magasin d'applications à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties : grille tarifaire limitant la liberté et l'autonomie des développeurs d'applications, exonération générale de responsabilité et modification unilatérale du contrat. Selon les informations recueillies par les rapporteurs, ces deux procédures initiées respectivement en 2017 et 2018 pourraient amener à un premier jugement avant l'été 2020. Bien que plus rapides que les procédures engagées au niveau européen au titre du droit de la concurrence, ces procédures ne se caractérisent pas, non plus, par leur célérité.

Par ailleurs, les **dispositions en vigueur visant à protéger le consommateur sur internet**<sup>4</sup> se limitent à des obligations de transparence

---

<sup>1</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. Selon les informations recueillies par les rapporteurs, un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne pourrait proposer d'habiliter le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour adapter le droit interne à ce règlement.

<sup>2</sup> Articles L. 442-1 à L. 442-8 du code de commerce.

<sup>3</sup> DGCCRF, Communiqué de presse, Assignation de Google et Apple pour des pratiques commerciales abusives, 14 mars 2018.

<sup>4</sup> Issues de l'article 49 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et figurant aux articles L. 111-7 et suivants du code de la consommation, complétés par les articles D. 111-6 et suivants du même code.

envers le consommateur imposées aux plateformes sur le fonctionnement de leurs services : elles doivent préciser les conditions et les critères de classement et de référencement des offres, la nature et le mode de fonctionnement du service d'intermédiation proposé, ainsi que d'autres informations spécifiques dépendant de la nature de leur activité de place de marché, de plateforme d'économie collaborative ou de comparateur en ligne, sous peine d'amende administrative pouvant être infligée par la DGCCRF<sup>1</sup>.

Toutes ces dispositions se placent dans une **logique de régulation dite « ex post »** : elles visent à sanctionner des comportements répréhensibles une fois ceux-ci matérialisés et prouvés. Or, l'objectif de la régulation économique est bien d'assainir le marché. La sanction doit être là en ultime recours, après avoir accompagné et orienté les acteurs, de sorte que ceux-ci corrigent leurs comportements avant que l'atteinte au marché et aux consommateurs n'ait pu être constatée. En somme, sanctionner un acteur qui a pu tuer la concurrence en profitant de la longueur des procédures ne peut pas nous satisfaire collectivement.

## 2. ...La neutralité du Net n'est aujourd'hui consacrée que pour les réseaux

Depuis novembre 2015, le règlement européen établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert garantit le droit des citoyens à un accès internet ouvert, c'est-à-dire de pouvoir accéder librement à tout contenu ou service proposé sur internet et, en retour, de pouvoir diffuser et proposer sur internet tout contenu ou service qu'il souhaite<sup>2</sup>. Mais la portée de ses dispositions est limitée : elles ne s'appliquent pour l'essentiel qu'aux fournisseurs d'accès à internet (FAI), c'est-à-dire aux réseaux. En conséquence, pour reprendre une image utilisée par le président de l'Arcep, **la neutralité du Net est garantie sur les tuyaux (les réseaux), mais pas sur les robinets (les terminaux).**

**De nombreux travaux ont souligné cette lacune réglementaire.** Dès 2013, comme noté dans l'exposé des motifs, le Conseil national du numérique écrivait qu'« internet n'est plus seulement un réseau physique mais aussi et surtout un ensemble de services. Il est inutile d'imposer la neutralité en amont si on ne change pas les règles en aval »<sup>3</sup>. En 2015, un rapport sénatorial appelait les autorités européennes de concurrence à se mobiliser pour préserver la neutralité des terminaux<sup>4</sup>. En octobre dernier, le rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique du Sénat, présidée par

---

<sup>1</sup> Article L. 131-4 du code de la consommation.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Conseil national du numérique, rapport relatif à l'avis Net Neutralité n° 2013-1 du 1<sup>er</sup> mars 2013.

<sup>4</sup> Catherine Morin-Desailly, au nom de la commission des affaires européennes, L'Union européenne, colonie du monde numérique ?, 20 mars 2013.

le rapporteur Franck Montaugé, recommandait d'étudier la faisabilité de l'extension du principe de neutralité du Net aux terminaux<sup>1</sup>.

Au-delà de nos frontières, en Allemagne, le cas de la restriction de l'accès à la puce NFC sur iOS est en passe d'être traité dans le cadre de l'examen de la loi relative à la lutte contre le blanchiment<sup>2</sup>. Le Gouvernement allemand a également publié en octobre<sup>3</sup> et en janvier<sup>4</sup> un avant-projet de loi de réforme du droit de la concurrence visant, à l'occasion de la transposition de la directive ECN+, à permettre à l'autorité allemande de la concurrence d'appréhender les pratiques discriminatoires des grands acteurs du numérique. En Italie, une proposition de loi donnant au consommateur la possibilité de désinstaller les applications par défaut ou d'installer des applications non disponibles sur le magasin d'application a également été déposée<sup>5</sup>.

**L'avant-projet de loi allemand de réforme du droit de la concurrence prévoit un encadrement des plateformes structurantes**

L'avant-projet de loi allemand permettrait notamment à l'autorité de la concurrence allemande (le *Bundeskartellamt*) d'identifier certains acteurs comme particulièrement importants pour la concurrence sur plusieurs marchés.

L'autorité devrait en particulier prendre en compte les critères d'identification suivants : la position dominante sur un ou plusieurs marchés, la solidité financière et l'accès à d'autres ressources, l'intégration verticale et ses activités sur des marchés voisins, l'accès aux données pertinentes pour la concurrence, l'importance de ses activités pour l'accès des tiers au marché et son influence sur l'activité de ces tiers.

Elle pourrait alors prohiber certains comportements ne pouvant faire l'objet d'une justification objective, notamment :

- le traitement discriminatoire de l'offre des tiers par rapport à sa propre offre ;
- le fait d'empêcher directement ou indirectement les concurrents sur un marché dans lequel l'entreprise concernée peut rapidement accroître sa position, sans qu'elle soit pour autant dominante ;

<sup>1</sup> Gérard Longuet, au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique présidée par Franck Montaugé, Le devoir de souveraineté numérique, 1<sup>er</sup> octobre 2019.

<sup>2</sup> Voir, par exemple, *theverge.com*, Apple could be forced to let Apple Pay competitors access NFC under German law, 15 novembre 2019.

<sup>3</sup> Proposition de projet de loi portant dixième modification du droit de la concurrence, 7 octobre 2019 (<https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/10/GWB-Digitalisierungsgesetz-Fassung-Ressortabstimmung.pdf>)

<sup>4</sup> Cette version est consultable sur le site internet du ministère allemand de l'Économie et de l'Énergie: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=10](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10)

<sup>5</sup> [http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/0/983230/index.html?part=ddlpres\\_ddlpres\\_1-articolato\\_articolato1-articolo\\_articolo4](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/0/983230/index.html?part=ddlpres_ddlpres_1-articolato_articolato1-articolo_articolo4)

- la création de barrières à l'entrée par l'utilisation de données pertinentes ;

- le fait d'empêcher l'interopérabilité des produits et services ou la portabilité des données.

La charge de la preuve pèserait sur l'entreprise concernée.

Une régulation de la neutralité des terminaux est ainsi considérée comme nécessaire par un nombre croissant d'acteurs.

## **II. Le dispositif envisagé - Donner à un régulateur la mission de veiller à l'objectif de garantie du libre choix des utilisateurs non professionnels de terminaux.**

L'article 1<sup>er</sup> modifie le code des postes et des communications électroniques (CPCE) en vue de confier à un régulateur le soin de s'assurer que les pratiques mises en œuvre sur les terminaux en vue de restreindre le choix des consommateurs ne sont pas injustifiées.

Il assigne au ministre en charge des communications électroniques et à l'Arcep la mission de poursuivre l'objectif de protection de la liberté de choix des utilisateurs d'équipements terminaux<sup>1</sup>.

Il détermine ensuite les personnes soumises au nouveau régime créé : il s'agit des fournisseurs de système d'exploitation, la notion recouvrant à la fois les personnes qui éditent ou adaptent le système d'exploitation équipant des terminaux connectés et celles qui éditent ou adaptent tout autre logiciel préinstallé contrôlant l'accès aux fonctionnalités de ces terminaux. Il convient de noter que l'accès à la puce NFC doit bien être considéré comme l'accès à une fonctionnalité du terminal.

Il précise également les personnes protégées par le nouveau dispositif, à savoir les utilisateurs non professionnels de terminaux. Il définit, ensuite, ce qui doit être entendu comme la liberté de choix des utilisateurs d'équipements terminaux : les fournisseurs de système d'exploitation doivent s'assurer qu'ils ne limitent pas de façon injustifiée l'exercice, par les utilisateurs non professionnels, du droit, sur internet, d'accéder aux informations et aux contenus de leur choix, et de les diffuser, ainsi que d'utiliser et de fournir des applications et des services, selon une rédaction inspirée du règlement européen sur l'internet ouvert de 2015<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Selon le 10° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques, « on entend par équipement terminal tout équipement destiné à être connecté directement ou indirectement à un point de terminaison d'un réseau en vue de la transmission, du traitement ou de la réception d'informations ».

<sup>2</sup> Article 3 de ce règlement.

Afin de conforter la proportionnalité du dispositif, l'article 1<sup>er</sup> prend le soin de préciser que les pratiques restrictives du libre choix peuvent être justifiées par les nécessités suivantes : se conformer à la loi, assurer la sécurité du terminal ou son bon fonctionnement.

Enfin, il confie à l'Arcep le soin d'orienter le marché vers des pratiques vertueuses à travers la publication de lignes directrices, recommandations ou référentiels, à l'image de ce qui est prévu pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés<sup>1</sup>.

### **III. La position de la commission - Un dispositif nécessaire pour rendre le pouvoir à l'utilisateur de terminaux et libérer l'innovation.**

La commission estime que ces dispositions permettront de poser les bases d'une meilleure régulation d'internet, qui casse les silos numériques dans lesquels nous sommes en train - volontairement ou non - de nous enfermer.

Il ne s'agit pas de nier que les deux écosystèmes dominants proposés aujourd'hui sur les *smartphones* se distinguent par leur ergonomie et par des services qui leurs sont propres. Il ne s'agit pas non plus d'interdire la préinstallation d'applications, qui fait l'objet d'accords entre les divers intervenants de la chaîne de valeur du terminal (fabricant, concepteur de système d'exploitation, opérateur télécom le commercialisant...). Il ne s'agit pas, enfin, d'opposer simplicité d'utilisation et liberté de choix absolue. Il s'agit de confier le soin à un régulateur de s'assurer que leur position d'oligopole ne se traduise pas par une limitation injustifiée du choix apporté aux consommateurs.

Lors des auditions, la question de la **compatibilité du chapitre I<sup>er</sup> à la directive dite « RED »**<sup>2</sup> a pu être soulignée. Cette directive conditionne notamment la mise à disposition sur le marché des équipements radioélectriques au respect, par les fabricants, d'exigences essentielles limitativement énumérées. Les rapporteurs estiment que ces dispositions ne violent pas cette directive, car elles n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux exigences essentielles ou d'en ajouter une qui se traduirait par une barrière à la mise sur le marché proscrite par la directive.

Enfin, les rapporteurs relèvent que, s'agissant de la **conformité du chapitre I<sup>er</sup> à la directive dite « e-commerce »** précitée, le Conseil d'État relève, tout en soulignant que les juridictions européennes pourraient retenir une approche différente, que la protection du consommateur apparaît comme le motif le plus à même d'être mobilisé compte tenu de l'objectif

---

<sup>1</sup> Article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>2</sup> Directive 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques et abrogeant la directive 1999/5/CE.

poursuivi, et que la proposition de loi assure de manière satisfaisante la proportionnalité de l'atteinte à la libre prestation de service.

Sur proposition des rapporteurs, **la commission des affaires économiques a souhaité renforcer le texte et le préciser, tout en prenant en compte les recommandations du Conseil d'État.**

Certaines personnes auditionnées ont pu souligner le caractère insuffisant de l'encadrement des motifs pouvant justifier les atteintes au libre choix du consommateur que sont le respect de la loi, la nécessité de garantir la sécurité du terminal ou celle de s'assurer de son bon fonctionnement. La rédaction initiale aurait en effet laissé une certaine latitude aux opérateurs visés par la proposition de loi pour se justifier sur le fondement de ces trois motifs. C'est pourquoi les rapporteurs ont inséré la nécessité de démontrer que les pratiques sont *strictement* nécessaires au respect des lois ou à la sécurité ou au bon fonctionnement du terminal. L'amendement précise également que l'entreprise mise en cause devra apporter la preuve que la pratique à laquelle elle recourt ne pourrait pas atteindre le même but en adoptant une pratique moins attentatoire au libre choix du consommateur. Il s'agit, en somme, de s'assurer que les mesures limitant la liberté de choix des consommateurs seront proportionnées aux risques encourus (COM-5).

Plusieurs précisions sont également apparues nécessaires et ont été intégrées sur proposition des rapporteurs :

- prenant acte de ce que les terminaux seront de plus en plus contrôlés à distance, à l'image des assistants vocaux qui commandent à distance les enceintes connectées, un amendement vise à s'assurer que le dispositif s'applique bien à tous les logiciels contrôlant l'accès aux fonctionnalités des terminaux en supprimant la référence à la préinstallation (COM-2) ;

- un amendement clarifie le fait que les magasins d'applications sont bien visés par la présente proposition de loi (COM-3) ;

- enfin, comme l'a suggéré le Conseil d'État, il est apparu nécessaire de préciser la territorialité du dispositif : dès lors que les systèmes d'exploitation et logiciels visés par la régulation sont proposés à des utilisateurs non professionnels situés en France, ils entreront dans le champ d'application de la loi (COM-3).

En commission, les rapporteurs ont retiré un amendement qui entendait clarifier la portée du dispositif en visant expressément certaines pratiques restrictives, telles que l'impossibilité, de façon directe ou indirecte, d'installer ou de désinstaller certaines applications et l'imposition de conditions non équitables d'accès à des fonctionnalités inhérentes ou annexes au terminal, ayant pour effet de réduire les offres disponibles (COM-4). Considérant évident que ce type de pratiques est bien visé par le texte de la proposition de loi, la commission a estimé qu'il était de bonne

pratique légistique de ne pas le préciser dans le dispositif du texte, sous peine de rendre la loi bavarde.

Au point n° 30 de son avis, le Conseil d'État suggère de déplacer les chapitres I et II de la proposition de loi du livre II du CPCE, dédié aux « services de communication électronique », au titre I<sup>er</sup> « Autres services » du livre III « Autres services, dispositions communes et finales » de ce code. Plusieurs amendements adoptés en commission dans l'ensemble des chapitres I et II de la proposition de loi visent à prendre en compte cette suggestion. S'agissant de l'article 1<sup>er</sup>, il s'agit de l'amendement **COM-1**.

Enfin, la commission a également adopté un amendement d'ordre rédactionnel (**COM-8**).

**La commission a adopté l'article ainsi modifié.**

## Article 2

### Recueil et partage d'informations et règlement des différends

Cet article vise à permettre au régulateur de recueillir et de traiter toutes informations nécessaires pour assurer la mise en œuvre de l'objectif de protection de la liberté de choix des utilisateurs non professionnels de terminaux. Il permet également à l'Arcep de régler les différends entre professionnels pouvant résulter des restrictions à cette liberté de choix.

La commission a adopté un amendement de rédaction globale ne modifiant pas le fond du dispositif.

#### I. La situation actuelle

Pour mettre en œuvre ses missions, l'Arcep dispose notamment de pouvoirs permettant une démarche de régulation par la donnée, à travers le **recueil d'informations** (art. L. 32-4 du CPCE) et sa **mise à disposition** en vue de contribuer à la bonne information des utilisateurs. Ce dernier cas concerne notamment les cartes de couverture en infrastructures numériques : l'article L. 36-6 du CPCE lui donne la possibilité de fixer les règles concernant les contenus et les modalités de mise à disposition du public d'informations fiables et comparables relatives à la disponibilité, à la qualité et à la couverture des réseaux et des services de communications électroniques et la détermination des indicateurs et méthodes employées pour les mesurer et de la capacité à régler les différends entre professionnels qui lui sont soumis.

Elle dispose également d'un **pouvoir de règlement des différends** en matière d'accès ou d'interconnexion à un réseau de communications électroniques (article L. 36-8 du CPCE), secteur postal (articles L. 5-4, L. 5-5 du CPCE) ou de distribution de presse (article 25 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques.

## II. Le dispositif envisagé

L'article 2 dote l'Arcep de pouvoirs de recueil et de traitement de l'information lui permettant d'engager une **régulation par la donnée** - orientation soutenue par la commission d'enquête sur la souveraineté numérique du Sénat, afin d'éclairer les choix des utilisateurs et mieux orienter le marché<sup>1</sup>.

L'article 2 confie ainsi à l'Arcep la mission de favoriser la mise à disposition, dans le respect des secrets protégés par la loi, des informations susceptibles de favoriser la liberté de choix des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux et, à ce titre, de mettre en place ou accompagner la mise en place par des tiers, des outils d'évaluation et de comparaison des pratiques mises en œuvre par les fournisseurs de système d'exploitation.

Pour mettre en œuvre cette mission, elle dispose notamment des pouvoirs suivants :

- recueil d'informations, de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de leurs missions, et sur la base d'une décision motivée ;

- fixation de règles concernant les conditions et modalités de transmission ou de mise à disposition, y compris à des organismes tiers recensés par l'Arcep, d'informations fiables relatives aux équipements terminaux et à leurs systèmes d'exploitation, dans la mesure où cela s'avère justifié pour la mise en œuvre de l'objectif de protection de la liberté de choix des utilisateurs de terminaux.

L'article 2 confie également à l'Arcep un **pouvoir de règlement des différends** opposant les utilisateurs professionnels aux fournisseurs de système d'exploitation sur les pratiques limitant de façon injustifiée l'exercice, par les utilisateurs non professionnels, du droit, sur internet, d'accéder aux informations et aux contenus de leur choix et de les diffuser, ainsi que d'utiliser et de fournir des applications et des services.

## III. La position de la commission

Ces pouvoirs permettront au régulateur de créer un dialogue entre les acteurs et d'orienter le marché. Ce sont les ingrédients essentiels à une régulation agile et proactive de secteurs en perpétuelle évolution.

Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté un amendement de rédaction globale visant notamment à déplacer les dispositions de l'article 2 au sein d'un autre titre du CPCE, conformément à la recommandation du Conseil d'État et à créer une procédure *ad hoc* de

---

<sup>1</sup> Sur ce sujet, voir la note commune publiée par sept régulateurs en juillet 2019 et intitulée « nouvelles modalités de régulation. La régulation par la donnée ».

règlement des différends, la référence à l'article L. 36-8 du CPCE envisagée par la proposition de loi ne s'avérant pas tout à fait opérationnelle (**COM-7**).

**La commission a adopté cet article ainsi rédigé.**

### Article 3

#### Sanctions

**Cet article confie à l'Arcep un pouvoir de sanction des règles visant à protéger la liberté de choix des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux. Le régulateur pourrait ainsi prononcer des sanctions allant jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires mondial, et 4 % en cas de récidive.**

**La commission a adopté un amendement de rédaction globale ne modifiant pas le fond du dispositif.**

#### I. La situation actuelle

En application de l'article L. 36-11 du CPCE, l'Arcep peut infliger divers types de sanctions selon la nature des manquements aux dispositions du code constatés. Certaines sanctions sont libellées en chiffre d'affaires. Le régulateur peut ainsi infliger à l'encontre de l'exploitant de réseau, du fournisseur de services ou du gestionnaire d'infrastructure d'accueil une sanction de 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, taux porté à 5 % en cas de récidive. A défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 150 000 euros, porté à 375 000 euros en cas de récidive. L'opérateur en charge du service universel peut même se voir infliger une sanction allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires dans certaines circonstances, taux porté à 10 % en cas de récidive.

En droit de la concurrence, l'Autorité de la concurrence peut infliger une sanction allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante (article L. 464-2 du code de commerce).

## II. Le dispositif envisagé

En cas de manquement aux dispositions visant à protéger la liberté de choix des utilisateurs non-professionnels d'équipements terminaux, le régulateur serait en mesure d'infliger des sanctions jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par l'entreprise en cause au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre<sup>1</sup>. Ce taux serait porté à 4 % en cas de récidive<sup>2</sup>.

À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne pourrait excéder 150 000 euros. Ce montant serait porté à 375 000 euros en cas de nouvelle violation de la même obligation.

## III. La position de la commission

L'objet de la nouvelle régulation proposée est bien de permettre au régulateur d'accompagner le marché. Mais, pour être crédible, le régulateur doit bénéficier d'un pouvoir de sanction dont le montant potentiel se doit d'être dissuasif, tout en étant proportionné afin de respecter l'exigence constitutionnelle de nécessité et de proportionnalité des peines.

Ces exigences sont respectées par le présent article. Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté un amendement de rédaction globale visant notamment à déplacer les dispositions de l'article 3 au sein d'un autre titre du CPCE, conformément à la recommandation du Conseil d'État (COM-8).

**La commission a adopté cet article ainsi modifié.**

---

<sup>1</sup> La rédaction de cet article est inspirée de celle de l'article L. 464-2 du code de commerce.

<sup>2</sup> Ces seuils de 2 % et 4 % se rapprochent de ceux figurant à l'article 83 du règlement général de protection des données, dit « RGPD » (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). Dans sa décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles, le Conseil constitutionnel a validé la sanction de 4 % du chiffre d'affaires prévue pour les manquements au RGPD.

## CHAPITRE II

### INTEROPÉRABILITÉ DES PLATEFORMES

#### Article 4

#### Renforcement de l'interopérabilité des plateformes en ligne

Cet article vise à confier à un régulateur le soin de favoriser l'interopérabilité des plateformes en ligne.

La commission a adopté deux amendements en vue d'en améliorer la rédaction.

#### I. La situation actuelle – L'absence d'une régulation *ad hoc* tendant vers l'interopérabilité des plateformes.

A) *L'interopérabilité est une réalité en matière de communications électroniques*

L'interopérabilité est la capacité d'un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre<sup>1</sup>.

L'interopérabilité permet d'éviter que les effets de réseaux<sup>2</sup> ne conduisent naturellement à ce que quasiment tous les utilisateurs adoptent le même opérateur téléphonique pour pouvoir contacter l'ensemble des utilisateurs sans avoir à souscrire plusieurs abonnements. Une fois l'interopérabilité assurée, les effets de réseaux se multiplient : la valeur d'un bien augmente quand le réseau se développe. L'adoption d'une norme assurant l'interopérabilité réduit également les coûts de production et renforce la concurrence.

