

N

Monthly
Newsletter
October 2023

**Schellenberg
Wittmer**

Data



Digital Markets Act et Digital Services Act : conséquences pour la Suisse

Lorenza Ferrari Hofer, Roland Mathys, Helen Reinhart

Key Take-aways

1. La législation sur les marchés numériques (**DMA**) et sur les services numériques (**DSA**) introduit des règles de conduite étendues pour une utilisation équitable et sûre des plateformes numériques.

2. Les entreprises suisses ayant des activités dans l'UE devront désigner un représentant légal dans l'UE. Les utilisateurs suisses seront protégés par des obligations de transparence et de diligence de la part des plateformes en ligne.

3. Pour la Suisse aussi, il convient de développer une stratégie pour les places de marché numériques afin de créer un cadre fiable pour mieux exploiter le potentiel d'innovation des données.

1 Nouvelles réglementations européennes sur l'utilisation des données et obligations de comportement pour les groupes numériques

La législation sur les marchés numériques (**DMA**, Règlement UE 2022/1925) et sur les services numériques (**DSA**, Règlement UE 2020/31) introduit dans l'Union européenne (**UE**) des règles de conduite pour les plateformes numériques afin de garantir les droits fondamentaux des utilisateurs de services numériques et des conditions de concurrence favorisant l'innovation, la croissance et la compétitivité. Cette législation est née du constat selon lequel, malgré des mesures sectorielles prises au niveau de l'UE, l'économie numérique qui s'est développée conduit parfois à des conditions déloyales pour les entreprises et les consommateurs qui utilisent ces plateformes. L'objectif de cet ensemble uniforme de règles est de créer un cadre juridique contribuant à un ensemble de plateformes en ligne sûr, équitable et ouvert. Le paquet législatif sur les services numériques de l'UE est entré en vigueur en novembre 2022 et devrait être applicable à partir du printemps 2024.

A partir de septembre 2023, le paquet législatif sur les services numériques de l'UE a été complété par l'entrée en vigueur du règlement sur la gouvernance des données de l'UE (DGA, Règlement UE 2022/868). Ce règlement établit des règles pour le transfert et la réutilisation des données confidentielles et (non) personnelles des organismes publics de l'UE, dans le but de créer un partage et une mise en commun des données fiables et de renforcer la libre circulation des données.

La DSA crée un cadre juridique pour un environnement en ligne sûr et équitable.

1.1 La loi sur les services numériques

La DSA définit des **obligations uniformes à l'échelle européenne pour les fournisseurs de services numériques**. Elle remplace les dispositions de la directive sur le commerce électronique (directive 2000/31/CE) en ce qui concerne la responsabilité en cas de diffusion de contenus illégaux et les exigences en matière d'injonctions de suppression et d'information.

Les services numériques comprennent principalement les intermédiaires en ligne (par exemple, l'accès à Internet et les moteurs de recherche) et les plateformes en ligne, telles que les marchés en ligne (par exemple, Amazon), les réseaux sociaux (par exemple, Meta et Instagram), les plateformes de partage de contenu (par exemple, Box) et les magasins d'appli-

cations, ainsi que les plateformes de voyage et d'hébergement en ligne (par exemple, AirBnB).

En fonction de leur taille, de leur importance et de leur rôle, ces fournisseurs de services numériques sont soumis à différentes **obligations nouvelles et étendues en matière de diligence**. Parmi les obligations les plus importantes figurent l'échange de données avec les autorités dans le cadre d'obligations de signalement et de coopération en cas d'infraction pénale, l'obligation de mettre en place une procédure de notification et de retrait des contenus illicites, ainsi que des règles détaillées en matière de publicité numérique (avec notamment l'interdiction de la publicité ciblée pour les enfants) et de conception des sites web. Des règles strictes s'appliquent aux très grandes plateformes et aux moteurs de recherche comptant au moins 45 millions d'utilisateurs actifs par mois dans l'UE. Ces très grands services en ligne doivent analyser les risques sociétaux de leurs prestations, par exemple en ce qui concerne la diffusion de contenus illégaux et les répercussions sur les élections, les droits de l'homme ou la santé mentale des utilisateurs, et prendre des mesures pour minimiser les risques identifiés.

Des obligations seront imposées à tous les fournisseurs en ligne de l'UE.

