

N° 48

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2019-2020

Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 octobre 2019

PROPOSITION DE LOI

visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace,

PRÉSENTÉE

Par Mmes Sophie PRIMAS, Viviane ARTIGALAS, M. Serge BABARY, Mme Anne-Marie BERTRAND, MM. Yves BOULOUX, Martial BOURQUIN, Bernard BUIS, Henri CABANEL, François CALVET, Mme Anne CHAIN-LARCHÉ, M. Alain CHATILLON, Mmes Marie-Christine CHAUVIN, Catherine CONCONNE, Agnès CONSTANT, M. Roland COURTEAU, Mme Cécile CUKIERMAN, MM. Pierre CUYPERS, Marc DAUNIS, Jean-Pierre DECOOL, Daniel DUBOIS, Laurent DUPLOMB, Alain DURAN, Mmes Dominique ESTROSI SASSONE, Françoise FÉRAT, MM. Fabien GAY, Daniel GREMILLET, Mme Annie GUILLEMOT, MM. Xavier IACOVELLI, Jean-Marie JANSSENS, Joël LABBÉ, Mme Élisabeth LAMURE, M. Daniel LAURENT, Mmes Valérie LÉTARD, Marie-Noëlle LIENEMANN, Anne-Catherine LOISIER, MM. Pierre LOUAULT, Michel MAGRAS, Jean-François MAYET, Franck MENONVILLE, Jean-Pierre MOGA, Franck MONTAUGÉ, Mmes Patricia MORHET-RICHAUD, Sylviane NOËL, M. Jackie PIERRE, Mme Catherine PROCACCIA, M. Michel RAISON, Mmes Noëlle RAUSCENT, Évelyne RENAUD-GARABEDIAN, Denise SAINT-PÉ, MM. Jean-Claude TISSOT, Philippe ADNOT, Maurice ANTISTE, Philippe BAS, Jérôme BASCHER, Arnaud BAZIN, Mmes Martine BERTHET, Anne-Marie BERTRAND, MM. Jérôme BIGNON, Joël BIGOT, Mme Annick BILLON, M. Jean BIZET, Mmes Maryvonne BLONDIN, Christine BONFANTI-DOSSAT, MM. François BONHOMME, Bernard BONNE, Gilbert BOUCHET, Jean-Marc BOYER, Max BRISSON, Mme Marie-Thérèse BRUGUIÈRE, M. Christian CAMBON, Mme Agnès CANAYER, MM. Michel CANEVET, Emmanuel CAPUS, Jean-Noël CARDOUX, Patrick CHAIZE, Pierre CHARON, Daniel CHASSEING, Mmes Hélène CONWAY-MOURET, Josiane COSTES, MM. Édouard COURTIAL, René DANESI, Mme Laure DARCOS, MM. Marc-Philippe DAUBRESSE, Yves DAUDIGNY, Mmes Marta de CIDRAC, Sonia de la PROVÔTÉ, M. Dominique de LEGGE, Mmes Annie DELMONT-KOROPOULIS, Catherine DEROCHÉ, Jacky DEROMEDI, MM. Yves DÉTRAIGNE, Gilbert-Luc DEVINAZ, Mmes Catherine DUMAS, Nicole DURANTON, Frédérique ESPAGNAC, Jacqueline EUSTACHE-BRINIO, M. Rémi FÉRAUD, Mme Corinne FÉRET, M. Jean-Luc FICHET, Mme Martine FILLEUL, MM. Alain FOUCHÉ, Bernard FOURNIER, Mme Joëlle GARRIAUD-MAYLAM, MM. Jacques GENEST, Bruno GILLES, Éric GOLD, Mmes Nadine GRELET-CERTENAIS, Pascale GRUNY, M. Joël GUERRIAU, Mmes Véronique GUILLOTIN, Laurence HARRIBEY, MM. Jean-Michel HOULLEGATTE, Alain HOUPERT, Jean-François HUSSON, Mme Corinne IMBERT, M. Olivier JACQUIN, Mmes Victoire JASMIN, Sophie JOISSAINS, M. Patrice JOLY, Mme Gisèle JOURDA, MM. Roger KAROUTCHI, Guy-Dominique KENNEL, Claude KERN, Éric KERROUCHE, Bernard LALANDE, Marc LAMÉNIÉ, Mme Florence LASSARADE, M. Michel LAUGIER, Mme Christine LAVARDE, MM. Ronan LE GLEUT, Jacques LE NAY, Mme Claudine LEPAGE, M. Henri LEROY, Mme Brigitte LHERBIER, MM. Jean-François LONGEOT, Gérard LONGUET, Claude MALHURET, Didier MANDELLI, Alain MARC, Pascal MARTIN, Hervé MAUREY, Rachel MAZUIR, Mme Brigitte MICOULEAU, M. Alain MILON, Mmes Marie-Pierre MONIER, Catherine MORIN-DESAILLY, MM. Philippe MOUILLER, Olivier PACCAUD, Philippe PAUL, Cyril PELLEVAL, Mme Marie-Françoise PEROL-DUMONT, MM. Cédric PERRIN, Stéphane PIEDNOIR, Rémy POINTÉREAU, Mmes Angèle PRÉVILLE, Frédérique PUISSAT, Isabelle RAIMOND-PAVERO, Françoise RAMOND, MM. Jean-François RAPIN, Bruno RETAILLEAU, Mmes Marie-Pierre RICHER, Sylvie ROBERT, MM. René-Paul SAVARY, Michel SAVIN, Alain SCHMITZ, Vincent SEGOUIN, Mmes Esther SITTLER, Claudine THOMAS, Nelly TOCQUEVILLE, M. Jean-Marc TODESCHINI, Mme Catherine TROENDLÉ, MM. Raymond VALL, Michel VASPART, Yannick VAUGRENARD et Mme Michèle VULLIEN,