Dans les **télécoms**, l'abonné d'un opérateur peut directement contacter l'abonné d'un autre opérateur. Le CPCE charge ainsi le ministre en charge des communications électroniques et l'Arcep de poursuivre l'objectif d'interopérabilité des services de communications électroniques au niveau européen (article L. 32). Les opérateurs doivent ainsi respecter les règles assurant l'interopérabilité des services (article L. 33-1).

---

<sup>1</sup> Définition empruntée au Conseil national du numérique.

<sup>2</sup> Un service bénéficie d'effets de réseau lorsque que l'utilité du service varie en fonction du nombre d'utilisateurs de ce service. Cet effet de réseau est direct lorsque l'utilité de ce service pour un membre d'un groupe d'utilisateurs dépend de la taille de son propre groupe. Cet effet de réseau est indirect lorsque l'utilité du service pour un membre d'un groupe dépend de la taille d'un autre groupe d'utilisateurs de ce service.

L'interopérabilité existe également en matière de **courriels**. Celle-ci s'est faite sans l'aide d'une loi, grâce à l'utilisation, par tous les prestataires de services, de protocoles communs, en l'occurrence, les protocoles SMTP<sup>1</sup>, POP<sup>2</sup> et IMAP<sup>3</sup>.

Le **code européen des communications électroniques**<sup>4</sup>, dont l'article 64 du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique prévoit la transposition par ordonnance, contient également des dispositions visant à favoriser l'interopérabilité des **services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation**, autrement dit les services de messagerie instantanée comme WhatsApp ou Facebook Messenger<sup>5</sup>. Si des problèmes d'interopérabilité apparaissent, la Commission devrait demander à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) un rapport d'évaluation de la situation, sur la base duquel la Commission pourrait adopter des « *mesures d'exécutions précisant la nature et la portée des interventions régulatrices possibles* ». Les autorités nationales - l'Arcep en France - pourraient alors imposer des obligations d'interopérabilité aux fournisseurs de services dont le niveau de couverture et d'utilisation par les utilisateurs est significatif. Cette intervention serait justifiée par la compromission de la connectivité de bout en bout entre utilisateurs finaux et ne devrait avoir lieu que dans la mesure nécessaire pour assurer cette connectivité de bout en bout.

*B) Des dispositions disparates pouvant permettre d'appréhender l'interopérabilité de certains produits et services numériques*

En application du **droit de la concurrence**, et en particulier en cas d'abus de position dominante, les autorités de concurrence ont eu l'occasion de traiter de cas d'interopérabilité. Dans l'affaire Microsoft (2004), la Commission a imposé à l'entreprise d'ouvrir son système d'exploitation pour permettre aux éditeurs de logiciels tiers de proposer des logiciels compatibles avec Windows<sup>6</sup>.

Aujourd'hui, Facebook entend rendre les plateformes de messageries disponibles sur ses différents services (Messenger, Instagram, WhatsApp) interopérables. Mais l'interopérabilité entre des services appartenant au même acteur renforcerait le verrouillage du marché. C'est pourquoi cette opération fait l'objet d'une attention particulière, en

---

<sup>1</sup>Pour « Simple Mail Transfer Protocol ».

<sup>2</sup> Pour « Post Office Protocol ».

<sup>3</sup> Pour « Internet Message Access Protocol ».

<sup>4</sup> Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

<sup>5</sup> Il s'agit de l'article 61 de la directive. Le considérant 17 de la directive précise explicitement que les sites internet et les réseaux sociaux ne sont pas considérés comme des services de communication interpersonnelle.

<sup>6</sup> Commission européenne, 23 mars 2004, Microsoft, COMP/C-3/37.792.

particulier aux États-Unis, où l'autorité de la concurrence américaine étudie la possibilité d'empêcher un tel rapprochement<sup>1</sup>.

En matière d'**applications de mobilité**, la loi d'orientation des mobilités<sup>2</sup> prévoit des dispositions visant à favoriser la mise en place d'agrégateurs de services de mobilité, permettant ainsi à l'utilisateur de réserver plusieurs services de transport pour réaliser un trajet à partir d'une même application. Les opérateurs de transport doivent partager leurs données dans un format interopérable et les relations entre l'agrégateur et les services qu'il agrège sont encadrées par des règles strictes, sous le contrôle de l'Autorité de régulation des transports. Un décret d'application devra notamment prévoir les conditions techniques d'interopérabilité entre l'agrégateur (appelé service numérique multimodal) et le gestionnaire du service (plus précisément, son service numérique de vente).

En matière de propriété intellectuelle, le législateur français a consacré en 2006<sup>3</sup> ce que la doctrine a pu appeler un « droit à l'interopérabilité »<sup>4</sup> afin de permettre à des interfaces logiques de programmes, comme par exemple des systèmes de lecture, de communiquer entre elles par le biais d'échanges d'informations. L'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que **les mesures techniques de protection du droit d'auteur** dont la protection juridique est prévue par la directive « droit d'auteur » de 2001<sup>5</sup> « *ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur* ». Il oblige ainsi les fournisseurs de mesures techniques à donner l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité : documentation technique ou interface de programmation. La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) veille à l'application de cette disposition dans des conditions définies à l'article L. 331-32 du même code. Elle peut ainsi régler les différends entre une personne souhaitant avoir accès à ces informations essentielles à l'interopérabilité et la personne qui la lui refuse. À ce jour, l'Hadopi n'a pas eu l'occasion de mettre en œuvre ce pouvoir. Elle a seulement rendu un avis, sur saisine de l'association VideoLAN, qui publie le lecteur VLC<sup>6</sup>. Par ailleurs, en application d'une directive applicable aux logiciels<sup>7</sup>, la

---

<sup>1</sup> *Wall Street Journal, FTC Weighs Seeking Injunction Against Facebook Over How Its Apps Interact*, 12 décembre 2019.

<sup>2</sup> *Article 28 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités*.

<sup>3</sup> *Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>4</sup> *Jean-Michel Bruguière, Le droit à l'interopérabilité, revue Communication commerce électronique, février 2007*.

<sup>5</sup> *Article 6 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

<sup>6</sup> *Hadopi, avis n° 2013-2*.

<sup>7</sup> *Article 6 de la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, qui reprend les dispositions d'une directive de 1991*.

reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels<sup>1</sup>.

Enfin, l'essentiel des technologies de l'information et de la communication sont rendues interopérables en dehors du droit, grâce à l'adoption de normes techniques, c'est-à-dire un référentiel commun et documenté, destiné à harmoniser l'activité d'un secteur. C'est par exemple le cas de la 5G, du wi-fi, du MP3... Elles sont définies dans le cadre de diverses enceintes de normalisation, telles que l'IEEE<sup>2</sup>.

C) *L'interopérabilité des plateformes, moyen de redonner le pouvoir à l'utilisateur.*

Aujourd'hui, la structure du web est faite de diverses plateformes organisées en silos : chacune parle son propre langage et ne peut communiquer avec les autres. **Aucune règle n'impose l'interopérabilité des plateformes en ligne.**

Dans son rapport sur la neutralité des plateformes, le Conseil national du numérique recommandait néanmoins d'« imposer la portabilité et l'interopérabilité des données pour garantir la liberté et la pluralité d'usage, soutenir l'innovation et préserver la liberté de choix de l'usager ». Il notait que « la compatibilité et l'interopérabilité technique sont une autre façon de parler de neutralité : le web fonctionne et s'enrichit parce qu'il est interopérable (protocoles de transports et langages de communication, syntaxe, encodage, etc.). » Le rapport décrivait très bien les avantages et inconvénients de l'interopérabilité des plateformes : plus celle-ci est compatible, plus les effets de réseau augmentent car la compatibilité bénéficie tant aux consommateurs qu'aux entreprises puisque leur marché s'élargit par ce biais. En revanche, « une plateforme devenue dominante peut avoir plus d'intérêt à limiter sa compatibilité pour sécuriser les portions de marché qu'elle a conquises. »

On assiste aujourd'hui à un **mouvement général en faveur de l'interopérabilité des plateformes**. En mai dernier, 75 organisations de défense des libertés sur internet ont publié une lettre commune pour l'interopérabilité des géants du web. Le rapport *Competition policy for the digital era* commandé par la commissaire européenne Mme Vestager et rendu public en avril 2019 y consacre de longs développements, distinguant interopérabilité des protocoles et interopérabilité des données.

---

<sup>1</sup> Article L. 122-6-1 du code de propriété intellectuelle.

<sup>2</sup> Pour « Institute of Electrical and Electronics Engineers ». Sur la normalisation, voir le rapport de Mme Elisabeth Lamure, publié au nom de la commission des affaires économiques le 12 juillet 2017 et intitulé « Où va la normalisation ? - En quête d'une stratégie de compétitivité respectueuse de l'intérêt général ».

Au Royaume-Uni, le rapport « Furman »<sup>1</sup> souligne les intérêts de pouvoir partager un message au-delà du réseau social auquel on est inscrit. Aux États-Unis, le rapport du Stigler Center sur les plateformes numériques estime nécessaire d'obliger à l'interopérabilité des plateformes, en l'imposant notamment aux réseaux sociaux, comme en matière de téléphonie. En octobre dernier, le rapport de la commission d'enquête sénatoriale sur la souveraineté numérique recommandait d'étudier la faisabilité technique et opérationnelle d'une obligation d'interopérabilité. Lors de l'examen de la proposition de loi visant à lutter contre la haine en ligne, le Sénat a également défendu un amendement permettant au régulateur sectoriel d'encourager l'interopérabilité des réseaux sociaux. En Allemagne, le projet de loi de réforme du droit de la concurrence déjà évoqué permettrait à l'autorité de la concurrence allemande d'imposer des obligations en matière d'interopérabilité, pour prévenir les comportements abusifs des grands acteurs du numérique.

Actuellement, le Conseil national du numérique mène une étude de cas pour déterminer des cas précis de mise en œuvre d'une obligation d'interopérabilité. Dans le cadre des états généraux de la régulation du numérique, le Conseil national du numérique a consulté les acteurs de la société civile sur « *une proposition visant à promouvoir la portabilité des données et mettre en œuvre l'interopérabilité des services* ». Celle-ci a fait l'objet d'un accueil majoritairement favorable par les acteurs économiques.

Le résumé de leurs contributions retrace bien les avantages de l'interopérabilité. Ils y voient un moyen de :

- **rétablir une concurrence effective** et désamorcer le verrouillage du marché ;

- **rééquilibrer les relations entre les plateformes et les utilisateurs professionnels** ;

- **conférer aux consommateurs une réelle liberté de choix** : l'information n'est pas suffisante, il faut aussi faciliter le passage d'un service à un autre pour garantir la liberté de choix des consommateurs. En effet, l'interopérabilité offrirait le choix aux utilisateurs non professionnels de déterminer les services qu'ils souhaitent utiliser sans risquer de se retrouver exclus des communautés avec lesquelles ils souhaitent communiquer, ou encore de se voir forcés d'adhérer à une communauté pour pouvoir communiquer.

L'interopérabilité aurait également pour effet de permettre l'entrée de nouveaux acteurs et l'émergence de services additionnels, tels que des méthodes de référencement des contenus plus pertinentes, ou encore des conditions de présentation de ces contenus (« expérience utilisateur ») plus attractives. Ne pouvant plus bénéficier des effets de réseau pour verrouiller

---

<sup>1</sup> *Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, mars 2019.*

un marché, les différents acteurs seraient encouragés à proposer de nouveaux services toujours plus innovants pour se différencier.

**L'interopérabilité est l'un des moyens de garantir la portabilité des données consacrée par le RGPD**

L'article 20 du RGPD consacre le droit à la portabilité des données, défini comme le « *droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle* ». L'objectif de ce droit n'est pas de nature concurrentielle : il vise à renforcer les droits des personnes. Cet article prévoit également un droit d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, « *lorsque cela est techniquement possible* ». Ainsi, alors même que le considérant 68 du même règlement considère qu' « *il y a lieu d'encourager les responsables du traitement à mettre au point des formats interopérables permettant la portabilité des données* », il n'y a aucune obligation d'interopérabilité des données. La Cnil mène actuellement des travaux pour améliorer la mise en œuvre du droit à la portabilité.

Plusieurs grands acteurs du numérique (Google, Facebook, Microsoft, Twitter, Apple) se sont lancés dans la mise en œuvre d'une telle interopérabilité à travers le *Data Transfer Project*, un projet de dispositif open source permettant une portabilité directe de données entre fournisseurs de services, sans téléchargement. Facebook a publié en septembre dernier un livre blanc faisant état des difficultés à mettre en œuvre une portabilité des données qui garantisse en même temps la protection des données personnelles<sup>1</sup>.

Le **cas des réseaux sociaux** apparaît comme le cas d'application le plus évident et le plus régulièrement cité. L'interopérabilité, sous ses différentes formes - partage d'informations, interfaces de programmation, standards communs - pourrait ainsi permettre aux personnes quittant le réseau social dominant au profit d'un autre réseau social de rester en contact avec les personnes inscrites sur ce réseau social. D'un point de vue technique, pourrait ainsi être envisagée, à travers la mise en place d'une ou plusieurs interfaces de programmation applicative, une interopérabilité appliquée aux fils d'actualité des réseaux sociaux ou entre les services de réseaux sociaux et des agrégateurs. Le standard de publication de messages sur les fils d'actualité appelé Activity pub publié par le W3C<sup>2</sup>, l'organisme de normalisation du web, permettrait à différents réseaux sociaux de dialoguer entre eux sans porter atteinte aux particularités de chaque service. Mis en œuvre par de nombreux logiciels (Mastodon, PeerTube, WriteFreely...), il normalise les fonctions de base des fils d'actualité : la publication de contenus (« *create* »), le fait de suivre l'actualité d'une personne (« *follow* »), le fait d'aimer telle ou telle publication (« *like* »)...

<sup>1</sup> Facebook, Data portability and privacy, septembre 2019.

<sup>2</sup> Pour « World Wide Web Consortium ».

L'interopérabilité pourrait également bénéficier aux acteurs économiques. À titre d'exemple, lorsqu'un annonceur déploie une campagne publicitaire sur la plateforme de Google, il n'est pas en mesure de la dupliquer sur une autre plateforme en ligne, ce qui induit des coûts de reproduction. Renforcer l'interopérabilité sur le marché de la publicité en ligne est une piste envisagée par la *Competition & Markets Authority* (CMA) britannique dans son rapport intermédiaire sur les plateformes numériques et la publicité en ligne<sup>1</sup>.

Mais elle pourrait également, à terme, être appliquée à l'ensemble des plateformes : réseaux sociaux, applications de mobilité, commerce en ligne... C'est à cet effet que le W3C a créé le projet Solid<sup>2</sup>, qui permet de décentraliser la donnée sur internet : elle ne serait plus liée à la plateforme, mais à l'utilisateur. Elle permettrait aux utilisateurs d'une application d'être accessibles depuis une autre application et, ainsi, ouvrirait la voie au développement de plateformes plus modestes qui ne pourraient pas être évincées par les « géants » du web.

## **II. Le dispositif envisagé – Confier à un régulateur le soin de favoriser et, éventuellement, d'obliger à l'interopérabilité des plateformes afin de rendre le pouvoir au consommateur.**

L'article 4 confie au ministre en charge des communications électroniques et à l'Arcep le soin de veiller à l'objectif d'interopérabilité des services de communication au public en ligne.

À cette fin, l'Arcep pourrait imposer des obligations aux fournisseurs de ces services. Il faudrait, pour cela, caractériser que la capacité des utilisateurs non professionnels à accéder à ces services et à communiquer par leur intermédiaire est compromise. C'est bien la communication entre services qui est ici visée et non la communication sur un seul et même service.

L'absence d'interopérabilité pourrait cependant être justifiée par la nécessité d'assurer la sécurité, l'intégrité ou le bon fonctionnement des services.

Afin de cibler le dispositif sur les plus grandes entreprises, seuls les services dont le niveau d'utilisation est significatif seraient concernés.

Trois types d'obligations pourraient être édictés : la publication d'informations pertinentes, l'obligation d'autoriser l'utilisation, la modification et la retransmission de ces informations par l'Arcep ou d'autres fournisseurs de services et l'obligation d'utiliser des standards techniques d'interopérabilité identifiés par l'Autorité.

---

<sup>1</sup> CMA, Online platforms and digital advertising, Market study interim report, décembre 2019.

<sup>2</sup> Pour « Social linked data ».

Toute obligation envisagée par l’Autorité devrait cependant faire l’objet d’une consultation publique dans les conditions prévues au V de l’article L. 32-1 du CPCE : délai raisonnable de recueil des contributions et publicité du résultat de la consultation.

### **III. La position de la commission – Une disposition nécessaire pour permettre à un régulateur d’imposer au cas par cas des obligations proportionnées permettant de redonner le pouvoir au consommateur.**

La commission estime que le dispositif proposé est équilibré. Il ne s’agit pas d’imposer l’interopérabilité du web du jour au lendemain. Un tel dispositif serait disproportionné. Il s’agit au contraire de permettre à un régulateur d’examiner si des cas particuliers justifient de renforcer et, au besoin, d’imposer l’interopérabilité.

Plusieurs limites à l’interopérabilité ont été soulevées lors des auditions menées par les rapporteurs. Elles apparaissent surmontables.

Il s’agit en particulier de l’argument selon lequel l’interopérabilité se traduisant par l’utilisation d’un standard commun briderait l’innovation et uniformiserait l’expérience utilisateur en empêchant la différenciation des services. L’exemple canonique d’une norme destinée à assurer l’interopérabilité ayant abouti à une technologie sous-optimale est celui du clavier Qwerty/Azerty, qui subsiste alors que d’autres formats seraient techniquement plus efficaces. S’agissant des plateformes, si la création d’un langage commun entraîne nécessairement un minimum de caractéristiques communes, cela n’empêcherait en rien aux services de se différencier : dans l’exemple des fils d’actualité, Twitter pourrait toujours limiter le nombre de caractères. Les différences de nature entre services ne sont donc pas un obstacle à l’interopérabilité. L’interopérabilité ne concerne que l’interface entre deux services : chaque service peut se distinguer par ses performances, sa fiabilité, son interface utilisateur, ses politiques (liberté d’expression, gestion des données personnelles...). De plus, un nouveau protocole ne détermine qu’un minimum de fonctions et n’interdit pas l’ajout d’autres fonctionnalités. Et il reviendra au régulateur, le cas échéant, d’assurer l’équilibre entre normalisation nécessaire et limitation des possibles.

D’autres personnes auditionnées ont souligné le risque que l’interopérabilité ne se retourne contre les petits opérateurs économiques, une fois que les grands opérateurs auront imposé leurs standards d’interopérabilité. C’est justement la raison pour laquelle il convient de confier cette mission à un régulateur technique qui serait à même d’examiner, au cas par cas, les conséquences de l’adoption de telle ou telle mesure sur la dynamique concurrentielle du marché.

Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté deux amendements.

Le premier déplace les dispositions de l'article dans un autre titre du code des postes et des communications électroniques, en vue de suivre l'avis du Conseil d'État (**COM-9**).

Le deuxième comporte plusieurs points (**COM-10**). Dans le point n° 37 de son avis, le Conseil d'État alerte sur le risque très sérieux d'atteinte à la protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur consacrée par la directive « droit d'auteur » de 2001 résultant de l'interopérabilité des plateformes telle qu'envisagée par le présent article. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de préciser que l'interopérabilité ne pourrait être imposée si cela devait se traduire par une violation des lois et règlements en vigueur. Autrement dit, l'interopérabilité des plateformes ne peut pas se traduire par une violation du droit européen.

Cet amendement prend également en compte l'observation formulée au point n° 25 de l'avis du Conseil d'État, à savoir que le dispositif serait plus lisible s'il renvoyait explicitement aux opérateurs de plateforme en ligne définis à l'article L. 111-7 du code de la consommation.

Enfin, outre des modifications d'ordre rédactionnel, cet amendement vise à s'assurer que les enjeux liés à la protection des données personnelles seront bien considérés avant d'envisager la moindre mesure en matière d'interopérabilité : l'Arcep devra en effet consulter obligatoirement la Cnil. Cette disposition va donc au-delà du droit en vigueur, qui permet à toute autorité administrative indépendante de saisir pour avis une autre autorité de toute question relevant de la compétence de celle-ci<sup>1</sup> et à toute autorité administrative indépendante de saisir la Cnil en matière de protection des données<sup>2</sup>.

**La commission a adopté cet article ainsi modifié.**

---

<sup>1</sup> Article 15 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

<sup>2</sup> Article 8 I 4° c) de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

*Article 5*

**Recueil d'informations**

**Cet article vise à permettre au régulateur de recueillir toutes informations nécessaires pour assurer la mise en œuvre des obligations édictées en vue d'assurer l'interopérabilité des plateformes.**

**La commission a adopté un amendement de rédaction globale ne modifiant pas le fond du dispositif.**

Cet article permet au régulateur de recueillir toutes informations nécessaires pour assurer la mise en œuvre des obligations édictées en vue d'assurer l'interopérabilité des plateformes. Ce recueil d'informations est encadré : il doit être proportionné et s'appuyer sur une décision motivée.

Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté un amendement de rédaction globale visant à déplacer les dispositions de l'article 5 au sein d'un autre titre du CPCE, conformément à la recommandation du Conseil d'État (COM-11).

**La commission a adopté cet article ainsi modifié.**

## Article 6

### Sanctions

**Cet article confie à l'Arcep un pouvoir de sanction des règles visant à assurer l'interopérabilité des plateformes. Le régulateur pourrait ainsi prononcer des sanctions allant jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires mondial, et 4 % en cas de récidive.**

**La commission a adopté un amendement de rédaction globale ne modifiant pas le fond du dispositif.**

En cas de manquement aux dispositions visant à assurer l'interopérabilité des plateformes, le régulateur serait, comme à l'article 3 de la proposition de loi, en mesure d'infliger des sanctions jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par l'entreprise en cause au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Ce taux serait porté à 4 % en cas de récidive. À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne pourrait excéder 150 000 euros. Ce montant serait porté à 375 000 euros en cas de nouvelle violation de la même obligation.

Il convient de rappeler que, dans le cadre du régime d'interopérabilité décrit à l'article 4, l'Hadopi peut infliger une amende allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre.

Il s'agit de retenir la même logique que pour l'article 3 : permettre l'édition d'une sanction dissuasive en vue de rendre la régulation crédible.

Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté un amendement de rédaction globale visant notamment à déplacer les dispositions de l'article 6 au sein d'un autre titre du CPCE, conformément à la recommandation du Conseil d'État (COM-12).

