



HAL
open science

Note d'actualité du droit du marché intérieur : "La levée des obstacles du marché unique numérique", Blogdroiteuropeen par Nicolas BREMAND

Nicolas Brémand

► **To cite this version:**

Nicolas Brémand. Note d'actualité du droit du marché intérieur : "La levée des obstacles du marché unique numérique", Blogdroiteuropeen par Nicolas BREMAND. 2017. <hal-01618504>

HAL Id: hal-01618504

<https://hal.science/hal-01618504v1>

Submitted on 18 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Citation suggérée : Brémand N., La levée des obstacles du marché unique numérique, NADMI 2/2017 part. 5 : Blogdroiteuropeen, octobre 2017, <http://wp.me/p6OBGR-2sV>

La levée des obstacles du marché unique numérique (Revue Mars - octobre 2017)

Par Nicolas Brémand, doctorant en droit à l'Université de Nantes ; Résident MSH Nantes)

Cette note propose une explication et une mise en perspective des principales évolutions en matière de marché unique numérique.

Le marché unique numérique qui est en pleine construction affronte de nombreuses barrières. Traditionnellement, le marché intérieur qui vise à lever les obstacles étatiques, que ce soit des mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives¹ ou des taxes d'effets équivalents². Avec l'émergence du marché numérique, les obstacles d'acteurs privés s'avèrent plus nombreux. Comme nous allons le voir, ils sont principalement liés à des discriminations relatives à la nationalité. Le **géoblocage** (ou blocage géographique), qui consiste à empêcher les internautes d'un État membre d'accéder à une plateforme en ligne d'un autre État membre en étant systématiquement renvoyés sur celle de son état de résidence, sera examiné. Cette situation crée une discrimination qui s'accompagne généralement d'une différenciation de prix pour des produits ou services identiques et favorisait une situation de cloisonnement du marché. Il sera également examiné les obstacles au marché émergent des données. Ces obstacles - qui sont dus à des acteurs tant privés qu'étatiques - ne permettent pas pour l'heure de parler d'une libre circulation des données, bien que celle-ci soit prônée par la Commission européenne.

Mots clés: Marché intérieur - Marché unique numérique – Données à caractère personnel sensible – Libre circulation des données – Géoblocage – Blocage géographique – Frais d'itinérance – Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives - Taxe d'effet équivalent – Discrimination – Directive services – Entraves – E-commerce – Commerce en ligne – Droit d'auteur.

¹ TFUE, art. 34 et 35.

² TFUE, art. 30.

Une réelle fin du géoblocage ?

Proposition de Règlement du 25 mai 2016, du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, COM(2016) 289 final.

Depuis l'[accord](#) du Conseil intervenu le 28 novembre 2016, [l'ouverture des négociations interinstitutionnelles](#) par le Parlement européen initié le 25 avril 2017 et la volonté de la [présidence estonienne](#) de faire du numérique une de ses priorités³, les négociations de la proposition de règlement ont évolué permettant ainsi sa probable adoption pour le printemps 2018. « *Quand vous entrez dans une boutique située dans un autre pays de l'UE, le propriétaire ne vous demande pas votre carte d'identité pour ajuster les prix ou refuser la vente sur la base de votre lieu de résidence* »⁴, c'est ainsi que le commissaire européen au marché unique numérique considère les discriminations par blocage géographique sur internet. Depuis que le marché unique numérique est devenu une des priorités de la Commission européenne, les obstacles à ce marché sont progressivement écartés, notamment le géoblocage qui provoque une segmentation artificielle du marché⁵. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a déposé une proposition de règlement relative à la lutte contre le blocage géographique⁶ le 25 mai 2016⁷. Cette proposition de règlement doit permettre de lutter contre le blocage géographique ou géoblocage injustifié et plus globalement contre la discrimination fondée sur les lieux de résidence ou d'établissement⁸. Toutefois son champ d'application ne se veut pas global.

Qu'est-ce que le géoblocage ?



³ Réunion informelle des ministres en charge des Télécoms et de la Compétitivité à Tallinn, le 18 juillet 2017.

⁴ Andrus Ansip, commissaire européen au Marché unique numérique, le 26 mai 2016, lors de la présentation de l'initiative législative

⁵ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 2.

⁶ Ibid.

⁷ Communiqué de presse, IP 692/16 du Conseil de l'UE du 28 novembre 2016, p. 2.

⁸ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 2.