Sénateurs

(Envoyée à la commission des affaires économiques, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

« Le monde à portée de main » : voilà ce que promettent aujourd'hui les *smartphones*. Avec le développement des terminaux numériques « intelligents » – aujourd'hui les téléphones, demain, tous les objets connectés –, le marché mondial est désormais à portée de clic. Le numérique est, d'une certaine façon, un multiplicateur de puissance pour tout un chacun. Toutefois, pour que nous puissions effectivement bénéficier des opportunités offertes par ces nouveaux outils, encore faut-il que la liberté du consommateur soit effectivement garantie.

C'est l'objet de la présente proposition de loi : garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

L'économie numérique a favorisé la puissance économique de quelques entreprises – c'est le phénomène du « *winner takes all* ». On ne compte plus les rapports qui font état de la puissance économique sans précédent acquise par les géants du numérique. 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. Certains grands entrepreneurs du numérique vont jusqu'à théoriser le retour en grâce du monopole¹, alors même que la libre concurrence et la liberté du consommateur ont toujours été considérées comme des conditions nécessaires à l'efficacité des marchés.

Internet devait être l'Eldorado de la liberté ! Sera-t-il son fossoyeur ? On annonçait la mise en application concrète de la liberté du commerce et de l'industrie pour les entreprises. On vantait la liberté de choix offerte aux consommateurs. Ces promesses n'apparaissent-elles pas aujourd'hui remises en cause par la naissance d'oligopoles toujours plus puissants ?

Si la taille acquise par les plus grandes entreprises leur permet de rendre des services toujours plus performants, elle les incite également à

¹ Voir, par exemple, Peter Thiel, *Zero To One*, 2014.

« enfermer » l'utilisateur dans leur écosystème. Sur les plateformes d'achats, nos choix sont conditionnés par toute une série de dispositifs que maîtrisent les géants du numérique. Sur les réseaux sociaux, notre rapport au monde se rétrécit à mesure que nous embrassons la hiérarchisation des contenus proposée par l'algorithme de notre fil d'actualité. « Le monde à portée de clic » que l'on nous promettait s'est progressivement réduit à celui que les Gafam nous présentent, nous proposent, voire parfois nous imposent.

Ainsi, les questions soulevées par la constitution des « *Big Tech* » ne sont pas seulement d'ordre fiscal. Il convient désormais de garantir la liberté du consommateur face à ces géants du Net. C'est une nécessité non seulement pour rétablir le bon fonctionnement des marchés mais également pour assurer à nos concitoyens la maîtrise de leur choix au quotidien dans le cyberspace.