**La commission a adopté cet article ainsi modifié.**

---

### CHAPITRE III

## LUTTE CONTRE LES ACQUISITIONS DITES « PRÉDATRICES »

### Article 7

#### Contrôle des acquisitions des entreprises structurantes

Cet article vise à permettre à l'Autorité de la concurrence d'appréhender des opérations de concentration qui échappent aujourd'hui à l'obligation de notification. Les grandes entreprises du numérique auraient ainsi l'obligation de notifier leurs projets d'acquisitions avant leur réalisation. L'Autorité pourrait alors enjoindre à l'entreprise concernée de soumettre l'opération au contrôle des concentrations.

La commission a adopté deux amendements. L'un visant à déterminer des critères d'identification des entreprises concernées. L'autre exigeant de l'entreprise qu'elle prouve que l'opération ne présente pas de risque concurrentiel pour le marché.

#### I. La situation actuelle - Des autorités de concurrence aveugles face aux acquisitions dites « prédatrices »

Le terme d'acquisitions « prédatrices » ou « *killer acquisitions* » est utilisé pour désigner les stratégies de rachat des géants du numérique conduisant à renforcer la position dominante d'entreprises qui le sont déjà sur un ou plusieurs marchés connexes, ayant pour effet de réduire la concurrence et l'innovation. Des stratégies de ce type, très agressives, qui ont des effets négatifs sur la concurrence et l'innovation, doivent donc être empêchées. Comme souligné par l'Autorité de la concurrence, il serait probablement plus correct de parler d'**acquisition « consolidante »**<sup>1</sup>.

Or, comme l'ont remarqué les autorités de concurrence du Bénélux<sup>2</sup>, un certain nombre d'auteurs craignent que les plateformes numériques dominantes ne rachètent des petites *start-ups* - l'âge moyen des acquisitions est de six ans et demi pour Amazon, de deux ans et demi pour Facebook, et

---

<sup>1</sup> Le terme d'acquisition dite « prédatrice » est ici utilisé par convenance. Le rapport Crémer estime en effet qu'il n'y a pas de telles acquisitions dans le numérique, contrairement au secteur pharmaceutique : dans de nombreux cas, l'acquéreur ne « tue » pas la cible, comme dans les cas de « killer acquisitions », mais au contraire conserve ou développe son activité. L'acquisition de l'entreprise To Be Honest par Facebook en 2017 pourrait cependant être un cas d'acquisition en vue de mettre fin à une activité : achetée pour 80 millions de dollars seulement un mois et demi après son ouverture car elle avait déjà attiré 5 millions d'utilisateurs. Le service a été fermé un an plus tard.

<sup>2</sup> Autorités de la concurrence de la Belgique, du Luxembourg et des Pays-Bas, Note conjointe, 10 octobre 2019.

de quatre ans pour Google<sup>1</sup> - dotées d'une base d'utilisateur en croissance rapide, ne dégageant pas ou peu de chiffre d'affaires, sans que les autorités ne puissent évaluer correctement l'impact sur la concurrence de telles opérations. Car dans l'économie numérique, les *start-ups* privilégient l'acquisition d'un grand nombre d'utilisateurs aux profits à court terme. De fait, depuis dix ans, les Gafam ont procédé, grâce à une trésorerie considérable, à 400 acquisitions<sup>2</sup> et près de 200 ces cinq dernières années<sup>3</sup>. Pourtant, une large majorité d'entre elles ne sont pas examinées par les autorités de concurrence.

En effet, les seuils déclenchant l'obligation pour une entreprise de notifier une opération de concentration aux autorités de concurrence française et européenne sont libellés en chiffre d'affaires, pour des montants trop élevés pour appréhender ce type d'opérations. Si la Commission européenne a pu connaître de l'acquisition de WhatsApp par Facebook, ce n'est, en quelque sorte, que par hasard : c'est parce que la législation de trois États membres donnait compétence aux autorités de la concurrence nationale<sup>4</sup>. A l'inverse, la Commission européenne n'a pas pu examiner le rachat d'Instagram par Facebook<sup>5</sup>.

Le risque que des opérations de concentration ayant un effet sur le marché échappent aux autorités de la concurrence est donc aujourd'hui avéré. En cas de rachat d'une *start-up* ayant une activité en France par un géant du numérique risquant de renforcer la position dominante de celui-ci, l'Autorité de la concurrence ne pourrait pas non plus se saisir de l'opération.

A l'inverse, depuis 2017, l'Allemagne et l'Autriche ont modifié leurs droits pour appréhender ce type d'opérations, en introduisant des seuils complémentaires aux seuils en chiffres d'affaires et basés sur la valeur d'acquisition.

#### **Les seuils de déclenchement du contrôle des concentrations en vigueur en France et en Europe**

Aux termes du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, la **Commission européenne** est compétente pour assurer le contrôle des concentrations « de dimension européenne », c'est-à-dire lorsque :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros ;

- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union européenne (UE) par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises

<sup>1</sup> Lear lab, *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, mai 2019.

<sup>2</sup> Donnée figurant dans le rapport dit « Furman » publié au Royaume-Uni.

<sup>3</sup> Massimo Motta et Martin Peitz, *Big tech mergers*, 21 janvier 2020.

<sup>4</sup> Il s'agissait, en l'espèce, de l'Espagne, de Chypre et du Royaume-Uni.

<sup>5</sup> L'opération avait, au contraire, pu être appréhendée par l'autorité de la concurrence britannique.

concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul pays.

Même si les seuils précités ne sont pas atteints, il peut s'agir d'une concentration de dimension européenne dans les cas où :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;

- dans chacun d'au moins trois pays de l'UE, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;

- dans chacun d'au moins trois pays de l'UE, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'UE par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul pays.

**En France**, aux termes de l'art. L 430-2 du code de commerce, sont soumises à obligation de notification à l'Autorité de la concurrence les opérations dans lesquelles trois conditions sont réunies :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Lorsqu'une opération de concentration entre dans le champ de ces seuils, elle n'est autorisée que pour autant qu'elle n'est pas « *de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante* ». L'Autorité examine « *si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » (article L. 430-6 du code de commerce). La procédure est régie par les articles L. 430 à L. 430-10 du code de commerce.

**En Allemagne**, des seuils complémentaires ont été introduits :

- le chiffre d'affaires mondial combiné excède 500 millions d'euros ;

- le chiffre d'affaires d'au moins une entreprise en Allemagne supérieur à 25 millions d'euros ;

- la valeur totale de l'opération supérieure à 400 millions d'euros ;

- l'entreprise cible « *exerce une activité significative* » sur le territoire allemand.

L'Autorité de la concurrence française a mené une consultation sur le sujet, dont les résultats ont été publiés en juin 2018<sup>1</sup>. Un seuil en valeur de transaction a été écarté à ce stade.

**De nombreux travaux récents plaident en faveur d'un dispositif permettant aux autorités de concurrence de mieux appréhender les acquisitions réalisées par les géants du numérique.** En Australie et au Royaume-Uni, des rapports proposent d'imposer aux grandes plateformes numériques une information préalable à toute acquisition<sup>2</sup>. En Allemagne, la dernière version du projet de loi de réforme du droit de la concurrence publiée en janvier prévoit, d'une part, de confier à l'autorité de la concurrence allemande un pouvoir de notification de certaines opérations de concentration sous les seuils lorsqu'elles risquent d'avoir un effet significatif sur la concurrence au niveau national et, d'autre part, une obligation d'information de l'autorité de concurrence allemande de toutes les opérations de concentration réalisée par certaines entreprises intervenant dans des marchés très concentrés.

En France, le rapport dit « Perrot »<sup>3</sup> propose un examen *ex post* des concentrations pour lesquelles le ratio de la valeur de la transaction au chiffre d'affaires de l'entreprise achetée suggère un possible enjeu concurrentiel. La consultation de la société civile dans le cadre des états généraux du numérique a fait état d'un certain consensus pour étendre le contrôle des concentrations. Le rapport d'information de la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale sur le droit de la concurrence plaide également en faveur d'une obligation pour les plateformes « ultra-dominantes » d'informer la Commission européenne de leurs acquisitions et la possibilité de leur imposer des engagements spécifiques<sup>4</sup>.

Si la thématique des « *killer acquisitions* » n'est pas propre au numérique, les spécificités de l'économie numérique justifient le ciblage d'un dispositif sur les plus grandes entreprises du secteur.

---

<sup>1</sup> *Autorité de la concurrence*, L'Autorité de la concurrence annonce plusieurs mesures d'allègement et de simplification des démarches des entreprises, 7 juin 2018.

<sup>2</sup> *En Australie : Digital Platforms Inquiry, Australian Competition & Consumer, Commission, juin 2019. Au Royaume-Uni, il s'agit du rapport « Furman » précité.*

<sup>3</sup> *Inspection générale des finances et conseil général de l'économie*, La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'Union européenne, juin 2019.

<sup>4</sup> *Patrice Anato et Constance Le Grip*, Le droit européen de la concurrence face à la mondialisation, rapport fait au nom de la commission des affaires européennes, Assemblée nationale, décembre 2019.

## **II. Le dispositif envisagé - Permettre à l’Autorité de la concurrence de connaître et, le cas échéant, de se saisir de ce type d’opération.**

L’article 7 de la proposition de loi exige des entreprises systémiques listées par l’Autorité de la concurrence qu’elles lui notifient tout projet d’acquisition un mois avant sa réalisation. L’Autorité de la concurrence pourrait ensuite enjoindre à l’entreprise de procéder à une notification au titre du contrôle des concentrations.

L’exposé des motifs de la proposition de loi évoque que cette solution reposant sur la détermination d’une liste d’entreprises est inspirée de ce qui existe en Norvège depuis 2014.

Il précise que cette solution a également été privilégiée à celle retenue en Allemagne, pour deux raisons :

- elle éviterait à l’Autorité d’être saisie de nombreuses opérations sans incidence sur le marché ;

- réciproquement, elle éviterait qu’un trop grand nombre d’entreprises, au-delà du secteur numérique, ne doivent notifier leurs opérations de concentration. En somme, même si la solution allemande peut apparaître séduisante, elle semble peu opérationnelle.

## **III. La position de la commission - S’assurer que la dynamique concurrentielle et d’innovation n’est pas entravée par les acquisitions de quelques géants du numérique.**

La commission estime nécessaire de renforcer la boîte à outils du régulateur de la concurrence pour s’assurer que les acquisitions des géants du numérique n’aient pas pour effet de limiter l’innovation et la création d’entreprises dans notre pays. Le blocage du rapprochement d’Amazon et de Deliveroo par l’autorité britannique de la concurrence démontre, s’il en était, la nécessité de mettre fin à la cécité de l’Autorité française de la concurrence<sup>1</sup>.

Les rapporteurs estiment que **l’approche retenue par la proposition de loi, qui repose sur une liste d’entreprises soumises à des règles particulières, est la plus pertinente** : elle permet d’éviter à la fois l’engorgement de l’autorité et l’imposition d’obligations inutiles à des entreprises dont le pouvoir de marché est limité. Un tel ciblage permet également d’éviter de freiner la dynamique du marché de l’investissement en France.

Par ailleurs, les auditions ont permis de souligner deux autres limites à un seuil libellé en valeur de transaction : la première est qu’il est

---

<sup>1</sup> *Competition and markets authority, Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo, 27 décembre 2019.*

aisément manipulable, la seconde est que, dans le cadre d'un contrôle *ex ante*, il est difficile de connaître cette valeur.

Enfin, plusieurs personnes auditionnées ont fait état de ce que les retours d'expérience allemands et autrichiens montrent que les dispositions en vigueur dans ces pays « embrassent » trop large : de nombreuses opérations sans aucun risque pour le marché sont soumises à notification.

Lors des auditions, la question de savoir si un tel dispositif ne risquerait pas de heurter la dynamique positive sur le marché de financement des *start-ups* en France a pu être soulevée. Mais en réalité, les conséquences potentielles d'un renforcement du contrôle de concentrations pour les acteurs numériques sur le dynamisme du capital risque paraissent relativement mineures. L'objectif poursuivi par cette mesure est d'éviter les acquisitions « prédatrices », donc des opérations qui détruisent de la valeur pour la collectivité, pas de bloquer préventivement toute acquisition. Le risque que la mesure dissuade des acteurs de procéder à des acquisitions génératrices de valeur et, partant, nuise au développement du marché de capital risque, paraît très faible au regard des bénéfices attendus en termes de concurrence et d'innovation. Du reste, nos partenaires allemands n'ont pas vu leur marché du capital-risque diminuer suite à l'entrée en vigueur de leur nouveau dispositif de contrôle des concentrations.

Les rapporteurs remarquent qu'une modification du droit européen du même type que celle proposée ici en droit national serait tout à fait pertinente.

Sur proposition des rapporteurs, la commission a adopté deux amendements.

Le premier vise à établir des critères définition des entreprises structurantes (COM-13). L'avis du Conseil d'État attire à juste titre l'attention sur le fait que la notion « d'entreprise systémique » figurant dans la proposition de loi initiale doit être définie, sous peine d'incompétence négative du législateur, et donc d'une sanction du Conseil constitutionnel (point n° 49 de l'avis). Cet amendement vise à y répondre.

Premièrement, les rapporteurs estiment que la notion d'entreprise « structurante » est davantage justifiée que celle d'entreprise « systémique ». D'abord car le terme « systémique » est déjà utilisé en droit bancaire, ensuite parce que, dans le langage courant s'agissant des géants du numérique, la notion d'entreprise « systémique » renvoie à des acteurs très puissants d'un point de vue économique, mais aussi sociétal. La notion d'entreprise « structurante » est estimée comme plus appropriée car plus en ligne avec les enjeux de la politique de concurrence, en désignant les acteurs qui posent des problèmes spécifiquement concurrentiels.

Ensuite, les auditions ont permis aux rapporteurs de recueillir de nombreuses propositions sur les critères de définition. Ils ont retenu une **approche par indices** qui pourraient être mobilisés par l'Autorité de la

concurrence, pour caractériser l'importance de l'entreprise, *a minima* sur les marchés français et européen.

L'amendement précise également que l'opération soumise à obligation de notification doit être susceptible d'affecter le marché français.

La commission a également adopté un amendement visant à procéder à un **renversement de la charge de la preuve** en matière de concentrations dans le cas prévu par la proposition de loi, à savoir les acquisitions réalisées par les entreprises listées par l'Autorité de la concurrence et que l'Autorité a enjoint à l'entreprise de soumettre au contrôle des concentrations (**COM-14**). C'est une orientation défendue par l'organisme européen de défense des consommateurs (le BEUC)<sup>1</sup>, par le rapport du *Stigler Center* aux États-Unis, mais également - bien que selon des modalités plus strictes -, par le rapport « Crémer ».

Enfin, la recommandation figurant au point n° 48 du Conseil d'État, invitant à redéfinir l'intérêt économique du consommateur tel que défini à l'article L. 430-6 du code de commerce en s'inspirant des notions d'équité et de choix suffisant n'a pas été retenue par les rapporteurs en raison de la difficulté à en mesurer les effets de bord.

Au-delà de la question d'ordre législatif concernant les seuils de notification des concentrations, les rapporteurs remarquent qu'il apparaît nécessaire que les autorités de la concurrence approfondissent leurs contrôles lorsque ces opérations leurs sont soumises : parmi la minorité de cas d'acquisition soumis, tous ont été acceptés et très peu ont fait l'objet de mesures particulières. À cet égard, les rapporteurs notent avec satisfaction que l'Autorité de la concurrence estime qu'il y a eu « *une réelle prise de conscience depuis les affaires Google/DoubleClick et Facebook/WhatsApp de la part des régulateurs de concurrence des risques potentiels de ces opérations menées par des acteurs archi-dominants* ».

**La commission a adopté cet article ainsi modifié.**

---

<sup>1</sup> BEUC, *The role of competition policy in protecting consumers' well-being in the digital era*, 2019.

## CHAPITRE III. *bis* PROTECTION DES CONSOMMATEURS

### Article 8 A

#### Lutte contre les interfaces trompeuses

**Cet article inséré en commission vise à protéger les consommateurs des interfaces trompeuses utilisées par les grandes plateformes numériques.**

#### **I. La situation actuelle – La sincérité des interfaces numériques détermine le libre choix du consommateur.**

Les plateformes numériques conçoivent des interfaces utilisateur qui, pour certaines, trompent le consommateur et le conduisent à une action qu'il ne souhaite pas mais qui est avantageuse pour l'entreprise. Elles sont, en quelque sorte, insincères et relèvent davantage de la manipulation que du marketing. On appelle cet ensemble de pratiques de design d'interface **les *dark patterns***<sup>1</sup>. Parcours de suppression de son compte client tellement complexe qu'il décourage l'utilisateur, cases pré-cochées pour obtenir la souscription involontaire d'un service, perpétuation payante et sans avertissement d'un abonnement à la fin de l'essai gratuit... sont autant d'exemples de telles pratiques. Selon une étude de l'université de Princeton sur les *dark patterns*<sup>2</sup>, 11 % des 11 000 sites internet de shopping populaires analysés aux États-Unis utilisent des stratégies de *dark patterns*.

Le rapport du Stigler Center de l'Université de Chicago de 2019 sur les plateformes numériques souligne le risque que ces pratiques représentent : « *les dark patterns sont un danger particulièrement important et largement ignoré, notamment pour les personnes vulnérables et les consommateurs peu éduqués*<sup>3</sup> ». Il les considère d'autant plus dommageables qu'elles sont utilisées par des plateformes avec un fort pouvoir de marché. En effet, l'absence de concurrents ne permet pas aux consommateurs de sanctionner ces pratiques en se détournant des plateformes concernées. Cela donne tout

---

<sup>1</sup> Concept inventé en 2010 par Harry Brignull, spécialiste du design d'interfaces numériques.

<sup>2</sup> Arunesh Mathur, Gunes Acar, Michael J. Friedman, Elena Lucherini, Jonathan Mayer, Marshini Chetty, and Arvind Narayanan. 2019. *Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites*. Proc. ACM Hum.-Comput. Interact. 3, CSCW, Article 81 (Novembre 2019).

<sup>3</sup> Rapport du Stigler Center, Stigler Committee on Digital Platforms, Policy brief, septembre 2019

loisir aux géants du numérique de développer des stratégies de persuasion agressives<sup>1</sup>.

On observe en conséquence une mobilisation croissante sur ce sujet. Aux États-Unis, une proposition de loi pour interdire ces pratiques par les plateformes dominantes a été déposée en avril 2019<sup>2</sup>. En novembre 2018, sept associations européennes de consommateurs se sont fondées sur une étude du Conseil norvégien des consommateurs<sup>3</sup> pour porter plainte contre Google en l'accusant d'utiliser un *dark pattern* pour amener les utilisateurs à accepter d'être suivis à la trace<sup>4</sup>. Plus récemment, en janvier 2020, Google a été l'objet d'une polémique faisant mention d'un *dark pattern* destiné à faire cliquer les utilisateurs par erreur sur les publicités, les résultats sponsorisés devenant de plus en plus difficiles à distinguer des résultats naturels remontés par l'algorithme du moteur de recherche<sup>5</sup>. En ce qui concerne la protection des données personnelles, certaines interfaces trompeuses pourraient être sanctionnées au titre du RGPD, qui exige que le responsable de traitement des données obtienne un consentement « libre, spécifique, éclairé et univoque » pour procéder à ce traitement<sup>6</sup>.

## **II. La position de la commission - L'interdiction de l'utilisation de *dark patterns* par les grandes entreprises du numérique, sous peine de sanction administrative**

À l'initiative des rapporteurs, la commission a adopté un amendement (COM-15) visant à **protéger le libre choix du consommateur en garantissant la sincérité des interfaces utilisées par les géants du numérique**.

Cet amendement introduit une nouvelle disposition L. 111-7-3 dans le volet du code de la consommation consacré aux opérateurs de plateformes en ligne. La nouvelle disposition, spécifique aux *dark patterns*, interdit aux plus grandes plateformes - le choix du seuil applicable est renvoyé à un

---

<sup>1</sup> « *Dark patterns are particularly pervasive when combined with market power: Extreme dark patterns (...) lead to a consumer backlash against the companies employing them (...). The problem is that (...) many markets where digital platforms operate are prone to monopolization. The lack of meaningful competitors enables these companies to use very aggressive persuasion strategies.* ». Extrait du rapport du Stigler Center, Stigler Committee on Digital Platforms, Policy brief, Septembre 2019.

<sup>2</sup> <https://www.congress.gov/116/bills/s1084/BILLS-116s1084is.pdf>

<sup>3</sup> « *Deceived by design. How tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy.* », Forbrukerradet, juin 2018

<sup>4</sup> Le Figaro, Sept associations européennes portent plainte contre Google, 27 novembre 2018.

<sup>5</sup> 01net.com, Affichage trompeur des publicités: Google fait machine arrière, 28 janvier 2019.

<sup>6</sup> Cahiers IP innovation et prospective de la Cnil, n°6, La forme des choix, Données personnelles, design et frictions désirables, janvier 2019. Selon les auteurs du cahier, « ces pratiques peuvent pour certaines rester conformes du point de vue du RGPD, mais selon le moment, la manière et les données concernées, elles peuvent soit poser des questions éthiques, soit devenir non conformes ».

décret - de proposer des interfaces utilisateur qui auraient pour objet ou pour effet de piéger le consommateur.

Les pratiques qualifiées de *dark patterns* seront sanctionnées en tant que telles, indépendamment de leur éventuelle qualification de pratiques commerciale déloyale ou trompeuse<sup>1</sup>, qui constituent des délits de nature pénale et exigent en conséquence la caractérisation d'un élément moral s'ajoutant à celle d'un élément matériel.

Tout manquement à l'interdiction établie par l'article L. 111-7-3 serait passible d'une amende administrative de 375 000 euros pour les personnes morales, dans les conditions posées par le chapitre II du titre II du livre V du code de la consommation, comme c'est le cas pour les manquements aux obligations imposées aux plateformes en ligne par les articles L. 111-7 et L. 111-7-2. La DGCCRF pourra utiliser son pouvoir d'injonction envers les opérateurs de plateformes visées pour qu'ils cessent l'agissement illicite selon les articles L. 521-1 et L. 521-2.

**La commission a adopté un article additionnel ainsi rédigé.**

---

<sup>1</sup> Articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation et articles L. 132-1 et suivants du même code.

**CHAPITRE IV**  
**DISPOSITIONS DIVERSES**

*Article 8*

**Gage financier**

Cet article vise à se conformer à l'usage selon lequel, au regard de l'article 40 de la constitution du 4 octobre 1958, « *les propositions de loi au sein desquelles une création ou une aggravation de charge est assortie d'une compensation (sont) admises* »<sup>1</sup>.