Le géoblocage est une pratique discriminatoire de limitation de l'accès des consommateurs à des biens et services sur la base de l'adresse IP, de l'adresse postale, de la nationalité ou du pays d'émission de la carte de crédit. Elle amène parfois la variation des prix d'un État membre à un autre et peut amener une situation de cloisonnement du marché. En pratique, une entreprise ayant plusieurs plateformes en ligne va orienter systématiquement l'internaute vers celle de son État, qui aura des pratiques tarifaires différentes. Cette différenciation si elle n'est pas objective rend la variation des prix injustifiée, elle peut également s'effectuer par la limitation des moyens de paiement acceptés.

Un obstacle majeur aux libertés de circulation des biens et des services en ligne

D'après l'enquête sectorielle de la Commission européenne⁹, 38% des plateformes en ligne de vente de biens de consommation¹⁰ ont recours au blocage géographique en refusant de livrer dans un autre État membre ou en refusant d'accepter certains moyens de paiement sur internet. La plupart des blocages géographiques résultent de décisions commerciales unilatérales et seulement 12% sont des restrictions contractuelles¹¹. Concernant les services de contenu numérique en ligne, 68% des fournisseurs ont déclaré pratiquer le blocage géographique essentiellement sur la base de l'adresse IP de l'internaute. Le blocage géographique présente des disparités considérables selon les catégories de contenu numérique et les États membres de l'Union¹². Les plateformes d'e-commerce considèrent que le prix de vente d'un bien dépend de son prix de revient, et le prix de revient dépend lui-même de facteurs locaux. La majorité des entreprises s'opposent ainsi à une obligation de vendre et de livrer dans l'ensemble de l'UE¹³. Elles soulignent également qu'il importe d'adapter les prix aux différents marchés nationaux, en arguant que leur liberté économique et contractuelle soit respectée. Toutefois, une grande majorité s'accorde sur la nécessité d'améliorer la mise en œuvre des règles et de l'information¹⁴. De plus depuis l'arrêt CJUE *Pierre Fabre*¹⁵ il est interdit d'empêcher un distributeur de vendre sur son propre site internet, car cela peut constituer une restriction injustifiée de concurrence¹⁶ par un blocage territorial¹⁷.

⁹ Choné-Grimaldi A.-S., Rapport préliminaire de la Commission concernant l'enquête sur le commerce électronique, n°1 du 01 janvier 2017, L'ESSENTIEL distribution et concurrence, p. 4 ; Les premières conclusions figurent à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html ;

¹⁰ tels que les vêtements, les chaussures, les articles de sport et les appareils électroniques grand public

¹¹ Pour exemple, le contrat de franchise qui interdit à un franchisé de vendre sur internet en dehors de sa zone géographique.

¹² Communiqué de presse, IP/16/922, de la Commission européenne, du 18 mars 2016, « Concurrence: selon l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, le blocage géographique est une pratique courante dans l'ensemble de l'UE », p. 2.

¹³ Le rapport de synthèse de la consultation publique est consultable à l'adresse suivante: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-geoblocking>

¹⁴ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 6.

¹⁵ CJUE, 13 octobre 2011, n° C-439/09, Pierre Fabre, ECLI:EU:C:2011/649.

¹⁶ La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 81, paragraphes 1 et 3, CE et du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336, p. 21).

¹⁷ Choné-Grimaldi A.-S., Rapport préliminaire de la Commission concernant l'enquête sur le commerce électronique, L'ESSENTIEL distribution et concurrence, n°1 du 01 janvier 2017, p. 4.

La Cour avait déjà considéré que le géoblocage par moyen de paiement pouvait porter atteinte au droit des consommateurs, s'il est injustifié¹⁸.

Pourquoi les normes actuelles ne sont pas appliquées ?

