

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

DMA/DSA : l'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?

Dossier | Concurrences N° 2-2021

www.concurrences.com

Daniel Fasquelle

Professeur agrégé
des universités

Université du Littoral-Côte
d'Opale, Boulogne

Olivier Guersent

Directeur général

DG Comp, Commission
européenne, Bruxelles

Christiane Féral-Schuhl

Avocate associée

Féral-Schuhl / Sainte-Marie, Paris

Marie Even

Directrice générale adjointe

Cdiscount, Bordeaux

Laure de La Raudière

Présidente

Arcep, Paris

Jean-Luc Sauron

Conseiller d'État

Délégué au droit européen, Paris

Professeur

Université Paris-Dauphine

Directeur

DU RGPD-DPO, Paris, et du
Certificat RGPD-DPO, Tunis

Linda Arcelin

Professeur

Université de La Rochelle

Jean-Louis Fourgoux

Directeur associé

Fidal, Paris

Leyla Djavadi

Directeur associé

Fidal, Paris

Colette Bouckaert

Secrétaire générale

iDFRights, Paris

Geoffroy Didier

Député

Parlement européen, Strasbourg

Vice-président

Commission spéciale sur
l'intelligence artificielle à l'ère du
numérique

Membre

Commission des affaires
juridiques et Commission
du marché intérieur et de la
protection des consommateurs

Valéria Faure-Muntian

Députée de la Loire et membre

de la commission des finances

Assemblée Nationale, Paris

Emmanuelle Inacio

Chargée de cours magistral

Université du Littoral-Côte
d'Opale, Boulogne

DMA/DSA : l'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?

ABSTRACTS

Afin de réguler les acteurs numériques opérant sur le marché intérieur et de mieux encadrer les services numériques, le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié deux propositions de règlement européen portant, d'une part, sur une législation sur les services numériques (DSA), et, d'autre part, sur une législation sur les marchés numériques (DMA). Ce dossier évoque les enjeux majeurs liés à ces deux textes en même temps qu'il en présente le contenu. Il est divisé en trois parties. Après des propos introductifs et transversaux sur les deux textes, le DMA puis le DSA feront l'objet d'un examen plus attentif.

In order to upgrade the rules governing digital players operating in the internal market and to improve the regulatory framework for digital services, on December 15th, 2020, the European Commission published two legislative initiatives: the Digital Services Act (DSA) and the Digital Markets Act (DMA). This On-Topic set of articles discusses the major issues related to these two proposals and introduces their content. It is divided into three parts. After introductory and transversal remarks on the two acts, the DMA and then the DSA will be examined more closely.

Propos introductifs – DMA/DSA : Bien mais peut mieux faire

Daniel Fasquelle
Professeur agrégé des universités
Université du Littoral-Côte d'Opale, Boulogne

L'Europe qui s'adapte à l'ère du numérique

Olivier Guersent
Directeur général
DG Comp, Commission européenne, Bruxelles

De la directive 2000/31/CE aux règlements DSA et DMA

Christiane Féral-Schuhl
Avocate associée
Féral-Schuhl / Sainte-Marie, Paris

Une ambition historique et des incertitudes juridiques à lever : Le regard d'une place de marché sur le DSA et le DMA

Marie Even
Directrice générale adjointe
Cdiscout, Bordeaux

Le Digital Markets Act : Quelle régulation des plateformes numériques ?

Laure de La Raudière
Présidente
Arcep, Paris

Passer du commissaire Maigret à *Minority Report* : L'enjeu du droit de la concurrence au temps de l'économie numérique

Jean-Luc Sauron
Conseiller d'État
Délégué au droit européen, Paris
Professeur
Université Paris-Dauphine
Directeur
DU RGPD-DPO, Paris, et du Certificat RGPD-DPO, Tunis

Une définition du "gatekeeper" sur le mode des poupées russes

Linda Arcelin
Professeur
Université de La Rochelle

Le DMA, une arme contre les abus contractuels

Jean-Louis Fourgoux
Directeur associé
Fidal, Paris

DMA : Une procédure inspirée du droit de la concurrence mais réservée à la Commission

Leyla Djavadi
Directeur associé
Fidal, Paris

Le DSA est-il une réponse européenne adaptée aux défis du numérique ?

Colette Bouckaert
Secrétaire générale
IDFRights, Paris

Le Digital Services Act : Un progrès à valoriser et à amplifier

Geoffroy Didier
Député
Parlement européen, Strasbourg
Vice-président
Commission spéciale sur l'intelligence artificielle à l'ère du numérique
Membre
Commission des affaires juridiques et Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

Principe du pays d'origine : Enrichissons le Digital Services Act

Valéria Faure-Muntian
Députée de la Loire et membre de la commission des finances
Assemblée Nationale, Paris

Mise en œuvre du DSA : Derrière une décentralisation apparente, une centralisation assumée

Emmanuelle Inacio
Chargée de cours magistral
Université du Littoral-Côte d'Opale, Boulogne

Le DSA est-il une réponse européenne adaptée aux défis du numérique ?