**La commission a adopté cet article sans modification.**

---

<sup>1</sup> La recevabilité financière des amendements et des propositions de loi au Sénat, *Rapport d'information n° 263 (2013-2014) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé le 7 janvier 2014.*

*Article 9*

**Entrée en vigueur**

Cet article prévoit une entrée en vigueur trois mois après la publication de la loi au journal officiel.

**La commission a adopté cet article sans modification.**

## TRAVAUX EN COMMISSION

### I. AUDITION DE M. CÉDRIC O, SECRÉTAIRE D'ÉTAT AUPRÈS DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES ET DU MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, CHARGÉ DU NUMÉRIQUE

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Mes chers collègues, nous accueillons ce matin M. Cédric O, secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances et du ministre de l'action et des comptes publics, chargé du numérique, que je remercie d'avoir répondu à notre invitation.

Monsieur le secrétaire d'État, vous êtes le seul membre du Gouvernement dont le titre comporte le terme « numérique ». Notre commission étant compétente sur l'économie numérique, elle a naturellement souhaité vous entendre. Il s'agit pour nous de mieux cerner, d'une part, votre vision de l'économie numérique et du rôle que la puissance publique doit y jouer, d'autre part, la stratégie numérique du Gouvernement.

L'économie numérique est un pan essentiel de notre économie et de nos vies. Le numérique transforme tous les secteurs d'activité. Il est une chance, car il a donné lieu à des innovations majeures dont chacun peut constater l'utilité au quotidien. C'est également une dimension essentielle du dynamisme et de la compétitivité de l'économie française.

Nous assistons aujourd'hui dans ce secteur à un phénomène de concentration en raison d'effets de réseau massifs, qui ne cesse de susciter des interrogations partout dans le monde, compte tenu de ses effets sur la concurrence, sur nos sociétés et même sur nos démocraties. Comme la commission d'enquête du Sénat l'avait souligné, les États apparaissent plus que jamais dépassés par certaines entreprises, en tout cas par leur puissance. Et c'est le potentiel d'innovation, y compris en France, qui s'en trouverait amoindri. Les barrières à l'entrée sur les marchés s'accumulent à mesure que, selon l'expression consacrée, « le premier prend tout ». Tout cela n'est pas théorique. Ce sont nos entreprises qui peuvent en pâtir !

De notre côté, nous estimons que l'économie numérique est, à certains égards, parvenue à une certaine maturité et que, avec l'âge, viennent les responsabilités. C'est ce constat qui a incité notre commission, dans la diversité de sa composition, à agir et à déposer une proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace. Le Gouvernement a jusqu'ici souhaité agir sur la fiscalité et sur la haine en ligne. Nous proposons de nous attaquer à la racine du problème économique en redonnant du pouvoir aux consommateurs, car ce sont eux qui doivent décider. Ce faisant, c'est l'innovation que nous proposons de favoriser. Vous

aurez l'occasion de nous dire quelques mots sur ce texte dès aujourd'hui, avant notre débat en séance publique. Les rapporteurs auront quelques questions à vous poser.

Je précise d'ores et déjà que nous serons d'accord sur un point : l'idéal serait que ce type d'initiative aboutisse à l'échelon européen, mais nous connaissons tous les délais des procédures européennes. Nous estimons que la célérité de l'action publique, après tant d'années d'atermoiements, est essentielle en la matière. La position de la France est importante.

L'action publique en matière d'économie numérique ne se limite pas, fort heureusement, à la régulation. Nous devons collectivement faire mentir le vieil adage selon lequel l'Amérique invente, la Chine copie et l'Europe réglemente. Nous devons permettre à nos entreprises d'inventer. Cela passe, et le Gouvernement en a pleinement conscience, par la mobilisation des capitaux privés pour faire grandir les entreprises françaises, alors que la France est encore loin derrière le Royaume-Uni en termes de levées de fonds. Vous nous direz sans doute un mot des développements récents en la matière.

Par ailleurs, le Gouvernement s'engage dans ce que l'on pourrait appeler une politique industrielle sectorielle, laquelle est bienvenue, en ciblant les technologies stratégiques nécessaires à l'indépendance technologique de la France et indispensables à la croissance dans un monde numérisé. C'est notamment le cas en matière d'intelligence artificielle, de calcul intensif, de *cloud*, de *blockchain* et, plus récemment, d'informatique quantique. Vous pourrez nous présenter la politique gouvernementale sur ces différents sujets.

**M. Cédric O, secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances et du ministre de l'action et des comptes publics, chargé du numérique.** – Merci, madame la présidente, le numérique suscite un grand intérêt au Sénat, comme en témoignent ses différents travaux.

Le numérique couvre aujourd'hui tous les champs de l'économie et de l'action gouvernementale. C'est l'une des deux grandes transformations, avec la transformation écologique, qui percute notre société. Je laisserai volontairement de côté un certain nombre de sujets, tels que la transformation numérique de l'État et des outils de l'État, pour me concentrer sur les politiques publiques dans le domaine du numérique.

Nous devons relever trois principaux défis.

Le premier est un défi de puissance et de souveraineté économiques. En termes géopolitiques, le monde se recentre quasi exclusivement autour de l'affrontement, technologique et commercial, entre les Américains et les Chinois. Pour une bonne partie du monde, ce qui se passe au Sud ou au Moyen-Orient est secondaire au regard des transformations très profondes qu'entraîne la compétition commerciale, économique et technologique entre les Américains et les Chinois. La capacité économique et technologique est

essentielle en termes de puissance. Aujourd'hui, les grands acteurs du numérique américains et chinois sont des puissances d'influence qui, dans un monde transfrontière, ont une empreinte extrêmement forte sur les économies des pays occidentaux. Dans les secteurs critiques comme l'informatique, l'intelligence artificielle ou le calcul quantique, ce sont les premiers investisseurs mondiaux, bien avant les États. Une partie de la domination technologique américaine et chinoise est très liée à la puissance des GAFA - Google, Apple, Facebook et Amazon - et des BATX - Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi.

Dans ces conditions, force est de constater que l'Europe n'est pas au niveau, en particulier la France. Nous comptons de très grandes entreprises technologiques, puissantes et très performantes. Néanmoins, l'âge moyen des entreprises du CAC 40 en France est supérieur à 100 ans, quand celui de leurs homologues américains et chinois est inférieur à 20 ans. Il n'y a eu que deux introductions en Bourse technologiques de plus de 1 milliard d'euros en France depuis 1996 : Dassault Systèmes et Worldline. C'est révélateur.

Nous devons donc aider nos grandes entreprises à se transformer, même si cela relève d'abord de leur responsabilité, et créer en France et en Europe les conditions fiscales, réglementaires et d'investissement permettant l'émergence de nouveaux champions, nos propres Google et Facebook. Je suis persuadé que c'est possible, même si cela prendra quelques années.

C'est pour cette raison que la question des *start-up* est si importante pour le Gouvernement : c'est une question de souveraineté et d'emploi. Aux États-Unis aujourd'hui, entre un tiers et la moitié des créations nettes d'emplois sont le fait de *start-up*. En France, les *start-up* créeront 25 000 emplois en 2020, soit un emploi sur six. Les entreprises du programme « French Tech 120 » créent des emplois sur tout le territoire - il y a au moins deux entreprises par région - et sont devenues l'un des piliers de notre économie et de notre souveraineté. Le problème demeure leur croissance. La France est l'un des pays les plus performants et les plus dynamiques en la matière, même si elle reste encore en deçà des Anglais et des Allemands. En 2019, ce sont 5 milliards d'euros qui ont été investis dans les *start-up*, contre 3,5 milliards d'euros en 2018 et 2,5 milliards d'euros en 2017, soit un doublement en deux ans. Il faut toutefois avoir à l'esprit que les Américains investissent 100 milliards, les Chinois 80 milliards. Les investissements européens se situent autour de 30 ou 40 milliards d'euros. Beaucoup reste donc à faire pour que les *start-up* deviennent des entreprises de taille intermédiaire, puis des champions. C'est le sens de l'action du Gouvernement.

L'investissement aujourd'hui est d'abord privé. Une entreprise qui souhaite lever des fonds, plus de 100 millions d'euros, est aujourd'hui obligée de se tourner vers les investisseurs américains. Ce n'est pas en soi une mauvaise chose, mais pour que nous soyons souverains, il doit exister des options européennes. À cet effet, le Gouvernement a travaillé avec les

investisseurs institutionnels français afin que 6 milliards d'euros supplémentaires d'argent privé soient investis dans cette économie. Il faut continuer à travailler à l'échelon européen pour investir dans les technologies critiques - intelligence artificielle, informatique quantique -, pour des raisons économiques, compte tenu de la vitesse des ruptures technologiques, et de souveraineté.

À titre d'exemple, on ne peut pas prétendre être une puissance de niveau mondial et défendre ses intérêts à l'étranger si les Américains et les Chinois, parce qu'ils ont été beaucoup plus rapides dans le calcul quantique, interceptent toutes nos communications et savent où se trouvent nos sous-marins, sans que l'on sache où sont les leurs. Tel est l'enjeu de cette technologie.

Des transformations de la logique européenne sont également nécessaires. Aujourd'hui, les Américains et les ménages américains sont surendettés. Leurs investissements sont financés par des emprunts provenant pour partie des économies des Européens, qui épargnent beaucoup et font des placements non risqués, souvent dans des obligations du Trésor américain. L'argent des Européens sert donc à financer la croissance des Américains ! Soit les Américains réussissent, il s'agit de bons investissements, et nous finançons leur supériorité technologique, soit ils se surendettent, et nous rencontrons un problème avec leur dette, et les épargnants européens ne seront pas remboursés. Tel est aujourd'hui, en résumé, l'état de l'économie mondiale.

Il faut que l'Europe investisse beaucoup plus dans ces technologies et qu'elle prenne conscience de la nécessité de préserver son indépendance technologique et économique. Les dernières annonces de la nouvelle présidente de la Commission européenne sont à cet égard très intéressantes.

Pour permettre à nos entreprises de grossir, nous devons créer à terme une sorte de Nasdaq européen.

La formation est également un problème. Aujourd'hui, la bataille pour la technologie mondiale est d'abord une bataille pour les talents. La tension sur le marché de l'emploi dans les *start-up* est extrêmement forte, il faut former plus de personnes. Si les entreprises technologiques françaises ont du mal à grandir, c'est avant tout parce qu'elles ont du mal à recruter, à tous les niveaux de compétence.

Enfin, nous faisons face à un problème de performance et de cohésion sociale, à savoir le manque de diversité de cet écosystème. Ce problème est mondial. Les seules personnes embauchées dans les *start-up* françaises ne peuvent pas être des mâles blancs de moins de 40 ans, issus des meilleures écoles françaises. Il faut également des femmes et une diversité sociale plus importante. À cet égard, le programme du Gouvernement le plus important en termes de budget est le French Tech Tremplin, qui vise à accroître la diversité.

Le deuxième défi important que nous devons relever est celui de la régulation. Nous avons vu émerger des acteurs d'une taille et d'une complexité technologique et juridique inconnues dans toute l'histoire de l'économie mondiale. Il est extrêmement compliqué pour les États de réguler ces acteurs transnationaux, dont l'ADN est américain ou chinois, pour des raisons technologiques et juridiques, et de s'assurer qu'ils respectent la loi. Les États doivent donc se mettre à niveau technologiquement et juridiquement.

Ces acteurs posent en outre tous des problèmes très différents. Leur empreinte sur nos économies et nos démocraties est extrêmement problématique et appelle une réponse systémique. La France considère que certains acteurs sont devenus systémiques ou structurants et qu'ils doivent donc se voir appliquer un certain nombre de règles spécifiques, à l'instar de ce qui a été fait pour les banques systémiques. 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. Il est difficile de continuer à considérer qu'un seul réseau social rassemblant 1,6 milliard de personnes, dont 40 millions de Français, est un acteur privé devant être régi par ses propres règles. Ce réseau est devenu une agora essentielle à la démocratie française.

Nous souhaitons 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 « GAFÀ », cette régulation pourrait être perçue comme étant si agressive pour les Américains qu'elle appellerait une réaction de leur part. Aussi est-il indispensable que les Européens soient unis sur le sujet. Je ne m'attarde pas sur la taxe, qui est un sujet économique et politique essentiel, sur lequel Bruno Lemaire s'est beaucoup mobilisé.

Globalement, une mise à jour de l'action publique est indispensable, sans quoi c'est sa pertinence qui pourrait être remise en cause.

Le troisième défi est celui de l'inclusion numérique, de la lutte contre l'illectronisme. Les sujets que je viens d'évoquer sont essentiels pour la France, mais ils ne peuvent être compris par nos concitoyens s'ils ne vivent le numérique que comme un facteur d'exclusion. Et je ne parle pas que des réseaux. À cet égard, je précise que le Gouvernement a souhaité différencier la question des réseaux de celle des usages. Julien Denormandie est responsable du déploiement de la fibre, Agnès Pannier-Runacher du déploiement du réseau mobile. Pour ma part, je suis responsable du déploiement des usages.

Traditionnellement, l'État a abordé la fracture numérique uniquement par la question des tuyaux, qui est certes essentielle. Or il ne suffit pas d'avoir le réseau et la fibre pour savoir se servir d'internet. Aujourd'hui, 13 millions de nos concitoyens, et pas uniquement des personnes âgées, estiment qu'ils n'ont aucune compétence numérique. Les jeunes aussi sont concernés. Ils savent utiliser Snapchat ou Instagram, mais sont incapables d'envoyer leur CV lorsqu'ils postulent à un emploi ou de remplir leur déclaration d'impôts en ligne. Nous ne pouvons pas laisser une partie des Français de côté. Nous devons permettre à ceux qui ne maîtrisent pas les outils numériques d'accéder, par exemple, aux services publics, soit en faisant les choses à leur place, soit en mettant en place des solutions qui ne soient pas numériques, en prévoyant par exemple un numéro de téléphone. Nous pouvons également former les 6 ou 7 millions de Français qui demandent à comprendre le numérique et à apprendre, par exemple, à créer une adresse *e-mail* ou à déclarer leurs impôts en ligne. À cet égard, des conventions ont été signées avec quarante-huit collectivités sur l'ensemble du territoire.

Nous devons changer notre approche de la dématérialisation des services publics. Nous sommes probablement allés un peu vite dans ce domaine, en oubliant une partie des usagers. C'est une priorité pour 2020, le numérique au quotidien et pour tous étant un chantier important pour le Président de la République.

D'autres questions se posent également, qu'il s'agisse de la parentalité à l'heure des écrans, des données sur les réseaux sociaux ou de la propagation de fausses informations sur internet. Il s'agit de donner aux Français la capacité d'être acteurs de ce monde qui évolue extrêmement vite et de ne pas le subir, le risque sinon étant de connaître de nouveaux mouvements sociaux. Le numérique n'est pas le seul responsable du mouvement des « gilets jaunes », bien sûr, mais force est de reconnaître qu'il pose des problèmes à une partie de nos concitoyens au quotidien, qui le vivent comme un facteur d'exclusion.

**Mme Sophie Primas, présidente.** - Il est effectivement très important de « réhumaniser » nos relations sur le numérique.

**M. Franck Montaugé.** - Monsieur le secrétaire d'État, le Sénat examinera dans quelques jours une proposition de loi dont l'un des objectifs est de limiter les acquisitions prédatrices. Nous avons conscience que nous sommes sur une ligne de crête, car il ne faut pas tuer la créativité. Le Gouvernement verrait-il d'un bon œil une expérimentation au titre de l'article 37-1 de la Constitution ?

Dans le cadre du projet de loi sur l'audiovisuel public, le Gouvernement envisage de constituer une *task force* de vingt spécialistes de très haut niveau qui sera mise à la disposition des administrations. Pensez-vous que vingt personnes suffiront ?

La commission d'enquête sur la souveraineté numérique du Sénat a suggéré de financer 1 500 à 2 000 thèses dans les domaines de l'intelligence artificielle et du numérique en général. Comptez-vous aller dans ce sens ?

Cette commission avait par ailleurs préconisé que soit clarifiée la manière dont l'État est organisé pour définir et mener des politiques publiques dans le domaine du numérique. Nous avons proposé un forum du numérique temporaire, réunissant toutes les parties prenantes, afin de formuler des propositions et d'aboutir éventuellement à un projet de loi d'orientation et de suivi de la souveraineté numérique nationale. Le Gouvernement envisage-t-il de prendre en compte cette proposition ? Par exemple, alors que le Conseil national du numérique fait un très bon travail, il est assez peu tenu compte de ses propositions - il doit d'ailleurs bientôt publier un rapport, mais cette publication tarde, et cela n'est probablement pas de son fait ! Il faut vraiment se pencher sur l'organisation de l'État en la matière afin d'être plus efficace.

**Mme Sylviane Noël.** - Vous l'avez dit, monsieur le secrétaire d'État, il est préférable d'agir au niveau européen. Nous ne contestons pas cette analyse, même si elle ne nous semble pas constituer un argument pour ne pas agir à l'échelon national. Certains acteurs considèrent que si une seule disposition devait être mise en œuvre à l'échelon national, ce serait le libre choix des utilisateurs de terminaux. Qu'en pensez-vous ?

La proposition de loi prévoit que l'Autorité de la concurrence détermine une liste des entreprises systémiques qui devront lui notifier certaines de leurs acquisitions. Le Gouvernement travaille sur une notion proche, mais plus restreinte, de plateforme structurante. Pouvez-vous nous en dire plus, notamment sur les critères d'identification envisagés ?

Enfin, le sujet de la différenciation entre contenu publicitaire et contenu « natif » sur Google, c'est-à-dire résultant de l'application des règles algorithmiques du moteur de recherche, a été évoqué lors de nos auditions. Certains considèrent que cette distinction est de moins en moins claire et induit le consommateur en erreur. Qu'en pensez-vous ?

**M. Cédric O, secrétaire d'État.** - J'ai assez peu de points de divergence sur la proposition de loi dont nous parlons aujourd'hui. Même si cela mériterait de rentrer dans le détail, sur le fond, je trouve que les pistes qui sont tracées sont excellentes. Ma seule divergence porte sur le niveau auquel il convient de légiférer. Faut-il légiférer tout de suite au niveau national ou attendre de voir ce qui va se passer à l'échelon européen ? Pour sa part, le Gouvernement souhaite profiter du moment européen qui est en cours, l'agenda qui se dessine paraissant extrêmement ambitieux. Il s'agit d'instaurer des règles à l'échelon européen et de créer un environnement numérique européen.

Ainsi, la définition des plateformes structurantes ne peut être faite qu'à l'échelon européen. Il serait très compliqué, y compris pour les

entreprises françaises, de devoir gérer vingt-sept ou vingt-huit définitions. En outre, les GAFAs parviennent toujours à contourner les règles et à les adapter à vingt-sept ou vingt-huit réglementations européennes, grâce à leur département juridique, qui compte plusieurs centaines de personnes. Les entreprises européennes ou françaises ne peuvent s'adapter aussi vite et sont contraintes dans leur développement. D'où l'intérêt d'une régulation à l'échelon européen. Je pense qu'il faut adopter le maximum de dispositions à cet échelon avant d'agir au niveau national. Un règlement serait d'ailleurs préférable à une directive, afin d'éviter tout dumping réglementaire.

Par ailleurs, la question de la création d'un régulateur *ad hoc* pourrait se poser, spécifiquement pour les quelques plateformes structurantes. Le problème posé par ces plateformes va au-delà de la question strictement concurrentielle. Il faut à la fois mettre à jour nos règles concurrentielles et développer d'autres règles. C'est une manière de répondre à la question sur les acquisitions prédatrices. Je considère que, sur ce sujet également, l'échelon européen est le bon. Je pense qu'il faut interdire les acquisitions prédatrices, sachant que nous ne serons pas soutenus par grand-monde. Les acquisitions sont de toute évidence intéressantes pour les GAFAs, mais aussi pour les investisseurs européens, qui peuvent rentabiliser leurs investissements, et pour les créateurs de *start-up*, qui peuvent vendre leur entreprise et gagner de l'argent. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas interdire les acquisitions. Simplement, il faut limiter l'interdiction aux acquisitions prédatrices et à certaines plateformes.

La question qui va se poser pour les *start-up* françaises est celle de leur sortie. Dans l'économie numérique, l'histoire se termine dans neuf cas sur dix par un rachat. Le problème en Europe est que les grandes entreprises traditionnelles ne rachètent pas, ou très peu. Pour que la taille de notre écosystème global grossisse, nous n'avons d'autre choix, à court et moyen termes, que de laisser ces entreprises se faire racheter par des acheteurs étrangers. Les gens regrettent souvent que les *start-up* françaises soient rachetées par des groupes américains. Je le regrette aussi, mais je ne peux pas forcer les groupes français à les racheter. Nous devons aussi inciter ces *start-up* à être cotées en bourse, d'où l'idée d'un Nasdaq européen.

Le projet de loi sur l'audiovisuel public prévoit la création d'un service à compétence nationale à disposition de l'ensemble des régulateurs. Il est extrêmement difficile pour la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), pour l'Autorité de la concurrence (ADLC) ou le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de savoir ce qui se passe sur Facebook ou sur Google, faute de compétences technologiques. L'ensemble de ces régulateurs émet depuis plusieurs mois, voire plusieurs années, le souhait de disposer d'ingénieurs en intelligence artificielle et en sciences des données, ces compétences étant rares et chères. L'État a lui aussi besoin de telles compétences. Il a donc été décidé de créer un service rassemblant des profils très rares, que ces autorités ne peuvent pas se payer chacune de leur

côté. Ce service comprendra une vingtaine de personnes et constituera un réservoir de compétences purement technologiques, dans lequel viendront puiser chacune des autorités. Ce service a vocation à grandir à terme, mais il faut commencer par le mettre en place, par trouver des modes de fonctionnement et par s'attaquer à certaines problématiques.

Le programme national pour l'intelligence artificielle a déjà financé quelque 300 thèses, c'est un premier résultat. La recherche sera également au centre du futur plan du Gouvernement sur l'informatique quantique. La France ne dépense pas assez pour sa recherche : nous sommes à 2,23 % de notre PIB, contre 3 % en Allemagne : si nos voisins d'outre-Rhin atteignaient leur objectif de passer à 3,5 % de leur PIB en cinq ans et que nous restions à notre niveau actuel, l'écart serait de 60 milliards d'euros en 2025, soit l'équivalent de ce que nous dépensons aujourd'hui en recherche et développement. L'enjeu n'est rien moins que les emplois dans les décennies à venir. La ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche a évoqué des pistes, qui sont en discussion, en particulier une revalorisation substantielle d'ici à 2021 du salaire minimum des chercheurs, à 2 SMIC contre 1,3 SMIC aujourd'hui. Nous devons faire un effort sur les salaires, sur l'attractivité, je suis pleinement d'accord.

