

N° 8309⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

PROJET DE LOI

portant mise en oeuvre du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) et portant modification de :

- 1° la loi modifiée du 14 août 2000 sur le commerce électronique ;**
- 2° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence**

* * *

AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES DONNEES

(19.1.2024)

1. Conformément à l'article 57.1.c) du 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) (ci-après le « RGPD »), auquel se réfère l'article 7 de la loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données, la Commission nationale pour la protection des données (ci-après la « Commission nationale » ou la « CNPD ») « *conseille, conformément au droit de l'État membre, le parlement national, le gouvernement et d'autres institutions et organismes au sujet des mesures législatives et administratives relatives à la protection des droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement* ».

N'ayant pas été directement saisie par Monsieur le Ministre de l'Economie, ni au stade de l'avant-projet, ni au stade du projet de loi, la Commission nationale souhaite néanmoins se prononcer quant au projet de loi n°8309 portant mise en oeuvre du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) et portant modification de : 1° la loi modifiée du 14 août 2000 sur le commerce électronique ; 2° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence.

2. Le règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre et modifiant la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) (ci-après le « règlement » ou le « DSA ») vise à moderniser certaines législations nationales relatives au secteur numérique. Ce faisant, le règlement et le projet de loi y afférant viennent impacter d'importantes notions relatives à la protection des données. Dans ce contexte, la CNPD tient à faire part de ses observations par rapport à certains articles du projet de loi et du règlement présentant des aspects ayant trait à la protection des données à caractère personnel.

3. Le présent avis n'examine pas en détail le projet de loi mais se limitera à soulever les problématiques fondamentales qui se posent au regard de la protection des données.

Pour une analyse plus approfondie du DSA, il est renvoyé à l'avis 1/2021 du contrôleur européen de la protection des données (ci-après l'« EDPS ») du 10 février 2021¹.

I. Concernant l'article 23 du projet de loi

4. La CNPD exprime son inquiétude quant à la rédaction actuelle des articles 23.1 et 23.2 du projet de loi en ce qu'ils permettent à l'Autorité de la concurrence de prendre des décisions relatives à la protection des données personnelles : « *Si l'administration centrale ou l'établissement public consulté n'émet pas d'avis dans le délai imparti, cela n'empêche pas l'Autorité de poursuivre son enquête et d'adopter une décision conformément à la présente loi* ». La rédaction de cet article ne retranscrit pas, d'une part le considérant 109 du DSA qui dispose que : « *Le présent règlement n'impose pas aux États membres de confier aux autorités compétentes la mission de se prononcer sur la licéité d'éléments de contenus spécifiques*. » et d'autre part, la volonté des rédacteurs du projet de loi qui précisent dans leurs propos liminaires : « *Il est important de noter ici que le DSC sera chargé de contrôler et chapeauter la mise en oeuvre du DSA, sans pour autant toucher aux compétences des autorités sectorielles déjà en place. Une délimitation doit être faite entre, d'un côté, la réglementation du contenu-même sur internet – traitée par les textes sectoriels – et, de l'autre côté, la coordination des procédures prévues par le DSA, qui est propre au DSC. En effet, le DSA ne confie pas au DSC la mission de se prononcer sur la licéité d'éléments de contenus spécifiques – compétence exclusive relevant des différentes autorités sectorielles*. ». La CNPD insiste sur le fait qu'en l'état actuel de la rédaction de l'article 23, la saisine par l'Autorité de la concurrence des autorités sectorielles est facultative, ce qui ne permet, ni d'assurer une protection adéquate de la vie privée et des libertés fondamentales, ni de garantir le principe de sécurité juridique concernant les points évoqués. La Commission nationale estime opportun pour les rédacteurs du projet de loi de revoir la rédaction dudit article afin de trouver un juste équilibre entre le principe de coopération loyale² et l'indépendance des différentes autorités.