L'enjeu est de taille et se compte en milliards. Outre l'audience des réseaux sociaux – Facebook revendique 2,41 milliards d'utilisateurs actifs par mois –, les tendances de la consommation sur le Net illustrent également une irrésistible montée en puissance : le commerce en ligne à destination des consommateurs connaît une croissance rapide et continue. Il s'est élevé à plus de 2 300 milliards de dollars en 2017 contre 1 300 milliards de dollars en 2014, soit une hausse de 72 % ! La vente en ligne pèse aujourd'hui plus de 10 % du total des ventes de détail en France et dans le monde avec, partout, une croissance à deux chiffres. Demain avec le développement de la 5G, des terminaux « intelligents », des objets connectés et, bientôt, des véhicules connectés, l'acte d'achat se réalisera non plus « en ville », mais pour une très large part, dans le cyberspace.

Comme partout dans le monde, le législateur français a instauré un *corpus* de règles protégeant la libre concurrence et le consommateur. Le droit a ainsi évolué au gré des mutations du commerce pour lutter notamment contre les distorsions de concurrence, les barrières à l'entrée des marchés ou la constitution de monopoles afin de garantir la liberté du consommateur.

Cependant, l'apparition de plateformes maîtrisées par un oligopole de géants du numérique renouvelle considérablement les problématiques liées à l'exercice de cette liberté. En dépit des dispositions prises ces dernières années sur le plan du droit de la concurrence et de la consommation, le consommateur demeure ainsi limité dans sa liberté de choisir les applications qu'il souhaite utiliser sur son téléphone portable. Il est également limité dans sa capacité à passer d'un réseau social à un autre. Cette liberté de choix apparaît également menacée par

les « acquisitions prédatrices »², qui visent à « assécher » la concurrence avant qu'elle ne leur fasse trop d'ombre, minorant ainsi le libre choix du consommateur et le potentiel d'innovation.

Les travaux du Sénat sur le sujet et notamment de la récente commission d'enquête sur la souveraineté numérique³ ont appelé à plusieurs reprises à renforcer la régulation économique du numérique.

Partant de ce constat et dans la continuité de ces travaux, la présente proposition de loi comporte les trois mesures suivantes :

– l'introduction d'une régulation sectorielle *ex ante* en vue de garantir la liberté de choix du consommateur sur les terminaux (chapitre I^{er}) ;

– la détermination d'un principe d'interopérabilité des plateformes permettant au régulateur de garantir la mobilité du consommateur sur les plateformes (chapitre II) ;

– la modernisation du droit de la concurrence en vue de permettre à l'Autorité de la concurrence d'examiner les effets concurrentiels des acquisitions réalisées par les entreprises systémiques et, ainsi, de s'assurer qu'elles ne sont pas « prédatrices » (chapitre III).

1. Assurer le libre choix du consommateur sur les terminaux

Le **chapitre premier** entend mettre en place une régulation en vue d'appliquer, sur toute la chaîne du cyberspace, un principe simple : le libre choix du consommateur.

Si la liberté des utilisateurs d'internet d'accéder aux services et de diffuser les contenus de leur choix est aujourd'hui juridiquement garantie, en Europe, s'agissant des réseaux physiques sur lesquels repose internet⁴, elle reste, en revanche, à la merci des acteurs dominants des autres maillons essentiels de la chaîne d'accès à internet que sont les terminaux

² Ce type de pratique n'est cependant pas propre au monde numérique.

³ Le devoir de souveraineté numérique, rapport n° 7 (2019-2020) de M. Gérard Longuet, fait au nom de la commission d'enquête présidée par M. Franck Montaugé, octobre 2019. Ce rapport faisait suite à d'autres travaux du Sénat, tels que le rapport de Mme Catherine Morin-Desailly n° 696 (2013-2014) fait au nom de la mission commune d'information sur la gouvernance mondiale de l'Internet, en juillet 2014.

⁴ Cette garantie provient du 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. Ce règlement a été « transposé » en France par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

numériques : ordinateur personnel, téléphones intelligents, objets et véhicules connectés.

La situation est particulièrement sensible avec l'avènement des *smartphones* : devenus le premier canal d'accès à internet⁵, et de plus en plus utilisés pour les achats en ligne⁶, leur écosystème logiciel est régi par le duopole formé par Google et Apple⁷. Or, les systèmes d'exploitation, navigateurs, magasins d'application et autres assistants vocaux sont autant de passages obligés qui déterminent les modalités de notre accès à internet. En conséquence, les acteurs dominants développent de nombreuses pratiques portant atteinte au libre choix du consommateur. Ce faisant, ils peuvent également diminuer les capacités de nouveaux acteurs économiques à pénétrer un marché et à innover.