Sur l'organisation de l'État, j'abonde dans votre sens, quoique la question dépasse largement mon champ de compétences... Il faut prendre en compte l'économie numérique au niveau pertinent, le Président de la République est très impliqué, à titre personnel : c'est une différence de taille avec ses prédécesseurs.

Sur le libre choix des utilisateurs, je crois que nous devons hiérarchiser nos priorités : l'essentiel, c'est que nos partenaires européens adhèrent à l'idée d'une régulation systémique des acteurs structurants. Nous ne gagnerions pas de temps à négocier sans fin sur des sujets moins importants, mieux vaut se concentrer sur la négociation principale, sur le sujet structurant : la régulation des plateformes structurantes.

**M. Franck Montaugé.** – Les services de la Commission européenne nous ont indiqué qu'un accord n'avait guère de chance d'aboutir avant 2023 ou 2025 : n'est-ce pas trop lointain ?

**M. Cédric O, secrétaire d'État.** Quelques années pour une négociation ne me paraissent pas de trop dès lors que l'enjeu est réellement structurel et engage plusieurs décennies au moins. Les Européens nous reprochent parfois de faire cavalier seul, il faut négocier, pour une régulation qui sera structurelle, donc décisive.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Nous ne pouvons cependant que nous étonner de voir le Gouvernement en retrait sur la taxation des GAFAs, après avoir tant dit que la France en serait le fer de lance. Le moratoire sur la « taxe GAFAs » relève certes de la diplomatie, mais il n'en reste pas moins que dans un monde où tout s'accélère, il faut être agile, rapide, davantage

que ne le peut l'Europe. Nous faisons confiance à Thierry Breton, cependant, pour aller vite.

**Mme Patricia Morhet-Richaud.** – Alors que nous vous alertons régulièrement des manques dans le déploiement de la fibre, vous avez refusé les autorisations d'engagement que nous proposons en loi de finances pour le Plan France très haut débit (PFTHD). Je suis interpellée tous les jours par les maires sur ce sujet. Comment comptez-vous tenir vos objectifs pour 2025 ? Comment, ensuite, accompagner les quelque 13 millions de nos compatriotes qui sont en difficulté avec le numérique ? Enfin, qu'en est-il du projet de fusionner la Commission supérieure du numérique et des postes (CSNP) et le Conseil national du numérique (CNNum) ? Ces deux instances ont un rôle très différent : la première remplit des fonctions de contrôle, tandis que le second assure une expertise pour le Gouvernement ; comment comptez-vous fusionner les équipes, pour quelles fonctions ?

**Mme Anne-Catherine Loisier.** – Doit-on comprendre de vos propos que votre approche sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine en ligne n'est pas, non plus, adaptée puisqu'il faudrait agir au niveau européen ? Comment comptez-vous mobiliser les investisseurs institutionnels sur le capital-risque ? Que pensez-vous des modalités d'accès au numérique pour les entreprises françaises ? Quelles méthodes comptez-vous déployer, ensuite, pour résorber l'exclusion numérique, qui touche 13 millions de nos compatriotes, et ce alors que l'administration prévoit une dématérialisation complète d'ici à 2022 ?

**Mme Élisabeth Lamure.** – Nous avons alerté le Gouvernement sur les conséquences, pour les entreprises, des difficultés de la société Kosc Telecom, opérateur neutre sur le marché de la connectivité. Le Premier ministre nous a dirigés vers le ministre de l'économie et des finances, mais nous n'avons aucune nouvelle. Or, si cette société ne trouvait pas de repreneur, de très nombreuses PME se trouveraient en difficulté pour leur connectivité. Que comptez-vous faire pour empêcher cela ? Faut-il obliger les opérateurs intégrés à ouvrir leurs réseaux, comme c'est le cas pour les réseaux d'initiative publique ?

Le rachat de la société Covage par SFR ne concentre-t-il pas excessivement le marché ? Ne pensez-vous pas qu'il faudrait saisir l'Autorité de la concurrence et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) pour préciser les conditions d'un tel rachat ?

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Permettez-moi de vous préciser que M. le secrétaire d'État n'est pas chargé des réseaux ni des opérateurs télécoms...

**Mme Dominique Estrosi Sassone.** – La ville de Nice a testé, lors de son carnaval en février 2019, un dispositif de reconnaissance faciale par vidéo, avec 50 volontaires ; toutes les personnes ont été reconnues par

l'algorithme, c'est donc une réussite technique. Cependant, il n'est pas possible d'aller plus loin, faute d'un texte législatif adapté. Vous avez évoqué une phase de tests, qui pourrait aller de six mois à un an sous la supervision de la société civile et des chercheurs. Le Gouvernement entend-il permettre l'usage de la reconnaissance faciale dans des cas spécifiques, en particulier lors de disparitions ou de recherches de personnes en fuite ?

**M. Joël Labbé.** – Je suis heureux d'entendre le Gouvernement reconnaître que « l'illectronisme », cet illettrisme numérique, est un problème social important. Le numérique concentre tous les paradoxes de notre société : c'est un fleuron de l'économie, avec ses premiers de cordée, ses emplois de demain, mais il pose des problèmes pour ceux qui utilisent trop les réseaux, aussi bien que pour ceux qui sont « à la ramasse » devant les machines. Comme le disait Jean-Louis Borloo, il faut un plan national contre la fracture numérique : un quart de nos compatriotes ne savent pas s'informer sur internet et une personne sur cinq ne sait pas communiquer sur internet, mais « les petits hommes gris de Bercy », comme les appelle Jean-Louis Borloo, à force de rogner les budgets, font disparaître tous les agents d'accueil dans les services publics : aujourd'hui, il est impossible d'avoir quelqu'un au téléphone dans une administration et ceux qui ne savent pas utiliser internet sont perdus, c'est inacceptable. Monsieur le ministre, tant qu'internet n'est pas accessible à tous, il faut au moins maintenir la possibilité d'avoir des agents publics au téléphone !

**Mme Viviane Artigalas.** – Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2018, les marchés publics sont dématérialisés entre 25 000 et 90 000 euros. Or, les petites communes, les petites entreprises et les artisans ne maîtrisent pas toujours la plateforme dédiée, ce qui les dissuade de candidater. Nous avons proposé de rendre la dématérialisation facultative, mais le ministre des Comptes publics nous l'a refusé, en minimisant l'impact de cette dématérialisation sur l'économie locale, sur les petites entreprises. Les remontées de terrain prouvent que cette réforme a des effets négatifs importants ! Qu'en pensez-vous ?

**M. Henri Cabanel.** – Nous entendons vos paroles contre « l'illectronisme », mais il faut des actes. Sachant que certaines communes n'ont pas de réseau, donc pas d'internet, comment comptez-vous vous y prendre ? Ensuite, en quoi consistent les « ateliers d'écoute » que vous avez mis en place ?

**M. Martial Bourquin.** – Nous avons appris ce matin, avec surprise et dépit, que le Gouvernement temporisait sur la taxation des GAFAs. C'est un peu « retenez-moi ou je fais un malheur » pour au final abandonner ! Or, la fiscalité est un outil essentiel pour développer l'industrie dont nous avons besoin au XXI<sup>e</sup> siècle. Nous subissons la concurrence d'acteurs qui ne respectent aucune de nos règles ; en toute impunité les *Paradise Papers* ont révélé l'ampleur de l'évasion fiscale et l'impuissance de l'Union européenne

et de notre pays... Or, sans fiscalité adaptée, pas d'émergence de champions européens.

Ensuite, sur la recherche, si la comparaison avec l'Allemagne n'est guère flatteuse, celle avec la Corée du Sud est pire encore... Comment faire pour que nos chercheurs ne partent pas travailler à l'étranger ?

**M. Serge Babary.** – Notre commission a mis en place un groupe de travail sur les nouvelles formes de commerce. Lors des auditions, nous constatons que la fracture numérique s'applique aussi aux entreprises. Sur quelque 900 000 commerces, 500 000 n'ont aucune visibilité sur internet : il faut une mobilisation générale pour informer et former nos entreprises, y compris les commerces.

Lors des auditions, l'inégalité devant la taxation revient régulièrement comme un facteur qui handicape gravement notre économie, en particulier dans ce début de révolution numérique à l'échelle mondiale : comment comptez-vous agir concrètement ?

**M. Yves Bouloux.** – Une question sur la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet : pourquoi avez-vous souhaité maintenir le délit pénal de non-retrait en 24 heures, lequel fait l'objet d'une opposition quasi générale, bien au-delà du Sénat, alors que ce texte prévoit un outil bien plus efficace avec une amende administrative qui peut aller jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires ? Avez-vous un espoir de compromis en nouvelle lecture ?

**M. Alain Duran.** – Pour voir émerger de nouveaux champions, il faut davantage d'ingénieurs diplômés ; or nos écoles n'en forment pas assez : quels sont les partenariats à conduire avec l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur ?

**M. Laurent Duplomb.** – Après nous avoir expliqué qu'on ne lâcherait rien sur la « taxe GAFAM », Bruno Le Maire annonce que le Gouvernement suspend la taxe, cédant au chantage américain sur les taxes aux importations de produits français : qu'en est-il ? Est-ce une *fake news*, ou un renoncement de M. Le Maire ? J'aimerais, ensuite, savoir combien de temps et d'argent les entreprises et les artisans perdent avec les problèmes informatiques, car ce doit être colossal...

**M. Daniel Dubois.** – Je suis heureux de vous avoir entendu parler de souveraineté économique. La stratégie nationale de recherche en intelligence artificielle, cependant, est arrivée trop tardivement et n'est pas à la hauteur des enjeux : nous ne sommes pas au rendez-vous de l'économie de demain. Quel est le premier bilan de cette stratégie ? Quelles en sont les retombées concrètes ?

**M. Jean-Pierre Moga.** – Alors que notre pays est en retard sur l'innovation, nous avons demandé, dans le cadre de la loi de finances, de maintenir, voire d'augmenter les dotations de Bpifrance pour le financement

des aides à l'innovation octroyées partout sur le territoire, mais nous n'avons pas été entendus. Faut-il se résoudre à voir ces dotations continuer de baisser, ou bien allez-vous obtenir au moins leur maintien ?

**M. Daniel Gremillet.** – Comme mes collègues, j'attends une action véritable contre la fracture numérique ; l'enjeu est vital : nous devons faire plus. Je m'interroge également sur la taxe GAFA : pourquoi un tel renoncement ? Enfin, quelle est votre position sur la conservation des données ?

**Mme Agnès Constant.** – Comment le programme French Tech 120 a-t-il sélectionné les *start-up* qu'il soutient ? Comment ce programme est-il financé et comment les entreprises concernées sont-elles accompagnées ?

**M. Fabien Gay.** – Le numérique devrait être reconnu comme un droit fondamental, ce qui suppose d'en garantir l'accès, y compris au matériel. Avant de créer des fleurons européens, conservons au moins les entreprises que nous avons. Or, voyez ce qui se passe avec PagesJaunes, qu'un fonds de pension vorace est en train de vider pour vampiriser les données des PME que l'entreprise possède. Le Gouvernement nous dit qu'on ne peut rien faire : le politique peut-il, oui ou non, réguler l'économie du numérique ?

Enfin, nous sommes tous d'accord pour dire que la taxation des GAFA est une question de justice fiscale, car ces entreprises jouent contre notre économie, tirent les droits sociaux vers le bas, dépècent nos entreprises, mais nous ne faisons rien. Monsieur le secrétaire d'État, soit on traite le sujet, soit on ne le fait pas, mais il faut le dire !

**M. Xavier Iacovelli.** – La protection de l'enfance est l'un des cinq chantiers lancés par le Gouvernement sur le numérique et le Président de la République a annoncé, lors du 30<sup>e</sup> anniversaire de la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), des mesures pour simplifier le contrôle parental, sensibiliser le grand public sur le risque d'exposition des enfants à la pornographie, installer un baromètre pour évaluer l'utilisation d'internet par les enfants. On n'admet pas qu'un enfant entre dans un *sexshop*, il doit en être de même sur internet : la pornographie sur internet est une violence faite aux enfants ; il nous faut la combattre. Vous avez mis en place un comité de suivi, comment fonctionne-t-il et quel est son calendrier ?

**Mme Anne-Marie Bertrand.** – La menace américaine sur le commerce a eu raison notre souveraineté et l'Europe paraît inerte sur la taxation des GAFA, alors même que d'autres pays, comme l'Italie et l'Espagne, nous emboitent le pas : qu'en est-il de nos autres partenaires européens ?

**M. Cédric O, secrétaire d'État.** – Je ne peux répondre que succinctement à d'aussi nombreuses questions, qui demandent chacune des développements.

Nous avons recouvré la taxe GAFA en 2019. Le Gouvernement vient d'annoncer qu'il acceptait que l'acompte dû en avril de cette année ne soit pas versé, pour le cas où, d'ici à la fin de l'année, une solution serait trouvée dans le cadre de l'OCDE. Il ne s'agit donc nullement d'un renoncement, mais d'un geste de bonne volonté pour que la négociation prévue s'engage sous les meilleurs auspices. Vous l'avez dit, plusieurs pays européens ont des projets similaires à notre taxe, en particulier l'Italie et l'Autriche – le mieux serait effectivement un dispositif à l'échelle de l'OCDE ou de l'Union européenne.

L'inclusion numérique est une question essentielle. Sur les 13 millions de Français qui ont des difficultés à utiliser le numérique, on considère que 6 millions au moins peuvent être formés, tandis que les autres en resteront trop éloignés, du fait soit de leur âge, soit d'autres difficultés. Il faut donc, en plus de la formation, prévoir des solutions hors du numérique. Le Gouvernement sera au rendez-vous. Cependant, je l'ai constaté à Saint-Omer et à Amiens en visitant des lieux de médiation numérique – il y en a environ 5 000 en France –, la question n'est pas que financière : certains m'ont dit qu'ils ne sauraient pas nécessairement quoi faire de moyens supplémentaires, que l'action devait être plus large. De fait, la formation au numérique et à son usage est très large, elle intéresse un grand nombre d'acteurs, bien au-delà de l'État, des collectivités locales et des associations. Nous avons d'importants outils, comme le pass numérique ou la Médnum, mais il faut que, collectivement, nous poursuivions nos efforts.

Les investisseurs institutionnels s'orientent très peu vers la technologie, cette frilosité est un non-sens économique. C'est pourquoi nous les avons réunis et convaincus d'investir 3 milliards d'euros dans des « gros tickets » pour favoriser la croissance d'entreprises technologiques et 3 milliards d'euros dans des investissements boursiers, pour faire en sorte que ces entreprises aillent en bourse. Ces investissements feront l'objet d'un suivi très précis, nous espérons amorcer un mouvement plus large pour que les investisseurs institutionnels s'orientent bien davantage vers les entreprises technologiques.

Sur la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, notre volonté d'agir d'abord au niveau français se justifie par la différence entre, d'une part l'ambition d'agir de façon systémique et, d'autre part, celle d'agir sur un sujet particulier, d'urgence et d'ordre régalién. J'espère que nous aurons également un accord européen sur ce point. Nous avons créé les conditions d'un accord en commission mixte paritaire, lequel n'a malheureusement pas été trouvé ; je le regrette, d'autant que nous avons largement amodié la question du délit pénal, en précisant la notion d'intentionnalité et en excluant la peine de prison. Du reste, le délit pénal existe déjà dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

La question de la reprise de l'entreprise Kosc n'entre effectivement pas dans mes attributions, mais je crois pouvoir dire que nous avons bon

espoir qu'un repreneur s'engage dans les conditions requises. Nous ferons tout pour maintenir la concurrence et les emplois. J'ai moins d'inquiétude sur ce dossier que sur d'autres.

Sur la reconnaissance faciale, je pense qu'il faut une phase de tests puis une phase de débats publics. Nous avons besoin d'un débat public pour trancher entre l'intérêt d'un tel dispositif et les risques qu'il présente. Nous le devons aux Français, c'est aussi une question touchant à notre démocratie.

Sur la dématérialisation des marchés publics, le Gouvernement est sensible aux difficultés rencontrées ; des solutions de mutualisation sont possibles, entre collectivités et avec l'État ; il faut aussi simplifier les procédures avec l'outil numérique.

Les ateliers d'écoute que j'ai mis en place consistent à mettre autour de la table des usagers et l'administration pour examiner très précisément, à partir de situations concrètes, comment fonctionnent les sites des services publics, pour apprécier les difficultés pratiques de la dématérialisation.

Je vous ai déjà répondu sur la recherche : l'effort du Gouvernement pour la recherche est tout simplement historique, il faut le reconnaître.

Bien des commerces n'ont effectivement pas de visibilité suffisante sur internet, alors que c'est une question de survie ! Ce constat recouvre en partie celui de l'exclusion numérique, car ce sont souvent les petits commerçants ou les artisans qui peinent à utiliser les outils numériques. Il faut que ces entreprises aillent davantage vers le numérique, nous y travaillons *via* l'initiative France Num. Nous devons lier cette initiative à celles sur l'inclusion numérique.

La formation aux métiers du numérique est au cœur du pacte productif voulu par Bruno Le Maire : 200 000 emplois sont à créer d'ici à 2022, l'Éducation nationale va généraliser des cours de sciences numériques dès l'an prochain ; il faut continuer dans ce sens.

La stratégie nationale pour l'intelligence artificielle se déploie, 300 thèses sont soutenues, la mobilisation de 1,5 milliard d'euros en cinq ans représente un effort très significatif, même si cela ne suffira pas. Notre pays se hisse parmi les cinq premiers de l'OCDE en la matière, c'est important, quoique nous soyons très loin des tout premiers.

Je vous remercie de soutenir les dotations à Bpifrance, le Gouvernement n'a aucune intention de les diminuer et nous avons même, dans le dernier budget, introduit le plafonnement du remboursement à la sécurité sociale des exonérations de cotisations bénéficiant aux jeunes entreprises innovantes (JEI), ce qui a permis dans l'exécution d'augmenter les dotations.

Le commissaire européen Thierry Breton fera des annonces importantes la semaine prochaine sur la conservation des données. L'Europe se mobilise face à l'extraterritorialité du droit américain sur le *cloud*, des

négociations sont en cours pour parvenir à un même ensemble de règles pour le continent européen, seule façon de se faire entendre par nos partenaires d'outre-Atlantique.

Sur les *fake news*, nous avons surestimé la maturité démocratique de notre société, en pensant que l'accès à toutes les connaissances sur internet apporterait du savoir à la société, c'est faux. La question des *fake news* se règlera sur le long terme, par l'éducation et la formation. Sur internet, il ne suffit pas de montrer qu'un fait est faux, erroné, pour que l'on soit cru. Ce phénomène est lié à une perte de légitimité des institutions en général, ce qui pose un problème démocratique, d'autant que ce domaine est particulièrement difficile à régler...

Sur le programme French Tech 120, nous n'avons pas choisi les entreprises, nous les avons retenues en fonction de critères publics - un critère de levées de fonds, et un autre de chiffres d'affaires -, qui ont vocation à être actualisés, en ajoutant la contrainte que chaque région soit représentée dans l'échantillon par au moins deux entreprises, ce qui n'a d'ailleurs pas été difficile à trouver. Ce programme d'accompagnement sera suivi par toutes les administrations concernées, pour faciliter la vie des entreprises, c'est l'intérêt de notre économie.

M. Gay a tort de dire que nous n'accompagnons pas les entreprises en difficulté et que nous ne faisons rien : c'est le quotidien de mon cabinet que d'accompagner et de trouver des solutions en matière de paiement d'impôts, de cotisations sociales.

La protection de l'enfance est un sujet essentiel. En moyenne, un enfant voit une vidéo pornographique à l'âge de 11 ans : c'est une violence faite aux enfants. Il y va de la responsabilité des parents, mais pas seulement : il faut leur donner accès à des outils de contrôle parental, sa généralisation est notre priorité ; nous voulons simplifier et perfectionner ces outils. Nous communiquerons sur le sujet dans les jours qui viennent : nous donnerons six mois pour généraliser le contrôle parental, et si les opérateurs ne font pas davantage, nous passerons par la loi. À ce stade, nous comptons sur la bonne volonté des acteurs. C'est d'ailleurs dans leur intérêt, ne serait-ce que pour leur image.

## II. EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le mercredi 5 février 2020, la commission a examiné le rapport de M. Franck Montaugé et Mme Sylviane Noël sur la proposition de loi n° 48 (2019-2020) visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Nous examinons ce matin la proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – Notre commission a déposé cette proposition de loi le 10 octobre dernier, à l’initiative de notre présidente. Il s’agit d’une initiative trans-partisane, sur laquelle nous pouvons tous nous retrouver, au-delà des clivages politiques : plus de la moitié des sénateurs ont co-signé ce texte. Son ambition est de rendre le pouvoir, sur internet, à l’utilisateur.

Les constats sont connus et égrenés à longueur de rapports – et les rapports sont nombreux sur le sujet ! Celui de la commission d’enquête sur la souveraineté numérique, présidée par mon co-rapporteur M. Franck Montaugé, l’a évoqué en détail. Au-delà de nos murs, je pense notamment au rapport Perrot en France, au rapport Crémer pour la Commission européenne, mais aussi aux rapports publiés en Allemagne, au Royaume-Uni, aux États-Unis, en Australie... et à bien d’autres !

L’économie numérique repose pour l’essentiel sur un modèle de plateforme, c’est-à-dire de marché dit biface, où un service facilite les interactions entre deux ensembles d’utilisateur distincts mais interdépendants : plus il y a d’utilisateurs sur l’une des faces du marché, plus il y en aura sur l’autre. Plus il y a de chauffeurs présents sur Uber, plus il y a de clients qui utilisent Uber, et inversement. C’est ce qu’on appelle les effets de réseaux, qui sont massifs sur internet. Les plateformes ont accès à un marché mondial, recueillent des données en masse, et bénéficient d’économies d’échelle et de gamme sans précédent.

Ces caractéristiques particulières ont une conséquence, qui est que le gagnant prend tout : « *the winner takes all* ». Autrement dit, il s’agit d’une économie de la concentration et des oligopoles. En 2018, un tiers de l’humanité était sur Facebook et utilisait Android, le système d’exploitation de Google, et un cinquième utilisait iOS d’Apple. Alors que nous consommons de plus en plus sur internet et sur nos *smartphones*, notre accès au commerce en ligne est régi par deux écosystèmes dominants : celui d’Apple et celui de Google. La promesse d’Internet était celle de la liberté. Or nous constatons, de façon croissante, l’enfermement des consommateurs sur quelques plateformes dont il est difficile de sortir. Au-delà de la limitation

du choix des consommateurs, c'est l'innovation qui est en péril, ainsi que l'émergence d'entreprises concurrentes.