5. Par ailleurs, l'article 23 ne présente aucune précision quant au « délai imparti » et les modalités de fixation de ce dernier, en conséquence de quoi la CNPD craint, en l'état de la rédaction actuel du texte, de voir menacée son indépendance par la perte de son autonomie concernant son agenda et ses ressources. En effet, tout dossier présenté par l'Autorité de la concurrence se verra traité prioritairement par la CNPD afin d'éviter toute ingérence concernant sa jurisprudence relative au RGPD. Ce fonctionnement impliquera un détournement des agents au profit de l'Autorité de la concurrence pendant une durée qui échappera à tout contrôle de la Commission nationale. Cette perte d'autonomie pourrait se révéler préjudiciable pour le citoyen qui s'attend à ce qu'une autorité indépendante de défense des libertés fondamentales soit totalement autonome dans sa gestion et puisse exécuter ses missions en toute liberté et indépendance.

6. D'autre part, la CNPD se préoccupe des conséquences d'une application stricte du texte tel que proposé et plus particulièrement en son premier paragraphe « *[...] A cette fin, l'Autorité peut accéder dans les meilleurs délais à tout document et élément d'information détenus par l'administration centrale ou établissement public concernés utiles à l'accomplissement de sa mission* », la rédaction telle que proposée ne connaît pas de limite dans son application et peut cibler l'entièreté des informations détenues par la Commission nationale. A ce titre, la CNPD se questionne sur les possibles implications de cet article au regard de son indépendance et de sa gestion conformément à l'article 52 du RGPD, ainsi que des conséquences d'une telle disposition compte tenu de la rédaction du paragraphe (2) de l'article 23 du projet de loi. En effet, la saisine des autorités sectorielles n'étant pas imposée par la rédaction actuelle du projet de loi, la CNPD craint qu'il ne soit loisible pour l'Autorité de la concurrence, une fois en possession de l'ensemble des documents détenus par la CNPD, d'interpréter ces documents et informations qui aurait été fournis ultérieurement sur base du paragraphe (1), et ainsi, de prendre des décisions relatives à la protection des données sans avoir précédemment sollicité la Commission nationale ou en privant celle-ci d'un délai raisonnable pour formuler son avis. La CNPD constate au surplus que les rédacteurs du projet de loi s'expriment en ce sens dans le commentaire des articles : « *Dans ce cas [non-respect du délai], l'Autorité peut poursuivre son enquête et adopter, le*

¹ Opinion 1/2021 on the Proposal for a Digital Services Act : https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf

² Cour de justice de l'Union européenne *Meta v Bundeskartellamt* C-252/21

cas échéant, une décision sur la base des informations disponibles et des avis exprimés par d'autres administrations publiques, ou en se basant sur son propre jugement d'expert ». La CNPD souhaiterait donc voir restreint l'accès à ses documents et informations aux situations précisées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³ et notamment dans les cas où l'Autorité de la concurrence nourrirait des doutes concernant : « *La portée de l'appréciation effectuée par la [CNPD] ou l'autorité de contrôle chef de file, lorsque le comportement en cause ou un comportement similaire fait, en même temps, l'objet d'un examen de la part de ces autorités, ou encore lorsque, en l'absence d'enquête desdites autorités, elle considère qu'un comportement d'une entreprise n'est pas conforme aux dispositions du RGPD* »

7. En outre, la CNPD se félicite de l'intention des rédacteurs d'instaurer un groupe de travail afin, comme le précise ces derniers dans l'exposé des motifs du projet de loi : « *d'assurer une bonne application du DSA* ». Toutefois, la Commission nationale souhaiterait attirer l'attention sur le fait que les rédacteurs du projet de loi n'ont pas expressément envisagé, dans la rédaction actuelle du projet de loi, la structure, les ressources et le fonctionnement du groupe de travail. Il pourrait en effet se révéler opportun de déterminer les participants d'un tel groupe, son budget de fonctionnement, et ses objectifs à court, moyen et long terme. La CNPD considère que l'encadrement légal d'un tel groupe garantirait une application saine du DSA et un respect des différentes compétences octroyées aux diverses autorités sectorielles qui d'ailleurs ne sont pas définies dans le projet de loi. En outre, la CNPD tient à préciser que cette exigence de coopération a été appréciée par la Cour de justice de l'Union européenne à travers une jurisprudence constante : « *Ainsi, compte tenu de ce principe [de coopération loyale], lorsque les autorités de la concurrence nationales sont amenées, dans l'exercice de leurs compétences, à examiner la conformité d'un comportement d'une entreprise aux dispositions du RGPD, elles doivent se concerter et coopérer loyalement avec les autorités de contrôle nationales concernées ou avec l'autorité de contrôle chef de file, l'ensemble de ces autorités étant alors tenues, dans ce contexte, de respecter leurs pouvoirs et compétences respectifs, de manière à ce que les obligations découlant du RGPD ainsi que les objectifs de ce règlement soient respectés et que leur effet utile soit préservé* »⁴. Dans ce contexte la Commission nationale regrette que les rédacteurs du projet de loi n'aient pas choisi d'aller plus loin dans l'encadrement de ladite coopération.

