



## NOTE DES AUTORITES FRANÇAISES

Paris, le 15/09/2023

**Objet : Consultation publique de la Commission européenne sur le modèle de description audité des techniques de profilage des consommateurs des contrôleurs d'accès en vertu de l'article 15 du *Digital Markets Act***

Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2022, le règlement n°2022/1925 sur les marchés numériques ou « *Digital Markets Act* » (ci-après, « DMA ») s'applique depuis le 2 mai 2023. La Commission européenne a adopté, le 6 septembre 2023, les décisions de désignation des contrôleurs d'accès (cf. article 3§9 du DMA) qui devront, pour les services de plateforme essentiels visés par leur décision respective, se conformer aux obligations prévues dans les articles 5 à 7 du DMA dans un délai de six mois (cf. article 3§10).

Dans ce même délai, les contrôleurs d'accès devront également, en application de l'article 15 du DMA, répondre à une **obligation d'audit**, et fournir à la Commission européenne une description ayant fait l'objet **d'un audit indépendant de toutes les techniques de profilage des consommateurs** appliquées dans le cadre des services de plateformes essentiels énumérés dans leur décision de désignation (cf. article 15§1). Cette description auditée est transmise par la Commission européenne au Comité européen de la protection des données. L'article 15§3 prévoit qu'un aperçu de cette description doit être mis à disposition du public par le contrôleur d'accès, qui est autorisé à expurger cette version publique de ses secrets d'affaires. Enfin, la description auditée et son aperçu mis à disposition du public doivent être mis à jour annuellement.

L'article 15§2 prévoit par ailleurs que la Commission peut adopter un acte d'exécution afin de mettre au point la méthodologie et la procédure de l'audit. Le cas échéant, elle doit soumettre son projet d'acte d'exécution à la consultation du Contrôleur européen de la protection des données et peut le soumettre au Comité européen de la protection des données, à la société civile ou à d'autres experts compétents (cf. article 46§1 g).

Comme précisé dans le considérant 72 du DMA, la description des techniques de profilage des consommateurs utilisées par les contrôleurs d'accès, dont un aperçu doit être publié, a vocation à **accroître la transparence** sur les pratiques de ces derniers en matière de collecte et d'accumulation des données de leurs utilisateurs finaux. Cette transparence contribue en effet à la contestabilité des services de plateformes essentiels en offrant l'occasion aux concurrents de se différencier sur le plan de la protection de la vie privée des utilisateurs finaux.

Le 31 juillet 2023, la Commission européenne a lancé, jusqu'au 15 septembre, une consultation publique sur un projet de modèle de la description auditée des techniques de profilage des consommateurs que les contrôleurs désignés devront soumettre annuellement en vertu de l'article 15 du DMA.

**Les autorités françaises accueillent favorablement le lancement de cette consultation publique**, qui vise à préciser le degré d'information attendu des contrôleurs d'accès par la Commission pour se conformer à leur obligation de transparence en matière de protection des données et de la vie privée, en particulier relative à l'audit des techniques de profilage des consommateurs qu'ils utilisent.

Les éléments requis ont en effet vocation, notamment en étant mis à disposition du public – en tenant compte des secrets d'affaires – à accroître la concurrence réelle et potentielle. Ils ont en outre vocation à permettre le suivi et le contrôle par la Commission des obligations des contrôleurs d'accès qui, parmi celles mentionnées aux articles 5 à 7 du DMA, exigent une articulation avec les règles du règlement général sur la protection des données<sup>1</sup> (ci-après « RGPD »), dont l'obligation imposée par l'article 5§2 portant sur le traitement, la combinaison et l'utilisation, dans certaines circonstances, des données personnelles des utilisateurs finaux. Enfin, les éléments requis ont vocation à être transmis au Comité européen de la protection des données et pourront être utilisés directement, en application de l'article 36§3 du DMA, aux fins de vérifier la bonne application du règlement RGPD.

Ainsi, **les autorités françaises soutiennent la Commission dans son choix de spécifier, dans le modèle soumis à consultation, un certain nombre d'informations** d'une part, sur les techniques de profilage des consommateurs utilisés par les contrôleurs d'accès (section 2) et d'autre part, concernant l'auditeur, la procédure d'audit réalisée et ses conclusions (sections 3 à 5). La Commission indique dans son introduction que le modèle pourra régulièrement être mis à jour d'informations qu'elle pourrait attendre des contrôleurs d'accès. **Cette flexibilité apparaît nécessaire** pour tenir compte de l'expérience acquise et de l'établissement d'une doctrine par la Commission au fil de l'eau de la mise en œuvre du DMA, qui peuvent l'amener à faire évoluer le périmètre ou la granularité des informations attendues.

Toutefois, les autorités françaises estiment que le recours au modèle ne peut se substituer, à terme, à l'acte d'exécution que la Commission peut adopter en application des articles 15§2 et 46§1 g du DMA, acte qui offre une base juridique plus solide et pérenne à l'encadrement de la méthodologie et de la procédure pour la description des techniques visées.

**Sur les informations requises sur les techniques de profilage des consommateurs utilisées dans le cadre de la fourniture d'un ou plusieurs services de plateforme essentiels** (section 2), les autorités françaises souhaitent suggérer les précisions suivantes à la Commission européenne.