Cette domination sans partage est la racine de tous les maux qui sont imputés, à tort ou à raison, à ceux que l'on appelle généralement les « Gafam » : évasion fiscale et réglementaire, pillage de nos données personnelles, professionnelles et stratégiques, discours de haine, fausses informations, déstabilisation de la démocratie...

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Qu'a-t-il été fait jusqu'à présent ? Le droit de la concurrence, qui réprime les abus de position dominante, les ententes et assure le contrôle des concentrations, a permis aux autorités françaises et européennes de se saisir des enjeux posés par le numérique. L'action de l'Autorité de la concurrence française sur ce dossier est à souligner, tout comme celle de la Commission européenne. Mais pour les cas les plus emblématiques, où des sanctions ont été infligées par la Commission européenne à Google dans les affaires Shopping et Android, l'instruction a duré sept ans ! Ce sont sept ans durant lesquels les concurrents ont pu être éliminés, l'innovation empêchée et le libre choix du consommateur, diminué.

De son côté, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) française utilise également le droit des pratiques restrictives de concurrence pour encadrer les relations commerciales des géants du numérique. Sur la base du constat de telles pratiques, la DGCCRF leur inflige des amendes. La DGCCRF s'assure également de l'application des dispositions, introduites par la loi pour une République numérique de 2016 dans le code de la consommation, qui visent à garantir la loyauté des plateformes auprès des consommateurs. Et l'Union européenne commence à renforcer le droit européen en s'inspirant de ces dispositions. C'est le cas dans la récente directive « Une nouvelle donne pour les consommateurs » et dans le règlement « *Platform-to-Business* ».

Mais cette réglementation, *ex post* et qui repose sur des sanctions, ne paraît pas adaptée aux cycles d'innovation, courts, et à la dynamique propre à l'économie dans le numérique du « *winner takes all* ». Il est nécessaire de confier à un régulateur le soin de déterminer un plan d'action pour ajuster rapidement les pratiques des plateformes structurantes afin d'éviter que leurs effets indésirables ne se produisent.

Par ailleurs, le paradigme de la directive dite « *e-commerce* » a montré son inefficience et son inadaptation à ce contexte économique nouveau. Cette directive a strictement limité la possibilité pour les États d'édicter des réglementations pesant sur les services de la société de l'information afin d'en favoriser l'essor. Résultat, la Chine a les BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi), la Russie a aussi ses géants du numérique (Yandex, V Kontakte), et l'Europe est dépendante des géants américains !

Il est donc temps d'inventer de nouvelles formes de régulation, plus agiles, plus efficaces, qui ne brident ni n'empêchent l'innovation et qui permettent de mettre un terme à la dynamique d'enfermement du consommateur qu'on constate aujourd'hui. Celui-ci croit entrer dans un espace mondial de liberté, quand en réalité il évolue dans des silos...

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – La proposition de loi s'organise en trois points.

Le premier porte sur le libre choix des utilisateurs de terminaux – par exemple, les *smartphones*, les enceintes connectées, et demain les véhicules connectés. Il s'agit en quelque sorte de prolonger la neutralité du Net, aujourd'hui imposée aux réseaux, vers les terminaux. Pour reprendre les termes adoptés par le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (Arcep) : les tuyaux de l'internet sont neutres, assurons la neutralité du Net également sur les robinets ! Est-il normal de ne pas pouvoir désinstaller une application ? Est-il normal de ne pas pouvoir installer une application concurrente de l'un des écosystèmes dominants ou d'être fortement dissuadé de le faire ? Est-il normal que toutes les applications n'aient pas accès aux mêmes fonctionnalités proposées par un terminal ? Les conditions d'accès des développeurs d'application aux magasins d'application sont-elles équitables ? C'est, entre autres, à toutes ces questions que la proposition de loi confie à un régulateur le soin de répondre, avec une seule boussole : le libre choix du consommateur. Bien sûr, il n'est pas question d'empêcher les restrictions nécessaires au respect des lois en vigueur ou à la sécurité et au bon fonctionnement du terminal. De même, une application indispensable au fonctionnement du terminal ne devra pas être retirée !

Le deuxième point porte sur l'interopérabilité des plateformes. On l'a vu en ce qui concerne les télécoms, l'interopérabilité est le meilleur moyen de lutter contre les effets de réseaux se traduisant par un enfermement de l'utilisateur dans un écosystème. L'idée est, ici encore, de passer des réseaux à la couche logique de l'internet. Est-il normal que deux utilisateurs de réseaux sociaux différents ne puissent pas partager ensemble des contenus ? Est-il normal que, contrairement au mail, aucun agrégateur de réseaux sociaux n'ait pu se développer à ce jour ? C'est à ce type de questions que la proposition de loi entend également confier le soin à un régulateur de répondre, en vue de garantir la liberté de communication sur internet et le libre choix du consommateur.

Enfin, le troisième volet de cette proposition de loi est la lutte contre les acquisitions dites prédatrices. Ce terme, quoique quelque peu impropre, est passé dans le langage commun pour désigner les stratégies agressives d'acquisitions adoptées par les Gafam en vue de s'approprier la concurrence et de renforcer leurs positions dominantes. Ainsi, en dix ans, ces entreprises ont procédé à plus de 400 acquisitions. De plus en plus d'acteurs et de spécialistes de la concurrence estiment que c'est un problème car la

concentration du marché se traduit par l'accumulation de rentes, un ralentissement de l'innovation et l'asphyxie de la concurrence et, *in fine*, de la croissance.

Les acquisitions portent, en général, sur des entreprises jeunes et générant pas ou peu de chiffres d'affaires. Or, tant au niveau français qu'au niveau européen, le contrôle des concentrations dépend de seuils de chiffres d'affaires aujourd'hui trop élevés pour appréhender ces opérations. Ainsi, la Commission européenne n'a-t-elle eu à connaître du cas Facebook / WhatsApp que par accident, à travers le système de renvoi des autorités nationales vers la Commission. Et elle n'a pas pu appréhender le rachat d'Instagram par Facebook, réalisé en 2012 pour un milliard de dollars quand l'entreprise ne disposait que de 30 millions d'utilisateurs – contre 1 milliard aujourd'hui – et ne réalisait aucun chiffre d'affaires. Demain, si une *start-up* active en France venait à être rachetée par un Gafam, l'Autorité de la concurrence française risquerait également d'être démunie.

C'est pourquoi la proposition de loi propose de rendre la vue à l'Autorité de la concurrence, en en lui permettant de définir une liste de géants du numérique qui auront l'obligation de notifier une opération d'acquisition en amont de sa réalisation. Si l'Autorité de la concurrence estime que l'opération fait peser un risque sur les marchés, elle pourrait alors enjoindre à l'entreprise de soumettre l'opération au contrôle de concentration, quand bien même celle-ci serait sous les seuils libellés en chiffres d'affaires. C'est une solution qui mêle les modalités retenues en Norvège et l'objectif poursuivi en Allemagne et en Autriche.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – À la demande de notre présidente, le Président du Sénat a saisi le Conseil d'État. Son avis est très éclairant. Il conforte le texte et nous a apporté des préconisations très utiles, que nous nous sommes bien entendu efforcés de prendre en compte par des amendements.

Nous vous proposerons également de préciser certains éléments du texte, comme le fait que les magasins d'applications entrent bien dans le champ de la régulation du libre choix des utilisateurs de terminaux. C'est également le cas d'un point délicat mais important : la définition des plateformes dites structurantes.

Enfin, nous vous proposerons deux ajouts importants. Le premier porte sur le contrôle des concentrations : lorsque l'Autorité de la concurrence se saisira d'une opération de concentration, nous proposons que la charge de la preuve pèse sur le géant du numérique acquéreur. Le second est un apport à la proposition de loi. Il s'agit de confier à la DGCCRF le soin de lutter contre ce qu'il est convenu d'appeler les *dark patterns*, ou interfaces trompeuses. Il s'agit, par exemple, des cases pré-cochées pour payer une assurance que l'on ne souhaite pas, de la désinscription à un service quasiment impossible à trouver, ou de la perpétuation payante sans

avertissement d'un abonnement gratuit. Ces pratiques portent atteinte au libre choix du consommateur en ligne. Un rapport du Stigler Center de l'Université de Chicago les a qualifiées de particulièrement dangereuses, en particulier pour les personnes vulnérables. Nous proposons donc de doter la DGCCRF du pouvoir de les sanctionner, dès lors qu'elles sont mises en œuvre par les plateformes structurantes. La restriction aux grandes plateformes se justifie par le fait que le consommateur qui n'a pas d'alternative crédible à une plateforme dominante ne peut pas les sanctionner en faisant jouer la concurrence.

Quel est le bon échelon pour agir : national ou européen ? Le Gouvernement, par la voix de M. Cédric O, nous dit que le bon niveau, c'est l'Europe. Nous, nous pensons que les deux échelons sont pertinents. En effet, le coût de l'attente est trop élevé. Or l'attente d'un texte au niveau européen nous amènerait probablement jusqu'en 2024... Pendant ce temps, ce sont des concurrents, français souvent, qui s'effondrent, l'innovation qui diminue et le libre choix du consommateur qui se restreint. D'ailleurs, nos partenaires allemands entendent agir au niveau national. Le Gouvernement allemand a ainsi publié en octobre, puis en janvier un projet de réforme du droit de la concurrence pour l'adapter à l'ère du numérique. Nous poursuivons le même objectif, seule la mise en œuvre proposée est différente. Loin de nous la prétention de considérer que notre proposition de loi est parfaite et supérieure à la proposition allemande. Et peut-être pourrions-nous envisager dans un second temps de la faire davantage converger avec le projet de loi allemand, afin que le couple franco-allemand soit véritablement moteur sur ce sujet ! Notre ambition est simplement que l'initiative que le Gouvernement souhaite porter au niveau européen soit un franc succès, et qu'il puisse s'appuyer sur l'expérimentation au niveau national que nous proposons.

Enfin, j'insiste sur la nécessité de ne pas baisser les bras devant les Gafam. Beaucoup sont aujourd'hui convaincus que la puissance publique est impuissante à réguler les géants du numérique. Sur ce plan aussi, celui de leur force irrésistible, les Gafam ont gagné la bataille culturelle. C'est là leur force et l'une des raisons importantes pour lesquelles nous en sommes là aujourd'hui. Continuer à subir, invoquer toutes les raisons pour ne rien faire, c'est nous condamner à la « silicolonisation » de la France et de l'Europe, pour reprendre le néologisme parlant du philosophe Eric Sadin. Et l'enjeu majeur, au-delà de la liberté du consommateur que traite notre texte, c'est bien celui de la liberté du citoyen.

En ce qui concerne l'application de l'article 45 de la Constitution, nous vous proposons de considérer qu'entrent dans le champ des dispositions présentant un lien direct ou indirect avec le texte les mesures tendant à modifier le droit de la concurrence, de la consommation et de la régulation de nature économique du numérique, tant qu'elles permettent de favoriser effectivement le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Ce sujet est technique, car il allie progrès du numérique et aspects juridiques, avec la question du départ entre les compétences nationales et européennes, toujours délicat à définir. Nous avons d'ailleurs pris soin de parler de libre choix du consommateur.

**Mme Viviane Artigalas.** – Le cyberspace est devenu le lieu virtuel où s'exerce un rapport de forces très concret, entre géants du numérique et États, et où se mêlent conflits d'intérêt, luttes d'influence et logiques économiques. Il est capital que l'Union européenne, et surtout la France, soient moteurs pour la protection des citoyens face aux acteurs qui maîtrisent leurs données. Pour que nous puissions conserver une capacité d'autonomie d'appréciation et d'action, la commission d'enquête sur la souveraineté numérique avait émis plusieurs recommandations, et ce texte s'inscrit dans la lignée de ses conclusions. Il défend un modèle de société où l'Homme ne se réduit pas à une somme de données à exploiter à des fins économiques et politiques. Le renforcement des droits du citoyen dans l'univers numérique est une priorité, et la complexité de celui-ci ne doit pas nous arrêter, comme l'a rappelé Thierry Breton en présentant la boîte à outils 5G. C'est bien le rôle du politique que d'anticiper les évolutions et de savoir y répondre. Mon groupe votera donc en faveur de cette proposition de loi.

**M. Daniel Gremillet.** – Il y a urgence en effet pour la France à prendre l'initiative, en se rapprochant de l'Allemagne, pour pousser Bruxelles à aller plus loin – même après le Brexit ! C'est notre identité qui est en jeu. Ce travail pourra être une excellente base à une initiative française, en attendant que l'Europe se réveille, ce qui est urgent.

**M. Joël Labbé.** – Le consensus qui se dégage me fait chaud au cœur. Il s'agit de la liberté de choix du consommateur face à toute cette pression. Le politique doit reprendre la main. Ainsi, la semaine dernière, le Conseil constitutionnel a décidé que la protection de l'environnement primait sur la liberté d'entreprendre. Cette proposition de loi va dans le même sens : nous nous réapproprions la décision, dans l'intérêt de la population. Je me permettrai une digression faisant le lien entre internet et les sujets agroalimentaires que nous avons évoqué ce matin dans une autre enceinte. L'application Yuka permet de tester la qualité de ses aliments, mais c'est une entreprise privée. Pourquoi ne pas en faire un service public, pour obtenir un avis neutre et non soumis aux pressions concurrentielles ?

**Mme Marie-Noëlle Lienemann.** – Le groupe communiste votera ce texte, dont l'enjeu est majeur. Même si l'on régule la concurrence, la position de force des Gafam est disproportionnée dans le monde. Faute de disposer, comme les Américains, de la capacité de les démanteler, nous devons faire émerger des structures nationales et européennes susceptibles de créer des rapports de force au moins sur certains segments du marché. Cette proposition de loi pourrait être renforcée en prévoyant un recours du consommateur, collectif ou individuel, devant un abus de position

dominante. Ce texte renforce le rôle du régulateur, mais on sait bien que celui-ci peut être sous pression et mettre du temps à réagir. Une action du consommateur accentuerait la pression, d'autant qu'elle rencontre souvent la faveur des tribunaux. Je déposerai des amendements en ce sens.

**Mme Anne-Catherine Loisier.** – Le groupe centriste soutient cette initiative. La France, en fait, joue déjà un rôle moteur en la matière, comme j'ai pu le constater dans un récent séminaire sur la cyber-sécurité. Certes, faute de grands opérateurs, nous subissons des pratiques qui viennent de l'étranger, puisque le numérique est sans frontière. La France a un rôle à jouer, puisque c'est souvent elle qui pose les jalons. Ce travail est donc bienvenu, et devra évoluer, tout comme le secteur du numérique ! À nous d'être vigilants, car le numérique conditionne tout. Les États doivent conserver la capacité de le réguler. Quel avenir le Gouvernement entend-il donner à cette initiative ?

**M. Alain Chatillon.** – Je termine actuellement, avec M. Olivier Henno, un rapport sur l'industrie en Europe et la concurrence. Sur notre sujet, Mme de Silva, la présidente de l'Autorité de la concurrence, nous a indiqué que l'Allemagne avait quasiment terminé son rapport, alors que la France n'a pas commencé le sien ! Sommes-nous capables de nous mobiliser sur les vrais problèmes ? De même, je lui ai demandé pourquoi, dès lors que la première entreprise, chinoise, pèse 30 % du marché mondial, que la seconde, américaine, en représente 17 %, la fusion entre Alstom et Siemens, qui aurait abouti à une entité équivalant à 13 %, n'a pas été acceptée. Elle nous a dit que les clients souhaitent que la concurrence demeure. Mais l'intérêt aurait surtout été de vendre à l'étranger... Bref, je ne suis pas sûr que nous soyons au bon niveau. La concurrence mondiale est rude, et ses deux seigneurs sont les États-Unis et la Chine. Nous, il nous faut toujours 27 votants...

**M. Bernard Buis.** – En effet, le libre choix des utilisateurs et l'interopérabilité des plateformes doivent être défendus et la lutte contre les acquisitions prédatrices, renforcée. Il faudra avancer au niveau européen, même si ce n'est pas facile. Cette proposition de loi est en tout cas un premier pas. Il faudra qu'elle soit ensuite examinée par les députés. Nous voterons cette proposition de loi.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Nous avons demandé l'avis du Conseil d'État, qui nous l'a donné avec plaisir car il est rarement saisi sur une proposition de loi. Il a beaucoup travaillé, et la majorité de ses recommandations sont reprises dans les amendements proposés.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Le texte prévoit une saisine de l'Arcep par les associations de consommateurs, mais pas dans le cadre d'une action de groupe. Nous pouvons y réfléchir. Au niveau européen, le problème est la lenteur du processus. Dans le cadre de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique, j'avais eu l'occasion d'entendre

Thierry Breton. J'attends beaucoup – et je ne suis pas le seul – de lui, qui a les idées claires et une conscience forte de la nécessité d'aller vite sur le numérique. Mais les délais dus aux procédures d'adoption des textes restent incompressibles.

Le rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique a souligné le manque d'homogénéité de la stratégie du Gouvernement. Si les domaines de la sécurité et de la défense sont bien maîtrisés, d'autres dossiers, comme l'industrie, le sont moins. Nous avons proposé que le Parlement se saisisse de ces questions à partir d'un forum qui remplacerait le Conseil national du numérique, dont le Gouvernement ne suit guère les recommandations, et d'une loi d'orientation et de suivi de la souveraineté numérique.

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – Le Gouvernement, échaudé sans doute par la taxe Gafam, semble frileux sur ce texte. Il estime que le niveau européen permettrait d'être plus efficace, ce qui n'est pas faux. L'initiative allemande nous aidera peut-être ! Nous avons auditionné les représentants d'une *start-up* proposant une solution pour que les PME accèdent plus facilement aux places de marché en ligne : 40 % des PME françaises commercent sur des places de marché, notamment Amazon, et certaines y réalisent jusqu'à 80 % de leur chiffre d'affaires. Il faut donc réguler tout cela, car elles peuvent être mises au rebut du jour au lendemain !

**M. Daniel Gremillet.** – Comparés aux plateformes en ligne, les acteurs de la grande distribution, auxquels on prête souvent le mauvais rôle, sont de véritables enfants de chœur.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Nous comptons essayer d'insérer une partie des dispositions de ce texte par voie d'amendements dans le projet de loi sur l'audiovisuel.

## EXAMEN DES ARTICLES

### *Article 1<sup>er</sup>*

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L'amendement COM-1 déplace certaines des dispositions de cet article dans le code des postes et communications électroniques, suivant la recommandation du Conseil d'État.

*L'amendement COM-1 est adopté.*

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – L'amendement COM-2 précise le champ d'application du dispositif en l'étendant à tous les logiciels de contrôle d'accès aux terminaux : le contrôle à distance est de plus en plus fréquent.

*L'amendement COM-2 est adopté.*

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L’amendement COM-3 précise, sur une suggestion du Conseil d’État, le périmètre géographique d’application de la proposition de loi, et clarifie le texte afin d’assurer que les magasins d’applications sont bien dans le champ du texte. C’est essentiel pour la liberté de choix du consommateur.

*L’amendement COM-3 est adopté.*

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – L’amendement COM-4 précise, de manière non exhaustive, les cas de restriction du libre choix des utilisateurs de terminaux, notamment l’impossibilité d’installer ou désinstaller certaines applications et l’imposition de conditions non équitables d’accès à des fonctionnalités du terminal.

**M. Bernard Buis.** – Quel est l’intérêt de cette précision ?

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – C’est une simple clarification. Il est précisé « notamment », ce qui nous permet de ne pas épuiser tous les cas de figure. C’était une suggestion de l’Arcep.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – Il est vrai que l’on ne doit pas donner d’exemples dans un texte de loi, mais sur un sujet comme celui-ci, cela peut aider à l’interprétation du texte.

**M. Marc Daunis.** – Cela devient une tentation, qui se traduit par un empilement de spécifications dans la loi. Pourquoi ne pas reprendre cette mesure sous la forme d’un amendement de séance, qui sera retiré après les explications du Gouvernement ? Ainsi le débat parlementaire éclairera le juge dans la construction d’une jurisprudence, le cas échéant.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Nous le retirons.

*L’amendement COM-4 est retiré.*

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L’amendement COM-5 évite les abus d’interprétation quant aux mesures de restriction de la liberté de choix des consommateurs : les restrictions susceptibles d’être acceptées doivent être proportionnées aux risques évoqués.

*L’amendement COM-5 est adopté, ainsi que l’amendement rédactionnel COM-6.*

*L’article 1<sup>er</sup> est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

## **Article 2**

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L’amendement COM-7 apporte des corrections rédactionnelles et déplace les dispositions de cet article vers le code des postes et des communications électroniques ; il crée enfin une procédure adaptée de règlement des différends, alors que le texte initial reprenait la procédure en vigueur en matière de communications électroniques.

**Mme Marie-Noëlle Lienemann.** – Je ne suis pas sûre que, du point de vue juridique, créer une procédure spécifique soit la meilleure méthode. Je me méfie des structures qui contournent les voies de règlement judiciaire classique. Je m’abstiendrai sur cet amendement.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Notre objectif était de régler autant que possible les différends avant d’en arriver, le cas échéant, au prononcé d’une sanction.

*L’amendement COM-7 est adopté.*

*L’article 2 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

### **Article 3**

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – L’amendement COM-8 déplace, comme plusieurs des amendements précédents, les dispositions de cet article vers le code des postes et communications électroniques pour faire suite à une recommandation du Conseil d’État.

*L’amendement COM-8 est adopté.*

*L’article 3 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

### **Article 4**

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Par l’amendement COM-9 nous opérons un déplacement similaire aux précédents ; nous remplaçons également la mention des « services de communication au public en ligne » par celle de « plateformes en ligne », sur la suggestion du Conseil d’État.

*L’amendement COM-9 est adopté.*

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – Reprenant une suggestion du Conseil d’État, l’amendement COM-10 rend le dispositif du texte compatible avec la directive sur droits d’auteurs de 2001 en précisant que l’interopérabilité des services ne pourra porter atteinte au droit d’auteur, ni aux mesures techniques de protection de ce droit. Comme l’amendement précédent, il substitue à la notion de service de communication au public en ligne celle de plateforme en ligne définie par le code de la consommation, afin de renforcer la lisibilité du dispositif.

Plusieurs des personnes que nous avons entendues en audition se sont également inquiétées des conséquences de l’interopérabilité en matière de données personnelles. L’amendement prévoit donc une saisie pour avis de la Cnil par l’Arcep avant d’imposer des obligations en la matière.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – La protection du droit d’auteur était en effet l’un des principaux points soulevés par le Conseil d’État.