Colette Bouckaert

colettebouckaert@gmail.com

Secrétaire générale

iDFRights, Paris

1. Lorsque l'on parle des plateformes, on parle d'intermédiaires dont l'activité consiste à fournir un ou plusieurs services de communication au public. Bien que ce soit une forme attractive de consommer facilitant les interactions entre les plateformes et leurs utilisateurs et que celles-ci soient devenues incontournables, ces plateformes du fait de leur hégémonie, n'en demeurent pas moins un obstacle sérieux à la concurrence, favorisent la concentration des marchés et rendent captifs leurs consommateurs.

2. Le droit européen de la concurrence aujourd'hui ne va pas assez loin. Il ne permet pas notamment de prendre des sanctions efficaces face au manque d'éthique de certaines plateformes dont le comportement laxiste favorise la présence de contenus économiquement très préjudiciables sur leurs sites.

3. Dans ce contexte, les propositions de la Commission européenne (DSA "Digital Services Act" et DMA "Digital Markets Act") étaient très attendues. Elles promettaient de résoudre bien des difficultés et de trouver des alternatives aux procédures beaucoup trop longues dans un marché numérique qui évolue extrêmement vite. De ces deux projets de règlements, le DSA était le plus attendu. Il était présenté comme un texte ambitieux qui allait mettre en œuvre le régime le plus contraignant à l'égard des plateformes structurantes que l'Europe ait connu au cours des dernières décennies. Le virage est important, la démarche va dans une direction nécessaire, mais le compte n'y est pas.

4. On voit bien dans ce texte la volonté de la Commission de trouver des moyens efficaces pour lutter contre les comportements abusifs, de limiter les contenus illicites et de renforcer la transparence du fonctionnement des algorithmes, ce qui est louable. Mais la recherche à tout prix d'une approche équilibrée entre les intérêts des consommateurs, ceux des utilisateurs et ceux des plateformes a fait perdre beaucoup de consistance au texte.

5. En fait, la proposition ne présente essentiellement que des reprises d'un ensemble de principes que les GAFAs eux-mêmes se disaient prêts à appliquer depuis déjà quelque temps.

6. Si l'on voulait une régulation et un encadrement de ces plateformes dont les pratiques monopolistiques ne sont plus à démontrer, il fallait s'intéresser à ce sur quoi elles ont le plus d'impact négatif et à la meilleure façon d'y remédier. Les plateformes ont très vite compris que la transformation des biens immatériels en actifs économiques donnant accès à un ensemble de services variés en ligne représentait une très grande valeur ajoutée pour un investissement restreint. Les dérives qui s'en sont suivies n'ont pas tardé à polluer le marché : augmentation des produits ou contenus contrefaits, illicites ou piratés, utilisation de nos données à des fins de profits publicitaires.

7. C'est pour cela que l'approche privilégiée par la Commission dans le DSA de ne pas revenir sur la distinction entre le statut d'hébergeur et celui d'éditeur de contenus est dangereuse.

8. Même si les articles 10 à 12 prévoient quatre niveaux d'obligations au fur et à mesure que la plateforme devient de plus en plus active dans sa communication et sa connaissance des demandes de ses utilisateurs, ce ne sera pas suffisant. Les plateformes en ligne dont l'activité principale consiste à stocker et à diffuser des services au public sont responsables des contenus qu'elles diffusent dans la mesure où elles les optimisent. Le statut d'hébergeur, dont elles vont continuer à bénéficier, les exonérera *de facto* de leurs responsabilités. Il faut donc réfléchir à un statut de responsabilité renforcée pour les diffuseurs de contenus. Ne leur imposer que la seule contrainte de ne pas modifier l'information qu'elles diffusent pour continuer à ne pas être responsables des contenus qu'elles transportent est très faible.

9. Bien sûr les critères graduels et cumulatifs édictés par le texte s'appliqueront à tous les fournisseurs de services intermédiaires qui mettent les consommateurs européens en contact avec des biens, des services ou des contenus. Ils concerneront tous les fournisseurs, quel que soit leur lieu d'établissement ou de résidence dans l'Union. La bonne nouvelle pour les consommateurs est que cette obligation est étendue aux fournisseurs établis hors de l'Europe qui ont un nombre important d'utilisateurs européens ou qui ciblent des activités vers un ou

plusieurs États membres de l'UE. Ce qui veut dire que des actions pourront être menées à l'encontre de fournisseurs peu scrupuleux, souvent installés hors de l'Union européenne. Le principe du pays de destination sera de droit et c'est une excellente chose ; il restera cependant difficile pour les utilisateurs, professionnels ou particuliers, de démontrer l'existence d'un lien "substantiel" entre la plateforme et l'Union, d'autant qu'un considérant précise bien que la simple accessibilité à une plateforme ne suffira pas à valider cette condition.