1.2 La loi sur les marchés numériques

La DMA complète le paquet législatif sur les services numériques de l'UE et vise à empêcher les grandes plateformes en ligne, appelées **contrôleurs d'accès (gatekeepers)**, d'imposer des **conditions inéquitables** aux entreprises et aux utilisateurs finaux et à garantir **l'accessibilité des principaux services numériques**.

Les contrôleurs d'accès sont des plateformes qui ont un impact considérable sur le marché unique numérique de l'UE en servant de porte d'entrée importante pour les utilisateurs commerciaux afin d'atteindre leurs utilisateurs finaux. Cela peut les placer en position d'agir en tant que régulateurs privés entre les entreprises et les utilisateurs finaux. La DMA définit au total dix services de plateforme importants, tels que les moteurs de recherche en ligne (par ex. Google Maps), les systèmes d'exploitation (par ex. Microsoft et Apple), les navigateurs web (par ex. Firefox), les assistants virtuels (par ex. Alexa) et les réseaux sociaux (par ex. Meta). Pour la classification en tant que *gatekeepers*, la DMA définit des seuils comparables aux critères des très grands services selon la DSA.

Les contrôleurs d'accès sont tenus de mettre en œuvre une série de mesures visant à garantir que les utilisateurs finaux peuvent facilement se déconnecter des services de la plateforme centrale ou désinstaller les services de la plateforme

centrale préinstallés et supprimer à tout moment les logiciels installés par défaut avec le système d'exploitation. Ces règles de conduite sont accompagnées d'obligations de conformité, de suivi et de rapport de la part du contrôleur d'accès.

En plus de pouvoirs d'enquête et de décision étendus, la DMA prévoit que la Commission européenne peut imposer des **sanctions**, notamment des amendes pouvant aller jusqu'à 20% du chiffre d'affaires annuel mondial.

2 Impact sur les marchés numériques suisses

Du point de vue des **marchés numériques suisses**, les développements actuels du droit européen sont pertinents à deux égards. D'une part, de nombreuses entreprises en Suisse seront directement concernées par les nouveautés législatives. D'autre part, la nouvelle législation européenne aura un impact indirect sur les acteurs du marché en Suisse.

2.1 Effets directs

Les **conséquences directes** les plus importantes concernant les entreprises suisses qui proposent des services et des marchandises sur le marché unique numérique de l'UE, c'est-à-dire qui participent au marché intérieur numérique de l'UE. En effet, ces derniers sont tenus de désigner un **représentant juridique dans l'UE**.

Tant la DSA que la DMA et la DGA ont un effet extraterritorial et imposent des obligations que tous les fournisseurs du marché unique numérique de l'UE doivent respecter. Afin de permettre l'application de ces obligations, l'UE requiert un représentant légal dans l'UE. Celui-ci doit avoir son siège social dans l'UE et peut être tenu directement responsable en cas de violation du règlement.

Dans certains cas, des obligations étendues incombent également aux plateformes en ligne suisses. Elles vont des **obligations de notification et de coopération** avec les autorités pour lutter contre les contenus numériques illégaux à la mise en place d'un système de notification permettant aux utilisateurs de signaler les contenus qu'ils considèrent comme illégaux.

Afin d'améliorer la transparence, les fournisseurs de services en ligne doivent également publier des **rapports annuels de transparence** décrivant les pratiques de modération. Les fournisseurs d'hébergement doivent justifier clairement et spécifiquement les éventuelles restrictions de leurs services. Les utilisateurs doivent également pouvoir les contester par le biais d'un système de plainte interne.

Enfin, des règles strictes s'appliquent à la publicité. Celle-ci doit être reconnaissable en tant que telle et les annonceurs ainsi que la source de financement de la publicité (si elle est différente) doivent être communiqués. Enfin, la publicité basée sur le profilage de données sensibles est interdite.

Les obligations de diligence particulièrement strictes pour les très grandes plateformes en ligne (avec en moyenne plus de 45 millions d'utilisateurs actifs dans l'UE) ou pour les plateformes en ligne ayant une fonction de "gatekeeper" ne s'appliqueront pas directement aux fournisseurs suisses, du moins pas pour le moment. En effet, aucune très grande plateforme en ligne n'a aujourd'hui son siège en Suisse.