8. Pour les raisons exprimées ci-dessus et en vertu du principe de sécurité juridique, la Commission nationale estime nécessaire, d'une part, que l'accès à ses documents et informations doit être limité à ce que la Commission nationale estime comme nécessaire pour la raison qui lui est présentée, et, d'autre part, que les auteurs du projet de loi octroient à la CNPD des compétences dans le contexte des articles présentant une inférence significative avec le RGPD tel que listé ci-après.

II. Sur l'opportunité de désigner la CNPD comme autorité compétente pour certains articles du DSA

9. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, la désignation de l'Autorité de la concurrence en tant que coordinateur pour les services numériques vise à mettre en oeuvre l'article 49 du DSA. S'il est bien précisé que l'article 49 laisse à l'Etat membre la possibilité de désigner plusieurs autorités compétentes, comme cela est concrètement envisagé par la France⁵, la Lituanie⁶ et la Finlande⁷, l'exposé des motifs reste silencieux sur les raisons qui ont amené les rédacteurs du projet de loi à ne pas prévoir une désignation de la CNPD comme autorité compétente. A ce titre, et au regard des inférences potentielles du projet de loi avec l'application du RGPD, la Commission nationale tient à faire part de ses observations compte tenu de certains articles du DSA et du projet de loi, qui, s'ils relevaient de sa compétence, permettrait une meilleure application du RGPD et du DSA.

³ Cour de justice de l'Union européenne *Meta v Bundeskartellamt* C-252/21

⁴ Voir en ce sens arrêts du 14 novembre 1989, (14/88, EU:C:1989:421, point 20), et du 11 juin 1991, (C-251/89, EU:C:1991:242, point 57).

⁵ Projet de loi français : <https://www.senat.fr/leg/pj122-593.html>

⁶ Projet de loi lituanien : <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAP/35b2f692fe1611edbcObd16e3a4d3b97>

⁷ Projet de loi finlandais : <https://www.lausuntopalvelu.fi/FI/Proposal/Participation?proposallid=861bdfd6-8f38-409a-8f5b-91e08b98c072>

10. Sur la base des éléments suivants, la CNPD souhaiterait que les rédacteurs du projet de loi apprécient l'opportunité d'attribuer compétence à l'autorité pour la protection des données concernant certains articles spécifiques du DSA :

1. L'article 25 du DSA

11. L'article 25 vise à réguler l'utilisation des « *dark patterns* » ou encore des « *deceptive designs* » par les fournisseurs de plateformes en ligne. S'il reste opportun pour les différentes autorités sectorielles d'affiner une définition précise des termes « *dark patterns* » et « *deceptive designs* », la CNPD a considéré jusqu'à présent comme tel « *des pratiques de design trompeur et des pratiques visant à piéger l'utilisateur* »⁸. Dans ce contexte, la CNPD attire l'attention des rédacteurs du projet de loi sur le fait que ledit article exclut expressément de son champ d'application les pratiques couvertes par le RGPD et la directive 2005/29/CE. Toutefois, la Commission nationale précise qu'une définition uniforme de la notion de « *dark patterns* » devrait être adoptée par les autorités sectorielles luxembourgeoises afin d'assurer une sécurité juridique optimale et un respect des libertés fondamentales. Dans ce contexte la CNPD précise qu'elle a eu l'occasion, via les groupes de travaux européens, de produire des lignes directrices concernant ce domaine spécifique⁹. En tout état de cause, l'application de cet article implique une action coordonnée des autorités sectorielles luxembourgeoises concernées, afin de déterminer les contours des compétences de chaque autorité, par conséquent, la CNPD souhaiterait que le projet de loi sous examen établisse un cadre de coopération renforcé entre les différentes autorités, en ayant, par exemple, recours au groupe de travail que les rédacteurs souhaitent instaurer. A ce titre, la CNPD considère qu'il serait opportun de voir précisé par les rédacteurs du projet de loi une stricte délimitation des champs de compétence concernant le contrôle des « *dark patterns* ». Cette stricte délimitation pourrait se faire, par exemple, par l'élaboration au sein du projet de loi, d'une définition des termes « *dark patterns* » et « *deceptive designs* » au regard du DSA et du RGPD. Une seconde option serait, d'inscrire la rédaction d'une telle définition comme l'un des objectifs du groupe de travail souhaité par les rédacteurs du projet de loi. De cette manière, la CNPD et l'Autorité de la concurrence seraient à même de sanctionner clairement et efficacement des pratiques relevant de leurs compétences respectives.

