

Facebook : l'Allemagne rouvre la voie à une régulation des données par le droit de la concurrence

Pour une surprise, c'est une surprise. La plus haute juridiction d'Allemagne a annulé une décision prise en référé par une cour d'appel du pays. Cette affaire pourrait impacter toute l'Europe puisqu'elle concerne Facebook qui se voit enjoint de cesser la fusion de données issues de plusieurs services.

Par Winston Maxwell*, Telecom Paris, Institut polytechnique de Paris



Le saga « Facebook » en Allemagne rencontre un nouveau rebondissement après la décision surprise de la Cour suprême fédérale d'Allemagne du 23 juin 2020. La « Bundesgerichtshof » (BGH) a en effet validé, au moins temporairement, la décision de l'autorité de concurrence allemande ordonnant à Facebook de cesser le traitement de données provenant de sources-tiers telles que Instagram ou de sites web tiers. La décision inédite du 6 février 2019 de l'autorité de la concurrence – la « Bundeskartellamt » – avait fait l'objet d'une suspension par la cour d'appel fédérale de Düsseldorf le 26 août 2019, suspension que la Cour suprême vient d'annuler.

Fusion des données : Facebook doit cesser

Du coup, le droit de la concurrence redevient une arme qui peut accompagner le règlement général européen sur la protection des données (RGPD) – en vigueur depuis le 25 mai 2018 – dans la lutte contre des pratiques excessives en matière de données personnelles. Cette décision pèsera dans le débat européen sur la régulation des plateformes structurantes. Comment en est-on arrivé là ? Remontons au 6 février 2019, date à laquelle l'autorité de la concurrence allemande a émis une décision inédite sur le plan mondiale : elle a jugé que la collecte excessive de données par Facebook, notamment auprès des services Instagram, WhatsApp et sites web tiers, constituait non seulement une violation du RGPD mais également un abus de position dominante au regard du droit de la concurrence.

La Bundeskartellamt – littéralement Office fédéral de lutte contre les cartels – a ordonné à Facebook de cesser cette collecte de ces données, estimant que le consentement donné par les consommateurs n'était pas valable car ceux-ci n'avaient pas de véritable choix : soit on accepte de livrer ses données, soit on n'utilise pas le plus grand réseau social du monde. Dans une décision de 300 pages, l'autorité de concurrence a tenté d'argumenter que l'absence de consentement valait violation du RGPD et que cette violation valait « abus » au sens du droit de la concurrence qui interdit tout abus de position dominante. Elle a donc enjoint à Facebook d'arrêter de collecter les données en question. Cette injonction aurait sérieusement perturbé le modèle

d'affaires de Facebook, et a pu créer un précédent dangereux dans d'autres pays, où les autorités de concurrence scrutent les moindres faits et gestes du réseau social. Dans une décision du 26 août 2019, la cour d'appel – l'« Oberlandesgericht » – de Düsseldorf a suspendu l'application de la décision de la Bundeskartellamt dans l'attente d'un jugement au fond. Dans sa décision de suspension, la cour d'appel n'a pas caché son désaccord avec le raisonnement de l'autorité de la concurrence. Selon la cour d'appel, le travail de l'autorité de la concurrence n'était pas d'appliquer le RGPD, mais d'appliquer le droit de la concurrence. Cette dernière a fait un amalgame inacceptable entre les principes de protection des données personnelles et les principes de protection de la concurrence, lesquels ne visent pas les mêmes objectifs. Selon la cour d'appel, l'autorité de la concurrence n'avait pas démontré en quoi la collecte excessive de données par Facebook, et la violation du RGPD, avaient un impact néfaste sur la concurrence.

Beaucoup d'observateurs estimaient que l'histoire se terminerait là, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ayant mis définitivement fin à la folle idée que le droit de la concurrence pourrait venir en aide au RGPD. Mais l'histoire ne s'est pas arrêtée là, l'autorité de la concurrence ayant fait appel. La décision de la Cour suprême du 23 juin 2020 fut une surprise, car la BGH – plus haute juridiction allemande – annule rarement les décisions prises en référé (à savoir dans le cadre d'une procédure d'urgence) au niveau de la cour d'appel. Le résultat de cette nouvelle décision – non-encore publiée – est que l'injonction de l'autorité de la concurrence du 6 février 2019 reprend vie et Facebook doit immédiatement cesser de fusionner des données de différentes sources.

Violier le RGPD serait anticoncurrentiel

Sur le plan de la procédure, le match n'est pas terminé. L'affaire sera maintenant traitée au fond par la cour d'appel de Düsseldorf, et un autre appel est possible devant la Cour suprême, ainsi qu'une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Mais pour l'instant la voie est de nouveau ouverte pour considérer qu'une violation du RGPD peut constituer un abus de position dominante au regard du droit de la concurrence. Le

Notes

(1) - « Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook » : <https://lc.cx/BGH-Facebook-23-06-20>

(2) - Lire « Les universitaires du Stigler Center signent un rapport accablant sur les plateformes numériques », par l'auteur, EM@222, p. 8 et 9.

communiqué (1) de la Cour suprême dévoile son raisonnement, qui diffère du raisonnement de l'autorité de la concurrence. Selon la plus haute juridiction allemande, la liberté de choix des acteurs économiques est un principe essentiel de la concurrence et du bon fonctionnement des marchés. Les consommateurs sont des acteurs économiques comme les autres, et le fait – pour une entreprise en position dominante – de mettre le consommateur devant un choix qui n'en est pas un réduit sa liberté, créant ainsi une distorsion de la concurrence.

Liberté de choix des consommateurs : jusqu'où ?

La Cour suprême ne mentionne pas le RGPD, mais fonde son raisonnement uniquement sur l'effet néfaste des pratiques sur la liberté de choix des consommateurs, créant ainsi un lien solide entre les mauvaises pratiques en matière de données personnelles et le droit de la concurrence, un lien que l'autorité de la concurrence n'avait peut-être pas assez développé. La BGH mentionne également le possible impact sur le marché de la publicité en ligne, créant un autre lien possible entre les pratiques de Facebook et les principes de droit de la concurrence.

La Cour suprême allemande ayant mis l'accent sur la liberté de choix des consommateurs, on peut s'interroger sur les limites de cette liberté. Est-ce que les consommateurs peuvent du coup refuser tout traitement lié à la publicité personnalisée, tout en exigeant de bénéficier des services gratuits, ce qui reviendrait à interdire les « *cookie walls* » ? Les consommateurs peuvent-ils avoir « le beurre et l'argent du beurre » ? Dans le cas Facebook, la BGH semble considérer normal le traitement de données pour la publicité personnalisée dès lors que les données sont générées à l'intérieur du réseau social lui-même.

Lier l'utilisation du service à l'acceptation de ce traitement de données « *intra-muros* » ne serait pas abusif, car c'est ce qui se passerait probablement dans un environnement concurrentiel. En revanche, lier l'utilisation du service à l'acceptation de la collecte de données provenant d'autres services et sites web « *extra-muros* » n'est pas une pratique que l'on s'attendrait à voir dans un marché pleinement concurrentiel. En présence d'une concurrence effective sur le marché des réseaux sociaux, il est probable que d'autres acteurs proposeraient un service gratuit sans ce type de collecte de données tiers.

Comme dans toute affaire de droit de la concurrence, l'impact sur la concurrence s'apprécie par un jeu de comparaison : on compare la situation réelle qui existe en présence d'un acteur dominant à une situation fictive, contrefactuelle, où il existerait une concurrence effective sur le marché. C'est en comparant ces deux scénarios que l'on apprécie l'impact sur la concurrence d'une pratique. Souvent, les autorités de la concurrence mettent l'accent sur l'impact d'une pratique sur les autres acteurs du

marché : réseaux sociaux concurrents, annonceurs, prestataires de publicité, ainsi que sur les prix pour le consommateur. Une augmentation des prix est un signe d'une concurrence défaillante. Pour un service gratuit tel que Facebook, l'augmentation du prix n'est pas un critère utile, car le prix officiel reste toujours zéro. En revanche, la diminution de la qualité est également un facteur à prendre en compte, et s'apprécie non seulement par rapport à la qualité des services numériques rendus, mais également par l'imposition de conditions d'utilisation pénalisantes, telles que celles imposées par Facebook en matière de données personnelles (livrer ses données, sinon pas de possibilité d'utiliser le réseau social). Comme le souligne le rapport du Stigler Center de septembre 2019, une baisse de qualité à travers l'imposition de conditions pénalisantes en matière de traitement de données personnelles devient l'équivalent d'une augmentation du prix (2).

Par l'utilisation excessive de ses données, le consommateur paie plus cher que ce qu'il paierait dans un marché pleinement concurrentiel. Selon les universitaires auteurs du rapport Stigler, le droit de la concurrence est ainsi équipé pour sanctionner des pratiques abusives dans le traitement des données, à condition de pouvoir démontrer ce type de baisse de qualité pour le consommateur. Ce raisonnement est maintenant repris par la Cour suprême d'Allemagne. Reste le problème du temps. Les affaires en droit de la concurrence prennent généralement des années, et l'affaire Facebook n'est pas une exception. L'autorité de la concurrence allemande a commencé ses enquêtes en 2016, et l'affaire n'est toujours pas réglée. Le gouvernement allemand envisage de modifier sa loi sur la concurrence pour permettre à l'autorité de la concurrence d'aller plus vite à l'égard de plateformes structurantes.

L'Allemagne pourrait inspirer l'Europe

L'initiative allemande pourrait servir de modèle pour la modernisation des règles de concurrence (« New Competition Tool ») actuellement étudiée au niveau de l'Union européenne (3) et soumise à consultation publique jusqu'au 8 septembre prochain (4).

En parallèle, la Commission européenne étudie la possibilité de réguler les plateformes structurantes par une approche *ex ante* (« Digital Services Act »), comme en matière de télécommunications (5). La décision de la Cour suprême allemande ravive un vieux débat sur la meilleure manière de réguler les opérateurs puissants (ceux exerçant une influence significative sur le marché pertinent considéré), soit à travers une régulation *ex post* fondée sur le droit de la concurrence, soit à travers une régulation sectorielle *ex ante*, comme en télécommunications. @

* Winston Maxwell, ancien avocat, est depuis juin 2019 directeur d'études Droit et Numérique à Telecom Paris.

Notes

(3) - <https://lc.cx/NewCompetitionTool>

(4) - <https://lc.cx/NCT-Survey>

(5) - <https://lc.cx/DSAexante>
Gatekeepers