*L’amendement COM-10 est adopté.*

*L’article 4 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

### *Article 5*

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L'amendement COM-11 déplace les dispositions de cet article vers le code des postes et communications électroniques.

*L'amendement COM-11 est adopté.*

*L'article 5 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

### *Article 6*

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – L'amendement COM-12 a le même objet.

*L'amendement COM-12 est adopté.*

*L'article 6 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

### *Article 7*

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Le Conseil d'État a souligné que la proposition de loi présentait, en l'état, un risque d'incompétence négative : en ne définissant pas la notion d'entreprise systémique, le législateur n'épuise pas sa compétence, ce qui pourrait être sanctionné par le Conseil constitutionnel.

Pour mieux cibler le dispositif sur les géants du numérique, nous proposons de procéder par indices, notamment : l'existence d'un marché multiface, la position dominante sur un ou plusieurs marchés voisins, le nombre d'utilisateurs du service, la valorisation financière, l'accès aux données ou le caractère régulateur de l'entreprise à l'égard d'autres entreprises partenaires. C'est l'objet de l'amendement COM-13.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – C'était la seconde remarque structurante du Conseil d'État.

**M. Marc Daunis.** – Il y a de plus en plus d'exemples d'extension horizontale des plateformes en ligne, par acquisitions successives. Avez-vous traité cette question ? Dans le cas contraire, il risque de subsister des trous dans la raquette. Nous avons rencontré les mêmes difficultés dans le ciblage du crédit impôt recherche.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L'extension horizontale est couverte par la notion de position dominante sur : « un ou plusieurs marchés » ainsi que « les activités sur les marchés connexes ».

**M. Marc Daunis.** – Ne pourrions-nous mentionner l'extension horizontale en tant que telle ? Elle tend à devenir plus courante que l'intégration verticale.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Nous pouvons éventuellement travailler sur ce point.

*L'amendement COM-13 est adopté.*

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – L'amendement COM-14 reprend une proposition du Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) en renversant la charge de la preuve lors des acquisitions effectuées par les plateformes structurantes. Ce sera désormais aux géants de numérique de démontrer que leur opération ne porte pas atteinte au marché français.

**Mme Viviane Artigalas.** – La commission d'enquête sur la souveraineté numérique avait envisagé le critère de la disproportion manifeste entre la valeur de rachat et le chiffre d'affaires réalisé par la société cible. Pourquoi cette option n'est-elle pas retenue dans la proposition de loi ?

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – C'est un critère qui nous semble manipulable.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L'Allemagne a essayé de mettre en œuvre cette solution, mais les résultats ne sont pas probants. La commission d'enquête avait bien abordé ce sujet, mais s'était limitée à recommander d'étudier ce point.

**M. Daniel Gremillet.** – Je voterai cet amendement protecteur, qui oblige au débat. Cela ne nous empêche pas de trouver une solution au niveau européen.

**M. Serge Babary.** – Je suis réservé quant à la pertinence de cet amendement. Même si la plateforme en question démontre que son acquisition n'a pas d'effets négatifs sur le marché français – ce qu'elle fera à chaque fois – l'autorité de régulation pourra toujours être d'un avis contraire, et nous serons revenus au point de départ...

**Mme Sylviane Noël, co-rapporteur.** – Nous sommes partis du constat d'une asymétrie d'information entre le régulateur et les opérateurs. Il semble qu'il sera plus facile à l'Autorité de la concurrence de contrer les arguments des plateformes que d'apporter la preuve d'effets négatifs sur le marché français.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Il est apparu, au cours de nos auditions, que la compréhension des mécanismes de ces nouveaux marchés n'en était qu'à ses balbutiements. Le renversement de la preuve nourrit l'échange et facilite la compréhension de ces mécanismes par le régulateur.

**Mme Anne-Catherine Loisier.** – C'est une mesure intelligente, qui oblige en quelque sorte le prédateur à montrer que sa prédation ne conduit pas à l'extinction de l'espèce... Le texte s'applique-t-il aux entreprises, qui ont elles aussi des problèmes d'accès à internet ?

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Le sujet des professionnels est important : la situation des TPE et PME qui travaillent avec des *marketplaces* comme Amazon est très inquiétante. Celles-ci déréférencent les

produits sous des motifs fallacieux, faisant régner l'arbitraire et la loi de la jungle.

**Mme Sophie Primas, présidente.** – La proposition de loi vise avant tout à protéger le libre choix du consommateur. N'oublions pas qu'internet est aussi un espace d'opportunités.

*L'amendement COM-14 est adopté.*

*L'article 7 est adopté dans la rédaction issue des travaux de la commission.*

#### ***Article additionnel après l'article 7***

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – L'amendement COM-15 vise les interfaces trompeuses ou *dark patterns* qui franchissent les limites du marketing pour verser dans la manipulation du consommateur.

**Mme Viviane Artigalas.** – Pourquoi ne viser que les plateformes dépassant un seuil de connexions défini par décret ?

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Nous visons avant tout les grandes plateformes en ligne, qui enferment le consommateur dans un système. C'est un problème de concurrence.

**Mme Viviane Artigalas.** – Je comprends, mais une telle pratique n'est pas acceptable, quelle que soit la taille de la plateforme qui s'y livre.

**M. Franck Montaugé, co-rapporteur.** – Commençons par les grandes plateformes.

*L'amendement COM-15 est adopté et devient article additionnel.*

*Les articles 8 et 9 sont adoptés sans modification.*

*La proposition de loi ainsi modifiée est adoptée à l'unanimité.*



## RÈGLES RELATIVES À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA CONSTITUTION ET DE L'ARTICLE 48, ALINÉA 3 DU RÈGLEMENT DU SÉNAT

Si le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, depuis la révision du 23 juillet 2008, dispose que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis », le Conseil constitutionnel estime que cette mention a eu pour effet de consolider, dans la Constitution, sa jurisprudence antérieure, reposant en particulier sur « la nécessité pour un amendement de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie »<sup>1</sup>.

De jurisprudence constante et en dépit de la mention du texte « transmis » dans la Constitution, le Conseil constitutionnel apprécie ainsi l'existence du lien par rapport au contenu précis des dispositions du texte initial, déposé sur le bureau de la première assemblée saisie<sup>2</sup>. Pour les lois ordinaires, le seul critère d'analyse est le lien matériel entre le texte initial et l'amendement, la modification de l'intitulé au cours de la navette restant sans effet sur la présence de « cavaliers » dans le texte<sup>3</sup>. Pour les lois organiques, le Conseil constitutionnel considère comme un « cavalier » toute disposition organique prise sur un fondement constitutionnel différent de celui sur lequel a été pris le texte initial<sup>4</sup>.

En application des articles 28 *ter* et 48 du Règlement du Sénat, il revient à la commission saisie au fond de se prononcer sur les irrecevabilités résultant de l'article 45 de la Constitution, étant précisé que le Conseil constitutionnel les soulève d'office lorsqu'il est saisi d'un texte de loi avant sa promulgation.

---

<sup>1</sup> Cf. *commentaire de la décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010 - Loi portant réforme des retraites.*

<sup>2</sup> Cf. *par exemple les décisions n° 2015-719 DC du 13 août 2015 - Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne et n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016 - Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.*

<sup>3</sup> *Décision n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007 - Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique.*

<sup>4</sup> *Décision n° 2011-637 DC du 28 juillet 2011 - Loi organique relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française, confirmée par les décisions n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016 - Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, et n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017 - Loi organique pour la confiance dans la vie politique, qui considèrent comme un « cavalier organique » toute disposition organique prise sur un fondement constitutionnel différent de celui sur lequel a été pris le texte initial.*

Lors de sa réunion du mercredi 5 février 2020, la commission des affaires économiques a arrêté le périmètre de la proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace enregistrée à la Présidence du Sénat le 10 octobre 2019 comme suit : les mesures tendant à modifier le droit de la concurrence, de la consommation et de la régulation de nature économique en vue de favoriser le libre choix du consommateur en ligne.

## LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

### Mardi 3 décembre 2019

- *Conseil supérieur de l'audiovisuel* : **MM. Roch-Olivier MAISTRE**, président, **Yannick FAURE**, directeur de cabinet, et **Christophe COUSIN**, directeur des études, des affaires économiques et de la prospective.

### Mercredi 4 décembre 2019

- *Facebook France* : **M. Anton Maria BATTESTI**, responsable des affaires publiques - Head of Public Policy France, et **Mme Sarah YANICOSTAS**, responsable affaires publiques.

- *La Quadrature du Net* : **MM. Martin DRAGO**, juriste, et **Arthur MESSAUD**, juriste.

- *Paylib Services* : **MM. Vincent DUVAL**, président-directeur général, et **Olivier LÉONARD DE JUVIGNY**, avocat en droit de la concurrence.

- *eDreams ODIGEO France* : **MM. Benoît CRESPIN**, directeur France, et **Victor CHARTIER**, conseil.

### Mardi 10 décembre 2019

- *UFC - Que Choisir* : **MM. Antoine AUTIER**, responsable adjoint du service des études, et **Damien BARBOSA**, chargé de mission relations institutionnelles France.

### Mercredi 11 décembre 2019

- *Ministère de l'économie et des finances - Direction générale des entreprises* : **MM. Mathieu WEILL**, chef du service de l'économie numérique, **Jean-Pierre LABÉ**, chef du pôle réglementation des communications électroniques.

### *- Table ronde syndicats professionnels*

*Tech in France* : **M. Loïc RIVIÈRE**, délégué général, et **Mme Marjorie VOLLAND**, responsable affaires publiques.

*Syntec numérique* : **Mme Philippine LEFÈVRE-ROTTMANN**, déléguée aux relations institutionnelles.

### Mardi 17 décembre 2019

- *Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* : **MM. Sébastien SORIANO**, président, et **Stéphane LHERMITTE**, directeur économie, marchés et numérique.

Mercredi 18 décembre 2019

- *Association française des entreprises privées* : **Mmes Stéphanie ROBERT**, directrice, et **Emmanuelle FLAMENT-MASCARET**, directrice affaires commerciales et propriété intellectuelle.

- *France Digitale* : **Mme Marianne TORDEUX**, directrice des affaires publiques.

- *Microsoft France* : **M. Jean-Renaud ROY**, directeur affaires publiques, **Mmes Camille VAZIAGA**, responsable affaires publiques, et **Elisabetta RIGHINI**, conseil.

- *Fédération française des télécoms* : **MM. Olivier RIFFARD**, directeur des affaires publiques, **Anthony COLOMBANI**, directeur des affaires publiques, et **Mme Alexandra LAFFITTE**, chargée de mission usages et contenus.

- *Amazon France* : **M. Arnaud DAVID**, responsable de la protection des données et de la sécurité pour l'Europe.

Jeudi 19 décembre 2019

- *Ministère de l'économie et des finances - Direction générale du Trésor* : **M. Thibault GUYON**, sous-directeur politiques sectorielles, et **Mme Marion PANFILI**, adjointe à la cheffe du bureau Activités tertiaires et concurrence.

- *Mouvement des entreprises de France* : **Mmes Maxence DEMERLÉ**, directrice du numérique, **Stéphanie TISON**, directrice adjointe à la direction des affaires internationales, **Marianne MOUSSERON**, directrice de mission, et **Fadoua QACHRI**, chargée de mission à la direction des affaires publiques.

Mercredi 8 janvier 2020

- **M. Stéphane BORTZMEYER**, ingénieur à l'Association française pour le nommage Internet en coopération.

- *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* : **Mmes Virginie BEAUMEUNIER**, directrice générale, **Nadine MOUY**, sous-directrice services et réseaux, et **M. Paul-Emmanuel PIEL**, chef du bureau 6B « Médias, Télécommunications, biens et services culturels ».

- *France Invest* : **Mme France VASSAUX**, directrice générale adjointe.

- *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* : **Mme Pauline BLASSEL**, secrétaire générale, **M. Raphaël BERGER**, directeur des études et de l'offre légale, et **Mme Anna BUTLEN**, directrice-chef du bureau des affaires juridiques.

- *Conseil national du numérique* : **Mme Annie BLANDIN**, membre, **M. Henri ISAAC**, membre, **M. Vincent TOUBIANA**, secrétaire général adjoint, et **Mme Myriam EL ANDALOUSSI**, rapporteure.

Mardi 14 janvier 2020

- *Commission européenne - DG concurrence* : **MM. Guillaume LORIOT**, directeur, Direction C, **Massimiliano KADAR**, chef d'unité adjoint COMP/C-1, et **Sean GREENAWAY**, rapporteur, COMP/C-1.

- *Apple* : **Mme Marie HUGON**, senior Counsel Internet Software & Services EMEA, et **M. Sébastien GROS**, directeur des affaires publiques.

- *Commission nationale de l'informatique et des libertés* : **M. Bertrand PAILHES**, directeur des technologies et de l'innovation, et **Mme Tiphaine HAVEL**, conseillère pour les questions institutionnelles et parlementaires.

Mercredi 15 janvier 2020

- *Commission européenne - DG Connect* : **Mmes Claire BURY**, directrice générale adjointe, et **Deborah BEHAR**, juriste.

- *Autorité de la concurrence* : **Mme Isabelle DE SILVA**, présidente.

- *Google France* : **M. Benoît TABAKA**, directeur des relations institutionnelles et des politiques publiques, et **Mme Elisabeth BARGÈS**, responsable des questions concurrentielles.

Mercredi 22 janvier 2020

- **M. Jacques CREMER** : professeur d'économie à la Toulouse school of economics, co-auteur du rapport « *Competition policy for the digital era* », remis à la Commission européenne en 2019.

Mardi 28 janvier 2020

- *Startin'blox* : **MM. Sylvain LE BON**, président et co-fondateur, et **Alexandre BOURLIER**, directeur général et co-fondateur.

- *Sellermania* : **MM. Stéphane JAUFFRET**, président et co-fondateur, **Marouane ELGUEDDAH**, directeur commercial, et **Sylvain MANCOIS**, chef de produit.



## LISTE DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES

- Cdiscount
- Qwant



## LA LOI EN CONSTRUCTION

Pour naviguer dans les rédactions successives du texte, visualiser les apports de chaque assemblée, comprendre les impacts sur le droit en vigueur, le tableau synoptique de la loi en construction est disponible sur le site du Sénat à l'adresse suivante :

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



## ANNEXE : AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

**CONSEIL D'ÉTAT**  
**Assemblée générale**

**Section des finances**

**Séance du jeudi 19 décembre 2019**

**N° 399120**

**EXTRAIT DU REGISTRE  
DES DELIBERATIONS**

### **AVIS SUR LA PROPOSITION DE LOI N°48**

#### **visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace**

1. Saisi sur le fondement du cinquième alinéa de l'article 39 de la Constitution de la proposition de loi enregistrée le 21 octobre 2019 à la présidence du Sénat visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, présentée par Mme Sophie Primas, sénatrice, le Conseil d'Etat, après en avoir examiné le contenu, formule les observations et suggestions qui suivent.

2. L'économie des services numériques se caractérise notamment par un processus de création de valeur ajoutée à partir du volume de données collectées et de l'audience des sites et plateformes qui proposent ces services. Cette caractéristique conduit à ce que les acteurs dominants, dont la taille permet d'optimiser « l'effet réseau » sur lequel repose le succès de l'économie collaborative fondée sur la donnée, entretiennent avec leurs utilisateurs un rapport de quasi exclusivité, les rendant « captifs » de leur écosystème.

3. Par ailleurs, afin d'étendre encore leurs rendements croissants, les acteurs dominants procèdent à l'acquisition des nouveaux arrivants sur le marché, dès lors que leur potentiel d'atteindre une audience de taille critique est constaté. Il s'ensuit, du côté des utilisateurs, un risque de resserrement du champ des services auxquels ils ont accès, et du côté des prestataires, une concentration extrême. La situation d'hyper dominance des « GAFAM » (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), qui maîtrisent à la fois l'offre de services et celle des systèmes d'exploitation des équipements terminaux par lesquels les utilisateurs se connectent, s'installe donc durablement et fait peser le risque d'une disparition des bénéfices de l'esprit d'innovation et de saine concurrence qui constitue la promesse de l'internet ouvert.

#### **I. Contenu et objectifs de la proposition de loi**

4. Inspirée notamment par le rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique remis le 1<sup>er</sup> octobre 2019 au président du Sénat, la proposition de loi s'assigne les trois objectifs suivants :

- assujettir les fournisseurs de systèmes d'exploitation des équipements terminaux à une obligation de garantir l'accès à tous les services de communication au public en ligne, sous le contrôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) ;
- confier à ce régulateur la compétence d'imposer aux prestataires de services numériques l'obligation de lever les barrières, techniques ou juridiques, à l'interopérabilité de ces services ;
- créer une nouvelle définition des opérations de concentration soumises au contrôle de l'Autorité de la concurrence, permettant d'appréhender en France la situation des acquisitions précoces d'entreprises présentant un chiffre d'affaires très faible ou nul.

5. Pour mettre en œuvre ces objectifs, la proposition comprend les dispositions suivantes :

- **Le chapitre I<sup>er</sup>** définit dans le code des postes et des communications électroniques (CPCE) un droit des utilisateurs non professionnels d'équipements terminaux d'accéder à l'ensemble des services offerts sur internet et d'en disposer librement, dans la limite des obligations législatives ou réglementaires et des exigences de sécurité des terminaux et des contenus (article 1<sup>er</sup>). Il confie à l'Arcep une compétence de recueil des informations sur les pratiques de libre accès, et un pouvoir de règlement des différends (article 2). Enfin, il dote le régulateur d'un pouvoir de sanction en cas de manquements des fournisseurs de systèmes d'exploitation à l'obligation de garantir le libre accès, sur les terminaux qu'ils équipent, à tous les services (article 3).
- **Le chapitre II** confie à l'Arcep la compétence de mettre à la charge des prestataires de services du type plateformes des obligations techniques permettant l'interopérabilité de leurs contenus (article 4). Il prévoit que le régulateur est destinataire, pour mettre en œuvre cette compétence, des informations nécessaires de la part des acteurs concernés (article 5). Enfin il dote l'autorité des mêmes pouvoirs de sanction en cas de manquements aux obligations d'interopérabilité (article 6).
- **Le chapitre III** introduit dans le code de commerce des dispositions nouvelles donnant à l'Autorité de la concurrence la compétence d'évoquer pour examen les opérations d'acquisitions dites « prédatrices » (article 7).
- Enfin, la proposition de loi prévoit une entrée en vigueur du dispositif trois mois après la publication de la loi.

6. Le Conseil d'Etat estime que l'objectif de protection de l'utilisateur non professionnel poursuivi par le texte se justifie dans un contexte de marché marqué par la concentration des acteurs et la conclusion d'accords entre fournisseurs de systèmes d'exploitation et fournisseurs de services créant un risque sérieux d'appauvrissement de l'offre pour le public et de durcissement des barrières à l'entrée pour les nouveaux acteurs. Il observe à cet égard que l'équilibre du dispositif proposé, qui prévoit à la fois de soumettre les comportements de marché des prestataires de services à un contrôle *ex ante* par l'Autorité de la concurrence, et de les assujettir *ex post* à des obligations de résultat dans leurs relations avec les utilisateurs, sous le contrôle de l'Arcep, apparaît particulièrement adapté au problème posé.

**Chapitres I et II de la proposition de loi : les obligations mises à la charge des fournisseurs de systèmes d'exploitation des terminaux et des prestataires de services de communication au public en ligne de type « plateformes »**

**II. Cadre juridique**

7. Sur le terrain constitutionnel, la liberté d'entreprendre des acteurs économiques est garantie et ne peut être limitée que pour des motifs d'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

8. Le législateur de l'Union européenne est spécifiquement intervenu afin de fixer les objectifs d'intérêt général encadrant l'activité des prestataires de services numériques, relative tant au réseau internet qu'aux contenus qui sont proposés par son intermédiaire.

9. Les cinq directives relatives aux réseaux et aux services de communications électroniques (2002/19/CE à 2002/22/CE et 2002/58/CE) ont été consolidées par la directive 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen. Il s'en dégage l'objectif d'instaurer un marché intérieur des réseaux et des services de communication électroniques, définies comme les services d'accès à internet consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux, concurrentiel et interopérable (2. de l'article 2 et de l'article 3).

10. Le règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 relatif à l'accès à un internet ouvert a établi les règles communes destinées à garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à internet, et les droits correspondants des utilisateurs. Il a notamment posé le principe de la neutralité d'internet : l'accès au réseau doit être transparent et non discriminatoire à l'égard des services qui y sont proposés.

11. La loi n° 2016-1321 pour une République numérique du 7 octobre 2016 a intégré ces règles en droit interne, codifiant en particulier l'objectif de neutralité d'internet pour toute la partie « réseau » au sein du CPCE (q) du I de l'article L. 33-1).

12. S'agissant ensuite des contenus offerts par les réseaux, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, plus connue sous le nom de directive e-commerce, pose plusieurs principes dans un objectif de création d'un marché unique du commerce électronique :

- les prestataires de services de la société de l'information comprennent les prestataires « passifs » : fournisseurs d'accès à internet et hébergeurs, et « actifs » : fournisseurs de contenus. Ils constituent, dans leur ensemble, les prestataires de « services de communication au public en ligne » ;
- chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent, dans les limites de la directive, ses dispositions nationales, et aucun Etat membre ne peut restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre de l'Union (1. et 2. de l'art. 3) ;
- lorsqu'un motif d'ordre public, de santé publique ou de protection des consommateurs l'exige, la réglementation de l'activité d'un prestataire de services établi dans un autre Etat membre n'est possible qu'en cas de carence ou d'insuffisance de celui-ci, et après notification à la Commission, qui appréciera la conformité des restrictions apportées aux objectifs de la directive (4. à 6. de l'art. 3).

13. C'est dans le cadre de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) que la directive e-commerce a été transposée.

14. Consacrant la liberté de communication au public en ligne (IV de l'article 1<sup>er</sup>), la loi a fixé le régime de responsabilité des hébergeurs et des éditeurs de contenus. Elle n'a prévu aucune disposition relative à la neutralité des équipements terminaux sur lesquels les contenus, après avoir transité par les réseaux, sont proposés à l'utilisateur final, ni aucune disposition relative à l'interopérabilité des services.

15. La loi pour une République numérique a introduit à l'article L. 111-7 du code de la consommation la définition des opérateurs de plateforme en ligne, services de communication au public en ligne reposant sur un service de classement, de référencement ou de mise en relation en vue de la fourniture de biens, de services ou la diffusion de contenus. La loi leur a imposé des obligations renforcées de clarté, de transparence, et de loyauté au titre de la protection des consommateurs dans les activités de commerce en ligne.