2. L'article 26 du DSA

12. L'article 26, qui encadre les publicités sur les plateformes en ligne, est fortement lié au RGPD en ce que, d'une part, l'article 26.3 vient interdire la publicité personnalisée basée sur le profilage de données sensibles telles que définies à l'article 9 du RGPD, et, en ce que d'autre part, l'article 26.1.d) du DSA vient déterminer les informations et les moyens de contrôles dont devra disposer le destinataire d'une publicité.

13. Par ailleurs, la CNPD tient à faire observer que le législateur finlandais¹⁰ envisage d'octroyer compétence sur l'article 26.1.a) b). c) et d) du DSA à son autorité de protection des données, dans les situations où la publicité utilisée n'a pas un objectif commercial. Ce faisant, le législateur finlandais poursuit un travail d'efficacité en matière de protection des données personnelles et de la vie privée.

14. En outre, il semble opportun de faire remarquer que la CNIL, l'autorité de protection des données française, s'est vu octroyer, dans un souci de cohérence et de bonne application du RGPD, compétence concernant les articles 26.1.d) et 26.3 du DSA. Cette attribution de compétence revêt une certaine efficacité comme le fait remarquer ladite autorité de protection des données : « *la CNIL estime que cette nouvelle attribution de compétences est logique dans la mesure où ces dispositions ne font que renforcer, pour les fournisseurs de plateformes en ligne, certaines obligations précises issues du RGPD. La correcte application des dispositions des articles 26 („publicité sur les plateformes en ligne“), 27 („transparence du système de recommandation“) et 28 („protection des mineurs en ligne“) du DSA,*

⁸ Lignes directrices en matière de cookies et autres traceurs – CNPD Version du 03.01.2022

⁹ Lignes directrices 03/2022 concernant les « modèles de conception trompeuse » ou « *dark patterns/deceptive design* » dans les interfaces des plateformes de médias sociaux : comment les reconnaître et les éviter (traduction libre) – “*Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them*”

¹⁰ Projet de loi finlandais : <https://www.lausuntopalvelu.fi/El/Proposal/Participation?proposald=861bdfd6-8f38-409a-8f5b-91e08b98c072>

qui renvoient de manière plus ou moins directe à des enjeux liés à la protection des données, nécessitera une coordination entre les autorités compétentes désignées [...] »¹¹.

15. En tout état de cause, la CNPD propose qu'elle soit désignée comme autorité compétente pour l'ensemble des dispositions relatives à l'article 26.3 ainsi que l'article 26.1. b). c). d) du DSA.

3. L'article 27 du DSA

16. L'article 27 « *Transparence du système de recommandation* » vise à permettre à un destinataire d'une publicité (p.ex. un utilisateur d'un réseau social, qui est lui-même souvent une « *personne concernée* » au regard du RGPD) de comprendre pourquoi une publicité le vise en particulier et sur la base de quelles informations. L'article précise que les destinataires des publicités devront se voir expliquer en des termes simples et compréhensibles les moyens dont ils disposent pour modifier ou influencer les paramètres en question. La CNPD constate donc que cet article a pour objectif d'expliquer aux utilisateurs le fonctionnement du profilage, ainsi que de détailler la valeur de chaque donnée personnelle utilisée par le système de recommandation.