Il s'agit, par exemple, des pratiques suivantes : 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 arbitraire⁸.

Ainsi le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) souligne-t-il, à juste titre, que « *l'évolution d'internet est marquée par une tendance lourde : tandis que les terminaux offrent un confort croissant, ils limitent de plus en plus notre liberté de choix sur internet* »⁹.

À l'avenir, les assistants vocaux et les téléviseurs connectés pourraient amplifier cette tendance à la fermeture et à la mise en silo. Les accords passés par les grands acteurs de différents secteurs économiques avec les fournisseurs d'enceintes connectées en témoignent. Dans ce contexte

⁵ Selon le baromètre du numérique 2018, 46 % des Français se connectent principalement à internet *via* un téléphone intelligent, contre 35 % *via* un ordinateur personnel et 7 % *via* une tablette.

⁶ En 2018, selon Criteo, près de 30 % des achats en ligne étaient réalisés à partir des *smartphones*, chiffre en hausse de 43 % sur un an, alors que le nombre d'achats en ligne effectué à partir des ordinateurs personnels diminuait de 11 % sur la même période (Criteo, *Global commerce review*, France, 2^e trimestre 2018). Selon la Fevad, les ventes sur mobile représentaient même 35 % du commerce en ligne la même année, en hausse de 22 % sur un an (Fevad, Bilan 2018 du e-commerce en France, 2019).

⁷ En 2019, selon le cabinet IDC, Android représente 86,7 % des parts de marché des systèmes d'exploitation des *smartphones* et iOS 13,3 % (données de juin 2019). Ces deux acteurs dominent également le secteur des magasins d'application.

⁸ Dans son dernier rapport sur l'état de l'internet en France publié en juin 2019, l'Arcep recense de récents exemples d'atteinte au principe de libre choix.

⁹ Sébastien Soriano, Décision Android : comment les smartphones ont pris le pouvoir et comment le leur reprendre, Médium, 20 juillet 2018.

d'innovation technologique sur un nombre croissant de terminaux, la régulation nécessaire au bon fonctionnement de ces marchés doit dépasser le cadre classique du droit de la concurrence et de la consommation pour rejoindre le principe de neutralité du Net établi par le code des postes et des communications électroniques.

C'est pourquoi l'Arcep plaide depuis près de dix ans pour une forme d'élargissement du principe de neutralité du Net aux équipements terminaux¹⁰. Elle a récemment formulé un certain nombre de propositions dans un rapport publié en février 2018¹¹. Son constat rejoint celui effectué par le Conseil national du numérique qui, en 2013, 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* »¹².

De même, en 2015, le Sénat avait adopté une résolution européenne plaidant pour « *rééquilibrer les relations entre (les) plateformes et les tiers proposant des services, des applications ou des contenus et (...) assurer le libre accès des usagers aux services, aux applications et aux contenus de leur choix* »¹³.

Considérant qu'une action au niveau national permettra d'affirmer une position et de poser le jalon d'une action au niveau européen, le chapitre premier a pour objet de traduire les préoccupations issues de ces travaux au niveau législatif. Il vise à renforcer les droits des consommateurs et, par voie de conséquence, ceux des professionnels, pour lesquels le passage par l'un des écosystèmes dominants est nécessaire pour exercer leur activité économique et innover.

L'**article 1^{er}** définit, dans le code des postes et des communications électroniques, un droit des utilisateurs non professionnels de terminaux connectés à 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. Il s'agit, en somme, d'imposer, sur les terminaux, un principe de libre choix de l'utilisateur.

La définition d'un tel principe général permettra au régulateur d'identifier, de façon réactive, les pratiques développées par les

¹⁰ Arcep, Neutralité de l'internet et des réseaux, septembre 2010 ; Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité du Net, septembre 2012 ; Équipements terminaux, analyse de leur influence sur l'ouverture d'internet, mai 2017.

¹¹ Arcep, Les terminaux, maillon faible de l'ouverture d'internet, février 2018.

¹² Conseil national du numérique, rapport relatif à l'avis Net Neutralité n° 2013-1 du 1^{er} mars 2013.