10. L'idée générale de la Commission est bien de limiter l'influence des plateformes en réglementant l'usage des algorithmes d'ordonnement qui sont des outils de traitement de l'information et des contenus utilisés (réseaux sociaux et plateformes commerciales). Car ce système montre non seulement leur détermination à hiérarchiser et à réaliser une sélection des contenus, mais il leur garantit aussi une forme d'immunité en matière de responsabilité puisque les mesures de modérations automatiques qu'elles proposent sont basées sur leurs propres algorithmes. Et même si ces mesures visent à retirer des contenus illicites, elles peuvent tout à fait (comme elles l'ont déjà fait) décider de retirer des contenus qui ne seraient pas illégaux mais ne conviendraient pas à leur propre image.

11. La Commission a donc bien compris la nécessité d'obtenir plus de transparence dans la "modération" des contenus. Les plateformes aussi d'ailleurs. Elles ont immédiatement évalué que le grand danger venait de cet encadrement de la "modération" et elles argumentent déjà pour que la future législation leur laisse suffisamment de souplesse dans la mise en place de la mesure.

12. Elles ne veulent surtout pas avoir à dévoiler les techniques qui leur permettent l'exploitation des données personnelles de leurs utilisateurs professionnels et particuliers. La preuve est faite qu'il fallait bien décorrélérer le statut d'hébergeur du statut de diffuseur de contenus.

13. En l'état actuel du texte, certes, les précautions prises à l'article 14 semblent pouvoir prémunir l'utilisateur d'une forme de censure dans la mesure où il prévoit une série d'obligations spécifiques, notamment sur les conditions d'utilisation des plateformes : les fournisseurs devront donner des informations précises sur leurs conditions générales concernant toute restriction de service de contenus de leurs clients, y compris des informations sur les outils et les politiques de "modération". Les plateformes ne pourront donc plus imposer n'importe quoi, mais il ne faut pas oublier que, même si elles font partie de notre vie quotidienne et qu'on les considère de fait comme des "espaces publics", elles restent juridiquement des espaces privés où elles peuvent tout à fait décider ce qu'elles acceptent ou pas d'y maintenir.

14. Le texte pousse aussi des pistes pertinentes pour limiter leur influence en prévoyant notamment la création d'un système complémentaire d'adaptation de l'environnement numérique. Elles vont toutes vers une plus grande transparence au bénéfice de l'utilisateur : l'accès, le traitement des données, mais également le signalement de la

transmission de celles-ci à des tiers et la possibilité pour l'utilisateur de s'opposer à leur partage. Mais quelques nouveautés nécessiteront d'être renforcées, notamment celle prévoyant que les plateformes pourront suspendre temporairement ou définitivement les comptes fournissant fréquemment des contenus "visiblement illicites". Ce n'est pas prendre un grand risque que d'envisager une suspension pendant une période "raisonnable", d'autant qu'il faudra que la plateforme ait préalablement reçu un avertissement concernant les comptes visés par des contenus "visiblement illicites". La prévention sera progressive, mais la définition de la condition concernant la suspension définitive pour les utilisateurs qui fourniraient des "contenus illicites fréquemment" n'a aucun sens. En effet, à partir du moment où il y a récurrence dans la diffusion d'un contenu illicite, la sanction doit tomber immédiatement. Il ne faut pas oublier que souvent les fournisseurs de services ou de contenus illégaux font reposer leurs activités sur des services fournis par d'autres services, qui, eux, sont légaux, et qu'ils en tirent des bénéfices au détriment des internautes. Il faut donc agir très rapidement.

15. L'autre difficulté à laquelle se heurteront les utilisateurs est qu'un produit ou un contenu, même s'il n'est pas considéré comme illicite, peut néanmoins être préjudiciable pour le consommateur et nuire gravement aux personnes qui en sont victimes notamment dans les activités professionnelles. La disposition "*Know your customer*" qui permettra aux plateformes de connaître l'identité de leurs clients commerçants ne résoudra rien. Cette identification qui permettra de repérer des auteurs d'infractions aurait pu avoir un effet bénéfique sur les ventes entre particuliers, mais hélas, il n'est prévu aucune mesure les protégeant contre les commerçants indécents. L'identification sera simplement la garante d'une transaction sécurisée et facilitera d'éventuels recours.