17. Dans la mesure où cet article se base sur la notion de profilage et que celui-ci repose sur les données personnelles des utilisateurs, la CNPD estime qu'il revient à l'autorité de la protection des données personnelles de s'assurer que toute transparence soit faite aux personnes concernées et aux utilisateurs sur l'utilisation qui est faite de leurs données. La CNPD rappelle, à l'appui de ses propos, que le Comité européen de la protection des données (CEPD) a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le profilage à travers la publication de lignes directrices¹² et qu'en conséquence il s'agit d'un sujet sur lequel la CNPD possède une certaine expertise.

18. Par ailleurs, le principe selon lequel l'information doit être compréhensible et facilement accessible et qui est précisé en ces termes par l'article 27 du DSA : « *Les fournisseurs de plateformes en ligne qui utilisent des systèmes de recommandation établissent dans leurs conditions générales, dans un langage simple et compréhensible* » est une récurrence au sein de la protection des données. Par conséquent, la CNPD dispose déjà des compétences et de l'expérience lui permettant d'assurer le respect de cette disposition.

19. En tout état de cause, la CNPD recommande aux rédacteurs du projet de loi de lui octroyer entière compétence sur l'article 27 du DSA.

4. L'article 28 du DSA

20. L'article 28.1 impose aux fournisseurs de plateformes en ligne de mettre « *en place des mesures appropriées et proportionnées pour garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité des mineurs sur leur service.* ». Ce même article prohibe en son paragraphe 2 aux fournisseurs de plateformes en ligne d'utiliser un système de profilage en « *utilisant des données à caractère personnel concernant le destinataire du service dès lors qu'ils ont connaissance avec une certitude raisonnable que le destinataire du service est un mineur* ». La CNPD considère détenir les compétences et l'expertise nécessaires afin d'assurer le contrôle du respect de cet article, en effet, celle-ci constate que cette obligation présente des similarités importantes avec l'objectif décrit par le considérant 38 du RGPD¹³ : « *Cette protection spécifique (celle octroyée aux enfants) devrait, notamment, s'appliquer à l'utilisation de données à caractère personnel relatives aux enfants à des fins de marketing ou de création de profils de personnalité ou d'utilisateur et à la collecte de données à caractère personnel relatives aux enfants lors de l'utilisation de services proposés directement à un enfant.* » Elle précise, au surplus, qu'une protection particulière des mineurs est déjà garantie par le RGPD en son article 8

11 Délibération n° 2023-036 du 20 avril 2023 portant avis sur le projet de loi « visant à sécuriser et réguler l'espace numérique » : https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000047551574?init=true&page=1&query=* &searchField=ALL&tab_selection=cnil

12 Sans produire une liste exhaustive : EDPB : « *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679* ».

13 Ainsi qu'au surplus les considérants 58, 65 et 71.

« Conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information » et que l'article 40.2.g) du RGPD octroie à l'autorité de protection des données la possibilité d'encourager la création de codes de conduite concernant « les informations communiquées aux enfants et la protection dont bénéficient les enfants et la manière d'obtenir le consentement des titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant; ». En outre, la CNPD rappelle qu'elle dispose d'une expérience non négligeable en matière de profilage et de traçage des utilisateurs, par conséquent la Commission nationale s'estime compétente pour assurer le respect de l'article 28.2 du DSA.

21. Enfin, la CNPD ayant déjà compétence pour apprécier l'opportunité d'un traitement de données personnelles il serait opportun de lui attribuer la charge de faire respecter l'article 28.3 du DSA qui précise « Le respect des obligations énoncées dans le présent article n'impose pas aux fournisseurs de plateformes en ligne de traiter des données à caractère personnel supplémentaires afin de déterminer si le destinataire du service est un mineur. »

22. Par conséquent, la CNPD recommande aux rédacteurs du projet de loi de la désigner compétente pour l'entièreté de l'article 28 du DSA.

Ainsi adopté à Belvaux en date du 19 janvier 2024

La Commission nationale pour la protection des données

La Présidente,
Tine A. LARSEN

Le Commissaire,
Thierry LALLEMANG

Le Commissaire,
Marc LEMMER

Le Commissaire,
Alain HERRMANN