¹³ Sénat, résolution européenne pour une stratégie européenne du numérique globale, offensive et ambitieuse n° 122 (2014-2015), adoptée à l'initiative de Mme Catherine Morin-Desailly, 30 juin 2015.

fournisseurs de systèmes d'exploitation susceptibles d'y porter atteinte et d'imposer des obligations préventives aux entreprises régulées.

Les fournisseurs de systèmes d'exploitation devraient notamment :

– s'abstenir d'introduire, dans la configuration ou le fonctionnement du système d'exploitation, des différences de traitement injustifiées entre les contenus, applications et services, par exemple en restreignant ou en favorisant de manière excessive l'accès à certains d'entre eux ;

– s'assurer que, lorsque des services ou applications spécifiques sont inclus dans la configuration initiale du système d'exploitation, cette intégration n'a pas pour effet de remettre en cause de manière injustifiée la liberté de choix, ce qui peut être le cas lorsque l'utilisateur n'a pas la capacité effective d'accéder à d'autres services et applications visant à offrir des fonctionnalités similaires à celles intégrées à la configuration du système d'exploitation, comme un magasin d'application ou un navigateur ;

– s'abstenir de faire obstacle de manière injustifiée à la possibilité de désinstaller des contenus, applications et services initialement intégrés.

Ce principe de libre choix de l'utilisateur n'est toutefois pas absolu : sont ainsi permises les pratiques nécessaires à la mise en œuvre d'obligations législatives ou réglementaires, ou pour assurer la sécurité du terminal et des contenus et données gérés par celui-ci ou, enfin, pour assurer le bon fonctionnement du terminal et des services.

Inscrivant parmi les missions de l'Arcep celle de veiller à la protection du principe de libre choix des utilisateurs d'équipements terminaux, cet article premier lui confie également les moyens de s'assurer de la bonne application de ce principe. Ainsi, l'Autorité pourrait établir des lignes directrices, recommandations ou référentiels sur ce sujet.

L'**article 2** confie à l'Arcep un pouvoir de recueil des informations susceptibles de favoriser la liberté de choix des utilisateurs et le développement, directement ou par l'intermédiaire de tiers, d'outils d'évaluation et de comparaison des pratiques, dans une logique de régulation par la donnée.

L'Autorité se voit également confier un pouvoir de règlement des différends entre les utilisateurs professionnels, dont on a vu qu'ils pourraient être lésés par des restrictions au principe de libre choix de l'utilisateur, et les fournisseurs de systèmes d'exploitation, navigateurs et autres magasins d'application.

L'**article 3** dote l'Arcep d'un important pouvoir de sanction pécuniaire des manquements au principe de libre choix, celle-ci pouvant aller jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial en cas de récidive.

C'est donc une régulation *ex ante* qui est ici proposée, complémentaire de la régulation *ex post* au titre du droit des pratiques anti-concurrentielles et permettant davantage de souplesse et de réactivité. L'Arcep pourrait ainsi fixer un cap et l'adapter en fonction des problématiques constatées, tout en créant un espace de dialogue avec les entreprises régulées.

Ces mesures s'inscriraient dans la continuité des travaux européens récents, tels que le règlement sur l'internet ouvert de 2015, qui se limite, comme évoqué, aux réseaux physiques, ou encore le règlement européen promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne (dit « *Platform to business* ») de juin 2019¹⁴, qui se limite à des mesures de transparence et de médiation et porte uniquement sur les relations entre les plateformes et les professionnels.

Axées sur la protection des consommateurs, elles ne porteraient pas atteinte au droit européen édicté par la directive dite « sur le commerce électronique » ou « *e-commerce* »¹⁵, dont l'article 3 permet à un État membre d'apporter des restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre lorsqu'elles sont nécessaires à la protection des consommateurs, y compris des investisseurs, proportionnées à cet objectif et notifiées à l'État membre d'établissement et à la Commission européenne. Ces mesures devront également être notifiées à la Commission européenne en application de la procédure édictée par la directive 2015/1535¹⁶.

Il en ira également ainsi du **chapitre II**, qui propose d'établir un principe d'interopérabilité des plateformes, sous le contrôle du régulateur.

¹⁴ 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.

¹⁵ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹⁶ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

2. Établir l'interopérabilité des plateformes

L'interopérabilité est un principe fondamental du droit des télécommunications : il permet aux clients d'un opérateur donné de communiquer avec ceux des autres opérateurs. Ce principe s'est également imposé dans le courrier électronique. Enfin, le code européen des communications électroniques¹⁷ applique ce principe aux services de communications interpersonnelles, tels que WhatsApp ou Facebook Messenger.

Mais l'interopérabilité reste impossible dans de nombreux autres pans de notre vie numérique, ce qui préoccupe un nombre croissant d'acteurs publics¹⁸. Sur les réseaux sociaux, l'interopérabilité entre les services permettrait par exemple d'aller au-delà de la portabilité des données consacrée par le RGPD¹⁹, ce qui rendrait possible de quitter Facebook, Twitter ou Instagram, tout en conservant les contacts et liens sociaux établis. Les utilisateurs pourraient ainsi accéder depuis d'autres plateformes à leurs conversations et contacts. C'est la mobilité du consommateur d'une plateforme à l'autre qui serait garantie, ce qui stimulerait par ailleurs la concurrence et l'innovation.

C'est pourquoi l'**article 4** confie à un régulateur (en l'occurrence l'Arcep) le pouvoir d'imposer, après concertation avec les professionnels qui sont seuls à même de définir les standards technologiques pertinents, des obligations tendant à rendre les services de communication au public en ligne interopérables lorsqu'une telle évolution apparaît pertinente. L'**article 5** s'assure que le régulateur puisse disposer des informations nécessaires à l'exercice de cette mission et l'**article 6** prévoit, comme pour le principe de libre choix des utilisateurs de terminaux, des sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial en cas de récidive.

¹⁷ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

¹⁸ Par exemple, une note de la Commission européenne en date d'avril 2019 publiée par voie de presse appelait à étudier de nouvelles mesures tendant à faciliter l'interopérabilité des services là où elle serait appropriée, techniquement réalisable et pourrait « *accroître le choix des consommateurs sans entraver la croissance des entreprises (en particulier des petites entreprises)*. »

¹⁹ 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 (règlement général sur la protection des données).

3. Lutter contre les acquisitions dites « prédatrices »

Le droit de la concurrence doit également être modernisé afin de prendre en compte les nouvelles problématiques qui émergent, principalement dans l'économie numérique.

C'est l'objet du **chapitre III**, composé d'un article unique portant sur le droit interne de la concurrence, tel qu'établi par le code de commerce.

De nombreux acteurs considèrent aujourd'hui que le rachat d'Instagram et de Whatsapp par Facebook aurait dû être examiné par les autorités de la concurrence. Or, l'Autorité française de la concurrence n'aurait pas pu s'en saisir dans la mesure où la société cible ne réalisait qu'un chiffre d'affaires limité, bien en-deçà des seuils déclenchant une déclaration obligatoire au titre du droit des concentrations.

C'est pourquoi les auteurs de la proposition de loi souhaitent que le dispositif de contrôle des concentrations soit amendé, tant au niveau national qu'au niveau européen, afin de pouvoir appréhender les opérations se caractérisant par de potentiels effets anti-concurrentiels importants mais n'entrant pas dans le champ d'application de la notification obligatoire.

En attendant une initiative européenne, l'**article 7** propose de permettre à l'Autorité de la concurrence d'évoquer les acquisitions effectuées par les entreprises systémiques.

Celles-ci auraient l'obligation d'informer l'Autorité de toute acquisition, selon un mécanisme inspiré de ce qui existe en Norvège depuis 2014. Cette information serait minimale pour ne pas ajouter des obligations inutiles aux entreprises. Il serait ensuite loisible à l'Autorité de faire usage de son pouvoir d'évocation des opérations réalisées par ces entreprises mais qui seraient en-dessous des seuils de notification obligatoire.

Cette solution est privilégiée à celle retenue en Allemagne, qui consiste à établir de nouveaux seuils fondés sur une disproportion manifeste entre la valeur de rachat et le chiffre d'affaires réalisé par la société cible, car elle apparaît davantage proportionnée à l'enjeu : elle éviterait à l'Autorité d'être saisie de nombreuses opérations sans incidence sur le marché et, réciproquement, aux entreprises concernées d'avoir à déclarer une opération anodine.