16. De même, l'application du principe "du bon samaritain" dont on parle beaucoup, qui consiste à confier la "modération" des contenus aux hébergeurs, n'est pas du tout en cohérence avec l'objectif de lutter en amont contre les comportements abusifs des géants d'Internet et ne constituera pas une avancée majeure pour les consommateurs. Il est en effet imprudent de confier le devoir de contrôle des contenus à ceux-là même que l'on devrait surveiller.

17. En revanche, les utilisateurs apprécieront certainement la mesure qui donne aux entreprises utilisatrices la liberté de migrer d'une plateforme à une autre et qui leur donne le droit d'accès aux données de leurs propres clients. Cependant, si la notion d'interopérabilité peut être vue comme un outil potentiel de régulation, car elle réduira le déséquilibre de pouvoirs entre les plateformes et les utilisateurs en leur permettant de ne plus être captifs des conditions contractuelles des plateformes, elle aura ses limites et il faudra rester vigilant à l'impact qu'elle pourrait avoir sur la circulation des données.

18. L'autre bonne nouvelle pour les internautes est l'inclusion dans le texte d'un système de traitement des réclamations contre les décisions relatives à des contenus

illicites ou des violations des conditions générales d'utilisation. Ce système paraît simple d'utilisation. Il pourrait encourager les recours et surtout permettre à l'utilisateur qui obtiendra gain de cause de réclamer en justice réparation de son préjudice.

19. Si parfois le texte peut apparaître comme une opportunité manquée par la Commission, il faut reconnaître que certaines faiblesses proviennent sans doute du fait que l'Union européenne n'a pas de compétence en matière pénale. Ses interventions dans ce domaine, quand elles sont possibles, sont fondées sur les articles 82 et suivants du TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – dit "traité de Rome") et se limitent à favoriser la coopération entre les États dans certains domaines du droit pénal. Ses compétences ne lui permettent que de poser les règles minimales de procédures et d'élaborer des procédures de reconnaissance mutuelle. Là sera la limite du champ d'application du DSA.

20. Or que ce soit la contrefaçon, les contenus illicites ou le piratage, il est évident que l'on parle bien de délits pénaux, plus ou moins réprimés selon les États membres, et c'est bien là la difficulté.

21. Les sanctions financières qui sont prises peuvent être certes dissuasives mais elles ne suffisent pas. Les décisions prises par les instances nationales et européennes ces dernières années n'ont pas suffi à réduire les infractions liées à la protection des données personnelles, aux produits contrefaits, au piratage et aux contenus illégaux, qui continuent de prospérer sur les réseaux sociaux et les plateformes.

22. De ce point de vue, le rôle des autorités de coordination dans tous les États membres (art. 38) sera donc prépondérant, mais il faudra rester très vigilant quant à la définition de leurs responsabilités, d'autant plus qu'ils seront chargés de labelliser les "*signaleurs de confiance*" (art. 19).

23. Dans la mesure où ces derniers verront leurs notifications traitées en priorité, il faudra surveiller quelles expertise et compétence les coordinateurs seront en droit d'exiger de ces "tiers de confiance" pour qu'ils puissent prétendre à ce statut. Indépendance, transparence, rien ne doit être laissé au hasard. Mais encore faudra-t-il que, pour être légitimes, ces "signaleurs" puissent bénéficier de l'autorité requise pour bloquer le contenu notifié.

24. Même si la Commission insiste beaucoup sur sa volonté de simplification des procédures dans le texte, au fur et à mesure que l'on détaille cette proposition de règlement, on voit bien que les situations particulières vont se multiplier et que l'on ne fera pas l'économie de la nécessité des décisions de justice. Ce sera à la Cour de justice d'interpréter puis de faire appliquer le droit européen. S'ensuivra peu à peu l'établissement d'une jurisprudence européenne qui s'imposera à l'ensemble des États membres.

25. En conclusion, cette proposition de DSA contient des avancées intéressantes et les réformes qu'elle propose étaient indispensables. Mais si l'Europe veut rester le leader de la régulation numérique et protéger ses valeurs démocratiques, elle va devoir imposer aux plateformes des règles déontologiques plus fermes, étendre et encadrer leurs régimes de responsabilités. Le règlement va, certes, leur demander un plus grand devoir de vigilance, mais de là à imaginer que ces mesures informatives suffiront à les contraindre à une régulation, c'est beaucoup moins sûr. Il y a une vraie volonté de remise en cause de la domination des plateformes, mais ce ne sera certainement pas le grand bouleversement du secteur du numérique qui était attendu. ■