Malgré le principe de non-discrimination prévu par le droit primaire et le droit dérivé, les internautes sont toujours confrontés à des refus de vente et à des conditions différentes lorsqu'ils achètent des biens ou des services en ligne. Concernant le droit primaire, l'article 20 du TFUE instituant la citoyenneté européenne qui doit être lu en combinaison avec l'article 18 (principe de non-discrimination sur la base de la nationalité) du TFUE s'interprète traditionnellement par la CJUE¹⁹ comme prohibant toute forme de discrimination sur la base de la nationalité. Pour le droit dérivé, il faut principalement prendre en compte le principe de non-discrimination prévu par l'article 20, paragraphe 2, de la directive 2006/123/CE²⁰ dite «Services». Malgré celle-ci les consommateurs sont toujours confrontés à des refus de vente et à des conditions différentes lorsqu'ils achètent des biens ou des services par-delà les frontières²¹. Cette situation est principalement due à l'incertitude régnant sur les critères objectifs de la directive 2006/123/CE justifiant des différences de traitement de leurs clients sur la base de la nationalité²². Un autre phénomène permet d'expliquer le manque d'application du principe de non-discrimination. Ce sont les obstacles érigés par les acteurs privés majeurs du net, qui prennent une plus grande place avec le numérique. Ainsi, l'introduction - par des entités privées - d'obstacles incompatibles avec les libertés du marché intérieur de type géoblocage peut neutraliser la suppression des barrières d'origine étatique. C'est notamment le cas lorsque des sociétés bloquent ou limitent l'accès de clients originaires d'autres États membres à leurs interfaces en ligne s'agissant de sites web ou d'applications. Le même effet est produit s'il est appliqué des conditions générales d'accès à leurs biens et services différentes à l'égard des clients d'autres États membres. Ces pratiques discriminatoires directes contribuent - pour les transactions commerciales transnationales du e-commerce - à entraver la réalisation du marché unique numérique. Pour y remédier, la Commission estime qu'il conviendrait davantage d'informer les professionnels et les clients sur les différences de traitement fondées sur le lieu de résidence²³ et de préciser les cas de géoblocage injustifié.

Traiter de plus en plus l'internaute comme un acheteur local

Le champ d'application²⁴ matériel de la proposition s'aligne grandement sur la directive «Services» en excluant notamment les services de transport (exemple : Uber) et les services audiovisuels (exemple : Netflix). Les livres numériques²⁵ ne sont pas concernés par cette

¹⁸ CJCE, 16 décembre 2008, n°C-205/07, Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA, ECLI:EU:C:2008/730.

¹⁹ Notamment, CJUE, 11 novembre 2014, n°C-333/13, Dano, ECLI:EU:C:2014/2358.

²⁰ Document de travail des services de la Commission, SWD(2012) 146 final, », du 8 juin 2012 visant à l'établissement d'orientations sur l'application de l'article 20, paragraphe 2, de la directive 2006/123/CE (directive «services»).

²¹ Ibid.

²² Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 2.

²³ Document de base législatif, n°2016/0152(COD) du 25 mai 2016.

²⁴ Ibid, art. 1, considérant 6 et 7.

²⁵ Ibid, considérant 23.

initiative, ce qui s'explique par la spécificité de la tarification des livres et du droit d'auteur afférent qui devrait être modifié prochainement²⁶. Ainsi, les lecteurs francophones ne pourront pas acheter d'ebooks ou des livres imprimés de n'importe quelle manière. De leur côté, les éditeurs se réjouissent plutôt de cette exclusion. Róza Thun, rapporteur de la commission IMCO (marché intérieur et protection des consommateurs) du Parlement européen souhaite aller plus loin en réduisant le champ des exclusions : « *Notre travail vise à ouvrir progressivement le marché européen aux consommateurs et aux vendeurs en leur fournissant des règles claires. Les consommateurs auront un meilleur accès aux biens et services en ligne, et pour les vendeurs, il sera moins complexe de vendre à des consommateurs provenant de différents États membres* »²⁷. Le Parlement européen souhaite limiter le champ d'application aux seuls consommateurs et exclure ainsi les contrats entre entreprises²⁸. Les entreprises en tant qu'utilisateurs finaux devraient être exclues²⁹. La proposition interdit aux professionnels d'empêcher l'accès à leurs interfaces en ligne sur la base de la nationalité et du lieu de résidence des clients³⁰. Le Parlement désire étendre l'interdiction aux localisations temporaires³¹ et exige le consentement du client en cas de réacheminement automatique³². Le professionnel est exempté de ces obligations lorsque des restrictions d'accès ou le réacheminement sont requis par la loi³³. Toutefois dans ce cas, le professionnel sera tenu de fournir une justification claire³⁴. Le Parlement européen voudrait que le professionnel expose clairement les motifs légaux d'interdiction dans la langue de l'interface en ligne³⁵. La proposition interdit trois situations de discrimination fondée sur la résidence³⁶. La première situation concerne la vente de biens physiques par un professionnel vers un État membre différent du sien et sans livraison³⁷. La deuxième situation concerne les services fournis dans un État membre en dehors de celui de résidence de l'internaute³⁸. La troisième situation³⁹

²⁶ Proposition de directive COM(2016) 593 final, du Parlement européen et du Conseil, du 14 septembre 2016, sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

²⁷ Déclaration du 25 avril 2017, lors de l'adoption du rapport d'examen de la proposition par la commission IMCO.

²⁸ Rapport n°2016/0152(COD) déposé de la commission IMCO, du 27 avril 2017 en 1^{er} lecture/lecture unique ; La commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs a adopté le rapport de Róza Gräfin von THUN UND HOHENSTEIN (PPE, PL) sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur.

²⁹ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 7.

³⁰ Ibid, considérant 14.

³¹ Rapport n°2016/0152(COD) déposé de la commission IMCO, du 27 avril 2017 en 1^{er} lecture/lecture unique ; La commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs a adopté le rapport de Róza Gräfin von THUN UND HOHENSTEIN (PPE, PL) sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur.

³² Communiqué de presse, IP 692/16, du Conseil de l'UE, du 28 novembre 2016, p. 1 ; Ibid, considérant 15.

³³ C'est notamment le cas si une disposition nationale ou de l'UE relative aux mineurs le rendait nécessaire.

³⁴ Ibid, art. 3, considérant 16.

³⁵ Rapport n°2016/0152(COD) déposé de la commission IMCO, du 27 avril 2017 en 1^{re} lecture/lecture unique ; La commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs a adopté le rapport de Róza Gräfin von THUN UND HOHENSTEIN (PPE, PL) sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur.

³⁶ Elle est pour le B to B et B to C.

³⁷ Cette situation concerne les biens de types mobiliers. Il y est exclu les frais de livraison, car cela peut être considéré comme un service ayant des causes objectives de différenciation de prix en fonctions des États membres concernés.

³⁸ Cette hypothèse concerne la prestation de service de type Uber ou Deliveroo.

concerne l'offre de services fournis par voie électronique, autre que des services fournissant un accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés permettant leur utilisation⁴⁰. L'eurodéputée allemande Julia Reda (Verts) dénonce les manquements de la proposition : « *Avec cette proposition, la Commission ne répond pas au problème du géoblocage. Sans une réglementation contre le géoblocage ne couvrant pas les contenus vidéo en ligne, la proposition n'atteint pas son objectif* ». Contrairement à la discrimination par les prix, la différenciation des prix ne devra pas être interdite. Les professionnels seront libres de proposer des conditions générales d'accès différentes, y compris le prix, et de cibler des groupes de clients sur des territoires particuliers⁴¹. Là encore seule une cause objective peut différencier une discrimination par le prix qui est illégale, d'une différenciation par le prix ayant une cause légitime. Par exemple, si le prix d'un voyage d'une semaine en Turquie - avec les mêmes conditions sur place - sur la plateforme d'une agence vaut plus cher en France qu'en Bulgarie, cela peut être justifié par le coût supplémentaire du vol en partance de Sofia plutôt que de Paris. Les modalités et conditions négociées individuellement ne seraient pas considérées comme des conditions générales d'accès et peuvent amener un géoblocage justifié⁴². Les professionnels ne devront plus refuser un moyen de paiement ou pratiquer des discriminations concernant le paiement⁴³. Plusieurs normes européennes⁴⁴ ancrent ces pratiques notamment le règlement (UE) n°260/2012⁴⁵ interdisant déjà aux professionnels d'exiger un compte bancaire dans un État membre donné pour le paiement. La proposition va plus loin en empêchant d'appliquer des conditions de paiement différentes selon le lieu de résidence. Néanmoins, les professionnels sont libres de choisir les moyens de paiement qu'ils acceptent des clients locaux ou étrangers⁴⁶. Chaque État membre devrait confier à un ou plusieurs organismes la tâche d'apporter aux consommateurs une assistance pratique en cas de litige relatif au géoblocage avec un professionnel en proposant aux consommateurs un formulaire type uniforme pour le dépôt de plaintes⁴⁷. Le législateur ne souhaite pas freiner la croissance. Ainsi pour éviter une "charge disproportionnée" pour les entreprises, le règlement n'impose pas l'obligation de livrer dans toute l'Union européenne. Le fait de ne pas contraindre l'e-commerçant à livrer oblige l'acheteur à trouver une solution de livraison, ce qui paraît un énorme frein à l'achat.

Une proposition insuffisante pour mettre totalement fin au géoblocage

La proposition ne semble pas permettre de supprimer totalement le géoblocage. En ne déterminant pas une liste exhaustive de raisons objectives de blocage géographique - sauf légale - le règlement sera vraisemblablement facilement contournable par les acteurs privés ou

³⁹ Il s'agit en l'espèce de service exclusivement en ligne de type Cloud, messagerie web.

⁴⁰ Ibid, art. 4.

⁴¹ Communiqué de presse, IP 692/16, du Conseil de l'UE, du 28 novembre 2016, p. 1.

⁴² Ibid, considérant 11.

⁴³ Ibid, art. 5.

⁴⁴ Le règlement (UE) n° 2015/751 a facilité l'utilisation des cartes de crédit en plafonnant les commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte. La directive (UE) 2015/2366 a également ouvert la voie à un marché pleinement intégré pour les paiements de détail dans l'UE.

⁴⁵ Règlement (UE) n°260/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 2012 établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement (CE) n°924/2009, JOUE L 94, 30 mars 2012, p. 22.

⁴⁶ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 3.

⁴⁷ Ibid, art. 8 ; Document de base législatif, n°2016/0152(COD) du 25 mai 2016.

les États membres subissant la pression de ces acteurs. Parmi les options envisagées par la Commission, une⁴⁸ aurait mérité d'être mise en œuvre, car elle permettrait de lister d'une manière exhaustive les justifications possibles au blocage géographique et ainsi limiter les géoblocages injustifiés. Le Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) a « *accueilli les progrès réalisés par les gouvernements de l'UE* » avec satisfaction, mais reproche qu'ils « *ne soient pas allés jusqu'au bout* »⁴⁹. « *Il n'y a pas de marché unique si les consommateurs sont empêchés d'acheter le produit ou le service de leur choix, tandis que les entreprises ont libre accès à un marché de 510 millions de personnes* »⁵⁰. Le règlement prohibe la discrimination par le prix, mais pas la différenciation des prix. Mais quel critère objectif pourra permettre de faire la part entre les deux sachant que ce règlement est sensé éclaircir la différenciation entre une discrimination justifiée et injustifiée selon l'article 18, 20 du TFUE et la directive "Services". La proposition n'aborde pas la tarification en tant que telle⁵¹, qui reste exclue au titre de la liberté d'entreprendre⁵². Elle n'aborde pas non plus la tarification dynamique, qui permet aux professionnels d'adapter leur offre au fil du temps en fonction d'un certain nombre de facteurs qui ne sont pas liés à la résidence des clients⁵³. La difficulté semble simplement être déplacée sans la faire disparaître. On peut très bien imaginer des moyens de contournement. Le Yield management⁵⁴ qui est une pratique acceptée, permet de faire varier le prix de vente dans le temps et en fonction de la quantité. Ainsi, un hôtelier pourrait faire varier ses tarifs selon ses disponibilités et fixer un quota de chambres par État membre⁵⁵. « *L'accord adopté par le Conseil ne s'attaque pas à la base du problème et maintient l'insécurité juridique pour les PME lorsqu'ils vendent dans d'autres États membres. C'est un frein très important pour les PME et les start-up. Le projet de règlement confirme la situation insatisfaisante qui existe déjà* »⁵⁶. Le manque de clarté des critères de justification de géoblocage est très clairement un facteur d'insécurité pour les entreprises, mais également pour les consommateurs. Depuis le 25 avril 2017, la commission IMCO du Parlement européen menée par Mme Thun⁵⁷ a lancé des négociations en trilogue

⁴⁸ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p.7 : « Une autre option consistait à créer une liste supplémentaire de justifications possibles afin de préciser les principes de l'article 20, paragraphe 2, de la directive «services», mais elle a été écartée en raison de sa complexité. ».

⁴⁹ Monique Goyens, directrice générale du Bureau européen des unions de consommateurs.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid, considérant 17 : « Toutefois, l'interdiction applicable dans ces circonstances ne saurait être interprétée comme empêchant les professionnels de diriger leurs activités vers différents États membres ou vers certains groupes de clients en proposant des offres ciblées et des modalités et conditions différentes, y compris par la mise en place d'interfaces en ligne par pays ».

⁵² Charte des droits fondamentaux, art. 16.

⁵³ Proposition de Règlement, COM(2016) 289 final, du Parlement Européen et du Conseil, du 25 mai 2016 visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, p. 2.

⁵⁴ Le Yield management est une technique marketing et commerciale basée sur une tarification et une offre flexibles qui est utilisée dans les services caractérisés par une forte présence de coûts fixes et par une certaine inertie des capacités proposées (transport en commun, hôtellerie, ferries, cargos, ...). Ces pratiques devraient d'ailleurs reposer de plus en plus sur l'usage des algorithmes et de l'intelligence artificielle.

⁵⁵ Exemple, la vente de billet en ligne de match de foot se fait par quota selon des groupes de supporters, le pays d'origine des spectateurs, sans que ces pratiques soient sanctionnées.

⁵⁶ Étienne Schneider, ministre du Luxembourg, après le vote du Conseil, du 28 novembre 2016.

⁵⁷ Le projet d'avis n° 2016/0152(COD) de la commission des Affaires juridiques du 19 janvier 2017 à l'intention de la commission du Marché intérieur propose une modification identique : « exprime, son désaccord avec la Commission sur l'article 4 qui exclut de l'obligation d'accès « les services fournis par voie électronique dans le but de donner accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés et de permettre leur utilisation ». Il estime que « les services fournis par voie électronique, tels que les livres électroniques, la musique en ligne, les jeux ou les logiciels, donnent lieu à de nombreux cas de discrimination ». C'est pourquoi il

avec le Conseil et la Commission, en vue de parvenir à un accord sur le texte final. Il faut déplorer la « technique des petits pas » prônée par les pères fondateurs qui à l'ère du numérique et du besoin d'anticipation ne peut pas être satisfaisante. C'est une avancée, mais encore insuffisante pour créer un marché unique numérique.

Libre circulation des données : de la réglementation aux contournements techniques

La Commission européenne devrait proposer une initiative relative à une libre circulation des données pour l'automne 2017⁵⁸. Le potentiel économique des données⁵⁹ a en effet amené le commissaire européen Pierre Moscovici⁶⁰ à considérer que celles-ci sont « le nouvel or noir ». La suppression des restrictions de localisation des données pourrait générer 8 milliards d'euros par an⁶¹. De plus, la présidence estonienne a fait de la libre circulation des données une priorité⁶². Malgré quelques réticences, les États membres se sont accordés sur le principe de la libre circulation des données - de façon informelle - en discutant de la future proposition de la Commission européenne. La France et l'Allemagne, qui étaient contre une législation sur la libre circulation des données, adhèrent maintenant au principe dont les modalités restent à définir. Andrus Ansip, commissaire européen en charge du numérique, a publié une communication soulignant certaines des inquiétudes de la Commission sur la nécessité d'une nouvelle loi régissant la manière dont les entreprises font circuler les données à travers l'Union⁶³.

Concilier la protection et la libre circulation des données : le mouton à cinq pattes ?

La communication du 10 janvier 2017 a mis en place une consultation⁶⁴ permettant de révéler deux grands axes d'amélioration : d'une part, le manque de sécurité juridique concernant les règles et les pratiques applicables en matière de circulation des données non personnelles⁶⁵ et,

propose « de les inclure dans le champ d'application de l'article 4, sous réserve que le professionnel dispose des droits requis pour les territoires concernés ».

⁵⁸ Communiqué de presse, IP/17/5, de la Commission européenne du 10 janvier 2017, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données. », p.1.

⁵⁹ Ibid : « On estimait en 2015 que l'économie fondée sur les données représentait 272 milliards d'euros dans l'UE (avec une croissance annuelle de 5,6 %) et qu'elle pourrait employer 7,4 millions de personnes d'ici à 2020. »

⁶⁰ Pierre MOSCOVICI est Commissaire européen aux Affaires économiques et financières, à la Fiscalité et à l'Union douanière.

⁶¹ Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 juillet 2017 « Speech by Commissioner Mariya Gabriel in charge of Digital Economy and Society », IP/17/2062, p. 1.

⁶² Réunion informelle des ministres en charge des Télécoms et de la Compétitivité à Tallinn, le 18 juillet 2017.

⁶³ Communiqué de presse, IP/17/5, de la Commission européenne du 10 janvier 2017, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données. », p.1.

⁶⁴ La consultation sur la création d'une économie européenne fondée sur les données se déroulera jusqu'au 26 avril 2017 à contribuer à l'élaboration d'une future initiative de la Commission sur une économie européenne fondée sur les données : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-building-european-data-economy>

⁶⁵ Les données non personnelles sont classiquement définies comme les données n'étant pas à caractère personnel. La CNIL définit les données à caractère personnel comme « Toute information identifiant directement

d'autre part, le manque de confiance dans le stockage transfrontalier et le traitement des données non personnelles. Il en résulte différentes difficultés. D'abord, l'essentiel du problème demeure dans les exigences nationales en matière de traitement, de stockage et de transfert de données, qui obligent leur stockage inutilement sur le territoire national⁶⁶. Il s'agit ensuite de la porosité entre données personnelles (protégées par le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)) et non personnelles (prochainement protégées par la proposition de règlement). Pour le Contrôleur européen de la protection des données⁶⁷, « *il faut éviter que des données soient sous un statut moins protecteur exploitées d'une manière détournée* »⁶⁸. Il n'est souvent pas simple de tracer la ligne où les données personnelles se terminent et les données non personnelles commencent. C'est pourquoi la Commission prend comme point de départ le règlement général de protection des données⁶⁹ de l'Union⁷⁰. Toutefois, s'assurer que les informations privées sont bien exclues de cette libre circulation est très difficile, « *les limites des techniques d'anonymisation et de pseudonymisation*⁷¹ *pointent néanmoins les risques d'une telle distinction* »⁷². La réidentification des données est déjà techniquement une réalité⁷³. La consultation a également mis en exergue la nécessité d'examiner les questions de propriété des données, de transfert de données, de disponibilité des données, les problèmes de responsabilité, et à améliorer la portabilité des données⁷⁴. Il paraît ensuite nécessaire de développer une culture du partage des données d'intérêt public ou privées dans des contextes B2B, qu'elles soient financées par l'État ou non. Les données peuvent être utilisées et partagées par de nombreux acteurs en même temps, ouvrant ainsi des possibilités presque infinies⁷⁵ de créer de nouveaux produits ou services⁷⁶. Une voie à suivre consisterait à instaurer la libre circulation des données dans le droit de l'UE. La Commission envisage également d'adopter le principe de la disponibilité des données, même s'il est stocké dans d'autres pays de l'UE, mais uniquement lorsque les autorités publiques en ont besoin à des fins fiscales ou commerciales. Enfin, elle cherche à faciliter le changement de fournisseur de services en nuage. L'idée principale est que l'utilisateur devrait pouvoir transférer des

ou indirectement une personne physique (ex. nom, numéro d'immatriculation, numéro de téléphone, photographie, date de naissance, commune de résidence, empreinte digitale...) ». Mais cette approche pose de nombreuses difficultés, car la technologie permet de personnaliser quasiment toutes les données et les rend potentiellement quasiment toutes personnalisables, sauf le cas des personnes morales.

⁶⁶ Communiqué de presse, IP /17/2024, de la Commission européenne du 17 juillet 2017, « Conférence sur le marché unique numérique sur la libre circulation des données », « Discours de clôture du vice-président Andrus Ansip chargé du marché unique numérique », p. 1.

⁶⁷ Giovanni Buttarelli est le contrôleur européen de la protection des données depuis 2014.

⁶⁸ Communiqué de presse, IP/17/5, de la Commission européenne du 10 janvier 2017, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données. », p.1.

⁶⁹ Règlement (UE) n°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, JOUE L 119 du 4 mai 2016.

⁷⁰ Communiqué de presse, IP/17/2062, de la Commission européenne du 17 juillet 2017 « Speech by Commissioner Mariya Gabriel in charge of Digital Economy and Society », p. 1.

⁷¹ La pseudonymisation (remplacement d'un nom par un pseudonyme) est un processus par lequel les données perdent leur caractère nominatif. Elle diffère de l'anonymisation, car les données restent liées à la même personne dans tous les dossiers et systèmes informatiques sans que l'identité ne soit révélée.

⁷² J. HERZOG-BUFALO, rapporteuse de la CNNum.

⁷³ CE, 8 février 2017, n° 393714, *Société JCDecaux et l'article de Romain Perray*, Dalloz IP/IT 2017 p.286 *Existe-t-il encore des données non personnelles ?*

⁷⁴ Communiqué de presse, IP/17/2062, de la Commission européenne du 17 juillet 2017 « Speech by Commissioner Mariya Gabriel in charge of Digital Economy and Society », p. 1.

⁷⁵ Par exemple, Scania compte plus d'un quart de millions de véhicules connectés à travers le monde. Ils offrent une grande quantité d'informations précieuses disponibles en temps réel aux propriétaires de camions.

⁷⁶ Communiqué de presse, IP/17/2062, de la Commission européenne du 17 juillet 2017 « Speech by Commissioner Mariya Gabriel in charge of Digital Economy and Society », p. 1.

données rapidement⁷⁷. Ces propositions sont intéressantes, mais le risque de contournement laisse présager des problèmes d'application.

La recherche d'un encadrement global des données

Les experts de la Commission travaillent actuellement à une analyse d'impact, ce qui constitue une étape nécessaire avant la proposition législative attendue à l'automne 2017. Pour le printemps 2018, la Commission travaille également sur l'accessibilité et la réutilisation des données du secteur public, tout en étudiant la responsabilité autour des données, notamment sur la question de la propriété des données non personnelles. Le Conseil National du Numérique (CNNum) craint que cela puisse « *complexifier inutilement le droit autour des bases de données* »⁷⁸. Il existe un quasi-consensus pour considérer que les données à caractère personnel ne sont ni un bien ni un service⁷⁹. Toutefois, il est incontestable que certaines données ont une valeur marchande. La notion de marchandise communautaire se définissant comme « *tous biens appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales* »⁸⁰ cela amène à considérer les données non personnelles comme potentielle marchandise. Savoir si les données sont une marchandise ou un service amènera à appliquer les principes de liberté de circulation des biens ou de prestation des services⁸¹. Cette question complexe pourra éventuellement trouver une réponse avec l'initiative législative de la Commission à moins que les données aient une nature fonctionnelle. Un débat plus général sur les données se poursuit, car il existe des préoccupations quant à l'utilisation des données générées dans un contexte industriel⁸² et la clarté juridique concernant les systèmes autonomes⁸³. La Commission a déjà annoncé qu'elle proposerait une initiative sur l'accessibilité et la réutilisation des données⁸⁴.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Communiqué de presse, IP/17/5, de la Commission européenne, du 10 janvier 2017, « La Commission annonce de nouvelles étapes sur la voie de la création d'une économie européenne fondée sur les données. », p.1.

⁷⁹ Ochoa, N., Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale », décembre 2014, thèses, 740 p.

⁸⁰ CJCE, 19 décembre 1968, n°C 7/68, Commission c/Italie, ECLI:EU:C:1968/51. La définition présente un caractère autonome. Elle ne peut être en rien affectée par les acceptions nationales éventuellement divergentes du mot marchandise.

⁸¹ La Cour applique l'adage : « l'accessoire suit le principal » et examine si la fourniture d'un bien est ou non prépondérante par rapport à l'activité de prestation de services (CJCE, 5 octobre 1994, n°5/93, Van Schaik, ECLI:EU:C:1994/363 ; la Cour a jugé que la fourniture d'huile et de pièces de rechange « était accessoire par rapport à la prestation de services que constitue l'entretien du véhicule »). Récemment, la Cour a appliqué les mêmes critères s'agissant de la commercialisation en ligne de lentilles de contact (CJUE, 2 déc. 2010, n°C-108/09, Ker Optika, ECLI:EU:C:2010/725). Si aucun des deux régimes juridiques ne semble prépondérant, la Cour se livre à un examen au regard de chacune des libertés (CJCE, 22 janv. 2002, n°C-390/99, Canal Satellite Digital, ECLI:EU:C:2002/34), voire à un examen cumulatif (CJCE, 26 oct. 2006, n°C-65/05, Commission c/ Grèce, ECLI:EU:C:2006/673, à propos de la commercialisation de jeux électroniques). En procédant ainsi, la distinction traditionnelle entre marchandises et services tend à s'estomper.

⁸² Communiqué de presse, IP /17/2024, de la Commission européenne du 17 juillet 2017, « Conférence sur le marché unique numérique sur la libre circulation des données », « Discours de clôture du vice-président Andrus Ansip chargé du marché unique numérique », p. 1.

⁸³ La Directive n°(UE) 2016/1148, du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, JOUE L 194, du 19 juillet 2016, p. 4 définit dans son considérant 18 les systèmes autonomes comme un réseau autonome sur le plan technique. C'est à dire sans l'action technique de l'homme.

⁸⁴ Communiqué de presse, IP/17/2062, de la Commission européenne du 17 juillet 2017 « Speech by Commissioner Mariya Gabriel in charge of Digital Economy and Society », p. 1.