Enfin, en vue de garantir une mise en application de ces dispositifs dans des conditions optimales, il est proposé, au **chapitre IV**, de ne les faire entrer en vigueur que trois mois après la publication de la présente

proposition de loi (**article 9**). Ce même chapitre comporte également un gage financier compensant les charges induites par la présente proposition de loi, conformément à l'usage (**article 8**).

Proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace

CHAPITRE I^{ER}

LIBRE CHOIX DE L'UTILISATEUR DE TERMINAUX

Article 1^{er}

- ① Le titre I^{er} du livre II du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ② 1° Après le 5° *bis* du II de l'article L. 32-1, il est inséré un 5° *ter* ainsi rédigé :
- ③ « 5° *ter* La protection de la liberté de choix des utilisateurs d'équipements terminaux, dans les conditions prévues à l'article L. 34-9-1-1 ; »
- ④ 2° Après l'article L. 34-9-1, il est inséré un article L. 34-9-1-1 ainsi rédigé :
- ⑤ « *Art. L. 34-9-1-1. – I. – Est qualifiée de fournisseur de système d'exploitation toute personne qui, à titre professionnel, édite ou adapte le système d'exploitation préinstallé sur des équipements terminaux permettant l'accès à des services de communication au public en ligne ou qui édite ou adapte tout autre logiciel préinstallé sur lesdits équipements pour contrôler l'accès à leurs fonctionnalités.*
- ⑥ « *II. – Le fournisseur de système d'exploitation s'assure que les systèmes d'exploitation et les logiciels préinstallés mentionnés au I du présent article ne limitent pas de façon injustifiée l'exercice, par les utilisateurs non professionnels de tout équipement terminal au sens du 10° de l'article L. 32, 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.*
- ⑦ « *Ne sont pas considérées comme limitant de manière injustifiée l'exercice, par les utilisateurs non professionnels, du droit mentionné au premier alinéa du présent II les pratiques qui sont nécessaires à la mise en œuvre d'obligations législatives ou réglementaires, 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 au bénéfice des utilisateurs non professionnels.*
- ⑧ « *Après consultation des acteurs concernés et du public, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes établit et publie des lignes directrices, recommandations ou référentiels portant sur l'application du présent article. »*

Article 2

- ① Le titre I^{er} du livre II du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ② 1° Après le 2° *bis* du I de l'article L. 32-4, il est inséré un 2° *ter* ainsi rédigé :
- ③ « 2° *ter* Recueillir auprès des fournisseurs de système d'exploitation mentionnés au I de l'article L. 34-9-1-1 les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect, par ces personnes, de l'obligation prévue au II du même article L. 34-9-1-1 ; »
- ④ 2° Après l'article L. 34-9-1, il est inséré un article L. 34-9-1-2 ainsi rédigé :
- ⑤ « *Art. L. 34-9-1-2.* – L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes favorise 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. Elle met en place ou accompagne la mise en place par des tiers, dans les conditions prévues à l'article L. 36-6, des outils d'évaluation et de comparaison des pratiques mises en œuvre par les fournisseurs de système d'exploitation mentionnés au I de l'article L. 34-9-1-1.
- ⑥ « Elle peut trancher, à la demande de l'une des parties, et dans les conditions prévues à l'article L. 36-8, les différends portant sur des pratiques limitant de façon injustifiée l'exercice, par les utilisateurs non professionnels, du droit mentionné au II de l'article L. 34-9-1-1 opposant les utilisateurs professionnels aux fournisseurs de système d'exploitation mentionnés au I du même article L. 34-9-1-1. » ;
- ⑦ 3° Après le 7° de l'article L. 36-6, il est inséré un 8° ainsi rédigé :
- ⑧ « 8° Les contenus, conditions et modalités de transmission ou de mise à disposition, y compris à des organismes tiers recensés par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, d'informations fiables relatives aux équipements terminaux et à leurs systèmes d'exploitation, dans la mesure où cela s'avère justifié pour la réalisation de l'objectif mentionné au 5° *ter* du II de l'article L. 32-1 du présent code. »