16. Enfin, la directive 2018/1808 du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13 du 10 mars 2010, dite directive « services médias audiovisuels » (SMA) fixe le régime des services portant sur des contenus audiovisuels. Essentiellement axée sur la protection du public des vidéos et programmes créés par l'utilisateur comportant une incitation à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes fondée sur l'un des motifs visés à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, cette directive ne comporte aucune disposition relative à la neutralité des équipements terminaux vis-à-vis des contenus audiovisuels que l'on peut y trouver, ni à l'interopérabilité de ce type de contenus.

17. La directive « SMA » est en cours de transposition en droit national par le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, dit projet de loi « audiovisuel », déposé le 5 décembre 2019 au Parlement.

18. Il résulte de ce tableau normatif que si la neutralité et le caractère ouvert d'internet sont assurés sur le réseau de communication électronique, un tel objectif n'a pas été étendu jusqu'à l'équipement terminal utilisé par le public, c'est-à-dire, par exemple, son téléphone mobile, son ordinateur ou sa montre connectée. Ainsi, alors que les opérateurs de réseau doivent garantir que circulent sur internet, sans discrimination, l'ensemble des contenus et des services qui y sont insérés, sous réserve de respecter des conditions de sécurité et de protection des droits fondamentaux, aucune obligation de cette nature n'est mise à la charge des fournisseurs de systèmes d'exploitation qui offrent aux utilisateurs l'architecture logicielle nécessaire à l'accès et à l'utilisation de ces services. Les fournisseurs de systèmes d'exploitation peuvent dans ces conditions restreindre ou orienter l'accès aux services, soit par l'imposition de barrières techniques à l'installation ou à la désinstallation d'applications ou de services, soit par la conclusion de conventions d'exclusivité liant l'utilisateur à des prestataires de service prédéfinis.

19. Par ailleurs, alors que les solutions technologiques utilisées sur le réseau doivent être interconnectables et interopérables, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas faire obstacle à un fonctionnement ouvert avec d'autres types de solutions, aucune norme européenne ou nationale n'impose l'interopérabilité des services de communication au public en ligne, ni un niveau minimal de portabilité des données. Chaque service de plateforme conserve ainsi une clientèle captive d'utilisateurs qui ne sont pas en mesure, sauf à saisir à nouveau l'ensemble des données nécessaires, d'accéder, par exemple, à des fonctionnalités complémentaires offertes par une autre plateforme.

### **III. Champ d'application des mesures envisagées**

#### *Objectif poursuivi et champ matériel*

20. En premier lieu, les observations faites ci-dessus aux points 18 et 19 tendent à démontrer que la neutralité d'internet n'est pas assurée au stade aval du réseau, c'est-à-dire lors de la mise à disposition concrète de l'utilisateur, sur un équipement terminal, de l'offre de services numériques. A ce titre, la proposition de loi prévoit d'imposer des règles nouvelles aux fournisseurs des systèmes d'exploitation et aux plateformes, afin de garantir la protection du consommateur. Son champ est dès lors circonscrit aux équipements utilisés par les utilisateurs non professionnels, ce qui n'appelle pas d'observation particulière. Le Conseil d'Etat relève seulement à ce stade qu'il n'est pas établi que l'instauration d'une liberté absolue d'installation de services sur les équipements terminaux (chapitre I<sup>er</sup>) soit pleinement réalisable compte tenu de l'état de la technologie.

21. En effet, les systèmes d'exploitation majoritaires sur le marché des équipements terminaux se distinguent par des architectures logicielles originales. A ce titre, le Conseil d'Etat relève que les réserves prévues par l'article 1<sup>er</sup> de la

proposition de loi, permettant aux fournisseurs de systèmes d'exploitation de s'affranchir du champ des obligations nouvelles pour « assurer la sécurité de l'équipement terminal et des contenus et données gérés par celui-ci ou pour assurer le bon fonctionnement de l'équipement terminal et des services disponibles », sont bienvenues pour préserver la faisabilité technique de la mesure.

22. Compte tenu des comportements de consommation par affinité pour l'un ou l'autre des écosystèmes logiciels disponibles, le Conseil d'Etat estime toutefois que l'objectif de protection de l'utilisateur poursuivi, mentionné au 5<sup>o</sup> *ter* nouveau du II de l'article L. 32-1 du CPCE, pourrait être plus précisément défini en faisant explicitement référence à « la configuration logicielle pour laquelle a opté l'utilisateur ».

23. En deuxième lieu, si les fournisseurs de systèmes d'exploitation n'ont pas, à ce jour, fait l'objet d'une réglementation spécifique ni en droit de l'Union ni en droit interne, le Conseil d'Etat considère que le régime qui doit leur être appliqué est celui des services de la société de l'information (directive « e-commerce »), dès lors que ces systèmes d'exploitation constituent, non des composantes du réseau, mais des programmes intégrés utilisant des logiciels applicatifs pour mobiliser les ressources du matériel informatique sur lequel ils sont installés. Cet apport applicatif les distingue donc de services de communication électronique.

24. En troisième lieu, le Conseil d'Etat relève que l'article 4 (chapitre II) de la proposition de loi assujettit les « fournisseurs de services de communication au public en ligne » à l'obligation de garantir l'interopérabilité des « services ». Il s'agit, plus précisément, d'inciter les prestataires de services de plateformes à utiliser des normes ouvertes ou à lever les protections de leurs normes techniques afin d'assurer l'interopérabilité des services fournis, sous peine que l'Arcep leur impose de publier les informations techniques pertinentes. Or, dès lors que l'objectif poursuivi consiste à généraliser la faculté pour les données déposées par les utilisateurs et pour les contenus numériques mis à leur disposition de rester disponibles sans restriction d'accès ou de mise en œuvre, quel que soit le format du site ou l'environnement logiciel dans lesquels ils sont fournis, le Conseil d'Etat estime que l'obligation serait plus exactement définie en faisant référence à l'interopérabilité des « données et des protocoles » (reprenant ainsi les termes des recommandations émises par la Commission européenne dans son rapport « *Competition Policy for the digital era* », 2019, au titre de la promotion de la concurrence entre plateformes) et d'autre part, aux « opérateurs de plateformes », sur lesquels les utilisateurs sont susceptibles de déposer, d'extraire ou de réutiliser ces données et ces protocoles.

25. A ce titre, la lisibilité du dispositif se trouverait probablement renforcée pour les acteurs concernés et pour les utilisateurs si le texte renvoyait explicitement à la définition des plateformes prévue au I de l'article L. 111-7 du code de la consommation, dont le champ apparaît recouvrir exactement celui qu'entend régir la proposition.

26. En quatrième lieu, le Conseil d'Etat observe que l'obligation prévue au chapitre II du texte s'analyse comme une interdiction d'utiliser les mesures

techniques de protection des droits d'auteurs détenus ou exploités par les opérateurs de plateforme en ligne d'une manière faisant obstacle à la mise en œuvre effective de l'interopérabilité. Dès lors, la rédaction de cette mesure pourrait avec profit reprendre les définitions des mesures techniques et de leurs limitations prévues aux articles L. 331-5, L. 331-9 et L. 331-10 du code de la propriété intellectuelle qui prévoient une obligation d'interopérabilité similaire pour les éditeurs de logiciels informatiques.

#### *Champ territorial*

27. La proposition de loi ne précise pas le critère territorial retenu pour imposer des obligations spécifiques aux fournisseurs de systèmes d'exploitation et aux opérateurs de plateforme en ligne. Il résulte de l'exposé des motifs du texte que les chapitres I et II ont toutefois vocation à s'appliquer dès lors que l'équipement terminal d'un utilisateur est utilisé sur le territoire national, et que la plateforme concernée a en France une audience d'un « niveau significatif ».

28. Le Conseil d'Etat estime qu'il relève de la compétence du législateur de prévoir le critère d'application territoriale des mesures. En outre, s'il est permis de nourrir des doutes sur l'efficacité d'une législation nationale contraignante à l'égard d'acteurs économiques opérant sur l'ensemble du territoire européen, et à l'échelle mondiale, le Conseil d'Etat considère que ces mesures ne pourraient en tout état de cause trouver à s'appliquer à des opérateurs établis dans des Etats tiers que si le texte le prévoit explicitement.

29. Ainsi, les conditions d'application des dispositions du chapitre I<sup>er</sup> de la proposition pourraient utilement être définies en retenant le critère d'une connexion du terminal équipé du système d'exploitation concerné au réseau depuis la France au cours d'une année. S'agissant des dispositions du chapitre II, le texte pourrait préciser qu'elles s'appliquent dès lors que l'activité d'une plateforme dépasse un seuil de nombre de connexions depuis le territoire français défini par décret.

#### *Place des dispositions nouvelles au sein du code des postes et des communications électroniques*

30. Le Conseil d'Etat relève que dès lors que les chapitres I et II traitent du régime de services de communication au public en ligne, les dispositions nouvelles créées par les articles 1 et 4 de la proposition doivent trouver leur place, non pas au sein du livre II du CPCE dédié aux « services de communication électronique », mais à la fin du titre I<sup>er</sup> « Autres services » du livre III « Autres services, dispositions communes et finales » de ce code, qui comprend déjà des dispositions relatives à des services de communication au public en ligne.

31. De la même manière, le Conseil d'Etat observe que les dispositions relatives à l'Arcep, aujourd'hui insérées au titre I<sup>er</sup> « Dispositions générales » du livre II, et que viennent modifier et compléter les articles 2, 3 et 6 de la proposition, devraient être déplacées au titre II « Dispositions communes » du livre III, dès lors qu'elles s'appliquent à des services excédant le champ des services de communication électronique.

#### **IV. La conformité aux normes supérieures des obligations mises à la charge des fournisseurs de systèmes d'exploitation et des opérateurs de plateformes pour étendre la neutralité d'internet sur les équipements terminaux**

##### *Examen au regard des exigences constitutionnelles*

32. En ce qui concerne en premier lieu la conformité des mesures avec la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, le Conseil d'Etat considère, d'une part, que, si l'imposition d'obligations techniques aux fournisseurs de systèmes d'exploitation et la limitation de la protection des données et de protocoles utilisés par les plateformes constituent bien des atteintes à cette liberté, la proposition garantit suffisamment leur proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. A cet égard, le Conseil d'Etat signale qu'il serait prudent de définir plus précisément cet objectif de protection de la liberté de choix de l'utilisateur, en faisant notamment référence à la notion de choix suffisant ou à celle de neutralité d'internet. D'autre part, le Conseil d'Etat estime que l'atteinte portée par les mesures en cause au droit de propriété intellectuelle et notamment aux droits d'auteur détenus sur les systèmes et les services, ne méconnaît pas le droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, sous réserve toutefois que la loi prévoie, notamment, les possibilités de réutilisation des informations techniques rendues publiques aux fins d'interopérabilité et garantisse suffisamment les droits des parties.

##### *Examen au regard du droit de l'Union européenne*

33. En ce qui concerne en second lieu la conformité des dispositions au droit de l'Union européenne, il ne fait pas de doute que la grande majorité des opérateurs susceptibles d'entrer dans le champ des dispositions des chapitres I et II du texte sont établis hors de France. Dans ces conditions, les obligations positives qui seraient imposées à des opérateurs établis dans un autre Etat membre de l'Union et qui ne sont pas prévues par la directive 2000/31 « e-commerce », constituent une entrave à la libre prestation de services que cette directive organise. Le Conseil d'Etat précise toutefois que les mesures prévues par le chapitre II, qui consistent à prévoir des limites à la libre disposition des droits des plateformes sur les données qu'elles reçoivent et sur les protocoles appliqués aux services qu'elles fournissent, ne peuvent être regardées comme des entraves à la libre prestation des services, dès lors que la restriction d'une protection ne saurait, par nature, faire obstacle à la libre circulation des services ainsi protégés. La question de la conformité du texte à la libre prestation des services ne se pose donc que pour les mesures prévues par le chapitre I<sup>er</sup>.

34. Pour justifier une dérogation aux conditions d'exercice de la libre prestation de services, le motif de protection des consommateurs, prévu au i) du a) du 4. de l'article 3 de la directive « e-commerce » apparaît le plus à même d'être mobilisé compte tenu de l'objectif poursuivi. Par ailleurs le Conseil d'Etat relève que, dans un domaine voisin, la directive « SMA » a donné aux Etats membres la faculté de prendre des mesures limitant la libre prestation des services de média audiovisuels pour un motif d'intérêt public général.

35. Le Conseil d'Etat observe que la protection du consommateur de services numériques n'a à ce jour donné lieu qu'à une jurisprudence limitée de la Cour de justice de l'Union européenne, de sorte qu'il est permis de conserver une incertitude sur le périmètre et la portée de cette notion appliquée au marché des services de la société de l'information.

36. Par suite, le Conseil d'Etat estime que l'utilisateur d'un équipement terminal connecté à internet peut être regardé comme un consommateur au sens du droit de l'Union. En revanche, il relève que l'objectif de la protection de son « libre choix » ou d'un accès ouvert à l'ensemble des services et applications offerts sur le réseau, s'il apparaît cohérent avec l'objectif général de neutralité d'internet, n'a pas encore été reconnu par la Cour de justice. En tout état de cause, le Conseil d'Etat estime que la proposition de loi assure de manière satisfaisante la proportionnalité de l'atteinte à la libre prestation des services, en prévoyant notamment que l'obligation mise à la charge du fournisseur de système d'exploitation de garantir un libre accès à tous les services ne s'applique pas lorsque la sécurité du terminal et de contenus ou des données, ou leur bon fonctionnement, y font obstacle. S'il n'est donc pas possible d'exclure que les juges européens puissent porter sur la mesure une appréciation plus sévère, le Conseil d'Etat considère que l'équilibre de la réforme sur ce point est satisfaisant.

37. Le Conseil d'Etat relève en revanche, s'agissant des mesures tendant à mettre en œuvre l'interopérabilité des plateformes, prévues au chapitre II, qu'elles constituent une exception au principe général de protection juridique des normes techniques prévu par l'article 6 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. A ce titre, le risque qu'une législation nationale telle que celle prévue par la proposition soit jugée contraire au droit de l'Union est très sérieux. En effet, alors que le législateur européen est intervenu afin de prévoir explicitement une exception à la protection des normes techniques dans un but de protection du consommateur par la directive 2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur afin d'assurer l'interopérabilité des logiciels informatiques, il n'a pas reconnu un tel objectif pour les services de la société de l'information. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle évolution serait souhaitable et permettrait, en l'espèce, de lever la difficulté identifiée.

## **V. Le choix de confier la mise en œuvre des obligations à l'Arcep et la procédure retenue devant le régulateur**

38. En premier lieu, le Conseil d'Etat relève que le choix de confier la surveillance de la mise en œuvre des obligations nouvelles en matière de régulation des services de communication au public en ligne à l'Arcep est cohérent avec les compétences déjà exercées par cette autorité aux fins d'assurer l'interconnexion du réseau et la neutralité d'internet (II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques). Le Conseil d'Etat observe toutefois que ce faisant, la proposition de loi étend significativement les pouvoirs de l'autorité, en lui donnant des compétences élargies en matière de régulation des services de communication au public en ligne, y compris pour l'accès aux contenus

audiovisuels, qui relèvent par ailleurs de la compétence de régulateurs spécialisés s'agissant de la nature même des contenus. S'agissant de la mise en œuvre des obligations d'interopérabilité, le Conseil d'Etat signale que certains aspects sont susceptibles de relever de la compétence de plusieurs autorités, notamment l'Hadopi et la nouvelle autorité dénommée ARCOM, dont la création est prévue par le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique et qui a vocation à reprendre les attributions de l'Hadopi. Il importe à cet égard que, dans le cadre des discussions parlementaires de ce texte et de la proposition de loi, les attributions des régulateurs soient précisément définies de manière à ce que, d'une part, les compétences confiées à l'Arcep pour la mise en œuvre des obligations créées par le chapitre I<sup>er</sup> lui soient clairement réservées, et d'autre part, les compétences qui lui sont attribuées par le chapitre II soient clairement circonscrites.

39. En second lieu, il convient de souligner que la compétence de l'Arcep ne fait pas par nature obstacle à ce que, si les manquements des opérateurs économiques concernés étaient susceptibles de revêtir la qualification de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence exerce à leur égard l'ensemble de ses compétences en la matière.

40. S'agissant de la procédure devant le régulateur, le Conseil d'Etat considère qu'il serait pertinent de prévoir que l'instance de règlement des différends puisse être saisie pour l'application des obligations d'interopérabilité, compte tenu de leur caractère nouveau, de nature à susciter des interrogations nombreuses de la part des acteurs concernés.

41. Enfin, le Conseil d'Etat considère que le dispositif de sanction prévu par la proposition de loi ne pose pas de difficulté au regard des exigences constitutionnelles encadrant l'exercice d'un pouvoir de sanction, dès lors qu'il repose sur la personnalisation de la sanction pécuniaire, dont le plafond est défini, et que l'assiette de cette sanction est en lien avec la nature des manquements.

### **Chapitre III de la proposition de loi : l'instauration d'un nouveau cadre de contrôle des opérations de concentration par l'Autorité de la concurrence**

#### **VI. Cadre juridique**

42. L'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises confie à la Commission européenne la compétence de contrôler la compatibilité avec le marché intérieur des opérations de concentrations dites « de dimension européenne ». Cette dimension s'apprécie en fonction de différents seuils de chiffre d'affaires total réalisé dans le monde ou sur le territoire européen par l'ensemble des entreprises concernées ou les entreprises cibles.

43. L'autorisation des opérations de concentration ne présentant pas de dimension européenne relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence. En application des dispositions de l'article L. 430-2 du code de commerce, sont soumises à une obligation de notification à cette autorité les opérations dans lesquelles d'une part le

chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des entreprises concernées est supérieur à 150 millions d'euros et d'autre part le chiffre d'affaires total réalisé en France par deux au moins des entreprises concernées est supérieur à 50 millions d'euros. Par ailleurs, aux termes du règlement du 20 janvier 2004, l'Autorité de la concurrence est également compétente pour contrôler les opérations dans lesquelles chacune d'au moins deux entreprises concernées réalise en France plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union européenne.

44. Les opérations de concentration sont autorisées pour autant qu'elles ne sont pas de nature à « porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ». L'Autorité examine aussi « si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (article L. 430-6 du code de commerce).

## **VII. Objectif poursuivi par le dispositif proposé**

45. La capacité des acteurs dominant le marché des services numériques à acquérir de jeunes entreprises innovantes qui présentent un potentiel de valeur considérable du fait d'un rythme rapide de croissance d'audience et de volume des données collectées, pour un chiffre d'affaires encore nul ou très limité, génère indubitablement un risque de concentration extrême. Cette stratégie, qualifiée de « prédatrice » par la proposition de loi, permet aux acteurs dominants d'accroître encore leurs rendements croissants du fait de l'effet réseau. Il en résulte une dégradation constante de la qualité de la concurrence sur ce marché, au détriment de la liberté de choix des utilisateurs. En effet, ces acteurs dominants offrent à eux seuls la quasi intégralité des services innovants, créés par des *start-ups* qui n'ont jamais atteint une taille critique suffisante.

46. Le Conseil d'Etat considère qu'il est justifié d'envisager que, dans la seule mesure où les opérations en cause ne relèveraient pas de la compétence de la Commission européenne, elles puissent être soumises au contrôle de l'autorité de concurrence nationale, afin d'apprécier leur effet sur la concurrence. D'autres Etats membres, l'Allemagne et l'Autriche, se sont d'ailleurs dotées en 2017 de législations de ce type.

47. En revanche, et faute d'étude disponible sur le nombre d'opérations d'acquisitions de *start-ups* qui pourraient être concernées, le Conseil d'Etat émet des doutes sur l'effet utile du dispositif.

48. Enfin, le Conseil d'Etat observe que cette réforme pourrait, afin de renforcer son effectivité, s'accompagner d'une adaptation de la notion d'atteinte à la concurrence prévue au premier alinéa de l'article L. 430-6 du code de commerce. En effet, il résulte de la doctrine que les caractéristiques du marché des services numériques, notamment la place centrale de l'économie collaborative et les spécificités des marchés « bifaces » dans lesquels deux types d'utilisateurs interagissent et retirent un profit du même service, ou encore l'importance de l'audience des services et de la taille des acteurs dans la création de la valeur, invitent à redéfinir l'intérêt économique du consommateur. Ainsi, les notions

d'équité et de choix suffisant sont aujourd'hui discutées, et pourraient le cas échéant être mobilisées.

### **VIII. Conformité aux normes supérieures**

49. A la différence de ce qu'ont prévu les législateurs allemand et autrichien, qui ont retenu des critères de seuils de chiffre d'affaires et de valeur de l'opération, les dispositions examinées se bornent à renvoyer à l'Autorité de la concurrence l'établissement d'une liste des « entreprises systémiques », dont les critères ne sont pas définis, soumises à une obligation d'information préalable en cas d'opération de concentration. L'Autorité, après examen, déciderait ensuite de soumettre ou non l'opération à la procédure d'autorisation de droit commun. Or, en premier lieu, le Conseil d'Etat signale que l'emploi du terme « systémique », qui renvoie au champ financier, n'est pas approprié à la désignation des entreprises de grande taille sur le marché numérique. En second lieu, ces dispositions méconnaissent en l'état l'obligation pour le législateur d'épuiser sa compétence dans une matière affectant la liberté d'entreprendre. Le Conseil d'Etat considère donc que le texte doit prévoir les critères déterminant la compétence de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des opérations de concentration, soit par une modification de l'article L. 430-2 du code de commerce, soit par la création d'un article distinct. La nature des critères prévus par les législateurs allemand et autrichien, soit un seuil de chiffre d'affaires mondial total, un seuil de chiffre d'affaires sur le territoire national et un seuil de valeur totale de l'opération, le cas échéant confortés par des critères, comme la condition d'exercice, par l'entreprise cible, d'une « activité significative » sur le territoire national, qui devraient être précisément définis, apparaissent à cet égard tout à fait adaptés à l'objectif poursuivi.

### **IX. Considérations finales**

50. Le Conseil d'Etat souligne que l'objectif de protection des intérêts des utilisateurs et de consommateurs de services numériques offerts sur un marché mondial serait susceptible d'être mieux atteint par l'adoption de nouvelles dispositions par l'Union européenne en matière de services de communication au public en ligne et de concurrence.

51. Le Conseil d'Etat précise par ailleurs que cette proposition de loi devra, ainsi que le mentionne son exposé des motifs, faire l'objet d'une notification aux services compétents de la Commission européenne au titre de la directive 2015/1535 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.

*Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 19 décembre 2019.*