S'agissant des « *finalités spécifiques poursuivies par les techniques de profilage et pour lesquelles ces techniques sont utilisées* », mentionnées au point a), il pourrait être utile de solliciter auprès des contrôleurs d'accès une information plus précise, en demandant une description des résultats attendus et des résultats finalement obtenus par les techniques de profilage, en référence notamment au considérant 72 du DMA<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> « ... les finalités pour lesquelles le profil est conçu et finalement utilisé, [...] »

Sur la base légale (article 6 du RGPD) et le consentement au sens de l'article 5.2 du DMA, mentionné au point b), **il serait nécessaire d'ajouter une référence à l'article 9 du RGPD** afin de couvrir les cas où les pratiques de profilage impliquent des données à caractère personnel sensibles et qui sont soumises à un régime juridique plus strict, **ainsi qu'une référence à la directive 2002/58/CE (dite « ePrivacy »)** qui impose d'obtenir le consentement des personnes concernées pour certaines catégories de traitement (notamment l'usage de traceurs à des fins publicitaires). Il serait également utile que les contrôleurs d'accès justifient de ne pas avoir à recourir au consentement des personnes notamment lorsque, en dehors des obligations posées par l'article 5.2 du DMA, ils fondent leur activité sur la base juridique de l'intérêt légitime.

S'agissant de la liste décrivant les catégories de données et leurs sources, mentionnées au point c), il pourrait être précisé, concernant la distinction entre les données en provenance des services du contrôleur d'accès et les données en provenance de parties tierces, si ces dernières proviennent de parties tierces en tant que telles ou de l'utilisation de services tiers. De manière générale, il pourrait être davantage spécifié **la granularité des informations** attendues par la Commission, afin de s'assurer par exemple que les sources de données en provenance des activités des contrôleurs d'accès seront bien segmentées en fonction **de chacun des services** du contrôleur d'accès, y compris de ses services de plateforme essentiels. Enfin, il pourrait utilement être défini ce qui est entendu par « parties tierces » dans la mesure où cette notion pourrait ne pas être interprétée de manière univoque.

Au point d), il serait opportun que les contrôleurs d'accès puissent indiquer comment les données dérivées ou déduites ont été créées.

Au point e), portant sur la durée de conservation des données et des techniques de profilage, il pourrait être ajouté, en référence au considérant 72<sup>3</sup>, **une demande d'informations sur la durée du processus de profilage**, entre la collecte de données et l'application d'un profil à un consommateur, ainsi que sur la fréquence à laquelle les profils sont appliqués aux consommateurs.

Au point f), il serait utile d'élargir les informations relatives aux garanties techniques à celles visant à protéger les droits et libertés des utilisateurs finaux lors de l'affichage de publicités sur la base du profilage, y compris (mais sans s'y limiter) les situations dans lesquelles les utilisateurs finaux sont mineurs ou autrement vulnérables, et lorsqu'il existe une possibilité que la présentation de la publicité soit basée sur un profilage utilisant des données sensibles.

Au point g), qui mentionne de manière générale « les traitements appliqués », il pourrait être précisé la granularité des informations requises pour que la description fournie soit pertinente.

S'agissant de la description qualitative et quantitative de l'impact ou de l'importance des techniques de profilage visées sur l'activité commerciale des contrôleurs d'accès, mentionnée au point i), il pourrait être utile de préciser un certain nombre d'indicateurs qui pourraient satisfaire à la demande de la Commission à titre d'exemple et de façon non exhaustive (par exemple les chiffres relatifs en termes de revenus, directs et indirects, de visites...).

---

<sup>3</sup> « ... la durée du profilage... ».

Aux points n) et o), il est fait référence aux mesures alternatives aux techniques de profilage visées par l'obligation, il pourrait cependant être ajouté la demande de description des techniques de profilage qui ont été envisagées et finalement non retenues ou encore celles abandonnées au bénéfice d'autres techniques sur la période de l'audit.

**Sur les informations générales concernant l'auditeur (section 3) et sur la procédure d'audit (section 4)**, il pourrait utilement être fait référence aux normes existantes et disponibles pour les qualifications professionnelles des auditeurs ainsi que pour leur degré d'indépendance attendu vis-à-vis des contrôleurs d'accès.

**Sur les conclusions de l'audit** (section 5), il pourrait être demandé à l'auditeur, en ajoutant un point c) au paragraphe 5.1, une évaluation des choix de non-inclusion de données réalisés et mentionnés dans le paragraphe 4.3 et des circonstances qui aurait contraint la réalisation de l'audit mentionnées au paragraphe 4.4.

**Sur l'aperçu non-confidentiel qui doit être publié annuellement par le contrôleur d'accès** (section 6), les autorités françaises soutiennent la Commission sur les critères de clarté et de compréhensibilité que cet aperçu doit satisfaire ; en effet, les objectifs de transparence vis-à-vis d'entreprises concurrentes et plus généralement des entreprises utilisatrices, des utilisateurs finaux et de l'économie numérique dans son ensemble, ne pourront être atteints que si les éléments publiés sont lisibles par des non experts.

Les autorités françaises s'interrogent toutefois sur la façon dont pourrait être traité le cas d'un contrôleur d'accès qui adopterait une vision extensive de la notion de secret d'affaires dans le cadre de la mise à disposition du public de l'aperçu de la description auditée. En effet, une telle vision pourrait nuire à l'objectif poursuivi par la publication.

Enfin, à toute fin utile, les quelques suggestions suivantes pourraient permettre de clarifier l'énoncé des demandes de la section 2.1 du modèle proposé :

*a) the specific purpose(s) pursued by ~~each the~~ profiling technique(s) and for which it is ~~they are~~ used;*

*j) actions taken to effectively enable consumers to be aware that they are undergoing profiling and ~~aware of~~ the relevant use of such profiling;*

*k) where consumer consent is required for the given purpose under Regulation (EU) 2016/679, Directive 2002/58/EC and/or Regulation (EU) 2022/1925, a description of any steps taken to seek such consent to profiling, including details on how consumers can refuse consent or withdraw it ~~when given~~, and any consequences of such refusal or withdrawal;*

\*\*\*\*\*