Article 3

- ① L'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ② 1° À la première phrase du premier alinéa, après le mot : « ligne », sont insérés les mots : « , des fournisseurs de système d'exploitation mentionnés au I de l'article L. 34-9-1-1 » ;
- ③ 2° Au premier alinéa du I, après le mot : « ligne », sont insérés les mots : « , un fournisseur de système d'exploitation » ;
- ④ 3° À la première phrase du II, après la première occurrence du mot : « services », sont insérés les mots : « ou de système d'exploitation » ;
- ⑤ 4° Au troisième alinéa du III, après le mot : « services », sont insérés les mots : « ou de système d'exploitation » ;
- ⑥ 5° Après le neuvième alinéa du même III, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ⑦ « La formation restreinte peut prononcer à l'encontre du fournisseur de système d'exploitation en cause une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder 2 % du montant 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, taux qui est porté à 4 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. 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. À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 150 000 €. Ce montant est porté à 375 000 € en cas de nouvelle violation de la même obligation. »

CHAPITRE II

INTEROPÉRABILITÉ DES PLATEFORMES

Article 4

- ① Le titre I^{er} du livre II du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ② 1° Après le 5° *bis* du II de l'article L. 32-1, il est inséré un 5° *quater* ainsi rédigé :
- ③ « 5° *quater* L'interopérabilité des services de communication au public en ligne dans les conditions définies à l'article L. 33-16 ; »
- ④ 2° La section 1 du chapitre II est complétée par un article L. 33-16 ainsi rédigé :
- ⑤ « *Art. L. 33-16.* – Lorsque la capacité des utilisateurs non professionnels à accéder à des services de communication au public en ligne et à communiquer par leur intermédiaire est compromise en raison d'un manque d'interopérabilité pour des motifs autres que ceux visant à assurer la sécurité, l'intégrité ou le bon fonctionnement de tels services, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut imposer des obligations aux fournisseurs de ces services afin de les rendre interopérables.
- ⑥ « Les obligations mentionnées au premier alinéa ne peuvent s'appliquer qu'aux services de communication en ligne dont le niveau d'utilisation est significatif. Elles se limitent à des obligations proportionnées de publier des informations pertinentes ou visant à autoriser l'utilisation, la modification et la retransmission de ces informations par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou d'autres fournisseurs de services de communication au public en ligne ou d'utiliser et de mettre en œuvre des standards techniques d'interopérabilité identifiés par l'Autorité.
- ⑦ « Les décisions de l'Autorité prises en application du présent article font l'objet de la consultation prévue à l'article L. 32-1.
- ⑧ « Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État. »

Article 5

- ① Après le 2° *bis* du I de l'article L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques, il est inséré un 2° *quater* ainsi rédigé :
- ② « 2° *quater* Recueillir auprès des fournisseurs de services de communication au public en ligne les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect, par ces personnes, des obligations édictées en vue d'assurer l'interopérabilité de ces services en application de l'article L. 33-16 ; ».

Article 6

- ① Après le neuvième alinéa du III de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ② « La formation restreinte peut prononcer, à l'encontre du fournisseur de service de communication au public mis en ligne en cause pour non-respect des obligations édictées en application de l'article L. 33-16, une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder 2 % du montant 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, taux qui est porté à 4 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. 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. À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 150 000 €, porté à 375 000 € en cas de nouvelle violation de la même obligation. »

CHAPITRE III

LUTTE CONTRE LES ACQUISITIONS DITES « PRÉDATRICES »

Article 7

- ① Après l'article L. 430-2 du code de commerce, il est inséré un article L. 430-2-1 ainsi rédigé :
- ② « *Art. L. 430-2-1. – I. –* L'Autorité de la concurrence fixe une liste des entreprises systémiques.

- ③ « II. – Les entreprises systémiques mentionnées au I du présent article informent l’Autorité de la concurrence de toute opération de concentration au sens de l’article L. 430-1 dans un délai d’un mois avant sa réalisation.
- ④ « III. – Le président de l’Autorité de la concurrence ou un vice-président désigné par lui peut enjoindre à une entreprise systémique mentionnée au I du présent article partie à une opération de concentration de soumettre celle-ci, avant sa réalisation, à la procédure prévue aux articles L. 430-3 à L. 430-10. »

CHAPITRE IV

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 8

Les conséquences financières résultant pour l’État de la présente loi sont compensées, à due concurrence, par la création d’une taxe additionnelle aux droits prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

Article 9

La présente loi entre en vigueur le premier jour du troisième mois suivant sa publication au *Journal officiel*.