



Les données à caractère personnel et le droit de la concurrence

Winston Maxwell

Telecom Paris, Institut Polytechnique de Paris

Séminaire NASSE
14 octobre 2021

telecom-paris.fr/ai-ethics

La donnée personnelle: une chose économique?

La donnée personnelle est un droit fondamental, non-économique

- en Europe, la donnée personnelle est une extension de la personne, un objet hors commerce
- aux Etats-Unis, l'aspect droit fondamental existe, mais seulement dans les relations entre le citoyen et le gouvernement

La donnée personnelle est une chose économique

- le RGPD protège le libre flux des données au sein du marché unique
- aux Etats-Unis, la prohibition de pratiques déloyales (*unfair*) dans le commerce s'appuie sur une analyse économique du bien être du consommateur (Maxwell 2015)

La donnée (n')est (pas) un objet de commerce...

“Les contenus numériques ou les services numériques sont également souvent fournis lorsque le consommateur ne s’acquitte pas d’un prix mais fournit des données à caractère personnel au professionnel. ... Tout en reconnaissant pleinement que la protection des données à caractère personnel est un droit fondamental et que, par conséquent, les données à caractère personnel ne peuvent être considérées comme des marchandises, la présente directive devrait garantir aux consommateurs, dans le cadre de ces modèles commerciaux, le droit à des recours contractuels.”

Considérant 24, Directive 2019/770 sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (souligné par moi)

Le RGPD est-il anti-concurrentiel?

Le RGPD renforce le pouvoir de marché des acteurs en place (Gal et Aviv, 2020)

- l'effet disproportionné sur les start-ups (Magnan-Saurin 2020)

La législation sur les cookies pénalise les éditeurs indépendants (Autorité de la Concurrence 2018)

La protection des données à caractère personnel devient un acte anticoncurrentiel? (Commission Européenne 2021; hiQ Labs c. LinkedIn 2019)

Le RGPD est-il pro-concurrentiel?

La portabilité...oui, mais un impact limité (Kuebler-Wachendorff et al. 2021; Krämer, 2021)

Une concurrence autour de la protection des données?

- Oui, mais “*dysfunctional equilibrium*” et “*bounded rationality*” (Farrell 2012, Acquisti et al. 2013)
- La protection des données comme un élément de qualité (Stigler Committee 2019, Douglas 2021)
- Une baisse de qualité équivaut à une augmentation du prix

Des points communs entre le RGPD et le droit de la concurrence: le bien être du consommateur (Lynskey 2017) et le principe de “*fairness*” (Kalimo et Majcher, 2017)

Le contentieux Facebook en Allemagne

Une collecte excessive de données provenant de sites externes

6 février 2019 => la Bundeskartellamt ordonne à Facebook de cesser

- le consentement n'a pas été librement donné
- position dominante + violation RGPD = abus de position dominante

26 août 2019 => la cour d'appel de Düsseldorf suspend l'ordonnance

- il ne faut pas confondre les objectifs du droit de la concurrence et les objectifs du RGPD
- l'effet sur la concurrence pas suffisamment démontré

23 juin 2020 => la cour fédérale Bundesgerichtshof casse l'arrêt de la cour d'appel

- réduction du choix des consommateurs = réduction de concurrence
- raisonnement contrefactuel

24 mars 2021 => la cour d'appel de Düsseldorf pose 7 questions préjudicielles à la CJUE

Les thèmes émergents du cas Facebook

Le problèmes de compétence territoriale

- contournement du RGPD

La spécialité des instruments législatifs

- rappel de la jurisprudence en droit des télécommunications: Trinko (USA), Deutsche Telekom (CJUE)

Le principe non bis in idem

- les conclusions de l'AG dans l'affaire bpost

Quel niveau de protection découlerait d'un marché concurrentiel?

- démarche contrefactuelle

“Fair processing” comme benchmark? (Kalimo et Majcher 2017; Stigler 2019)

Antitrust et privacy aux Etats-Unis

La “privacy” est un élément de la protection du consommateur (section 5 FTC Act de 1914)

- *“Unfair and deceptive practices”*
- Amende de \$5 milliards contre Facebook en 2019 (Maxwell 2019)
- Pratique des accords transactionnels

“New Brandeis Movement” (Khan 2018, Wu 2018)

- pris en compte des intérêts des citoyens et des processus démocratiques

L’affaire hiQ Labs c. LinkedIn (Douglas 2021; Edelman 2021)

Quels remèdes?

Les consent orders de la FTC et du DOJ

Les propositions Stigler Committee

Une portabilité renforcée (Krämer 2021a)

L'approche DSP2

Open Finance Project

Proposition de Data Act

Quels remèdes?

L'interopérabilité

- “data interoperability” vs. “protocol interoperability” (Krämer 2021b; Stigler 2019)
- La proposition DMA - core platform functions

Les intermédiaires de partage de données à caractère personnel (Proposition d'Acte sur la gouvernance des données)

- neutres, indépendants, ne pas pousser au partage
- quel modèle économique?

Références

Gal, Michal and Aviv, Oshrit, The Competitive Effects of the GDPR (March 4, 2020). Journal of Competition Law and Economics (2020), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3548444>

Orla Lynsky, 'Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law' (2017) 54Common Market Law Review, Issue 1, pp. 11–50 (with Francisco Costa-Cabral)

Acquisti, Alessandro & John, Leslie & Loewenstein, George. (2013). What Is Privacy Worth?. The Journal of Legal Studies. 42. 10.1086/671754.

Joseph Farrell, Can Privacy Be Just Another Good?, 10 J. on Telecommunications and Hightech Law, 251 (2012)

Tim Wu, Be Afraid of Bigness, Be Very Afraid, New York Times, 10 Nov. 2018.

Jan Krämer, How do data portability and interoperability affect competition, OECD 9 June 2021b <https://www.youtube.com/watch?v=xewekf3YI9E>

Olivier Magnan-Saurin, La CNIL nous a tueR, Medium, 5 février 2020

Erika M. Douglas, The New Antitrust/Data Privacy Law Interface, The Yale Law Journal Forum, 18 January 2021

hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019)

Références

European Commission Press Release Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector, 22 June 2021.

Gilad Edelman, Antitrust and Privacy Are on a Collision Course, Wired 12 April 2021

Autorité de la Concurrence, Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet, p. 112

Jan Krämer, Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 17, Issue 2, June 2021a, Pages 263–308, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa030>

Kuebler-Wachendorff, S., Luzsa, R., Kranz, J. *et al.* The Right to Data Portability: conception, status quo, and future directions. *Informatik Spektrum* 44, 264–272 (2021). <https://doi.org/10.1007/s00287-021-01372-w>

Winston J. Maxwell, Amende contre Facebook : comment la FTC américaine s'est transformée en « super CNIL », *The Conversation*, 11 août 2019

Winston Maxwell, Facebook: l'Allemagne rouvre la voie à une régulation des données par le droit de la concurrence, *Edition Multimédi@*, n° 238, 20 juillet 2020.

Stigler Committee in Digital Platforms, Final Report, September 2019

Références

Giuseppe Colangelo, Mariateresa Maggolino, Data accumulation and the privacy–antitrust interface: insights from the Facebook case, *International Data Privacy Law*, Volume 8, Issue 3, August 2018, Pages 224–239, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy018>

Lina Khan, The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, March 2018, Pages 131–132, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>

Kalimo, Harri and Klaudia Majcher. “The Concept of Fairness: Linking EU Competition and Data Protection Law in the Digital Marketplace.” *European Law Review* (2017): 210-233.

Winston J. Maxwell, Principles-based regulation of personal data: the case of ‘fair processing’, *International Data Privacy Law*, Volume 5, Issue 3, August 2015, Pages 205–216, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipv013>

CJUE, bpost c. Autorité belge de la concurrence, conclusions de l’avocat général Bobek du 2 septembre 2021