2.2 Effets indirects

Les utilisateurs suisses profiteront de la transparence accrue et des obligations de diligence étendues des plateformes en ligne. On peut en effet supposer que les plateformes actives à l'échelle européenne n'exploiteront pas de solution spécifiquement "suisse" avec des normes techniques différentes.

En outre, il faut s'attendre à ce que les plateformes en ligne suisses adoptent volontairement, en tout ou en partie, les mécanismes de protection du droit de l'UE en matière de communication publique et de lutte contre les contenus numériques illégaux, car ils représentent des avantages juridiques généraux pour tous les utilisateurs et rendent les offres en ligne attrayantes.

On ne sait pas encore si les mesures de gouvernance de l'UE encourageront l'altruisme en matière de données et le transfert de données vers la Suisse. La pratique des prestataires de services intermédiaires en ligne et la jurisprudence des autorités de l'UE montreront si la protection des droits de propriété intellectuelle, et surtout des secrets d'affaires, est jugée suffisante et digne de confiance dans le pays de transfert qu'est la Suisse, de sorte que davantage de données non personnelles circuleront librement entre la Suisse et les pays de l'UE.

Une stratégie pour les places de marché numériques s'impose aussi pour la Suisse.

3 Marchés numériques : quelles prochaines étapes ?

Le développement d'une **stratégie concrète** pour les places de marché numériques s'impose également pour la Suisse, car il s'agit de créer un cadre juridique digne de confiance afin de mieux exploiter le potentiel d'innovation des données. Cela est particulièrement important pour la réglementation des plateformes en ligne, qui jouent un rôle économique croissant en Suisse également. Il ne faut pas non plus oublier les réglementations relatives à l'accès et à l'utilisation des technologies numériques telles que le *cloud computing* et le *big data*, ainsi qu'au développement des infrastructures liées aux technologies de l'information et de la communication.

On ne sait pas encore aujourd'hui dans quelle mesure les normes juridiques du paquet numérique de l'UE s'imposeront en Suisse. Il est clair que l'UE joue un **rôle de pionnier** dans la réglementation du marché unique numérique de l'UE. Les plateformes en ligne suisses qui souhaitent être actives sur le marché intérieur de l'UE doivent s'adapter aux normes numériques de l'UE. La taille et l'importance du marché unique numérique de l'UE plaident en faveur d'une prise en compte et d'une imposi-

tion autonome des normes de l'UE en dehors de l'UE.

La Suisse suit et analyse régulièrement la politique numérique de l'UE et ses mesures, comme dernièrement avec le document d'analyse du groupe interdépartemental de coordination de la politique numérique de l'UE (IK-EUDP) de la Confédération (mars 2023). Les premières mesures visant à promouvoir des espaces de données fiables en Suisse et à l'étranger ont déjà été prises (<https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-dac-cueil/suisse-numerique-et-internet/strategie-suisse-numerique/politique-des-donnees/autodetermination-numerique.html>). Une "Stratégie pour une Suisse numérique" pour l'administration fédérale existe également déjà et prévoit des lignes directrices contraignantes pour la transformation numérique (<https://digital.swiss/fr/strategie/strategie-suisse-numerique.html>). Il reste toutefois à agir dans le domaine des marchés économiques numériques et, d'ici là, les mesures numériques de l'UE joueront un rôle important d'orientation pour les normes juridiques applicables aux plateformes en ligne.

Dans ce contexte, on attend avec impatience la loi sur les données (Data Act, proposition de loi de la Commission européenne du 23 février 2022), qui doit déterminer dans quelles circonstances les données personnelles et non personnelles générées dans l'UE peuvent être utilisées à des fins commerciales. Les travaux relatifs au règlement sur l'intelligence artificielle (AI Act, paquet législatif de la Commission européenne du 21 avril 2021), qui devrait déterminer les obligations des applications d'IA en fonction du niveau de risque pour les utilisateurs, sont également intéressants.



Grégoire Tribolet
Associé Genève
gregoire.tribolet@swlegal.ch



Dr. Lorenza Ferrari Hofer
Associée Zurich
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch



Roland Mathys
Associé Zurich
roland.mathys@swlegal.ch



David Mamane
Associé Zurich
david.mamane@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer Ltd



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.com

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.com

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg