

# 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](http://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  
Cdiscourt, 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

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

**Daniel Fasquelle**

Professeur agrégé des universités

Université du Littoral-Côte d'Opale, Boulogne

1. 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<sup>1</sup> portant, d'une part, sur une législation sur les services numériques<sup>2</sup> (DSA), et, d'autre part, sur une législation sur les marchés numériques<sup>3</sup> (DMA). Comme le rappelle Olivier Guersent, directeur général de la DG Concurrence, l'objectif est de *"mieux protéger les consommateurs et leurs droits fondamentaux en ligne et [de] rendre les marchés numériques européens plus équitables et plus ouverts pour chacun"*<sup>4</sup>.

2. Une telle initiative était attendue de la part des autorités européennes alors que le débat sur l'impuissance du droit face aux GAFAM est aussi ouvert aux États-Unis<sup>5</sup>. En effet, la longueur des procédures de concurrence (huit ans pour condamner Google pour son comparateur de prix), le manque d'expertise face à la complexité de ces nouvelles questions, la trop grande diversité des acteurs chargés de ces sujets dans les États membres, l'inadaptation des concepts du droit face aux marchés bi- ou multi-faces, l'incapacité à anticiper les *"killing acquisitions"* et à freiner ou à encadrer l'accumulation de puissance des géants du numérique, tout cela obligeait à une réaction forte à l'échelle européenne<sup>6</sup>.

3. Les deux projets de règlement portés par la Commission devront être combinés avec la législation sectorielle existante ainsi que le droit commun. La liste des textes déjà applicables ou à venir rappelée en tête des deux règlements – neuf pour le DSA – donne, à ce sujet, un peu le tournis. Avec un premier risque, c'est qu'à vouloir trop bien faire on en vient à un tel degré de complexité que ce foisonnement de textes, censés canaliser les GAFAM, en vient, à la fin, involontairement, à les favoriser, car ils pourraient être les seuls à avoir les moyens de maîtriser une législation aussi ardue.

4. Les deux propositions de règlement devront être adoptées par le Conseil et le Parlement européen selon la procédure législative ordinaire, prévue aux articles 289 et 294 du TFUE, avant d'être directement et immédiatement applicables dans les États membres. Les débats à venir sont dès lors cruciaux dans la mesure où il s'agit de deux règlements, et non pas de directives, et qu'ils entreront en application trois mois pour le DSA et six mois pour le DMA après leur entrée en vigueur, sans aucune marge d'appréciation pour les États membres.

5. Sur le fond, le défi de l'économie numérique impliquait une approche nouvelle. On aurait pu faire le choix d'une réforme du droit de la concurrence. Cela avait été envisagé par la Commission elle-même, qui avait publié une analyse d'impact initiale, le 2 juin 2020, et une consultation publique, ouverte jusqu'au 8 septembre 2020, sur le nouvel instrument de concurrence ou *New Competition Tool (NCT)* pour remédier aux problèmes de concurrence structurels que l'application des articles 101 et 102 du TFUE ou le contrôle des concentrations ne permettaient pas d'appréhender<sup>7</sup>. Le choix qui s'est finalement imposé est très différent et probablement plus en adéquation avec l'objectif ambitieux poursuivi puisqu'il s'agit d'ajouter au droit de la concurrence un droit nouveau dont l'objectif est de réguler les géants du numérique. Cela étant dit, on ne fera pas l'économie, demain, d'une réflexion sur l'évolution nécessaire du droit de la concurrence, qui s'appuie, aujourd'hui, sur des concepts, pour certains, obsolètes au regard de cette matière nouvelle.

1 D. Fasquelle, E. Inacio, The EU Commission publishes a draft on a legislative package promoting a single market for digital services, *e-Competitions* January 2021, art. n° 98751, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

2 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

4 O. Guersent, L'Europe s'adapte à l'ère du numérique, dossier "DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?", *Concurrences* N° 2-2021, art. n° 99721, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

5 A. F. Abbot, Competition policy challenges for a new U.S. administration: Is the past prologue?, dossier The new US antitrust administration, *Concurrence* n° 1-2021, art. n° 98452, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

6 D. Fasquelle, Le droit de la concurrence à la croisée des chemins face à l'émergence du numérique, *Contrats, conc., consom.* n° 7, juillet 2019, spéc. p. 30 ; Le droit de la concurrence face au défi de l'économie numérique, intervention au colloque de Boulogne-sur-Mer du 25 janvier 2019, Concurrence et économie numérique, *Cah. dr. entr.*, n° 3, mai-juin 2019, spéc. p. 20 ; D. Fasquelle, J.-L. Fourgoux, Daniel Fasquelle (Assemblée nationale) : Un Professeur de droit à l'Assemblée nationale – La fabrique des lois de concurrence sous l'œil d'un universitaire, *Concurrences* n° 2-2018, art. n° 86769, pp. 6-10.

7 Comm. eur., Analyse d'impact initiale, Réf. Ares(2020)2877634 - 04/06/2020 : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

La Commission européenne en a elle-même conscience dans la mesure où elle a lancé, par exemple, le 3 avril 2020, une évaluation de sa Communication sur la définition du marché pertinent du 9 décembre 1997<sup>8</sup>.

6. La démarche proposée est dans le droit fil du rapport parlementaire que nous avons présenté avec Valéria Faure-Muntian en mai dernier à l'Assemblée nationale<sup>9</sup>. Elle conduit plus à emprunter au droit de la régulation qu'au droit de la concurrence que les deux règlements viennent donc plus compléter qu'amender. Par une approche *ex ante* et l'intervention de régulateurs, on s'inspire ici des marchés libéralisés mais encadrés que sont ceux de l'énergie, des télécommunications ou encore des transports par voie ferrée. La comparaison la plus pertinente reste, cependant, la régulation des banques systémiques après la crise de 2008.

7. Une originalité des deux projets de règlement est qu'ils visent explicitement les acteurs majeurs du secteur. Cela étant dit, les cartes sont un peu brouillées, car si le projet de règlement DSA contient, à l'image du projet de règlement DMA, des dispositions sur les très grandes plateformes, il vise aussi l'ensemble des acteurs du numérique dans la mesure où il a également pour objectif de moderniser la directive sur le commerce électronique et de mieux encadrer les pratiques des acteurs du numérique d'une façon générale, ce qui rend parfois la manipulation de ces deux textes peu aisée et conduit à se poser de nombreuses questions. Ainsi, par exemple, pourquoi avoir retenu des définitions et des approches différentes pour définir les grandes plateformes dans les deux projets de règlement ?

8. Par ailleurs, au-delà d'une approche de façade claire et quantitative, se cache en réalité une très grande liberté laissée à la Commission européenne pour, dans le cadre des textes existants et à travers des actes délégués, adapter et façonner, à sa guise, le champ d'application de ces deux textes. Une approche qualitative, à travers un faisceau d'indices, à l'image de ce que proposait l'Autorité de la concurrence (ADLC) ou l'Arcep<sup>10</sup>, n'aurait-elle pas, à la fin, été préférable ? Sur ce point, on peut penser qu'un débat majeur va s'ouvrir, dans les prochains mois, car à vouloir donner trop de souplesse aux deux textes et trop de liberté à la Commission européenne, on risque de prendre dans les filets de la Commission des acteurs européens que l'on était censé préserver. Sans compter l'insécurité juridique qui va régner autour d'une réforme censée accompagner la maturation d'activités économiques nouvelles et, comme le dit Thierry Breton, s'inscrire dans la durée – au moins pour les dix à vingt prochaines années<sup>11</sup>.

8 Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence JOCE n° C 372 du 9 décembre 1997, pp. 5-13.

9 D. Fasquelle et V. Faure-Muntian, Rapport d'information n° 3127 sur les plateformes numériques, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2020.

10 *Ibid.*

11 Amazon, Google, Facebook : "Le démantèlement n'est pas un tabou", propos de Thierry Breton recueillis par E. Berretta, G. Grallet et G. Poncet, *Le Point*, 26 novembre 2020.

9. Si l'on entre plus dans le détail des textes proposés, leur point commun est de poser une réglementation nouvelle avec deux caractéristiques fortes pour ceux qui regardent ces projets de règlement à travers le prisme du droit de la concurrence : des règles qui s'appliquent *ex ante* et qui sont condamnées *per se* sans mesure de l'impact restrictif de la concurrence sur un marché pertinent. Ce qui fait dire, à juste titre, à Jean-Louis Fourgoux<sup>12</sup>, que si la démarche peut, en apparence se rapprocher des exemptions par catégorie du fait de l'existence de listes noires et grises, on est, en réalité, beaucoup plus proche, dans le DMA, du titre IV du livre IV du Code de commerce. L'objectif est, ici, d'interdire ou d'encadrer certains comportements ciblés de façon à permettre une concurrence loyale et ouverte dans l'écosystème du contrôleur d'accès. À bien y regarder, on est loin du démantèlement parfois brandi par la Commission européenne mais qui, à la fin, est tout juste évoqué à l'article 16 si le contrôleur d'accès ne respecte pas systématiquement les obligations des listes noires et grises<sup>13</sup>. Le texte déçoit aussi dans la mesure où il ne s'agit pas de réguler véritablement *ex ante* les infrastructures jugées essentielles<sup>14</sup>. Plutôt que d'instaurer une surveillance des marchés nouveaux et une approche structurelle, les projets de règlement sont tombés dans une forme de facilité en dressant des listes de comportements interdits *per se* ou contrôlés. En définitive, nous avons, ici, une nouvelle manifestation de ce que le droit européen, longtemps indifférent, voire hostile, au droit français des pratiques restrictives, s'en inspire de plus en plus, comme la directive (EU) 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire<sup>15</sup> en a apporté récemment la démonstration<sup>16</sup>.

10. Si comparaison il doit y avoir avec le droit des pratiques restrictives, la démarche en reprend aussi les travers : une liste à la Prévert, inspirée de la jurisprudence, derrière laquelle on voit immédiatement quel acteur est visé ; une liste qui deviendra, par conséquent, très vite obsolète, en particulier dans un domaine où, à l'imagination sans borne du marché, s'ajoute le tourbillon des évolutions techniques du numérique et de ses outils. Avec aussi le danger qu'une disposition imaginée pour un type d'entreprise, formulée dans des termes généraux, touche, demain, involontairement, d'autres acteurs, y compris des entreprises européennes censées être, au contraire protégées<sup>17</sup>. Avec aussi, à la fin, le risque d'une forme

12 J.-L. Fourgoux, Le DMA, une arme contre les abus contractuels, dossier "DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ?", *Concurrences* N° 2-2021, art. n° 99721, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

13 T. Breton, *op. cit.*

14 D. Bosco, La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe, *Contrats, conc., consom.* n° 2, février 2021, comm. 27.

15 Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, PE/4/2019/REV/2, *JOUE n° L 111 du 25 avril 2019*, pp. 59-72.

16 D. Fasquelle, Pratiques commerciales déloyales et grande distribution : La directive peut-elle changer les comportements ? (Demain la concurrence - Paris, 14 juin 2019), *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 91857, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

17 D. Bosco, *op. cit.*

d'incapacité du droit à contrôler les GAFAM à l'image de l'échec du droit de la concurrence à réduire la puissance d'achat des grandes surfaces, les mêmes causes produisant les mêmes effets...

**11.** Pour en revenir aux listes contenues aux articles 5 (clauses noires) et 6 (clauses grises) du projet de règlement DMA, nul doute qu'elles vont donner lieu à des débats passionnés dans les mois qui viennent car l'enjeu pour les entreprises concernées est de taille. Par exemple, pour chacun de leurs services de plateforme essentiels, les contrôleurs d'accès devront désormais s'abstenir de combiner des données d'utilisateurs finaux provenant de différentes sources. Cela étant dit, sur certains points, le texte ne va peut-être pas assez loin. On pense ici, par exemple, à l'article 5 f, qui interdit au *gatekeeper* d'exiger des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux qu'ils s'abonnent ou s'enregistrent à tout autre service de plateforme essentiel alors qu'il faudrait élargir cette interdiction à tout autre service afin d'éviter que le contrôleur d'accès n'étende à des activités annexes sa domination sur un premier marché où il détient une plateforme essentielle.

**12.** Le projet de règlement DSA ne va pas manquer également de soulever des échanges passionnés. Selon Thierry Breton, l'esprit du texte peut se résumer de la manière suivante: *“tout ce qui est autorisé dans l'espace public doit pouvoir l'être sur le Net. Et (...) tout ce qui est interdit dans la vie de tous les jours doit être également interdit sur le Net”*<sup>18</sup>. Le lien avec la directive sur le commerce électronique et la jurisprudence de la CJUE, évident au premier abord, soulève pourtant déjà de réelles questions. En effet, selon le considérant n° 18, les exemptions de responsabilité établies dans le règlement ne devraient pas s'appliquer lorsque, au lieu de se limiter à fournir les services de manière neutre, dans le cadre d'un simple traitement technique et automatique des informations fournies par le bénéficiaire du service, le fournisseur de services intermédiaires joue un rôle actif de nature à lui permettre de connaître ou de contrôler ces informations. Il faut donc comprendre, même si cela n'apparaît pas dans la lettre de l'article 5, que l'on reprend ici la distinction entre hébergeur actif et hébergeur passif, seul ce dernier pouvant bénéficier de l'exemption de responsabilité. Ce qui pourrait vouloir dire, si ce sujet n'est pas pas clairement tranché, demain, une responsabilité accrue pour tous ceux, y compris les places de marché, qui interviendront positivement sur les informations figurant sur la plateforme.

**13.** Par ailleurs, le fait que le DSA s'adresse à des acteurs aussi différents que les fournisseurs d'accès à Internet, de services de mise en cache et les hébergeurs, dont les plateformes et les très grandes plateformes en ligne, rend sa lecture parfois difficile. Avec le risque d'atteindre involontairement, par des mesures trop générales, des acteurs que l'on ne visait pas nécessairement. En effet, si les obligations sont graduelles selon les entreprises concernées, leur respect peut entraîner, par exemple, une charge très

lourde pour les petites plateformes mais être facile à surmonter pour les très grandes plateformes. Par ailleurs, les obligations de transparence des très grandes plateformes sont parfois, en l'état actuel du texte et de façon très surprenante, atténuées par rapport aux petites plateformes<sup>19</sup>. L'examen du texte par le Conseil et le Parlement devrait permettre, à tout le moins, de corriger le projet de règlement sur ce point. Une ventilation nouvelle des obligations entre plateformes et grandes plateformes est aussi à réfléchir si l'on ne veut pas que le texte rate sa cible, de même que certaines obligations devront être précisées pour plus de sécurité juridique.

**14.** L'approche choisie dans le DSA – horizontale et non pas verticale – interroge également. La Commission a pris le risque de rendre le texte en partie illisible et source de contentieux en voulant appliquer les mêmes règles à des activités aussi différentes que les réseaux sociaux, les moteurs de recherche ou les places de marché. Une autre solution, plus sûre juridiquement, aurait consisté, comme le préconisait l'ADLC, à adopter des solutions particulières à chaque modèle de développement digital considéré. C'est, du reste, la solution qui semble devoir être retenue en Grande-Bretagne<sup>20</sup>.

**15.** En ce qui concerne le champ d'application du DSA, non pas quant aux acteurs concernés, mais au sujet des contenus visés par le texte, on peut, d'ores et déjà s'interroger sur le point de savoir s'il est judicieux de n'appréhender que les contenus illicites. En pratique, en effet, la plus grande partie de l'activité de modération repose sur les conditions générales d'utilisation (CGU) que les plateformes édictent. Ces CGU peuvent prohiber la diffusion de contenus qui ne sont pas nécessairement illicites comme, par exemple, en matière de désinformation. L'examen du texte permettra de savoir s'il est possible de compléter le projet de règlement sur ce point et de donner au régulateur la possibilité de superviser non pas une partie mais l'ensemble de la politique de modération.

**16.** Le troisième volet de ces deux textes, après le champ d'application et le contenu, concerne la mise en œuvre, l'objectif étant, ici, une plus grande efficacité dans la réponse apportée par les autorités compétentes.

**17.** Concernant le DMA, la Commission, ce qui se comprend, s'impose comme acteur central pour mettre en œuvre un texte qui vise les *gatekeepers* avec une procédure largement inspirée du droit de la concurrence et du règlement (CE) n° 1/2003. On peut s'interroger, cependant, sur l'absence de mention des autorités nationales de concurrence, sur lesquelles la Commission aura, sans aucun doute, besoin de s'appuyer. D'autant plus que les autorités en question ont développé une capacité d'expertise qui pourrait être très utile à l'avenir. À titre d'exemple, l'ADLC et le Bundeskartellamt ont publié une étude commune sur la publicité en ligne<sup>21</sup>.

19 V., p. ex., art. 33.

20 D. Bosco, *op. cit.*

21 Aut. de la concurrence, Bundeskartellamt, Algorithmes et concurrence, novembre 2019.

18 T. Breton, *op. cit.* V. égal. les propos d'Olivier Guersent dans ce dossier.

**18.** Si le DMA ne soulève pas de difficultés majeures, les débats seront sans aucun doute beaucoup plus agités en ce qui concerne le projet de règlement sur les services numériques, en particulier pour désigner, en France, l'autorité qui sera coordinateur des services digitaux (Digital Services Coordinator, "DSC").

**19.** Est normalement compétent le DSC du lieu d'établissement du fournisseur de services ou, s'il n'est pas établi dans l'Union, de son représentant légal. À ce sujet, on risque de voir surgir le débat sur le principe du pays d'origine, sujet auquel la France sera, visiblement, très attentive en demandant à ce que le régulateur de l'État de l'utilisateur dispose de davantage de prérogatives et de marges d'intervention, en raison notamment de la langue et de l'appréciation des contenus, qui peut varier d'un pays à l'autre<sup>22</sup>. Côté français, toujours, la question va vite se poser de savoir qui sera DSC, ce dernier devant être complètement indépendant et disposer de pouvoirs importants comme ceux de faire des enquêtes, d'accepter des engagements ou d'infliger des sanctions.

**20.** De façon plus générale, il sera nécessaire de mieux affirmer le pouvoir du régulateur au sein du DSA. On pense ici, en particulier, à son pouvoir d'accès aux données. Pour les plateformes de taille moyenne, celui-ci n'est envisagé qu'en cas de suspicion d'infraction. Pour les plus grandes plateformes, le texte prévoit des conditions

restrictives telle la nécessité d'une demande préalable du régulateur, qui doit être justifiée, ou encore la possibilité de refus en arguant du secret des affaires.

**21.** En conclusion de cette première analyse, ces deux projets de règlement laissent une impression mitigée. Certes, l'ambition est là et les avancées sont réelles, cependant on peut se demander si ces dispositions nouvelles seront réellement efficaces face aux GAFAM et si, involontairement, elles ne vont pas handicaper les entreprises européennes qui ne sont plus des PME mais qui sont encore loin de pouvoir rivaliser avec les géants du numérique.

**22.** C'est toute l'ambiguïté de l'Union européenne qui ressort ici. S'il y a unanimité pour appliquer au monde virtuel les règles du monde réel, l'utilisation du droit européen pour permettre l'émergence de champions européens reste un tabou pour certains à Bruxelles, dans ce domaine comme dans les autres.

**23.** Le dossier que nous vous proposons 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. ■

---

<sup>22</sup> V. Faure-Muntian, Principe du pays d'origine : Enrichissons le Digital Services Act (DSA), dossier "DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? ", *Concurrences* N° 2-2021, art. n° 99721, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

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

Olivier Guersent

olivier.guersent@ec.europa.eu

Directeur général

DG Comp., Commission européenne, Bruxelles

*“Les espèces qui survivent ne sont pas les espèces les plus fortes, ni les plus intelligentes, mais celles qui s'adaptent le mieux aux changements.”*

CHARLES DARWIN

1. Le 15 décembre dernier, la Commission européenne a présenté deux propositions législatives qui placent l'Union européenne dans le peloton de tête de la course vers la réglementation et l'exercice de contrôles plus rigoureux en matière de fourniture de services numériques. Si ces propositions – la législation sur les services numériques et la législation sur les marchés numériques – doivent encore être examinées et approuvées par le Parlement européen et les États membres de l'Union européenne, elles constituent indéniablement des points de départ importants pour adapter la réglementation de l'Union européenne à l'ère du numérique. En se dotant de tels outils, l'Union entend apporter une solution adaptée aux problèmes toujours plus complexes auxquels États et citoyens doivent faire face au quotidien en lien avec le fonctionnement des géants du numérique, comme l'ont récemment montré l'appel lancé par le biais des réseaux sociaux à monter à l'assaut du Capitole à Washington D.C. ou les blocages mis en œuvre et les menaces préférées par deux grandes entreprises du numérique contre l'Australie après que ce pays a proposé un projet de loi les obligeant à rémunérer les médias.

2. Si l'Europe n'a pas à ce stade engendré de géants numériques, elle n'en demeure pas moins une puissance économique qui comprend 450 millions de personnes et compte 22,5 millions de PME. Plus important encore, elle est le berceau d'une communauté de valeurs reconnues bien au-delà de ses frontières. Ce sont ces mêmes valeurs qui sont au cœur des deux propositions. En effet, les nouvelles règles proposées par la Commission visent à mieux protéger les consommateurs et leurs droits fondamentaux en ligne et à rendre les marchés numériques européens plus équitables et plus ouverts pour chacun.

3. D'une part, avec la législation sur les services numériques (en anglais, Digital Services Act ou DSA), nous proposons un ensemble de règles de vigilance applicables aux fournisseurs de services d'intermédiation en ligne qui doivent permettre une meilleure protection des citoyens européens lorsqu'ils consomment des biens ou accèdent

à des contenus en ligne. De sorte que ce qui est actuellement illégal en dehors du web devra l'être également en ligne.

4. Tout d'abord, nous avons souhaité maintenir ce qui a résisté à l'épreuve du temps, à savoir un système de responsabilité (“*liability*”) limité mais exigeant ainsi qu'une interdiction de surveillance généralisée des contenus par les plateformes. Instauré en 2000 par la directive sur le commerce électronique et mis en œuvre pendant vingt et un ans, ce système s'est avéré être un outil efficace pour améliorer la qualité des contenus en ligne.

5. Aussi performant soit-il, ce système doit désormais être renforcé par un ensemble d'obligations de diligence qui s'imposent aux acteurs du numérique. À cet égard, le DSA prévoit notamment un mécanisme harmonisé de notification des contenus illégaux, accompagné d'une voie prioritaire de traitement des notifications pour les acteurs concernés, dits “*signaleurs de confiance*”. Les utilisateurs pourront également contester les décisions de retraits de contenus grâce à un mécanisme de règlement interne des litiges ou à un règlement extrajudiciaire des litiges.

6. Les autorités nationales auront en outre la possibilité d'adresser des ordres de retraits de contenus ou d'obtention d'informations aux fournisseurs de services d'intermédiation.

7. Ces obligations de vigilance sont renforcées pour les grandes plateformes ayant plus de 45 millions d'utilisateurs au sein de l'Union. Il s'agit en quelque sorte d'investir ces acteurs d'une responsabilité accrue en fonction de leur audience, d'imposer à ces géants, qui ont le pouvoir d'influencer un nombre d'utilisateurs aussi important que l'Espagne compte d'habitants, une série de limites démocratiques pour atténuer l'incidence que leur fonctionnement peut avoir sur la société. Ces plateformes seront tenues d'évaluer les risques découlant de leur fonctionnement et de l'utilisation de leurs services ainsi que

de mettre en place des mesures raisonnables, proportionnées et efficaces pour atténuer les risques afférents à cette utilisation (par exemple en adaptant leurs systèmes internes ou en prenant des engagements dans le cadre de codes de conduite).

**8.** D'autre part, le second pilier du paquet législatif sur les services numériques est la législation sur les marchés numériques (en anglais, Digital Markets Act ou DMA), une proposition législative qui – comme son nom l'indique – concerne le fonctionnement des marchés et la matière qui donne son nom à cette revue : la concurrence.

**9.** Au cours des dernières années – soit près de vingt ans après que la Commission a infligé la première amende à Microsoft, l'un des premiers géants numériques sanctionnés pour avoir ignoré nos règles de concurrence –, nous avons appliqué les règles de concurrence dans le secteur du numérique pour lutter contre des pratiques anticoncurrentielles aussi nombreuses que diverses et avons tiré de cette pratique des enseignements importants. Nos enquêtes ont démontré que le droit de la concurrence de l'Union européenne est capable de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles sur différents marchés, y compris des marchés à évolution rapide ou mondiaux, sur la base d'un ensemble solide de preuves, grâce à différents instruments (antitrust et contrôle des fusions) et avec différents outils et solutions (amendes et recours dans les décisions d'interdiction, les mesures correctives, la procédure de coopération, ainsi que les recours en matière de fusion).

**10.** En même temps, notre propre expérience a également montré que parfois nous n'arrivions pas à des résultats optimaux, soit parce que nos règles ne sont pas appropriées, soit parce qu'une approche *ex ante* pourrait être plus rapide et plus effective pour combler les lacunes qui pourraient exister et remédier aux problèmes identifiés.

**11.** C'est dans ce contexte que l'Union européenne et ses plus importants pays partenaires ont commencé à examiner les différentes options envisageables et que, après avoir reçu plus de 3000 réponses dans le cadre des trois consultations publiques pour le DSA, la réglementation *ex ante* et le nouvel outil de concurrence, la Commission européenne a décidé de proposer le DMA, un outil réglementaire pour lutter contre la faible contestabilité des marchés et les pratiques déloyales dans le secteur numérique que les règles de concurrence de l'Union européenne ne peuvent pas traiter ou qui ne peuvent pas être réglées avec une efficacité maximale par les dispositions actuellement en vigueur au sein de l'Union européenne.

**12.** Les technologies numériques et les très grandes plateformes ont considérablement amélioré notre économie. Elles ont aussi radicalement changé notre façon de vivre et de travailler, au point que la pandémie actuelle aurait probablement mis le monde à l'arrêt si elle était survenue vingt ans plus tôt. Dans le même temps, par l'ampleur et la portée des changements qu'elles induisent, ces nouvelles technologies font peser une responsabilité accrue sur les acteurs du secteur, y compris ceux de taille plus modeste.

Dans ce débat où beaucoup de voix s'élèvent, certaines (dont la nôtre) appellent à ce que l'Union européenne parle d'une seule voix.

**13.** Avec la proposition pour une législation sur les marchés numériques, l'Europe cherche à s'adapter, en rétablissant le principe d'égalité au sein du marché intérieur et en luttant contre les pratiques qui se sont avérées dommageables. C'est pourquoi le DMA vise spécifiquement les grands gardiens numériques ("*gatekeepers*"), limitativement identifiables à partir de trois critères objectifs, et dresse une liste claire d'activités admises et non admises pour les gardiens numériques auxquels les nouvelles règles s'appliqueront.

**14.** Le DMA sera ainsi seulement applicable lorsqu'un service de plateforme essentiel (i) est exploité par un fournisseur ayant un poids important sur le marché intérieur ; (ii) qui constitue un point d'accès majeur ; et (iii) que le fournisseur du service jouit d'une position solide et durable, ou est susceptible de jouir d'une telle position dans un avenir proche. Dans le même temps, pour garantir la sécurité juridique, le DMA associe des seuils quantitatifs à chacun de ces trois critères, y inclus un seuil que l'on trouve aussi dans le DSA, celui des 45 millions d'utilisateurs au sein de l'Union européenne. Ces trois critères quantitatifs étant remplis, il reviendra à l'entreprise en question de présenter des arguments suffisamment étayés pour démontrer que, dans les circonstances dans lesquelles opère le service de plateforme essentiel concerné, elle ne satisfait pas aux exigences objectives pour être considérée comme contrôleur d'accès. Une enquête de marché menée par la Commission permettra de décider si ces arguments sont suffisamment pertinents ou si, au contraire, l'entreprise doit être désignée comme contrôleur d'accès. En outre, des enquêtes de marché permettront à la Commission d'évaluer le rôle de contrôleur d'accès que jouent les fournisseurs de services de plateforme essentiels qui n'atteignent pas tous les seuils quantitatifs.

**15.** Une adaptabilité similaire vise les obligations et interdictions qui s'appliqueront aux contrôleurs d'accès auxquels la législation s'adresse. Les obligations énoncées dans la législation se limitent à ce qui est proportionné et justifié pour contrer le caractère déloyal des pratiques recensées des contrôleurs d'accès et pour garantir la contestabilité des services de plateforme essentiels qu'ils fournissent. Tenant compte de la complexité du secteur, le DMA prévoit en outre la possibilité pour certaines des pratiques d'établir, avec les contrôleurs d'accès, un dialogue sur les mesures de régulation à prendre, pour adapter ces obligations afin de garantir leur efficacité en fonction du modèle d'entreprise du contrôleur d'accès en question.

**16.** Enfin, afin de garantir la réalisation pleine et durable des objectifs du DMA, des enquêtes de marché peuvent également être menées pour mettre en évidence la nécessité de modifier la liste des services de plateforme essentiels ou de réexaminer la liste des obligations relatives aux pratiques déloyales ou limitant la contestabilité des marchés numériques.



**17.** La combinaison de ces différents mécanismes d'imposition et d'ajustement des obligations sont la preuve vivante de cette capacité d'adaptation qui caractérise l'Union européenne, une adaptation graduelle et proportionnée visant à garantir que les obligations ne s'appliquent pas au-delà des pratiques déloyales observées tout en préservant les droits de la défense des entreprises concernées et en écoutant les arguments qu'elles ont à invoquer.

**18.** En conclusion, il est important de souligner que, bien que la législation sur les services numériques et la législation sur les marchés numériques poursuivent des objectifs différents, elles partagent des systèmes d'amendes et d'astreintes d'un montant approprié en cas de non-respect de leurs obligations et d'infraction aux règles de procédure.

**19.** Ces deux propositions sont par ailleurs fortement complémentaires : toutes deux visent à harmoniser le marché européen, à améliorer les conditions pour les entreprises opérant dans le marché unique et à faire en sorte que les consommateurs aient confiance dans les services en ligne qu'ils utilisent. Alors que le Digital Services Act prévoit des règles modernisées pour lutter contre la diffusion et la vente en ligne de contenus et biens illicites, le Digital Markets Act cible les plateformes qui dominent les marchés et créent des conditions inéquitables au sein des écosystèmes dans lesquels elles opèrent.

**20.** Certains ont voulu voir dans nos propositions une provocation, mais si l'on compare notre niveau d'intervention actuel avec nos actions passées les différences ne sont pas si frappantes et l'on peut penser à de nombreux domaines (télécommunications, énergie, cartes de paiement...) qui ont également fait l'objet de réglementation et de mise en application des règles de concurrence dans le passé récent. De manière plus significative, nos deux propositions paraissent d'ores et déjà bénéficier d'un large soutien et ont été très bien reçues, y compris de la part de plusieurs des plus grandes entreprises du domaine numérique. Dans leurs réponses à nos consultations publiques – toutes disponibles sur le site internet de la Commission européenne –, certaines de ces grandes plateformes ont indiqué qu'elles aussi pensent qu'une Europe mieux adaptée au XXI<sup>e</sup> siècle leur donnera plus d'opportunités, en devenant plus compétitives, et avec un corpus réglementaire unique, facile à comprendre, directement applicable dans 27 pays, qui comptent parmi les plus avancés au monde dans l'économie numérique. Avec ces règles, l'Union européenne s'adapte, et elle le fait d'une façon intelligente avec un système de surveillance à l'échelle de l'Union qui puisse durer dans le temps. L'Union européenne s'adapte mais elle restera toujours la même Union européenne ouverte aux entrepreneurs et à l'innovation venant des quatre coins du monde. ■

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

Christiane Féral-Schuhl

cferal-schuhl@feral-avocats.com

Avocate associée

Féral-Schuhl / Sainte-Marie, Paris

1. Constatant que “[l]e paysage des services numériques est sensiblement différent de ce qu’il était il y a 20 ans, lorsque la directive sur le commerce électronique a été adoptée”<sup>1</sup>, la Commission européenne a entrepris d’adapter le dispositif existant en le complétant avec deux propositions de règlement, le Digital Services Act (DSA) et le Digital Markets Act (DMA). Qu’est-ce qui change vraiment ?

## I. Le Digital Services Act

2. Le Digital Services Act<sup>2</sup> propose un cadre harmonisé des règles applicables à “la prestation de services intermédiaires au sein du marché intérieur”. Tous les services en ligne sont concernés dès lors qu’ils ciblent des citoyens européens, à condition qu’un lien “substantiel” avec l’Union européenne puisse être établi (nombre de citoyens européens visés, langue...) (DSA, art. 2).

3. **Un régime de responsabilité limitée pour les plateformes.** Les services intermédiaires désignent aussi bien les services de “simple transport” (fournisseur d’accès) que les services de “mise en cache” (opérateur de  *caching* )<sup>3</sup> et les services d’“hébergement” (hébergeur) (DSA, art. 2). Rien de nouveau. Ces catégories existent depuis la directive sur le commerce électronique (directive 2000/31/CE)<sup>4</sup> et la loi de transposition pour la confiance dans l’économie numérique (Lcen 2004, art. 6).

4. Pour les services de transport et de mise en cache, le régime d’exonération de responsabilité bénéficie aux prestataires concernés dès lors qu’ils ont un comportement purement technique, automatique et passif (DSA, art. 3 et 4). Rien de nouveau ici non plus.

5. Pour les services d’hébergement, le régime de responsabilité allégée s’applique. Le prestataire n’est pas responsable, s’il n’a pas connaissance effective de l’illicéité du contenu ou si, dès qu’il en a eu connaissance, il l’a retiré promptement ou a rendu son accès impossible (DSA, art. 5). Rien de nouveau non plus, si ce n’est que le DSA confirme que les plateformes en ligne entrent dans la catégorie des services d’hébergement. Le texte européen confirme ici une orientation jurisprudentielle qui a admis, à plusieurs reprises, que les plateformes en ligne, à la fois hébergeur et diffuseur d’information, peuvent bénéficier du régime de responsabilité de l’hébergeur. Avec une exception toutefois : lorsqu’“un consommateur moyen et normalement informé peut être amené à croire que les informations, le produit ou service (...) sont fournis soit directement par la plateforme en ligne, soit par un bénéficiaire du service agissant sous son autorité ou son contrôle” (DSA, art. 5, § 3).

6. **Des obligations de transparence renforcées.** Le DSA opère une distinction entre les plateformes et les “très grandes” plateformes.

– Lorsque le service intermédiaire est une plateforme, sauf s’il s’agit de micro ou petites entreprises, il est tenu à une série d’obligations : mentionner, dans ses conditions générales, les mesures prises pour modérer les contenus, en précisant si elles relèvent d’un traitement algorithmique ou humain ; mettre en place un mécanisme aisément accessible permettant à toute personne de lui notifier un contenu illicite ; publier au moins une fois par an, de manière claire, compréhensible et détaillée, un rapport sur les procédures de modération engagées (DSA, art. 12 à 14).

1 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_20\\_2347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2347).

2 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Legislation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825 final

3 Il s’agit d’une forme de stockage de manière “intermédiaire et temporaire” dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ces informations, à la demande d’autres destinataires du service

4 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (“directive sur le commerce électronique”), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031>.

– Lorsque la plateforme est une “très grande plateforme”, les obligations ci-dessus sont renforcées. Cette catégorie vise les plateformes qui fournissent leurs services à un nombre moyen d'utilisateurs actifs mensuels au sein de l'Union européenne, égal ou supérieur à 45 millions, et dont une liste est publiée<sup>5</sup> par la Commission au JO de l'Union européenne (DSA, art. 25). La “très grande plateforme” doit rendre accessibles, sous forme aisément compréhensible, les paramètres de ses systèmes algorithmiques de recommandations (classement des contenus notamment) et faire une analyse d'impact des risques systémiques significatifs résultant du fonctionnement et de l'utilisation de ses services (DSA, art. 26). Elle doit également communiquer certaines informations si la plateforme inclut dans son service en ligne des publicités (DSA, art. 30); désigner un délégué à la conformité (*compliance officer*) (DSA, art. 32); préciser dans le rapport annuel le résultat de l'évaluation des risques (DSA, art. 33).

**7. Aucune obligation de surveillance généralisée.** Le DSA rappelle que les services intermédiaires ne doivent avoir aucune obligation de surveillance généralisée, ni aucune obligation de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (DSA, art. 7). En revanche, ils sont tenus de répondre “dans les meilleurs délais” aux injonctions administratives ou judiciaires qui peuvent leur être notifiées pour mettre fin à une violation ou prévenir une violation (DSA, art. 4), pour retirer ou bloquer un contenu illicite (DSA, art. 8) ou encore pour communiquer des informations spécifiques concernant un ou plusieurs utilisateurs desdits services (DSA, art. 9). Il est toutefois rappelé que l'injonction doit respecter le principe de proportionnalité. En d'autres termes, elle doit rester “strictement nécessaire”.

## II. Le Digital Markets Act

**8. Du côté du Digital Markets Act<sup>6</sup>,** le législateur européen a dans le viseur les “contrôleurs d'accès” (*gatekeepers*), c'est-à-dire les “plateformes qui ont une forte incidence sur le marché intérieur [et] qui constituent un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour toucher leur clientèle”<sup>7</sup>.

**9. Le droit français de la concurrence insuffisant.** En France, les comportements anticoncurrentiels des plateformes peuvent déjà, pour une partie d'entre eux, être contrôlés et sanctionnés dans le cadre du droit commun

de la concurrence, notamment par le droit des pratiques anticoncurrentielles: ententes (C. com., L. 420-1) et abus de position dominante (C. com., L. 420-2); ainsi que le droit des concentrations (C. com., L. 430-1 à L. 430-10). C'est par exemple sur le fondement de l'abus de position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches que l'Autorité de la concurrence a condamné Google à payer une amende de 150 millions d'euros<sup>8</sup>.

**10. Néanmoins ce cadre national s'est avéré insuffisant pour encadrer certaines plateformes qui contrôlent “l'accès aux utilisateurs et fixent les règles de transmission de l'information entre eux”.** Dans un rapport sur les plateformes numériques, en date du 24 juin 2020<sup>9</sup> – visant notamment les “plateformes structurantes”, critères dans lesquels rentrent les GAFAM –, la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale souligne les faiblesses du cadre actuel en droit de la concurrence. En effet, les règles locales aboutissent souvent à une régulation *ex post*, c'est-à-dire une fois les agissements subis et le dommage produit. Les sanctions prononcées, trop peu dissuasives, ne sont pas souvent efficaces. La procédure contentieuse en droit de la concurrence est trop longue, et le vide juridique dont souffre le droit des concentrations, car reposant essentiellement sur des critères fixés en fonction de seuils de chiffre d'affaires, ne permet pas de contrôler l'ensemble des opérations sensibles réalisées par de telles plateformes.

**11. Des obligations *ex ante*.** Le DMA, “sans préjudice de l'application des règles nationales”, définit un cadre harmonisé “visant à garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique de l'Union là où des contrôleurs d'accès sont présents sur le marché” (DMA, art. 1<sup>er</sup>).

**12. Le dispositif se concentre sur le “contrôleur d'accès”** qui propose un “service de plateforme essentiel” (*core platform services*) aux utilisateurs, professionnels ou non, établis ou situés dans l'Union (DMA, art. 1, § 2). La liste des critères renvoie ainsi aux géants du numérique, par exemple avoir plus de 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels en Europe et plus de 10000 utilisateurs commerciaux annuels établis en Europe, jouir d'une position bien établie et durable qui pourra se poursuivre dans un avenir proche. Sont directement visés les GAFAM, qui contrôlent l'accès à l'essentiel de l'audience mondiale pour les annonceurs.

**13. Pour ces contrôleurs d'accès,** des obligations s'imposent *ex ante* dans les relations avec les entreprises et les consommateurs. Celles-ci s'appliqueront cumulativement avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, étant précisé qu'il est expressément interdit aux États membres d'imposer des obligations supplémentaires “par voie législative, réglementaire ou administrative aux

<sup>5</sup> La qualification de “très grande plateforme” s'applique ou cesse à partir de quatre mois suivant cette publication.

<sup>6</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842 final

<sup>7</sup> [https://ec.europa.eu/france/news/20201215/digital\\_services\\_act\\_fr](https://ec.europa.eu/france/news/20201215/digital_services_act_fr).

<sup>8</sup> <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position>.

<sup>9</sup> Rapport d'information sur les plateformes numériques, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2020, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127\\_rapport-information#\\_Toc256000000](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127_rapport-information#_Toc256000000).

*fins de garantir la contestabilité et l'équité des marchés*” (DMA, art. 1<sup>er</sup>, § 5). De même, les autorités nationales ne doivent prendre *“aucune décision qui trait à l'encontre d'une décision adoptée par la Commission”* en application du DMA (DMA, art. 1<sup>er</sup>, § 7).

**14.** Le DMA précise les obligations qui incombent au contrôleur d'accès. Il est interdit à celui-ci de croiser les données personnelles des utilisateurs avec celles de ses autres services sans leur consentement. Il ne peut pas *« exiger des entreprises utilisatrices qu'elles utilisent, proposent ou interagissent avec un service d'identification du contrôleur d'accès dans le cadre des services qu'elles proposent en ayant recours aux services de plateforme essentiels de ce contrôleur d'accès »*. Il ne peut pas imposer aux utilisateurs qu'ils s'abonnent ou s'enregistrent à un autre des services du contrôleur d'accès comme condition d'accès au service principal. Il ne doit pas non plus *« empêcher ou (...) restreindre la possibilité pour les entreprises utilisatrices de faire part à toute autorité publique compétente de préoccupations à l'égard de toute pratique des contrôleurs d'accès »*. Il doit au contraire leur permettre *« de proposer les mêmes produits ou services aux utilisateurs finaux par l'intermédiaire de services d'intermédiation en ligne tiers à des prix ou conditions différents de ceux qui sont proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès »*. De même, il doit les autoriser à *« promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux acquis grâce au service de plateforme essentiel, et de conclure des contrats avec ces utilisateurs finaux, en*

*utilisant ou non à cette fin les services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès (...)*». Il est également tenu de communiquer aux annonceurs et éditeurs auxquels il fournit des services de publicité, à leur demande *« des informations relatives au prix qu'ils payent, ainsi qu'au montant ou à la rémunération versés à l'éditeur, pour la publication d'une annonce publicitaire donnée et pour chacun des services de publicité concernés fournis par le contrôleur d'accès »* (DMA, art. 5).

**15.** Le contrôleur d'accès a également des obligations spécifiques en fonction des services concernés. Par exemple, il ne peut pas faire bénéficier les services et produits qu'il propose d'un traitement plus favorable, en termes de classement, que les services et produits similaires proposés par des tiers sur leur plateforme ou encore empêcher les utilisateurs de désinstaller des logiciels ou des applications préinstallés, sauf logiciels *“essentie[s] au fonctionnement du système d'exploitation”* (DMA, art. 6).

**16. Des pouvoirs de surveillance et de contrôle renforcés pour la Commission européenne.** Le dispositif du DSA et du DMA se veut résolument dissuasif, pouvant aller jusqu'au démantèlement lorsqu'il *“ressort de l'enquête sur le marché qu'un contrôleur d'accès a systématiquement contrevenu”* (DMA, art. 16). Il suffit de constater que, au chapitre des sanctions, celles-ci peuvent atteindre 6 % (DSA) et 10 % (DMA) des revenus ou du chiffre d'affaires annuel du prestataire concerné. ■

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

Marie Even

marie.even@cdiscout.com

Directrice générale adjointe

Cdiscount, Bordeaux

1. Depuis plus d'une décennie, les services numériques ont pris une place croissante dans le quotidien de la majorité de la population mondiale, phénomène amplifié par la récente crise sanitaire. Cette crise a montré la place prise par les technologies numériques dans tous les aspects de la vie quotidienne. Emmanuel Grenier, le PDG de Cdiscount, première place de marché française, déclarait récemment à ce sujet : *“On a plus évolué en trois mois qu'en deux ans en matière de digitalisation.”* Cette place grandissante du numérique dans nos vies ne fait que rendre plus importante que jamais la nécessité d'une concurrence équitable sur le marché unique numérique, pour offrir aux Européens un véritable choix. La crise a également mis en lumière d'une part la capacité de certaines plateformes à s'engager dans la lutte contre les contenus illégaux dangereux, à l'instar des *marketplaces* qui comme Cdiscount ont coopéré avec les autorités pour garantir à leurs clients un espace sécurisé quand les arnaques liées au Covid-19 fleurissaient sur Internet, et d'autre part la nécessité d'encadrer les autres.

2. Dans cette optique, le 15 décembre dernier, la Commission européenne a publié deux propositions de règlement européen : une législation sur les services numériques, le Digital Services Act (DSA)<sup>1</sup>, et une législation sur les marchés numériques, le Digital Markets Act (DMA)<sup>2</sup>.

3. Les objectifs poursuivis par la Commission européenne sont doubles. D'une part, il s'agit d'établir des règles claires et harmonisées en matière de responsabilité des services numériques vis-à-vis des utilisateurs.

D'autre part, il s'agit d'éviter qu'un petit nombre de grandes plateformes en ligne captent la majeure partie de la valeur générée par l'économie numérique.

4. Cdiscount salue l'initiative de la Commission européenne en la matière et l'ambition de ces deux textes. En effet, depuis la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (“directive sur le commerce électronique”)<sup>3</sup>, le cadre juridique européen relatif aux services numériques était resté inchangé. Or, vingt ans après la publication de la directive, le contexte a beaucoup évolué. Le numérique est entré au cœur de la vie des Européens, justifiant l'objectif de régulation des acteurs porté par la Commission et de nombreux États membres. Par ailleurs, l'Europe se trouve dans une situation historiquement jamais vue, confrontée à des acteurs hors normes, tels que les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) et les BATX (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi) : des géants qui se sont d'abord développés sur des marchés domestiques protégés avec le soutien actif de leurs États, et dont le poids et le caractère incontournable sur le marché européen posent aujourd'hui des questions de concurrence, de liberté d'expression, de protection des données et de souveraineté. Les services numériques que ces géants du numérique fournissent structurent fortement l'économie numérique européenne et le marché intérieur. Ils doivent être régulés au plus vite. Avec le DMA, l'Union européenne saisit l'occasion de mettre fin aux distorsions de concurrence anciennes qui pénalisent les acteurs européens, et de rétablir le tant attendu *“level playing field”*.

1 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

2 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

3 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (“directive sur le commerce électronique”), JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

5. Les deux textes proposés cherchent à promouvoir une approche proportionnée, prenant en compte à la fois les capacités des acteurs et les risques posés par les services numériques concernés avec des obligations différenciées en fonction du type de services ou de la taille des acteurs (exonération des TPE/PME, obligations renforcées des très grandes plateformes).

6. Parmi les dispositions nouvelles proposées pour favoriser un marché numérique plus sûr, Cdiscount salue notamment l'introduction à l'article 6 de la proposition de DSA d'une clause dite "du bon samaritain". Selon l'article 6, les fournisseurs de services intermédiaires restent éligibles aux exemptions de responsabilité prévues par le texte s'ils mènent des enquêtes volontaires de leur propre initiative ou exécutent d'autres activités destinées à détecter, repérer et supprimer des contenus illicites, ou à en rendre l'accès impossible. En d'autres termes, un fournisseur de services mettant en place des procédures de lutte contre les contenus illicites ne sera pas tenu pour responsable de la présence de ces contenus en cas d'échec de sa politique de modération. Cette clause n'exonère pas les fournisseurs de services de l'obligation d'agir dès lors qu'un contenu illicite est porté à leur connaissance, mais elle les incite à prendre des mesures proactives pour lutter contre ces contenus illicites. Avec cette clause, le législateur européen met fin à l'incertitude juridique qui pèse sur les plateformes qui, comme Cdiscount, ont mis en place ce type de politiques pour protéger leurs clients.

7. Le DMA, quant à lui, donnera à la Commission des pouvoirs dépassant largement ceux que lui confèrent les articles 101 et 102 du Traité, puisqu'elle pourra, en cas de "non-respect systématique" de ses obligations par une plateforme, lui imposer des mesures correctives comportementales, voire structurelles. Ces pouvoirs sans précédent devront permettre de remédier au verrouillage des marchés numériques que des procédures *ex post* trop longues et des amendes non dissuasives malgré leurs montants record n'ont pas pu enrayer jusqu'à présent.

8. Si l'initiative et l'ambition de la Commission européenne de vouloir encadrer les services et les marchés numériques par ces deux propositions de règlement sont à saluer, on peut en revanche s'interroger sur la méthode utilisée, qui consiste à retenir une approche très large qui s'adresse potentiellement à tous les acteurs à la fois, avec le risque de tomber dans le travers dénoncé par cette expression connue : "Qui trop embrasse mal étreint" ! Les débats à venir sont donc très importants. Ils permettront d'éviter de prendre le risque que les deux textes, à la fois, ratent leur cible et handicapent, au lieu de les aider, les acteurs européens.

9. À ce sujet, la vigilance est de mise tant en ce qui concerne leur champ d'application (I.) que les règles applicables (II.).

# I. Un champ d'application à préciser

10. Pour préciser le champ d'application, trois axes méritent de retenir l'attention : préciser la définition des "très grandes plateformes" et des "contrôleurs d'accès" (1.), mieux encadrer les pouvoirs de la Commission européenne dans la définition du champ d'application des deux textes (2.) et appliquer le DSA aux seules activités principales des plateformes (3.).

## 1. Préciser la définition des "très grandes plateformes" et des "contrôleurs d'accès"

11. La proposition de DSA définit les très grandes plateformes en ligne comme celles dont le nombre des bénéficiaires actifs dépasse un seuil opérationnel fixé à 45 millions, c'est-à-dire un nombre équivalent à 10 % de la population de l'Union européenne (art. 25, § 1, et considérant n° 54). La proposition de DMA, quant à elle, détermine le statut de contrôleur d'accès en s'appuyant sur trois critères objectifs cumulatifs délimités à l'article 3, paragraphe 1. Ainsi, un fournisseur de services de plateforme essentiels est désigné comme contrôleur d'accès si : "(a) il a un poids important sur le marché intérieur ; (b) il assure un service de plateforme essentiel<sup>4</sup> qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux ; et (c) il jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche." Ces trois critères s'appuient sur des présomptions simples reposant sur des seuils quantitatifs établis à l'article 3, paragraphe 2. Parmi ces critères quantitatifs, un fournisseur est réputé jouir d'une position solide et durable dans ses activités ou jouir, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche, si les seuils de plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union européenne et de plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices.

12. La différence de critères entre les deux textes est compréhensible, dans la mesure où ils ne poursuivent pas les mêmes objectifs : le DSA vise à protéger les consommateurs, le DMA a pour objectif de réguler les marchés. À cet égard les notions de "très grandes plateformes" et de "contrôleurs d'accès" ne sauraient se confondre.

4 P. ex. moteur de recherche, marketplace, app store, publicité en ligne, réseau social, cloud...

13. Pour autant les différences dans les définitions utilisées interrogent. Ainsi, pour qu'une plateforme en ligne soit considérée comme une très grande plateforme en ligne au sens du DSA, le nombre de ses bénéficiaires actifs doit dépasser un seuil opérationnel fixé à 45 millions. Un "bénéficiaire du service" est défini comme toute personne morale ou physique utilisant le service intermédiaire concerné. En revanche, au sein de la proposition de DMA, un fournisseur de services est réputé jouir d'une position solide et durable dans ses activités ou jouir, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche, si les seuils de plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union européenne et de plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établis dans l'Union au cours du dernier exercice ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices. Ainsi, alors que le projet de DMA développe une approche sur chacune des faces de la plateforme, le projet de DSA propose une approche globale, sans différencier les consommateurs des vendeurs dans le cas des *marketplaces*. Par ailleurs, les termes utilisés ne sont pas exactement les mêmes : alors que le premier de ces deux textes évoque des "utilisateurs finaux", le second préfère s'adresser aux "bénéficiaires actifs". Difficile de savoir, à ce stade, quelles conséquences on peut tirer de ces différences de terminologie, outre l'insécurité juridique que cela va générer pour les acteurs du numérique. On imagine mal qu'un bénéficiaire ou un utilisateur final puisse avoir la même définition en fonction du type de service numérique fourni : le fait d'être "actif" n'implique *a priori* pas la même chose sur un réseau social, un moteur de recherche ou une place de marché. Dans ce dernier cas, parle-t-on des acheteurs, des visiteurs uniques, de ceux qui ont un compte client ou ont téléchargé l'application... ? Sur ce point, les débats législatifs doivent lever toute incertitude, car à retenir une approche trop large, on risque de faire entrer dans les catégories des très grandes plateformes et des plateformes structurantes des acteurs que les textes n'avaient aucunement l'intention de viser au départ.

14. Par ailleurs, le choix de la Commission européenne de recourir à des critères quantitatifs pour déterminer les services de plateforme essentiels fournis par des contrôleurs d'accès mérite d'être discuté. Ainsi, de nombreux travaux, tels que ceux de l'Autorité française de la concurrence, de l'Arcep ou encore le rapport parlementaire sur les plateformes numériques présenté par Mme Valeria Faure-Muntian et M. Daniel Fasquelle<sup>5</sup>, avaient mis en avant la nécessité de combiner des critères quantitatifs et qualitatifs pour définir les "plateformes structurantes". L'objectif de la définition doit être de cibler un nombre restreint d'acteurs incontournables afin de leur imposer des règles et une supervision spécifiques étant entendu que ces contraintes n'ont pas à s'appliquer à des acteurs qui pourraient pâtir d'obligations disproportionnées.

<sup>5</sup> D. Fasquelle et V. Faure-Muntian, Rapport d'information n° 3127 sur les plateformes numériques, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2020.

## 2. Mieux encadrer les pouvoirs de la Commission européenne dans la définition du champ d'application des deux textes

15. Au sein de la proposition de DSA, nous avons vu que les très grandes plateformes en ligne sont celles dont le nombre des bénéficiaires dépasse un seuil opérationnel fixé à 45 millions, c'est-à-dire un nombre équivalent à 10 % de la population de l'Union. La proposition de DSA prévoit de déléguer à la Commission européenne le pouvoir d'adopter des actes conformément à l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne visant à établir une méthodologie spécifique pour calculer le nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union européenne, après avoir consulté le Comité européen des services numériques. La méthodologie précisera notamment la manière de déterminer la population de l'Union européenne et les critères à utiliser pour déterminer la moyenne mensuelle de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union, en tenant compte de différentes caractéristiques d'accessibilité (art. 25, §§ 1 et 3). Ce pouvoir laissé à la Commission européenne de déterminer par voie d'actes délégués la méthodologie spécifique pour calculer le nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union européenne lui donne une très grande liberté s'agissant d'un point essentiel, à savoir quels acteurs vont, en définitive, entrer dans le champ d'application du texte. Cette situation place les acteurs du numérique dans une grande insécurité juridique et rend complexe leur participation à ce débat qui les concerne au premier chef : comment se positionner de manière pertinente et commenter ces textes sans avoir de certitude sur leurs champs d'application ? Ce point doit être impérativement clarifié lors de débats ; le Parlement européen et le Conseil doivent préciser dans les deux règlements leurs intentions réelles pour mieux encadrer la délégation de pouvoir à la Commission européenne.

16. La même remarque vaut pour la proposition de DMA puisqu'à l'article 3, paragraphe 5, la Commission européenne est habilitée à adopter des actes délégués qui peuvent être adaptés régulièrement, le cas échéant, aux évolutions du marché et de la technologie.

17. Par ailleurs, en dehors des trois critères cumulatifs reposant sur des présomptions, la Commission européenne peut désigner comme contrôleur d'accès tout fournisseur de services de plateforme essentiels qui satisfait à chacune des exigences, mais n'atteint pas chacun des seuils visés (art. 3, § 6). La Commission européenne peut ainsi mener une enquête sur le marché aux fins d'examiner si un fournisseur de services de plateforme essentiels devrait être désigné comme contrôleur d'accès (art. 15, § 1). À cette fin, la Commission européenne tient compte des six critères suivants : "(a) la taille, y compris le chiffre d'affaires et la capitalisation boursière, les activités et la position du fournisseur de services de plateforme essentiels ; (b) le nombre d'entreprises utilisatrices qui dépendent du service de plateforme essentiel pour

atteindre des utilisateurs finaux et le nombre d'utilisateurs finaux; (c) les barrières à l'entrée qui résultent d'effets de réseau et d'avantages tirés des données, en particulier en ce qui concerne l'accès aux données à caractère personnel et non personnel et la collecte de ces données par le fournisseur, ou les capacités d'analyse de ce dernier; (d) les effets d'échelle et de gamme dont bénéficie le fournisseur, y compris en ce qui concerne les données; (e) la captivité des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux; (f) les autres caractéristiques structurelles du marché. Dans son appréciation, la Commission européenne tient compte de l'évolution prévisible de ces éléments.”

18. L'entrée dans le champ d'application du DMA sera donc automatique avec l'atteinte des seuils quantitatifs; en revanche, le fait de ne pas atteindre ces seuils ne garantit en rien à un acteur du numérique son exclusion du champ d'application, puisque la Commission aura le pouvoir de le désigner comme contrôleur d'accès sur la base de critères qu'elle sera seule à apprécier. À l'inverse, aucune étude qualitative n'est prévue pour justifier du caractère de contrôleur d'accès au titre des critères décrits ci-dessus pour une plateforme atteignant les seuils quantitatifs. Le texte crée donc à l'égard des acteurs du numérique une présomption, certes réfragable, mais aux contours incertains, et un déséquilibre évident dans le processus de désignation.

19. Enfin, au titre de l'article 17, la Commission européenne s'octroie la possibilité de mener une enquête sur le marché afin d'examiner s'il conviendrait d'inscrire un ou plusieurs services du secteur numérique sur la liste des services de plateforme essentiels. Ce faisant, un fournisseur de services de plateforme essentiels qui n'est pas présumé contrôleur d'accès au titre des critères quantitatifs pourrait être désigné, demain, en tant que tel à l'issue d'une simple enquête de marché.

20. Les deux textes apparaissent donc parfois comme un blanc-seing donné à la Commission européenne sur un point pourtant essentiel, à savoir la définition des plateformes structurantes. Censés poser un cadre nouveau et rassurant pour tous, acteurs et utilisateurs, les deux règlements pourraient être, contrairement à ce qui a été annoncé, source d'incertitudes et d'insécurité juridique pour les acteurs européens sauf à être précisés dans le cadre des débats législatifs.

### 3. Appliquer le DSA aux seules activités principales des plateformes

21. Si l'on comprend bien le projet de DSA, dès lors qu'un fournisseur de services numériques peut se voir appliquer le texte pour son activité principale, sans même être une très grande plateforme, il doit vérifier si ses activités annexes sont concernées par le règlement et appliquer ce dernier, quelle que soit l'importance de ces activités annexes, dont certaines peuvent, pourtant, n'être que naissantes ou durablement accessoires (art. 1<sup>er</sup>, §§ 3 et 4, et considérant n° 15).

22. Ce mécanisme est de nature à pénaliser les petits acteurs ou ceux qui souhaitent se développer sur un nouveau marché, en imposant des obligations disproportionnées par rapport à une activité naissante ou réduite. Il peut en résulter un handicap réel lié à la difficulté de l'exercice face à des géants qui ont des moyens bien plus importants pour gérer ces différents ensembles d'obligations administratives à géométrie variable. Il conviendrait, dès lors, d'écarter les services secondaires d'un fournisseur de services intermédiaires en application d'un seuil quantitatif. En effet, dès lors que la proposition de DSA exonère les fournisseurs de services numériques qui sont des microentreprises ou des petites entreprises, telles que définies dans la recommandation 2003/361/CE de la Commission<sup>6</sup>, de certaines obligations, cette dérogation devrait être étendue aux services secondaires qui ne dépassent pas les mêmes seuils. Cette approche serait cohérente avec l'objectif de proportionnalité recherché par la Commission.

## II. Des normes potentiellement handicapantes pour les plateformes européennes

23. Le régime d'exemption de responsabilité repris par la proposition de DSA est ambigu et doit donc être précisé (1.). De même, les obligations nouvelles que cette proposition instaure doivent être revues sauf à prendre le risque qu'elles avantagent, indirectement, les très grandes plateformes (2.). Enfin, l'articulation des propositions de DSA et DMA avec la législation européenne sectorielle existante mérite d'être clarifiée (3.).

### 1. Un régime de responsabilité ambigu

24. La proposition de DSA conserve le cadre horizontal de l'exemption de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires établi par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et donc son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, compte tenu des divergences constatées dans la transposition et l'interprétation de ces règles par les États membres, la proposition de DSA supprime les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique et les reproduit aux articles 3, 4, 5 et 7 du règlement. L'avantage du règlement par rapport à la directive est ici évident, puisque le même texte sera, au même moment, directement applicable dans l'ensemble des États membres.

<sup>6</sup> Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *JOUE* n° L 124 du 20 mai 2003, p. 36.



**25.** Concernant les hébergeurs, le texte ne manque pas, cependant, d'ambiguïté. En effet, selon le considérant n° 18, les exemptions de responsabilité établies dans le règlement ne devraient pas s'appliquer lorsque le fournisseur de services intermédiaires joue un rôle actif de nature à lui permettre de connaître ou de contrôler les informations fournies par le bénéficiaire du service. Le règlement semble bien, ici, reprendre à son compte la distinction hébergeur actif/passif établie par la jurisprudence de la Cour de justice.

**26.** Cependant, l'article 5 semble, quant à lui, traiter tous les hébergeurs sur le même plan. Pour le futur DSA, le fournisseur d'un service d'"hébergement" n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un bénéficiaire du service au titre de l'article 5, à la condition que le fournisseur: "*(a) n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou du contenu illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas conscience de faits ou de circonstances révélant une activité ou un contenu illicite, ou; (b) dès le moment où il en a connaissance ou conscience, agisse promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible.*" L'article 5 précise également que l'exemption de responsabilité ne s'applique pas « *lorsque le bénéficiaire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur* » (§ 2), ni au titre de la législation relative à la protection des consommateurs « *lorsqu'une plateforme en ligne présente l'information spécifique ou permet de toute autre manière la transaction spécifique en question de telle sorte qu'un consommateur moyen et normalement informé peut être amené à croire que les informations, le produit ou service faisant l'objet de la transaction sont fournis soit directement par la plateforme en ligne, soit pas un bénéficiaire du service agissant sous son autorité ou sous contrôle* » (§ 3). L'article 5 est donc très clair sur les conditions de l'exonération de responsabilité des hébergeurs.

**27.** Quelle interprétation retenir ? L'enjeu est de taille, car si l'on s'en tient au considérant, on risque de mettre en difficulté les places de marché, qui deviendraient responsables, quelles que soient les précautions prises, pour tout produit contrefait ou commentaire illicite figurant sur leur site, sans même parler des différences d'interprétation sur la distinction actif/passif par les juridictions nationales, dont on voit bien aujourd'hui qu'elles peuvent être sources d'insécurité juridique et de distorsions de concurrence. Par ailleurs, au vu de l'évolution des services proposés par les fournisseurs de services intermédiaires, en particulier les places de marché, cette distinction apparaît aujourd'hui obsolète. À titre d'exemple, Cdiscount propose une vitrine de produits "Made in France". Faudrait-il dès lors considérer que mettre en avant les produits des vendeurs et producteurs de produits "Made in France" aurait pour conséquence de faire de Cdiscount un hébergeur actif et donc de lui faire perdre l'exemption de responsabilité ? On voit bien qu'à aller trop loin dans cette voie, on pourrait handicaper lourdement certaines activités en plein essor sur Internet. Cela irait d'ailleurs à l'encontre des objectifs du texte, à savoir définir un devoir de vigilance pour la protection des utilisateurs tout en garantissant un cadre juridique propice au développement des acteurs du numérique.

**28.** Les débats doivent permettre de clarifier ce point et de dissiper les doutes qui naissent légitimement à la lecture du texte. La sécurité juridique l'impose de toute évidence.

## 2. Des obligations nouvelles plus faciles à assumer par les très grandes plateformes en ligne

**29.** La proposition de DSA introduit des nouvelles obligations pour tous les fournisseurs de services intermédiaires, en particulier l'obligation d'établir un point de contact unique (art. 10) et des obligations relatives aux rapports de transparence portant sur les contenus illicites et leur traitement (art. 13).

**30.** Des obligations supplémentaires vont s'imposer aux fournisseurs de services d'hébergement, y compris aux plateformes en ligne, qui vont devoir mettre en place des mécanismes permettant aux tiers de notifier la présence de contenus présumés illicites (art. 14). En outre, si un tel fournisseur décide de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, il devra lui fournir un exposé des motifs (art. 15).

**31.** Des obligations vont encore venir s'ajouter pour s'appliquer aux plateformes en ligne uniquement. Ainsi, les plateformes en ligne vont devoir mettre en place un système interne de traitement des réclamations concernant les décisions prises en rapport avec des informations ou des contenus illicites ou incompatibles avec leurs conditions générales (art. 17). De même, les plateformes en ligne vont devoir s'associer à des organismes de règlement extrajudiciaire des litiges certifiés afin de résoudre tout litige avec les utilisateurs de leurs services (art. 18). En outre, les plateformes en ligne vont devoir veiller à ce que les notifications soumises par des entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance soient traitées en priorité (art. 19). Les plateformes en ligne se voient encore imposer de recevoir, stocker, faire des efforts raisonnables pour évaluer la fiabilité de différentes informations sur les professionnels utilisant leurs services et de les publier lorsque ces plateformes en ligne permettent aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec ces professionnels (art. 22). Les plateformes en ligne ont aussi l'obligation de publier des rapports sur leurs activités relatives aux informations considérées comme des contenus illicites ou contraires à leurs conditions générales et qui ont été retirées ou dont l'accès a été rendu impossible (art. 23). Enfin, des obligations de transparence pour les plateformes en ligne sont également prévues en ce qui concerne la publicité en ligne (art. 24).

**32.** Il ne s'agit pas, ici, de contester l'intérêt de ces nouvelles règles qui permettront une plus grande transparence et une meilleure protection des utilisateurs. Un bon nombre d'entre elles sont déjà appliquées aux marketplaces par le

règlement européen Platform-to-Business (P2B)<sup>7</sup> ou sont mises en œuvre par les plateformes telles que Cdiscount qui ont souhaité s'engager dans la voie d'un environnement numérique plus sûr en participant volontairement au Product Safety Pledge<sup>8</sup>, par exemple. Il faut cependant s'assurer qu'elles soient correctement dosées et qu'elles s'adressent aux bons interlocuteurs. Car le risque existe que la charge induite par ces nouvelles obligations soit très lourde pour des opérateurs de taille modeste ou moyenne, tandis qu'elle sera facilement assumable pour les plus gros acteurs. En pesant plus lourdement sur leurs concurrents européens, cette nouvelle réglementation pourrait donc, avantager les GAFAM, ce qui serait à l'opposé des objectifs affichés par le texte.

33. Le déséquilibre possible entre les grands acteurs et les autres se manifeste d'ailleurs avec l'article 33, qui prévoit un régime juridique plus favorable pour les très grandes plateformes : elles auront ainsi la possibilité de restreindre au seul régulateur la communication d'informations de leur rapport de transparence pouvant mener à *“la divulgation d'informations confidentielles de cette plateforme ou des bénéficiaires du service, entraîner d'importantes vulnérabilités pour la sécurité de son service, porter atteinte à la sécurité publique ou nuire aux bénéficiaires”* (art. 33, § 3). La question de la protection du secret des affaires doit pourtant être posée pour les acteurs de tous types et de toutes tailles et devrait inspirer également une réécriture du texte sur plusieurs points en distinguant les informations à donner au régulateur et celles à confier au grand public, ne serait-ce que pour des questions d'efficacité de la lutte contre les contenus illégaux : dans le cas des places de marché, divulguer largement les règles de modération serait contreproductif pour lutter contre les produits dangereux et les contrefaçons.

### 3. Des difficultés à concilier les deux propositions de règlement avec la législation sectorielle actuelle

34. La proposition de DSA complète la législation sectorielle existante et n'affecte pas l'application des actes législatifs en vigueur de l'Union européenne régissant certains aspects de la fourniture de services de la société de l'information, comme le rappellent l'exposé des motifs, les considérants 9, 10, 11 et l'article premier, paragraphe 5. Ainsi le cadre établi dans le règlement Platform-to-Business continuera de s'appliquer en tant que *lex specialis*. Par conséquent une place de marché aura certaines obligations de transparence et de *reporting* sur une face de sa plateforme (les vendeurs tiers) au titre du règlement

Platform-to-Business, auxquelles viendront s'ajouter des obligations similaires sur l'autre face de sa plateforme (les clients) au titre du DSA. À titre d'exemple, le règlement P2B prévoit que les conditions générales des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne s'appliquant aux entreprises utilisatrices doivent définir les motifs pouvant entraîner la suspension, la résiliation ou l'imposition de toute autre restriction et toutes les informations pertinentes relatives à l'accès à leur système interne de traitement des plaintes et à son fonctionnement. En outre, les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ont l'obligation de publier et de vérifier au moins une fois par an des informations sur le fonctionnement et l'efficacité de leur système interne de traitement des plaintes. Ces informations incluent le nombre total de plaintes déposées, les principaux types de plaintes, le délai moyen nécessaire pour traiter les plaintes et des informations agrégées sur le résultat des plaintes.

35. La proposition DSA prévoit des obligations similaires mais qui ne s'adressent pas uniquement aux entreprises utilisatrices. Ainsi, les fournisseurs de services intermédiaires indiquent dans leurs conditions générales qui régissent leur relation avec les bénéficiaires des services les restrictions qu'ils sont susceptibles d'imposer à l'utilisation de leurs services. De même, le projet DSA vient imposer aux plateformes l'existence d'un système de traitement des réclamations contre les décisions relatives à des contenus illicites ou à des violations des conditions générales. Par ailleurs, le projet DSA prévoit que les fournisseurs de services intermédiaires publient, au moins une fois par an, dans le cadre du rapport de transparence, le nombre de réclamations reçues par l'intermédiaire du système interne de traitement des réclamations, le fondement de ces réclamations, les décisions prises eu égard à ces réclamations, le délai moyen nécessaire à la prise de ces décisions et le nombre de cas dans lesquels ces décisions ont été infirmées.

36. Comment articuler les deux textes ? Faut-il publier un rapport sur le fonctionnement et l'efficacité du système interne de traitement des plaintes au titre du règlement P2B pour les entreprises utilisatrices et un rapport de transparence au titre du projet DSA contenant les informations relatives aux réclamations de tous les bénéficiaires ? On voit bien ici la complexité et la lourdeur de gérer des obligations comparables mais pas tout à fait alignées en termes de contenus et de temporalité.

37. En outre, les règles énoncées dans la proposition de DSA compléteront l'acquis en matière de protection des consommateurs, notamment pour ce qui concerne les directives dites “Omnibus”, sur les pratiques commerciales déloyales ou en matière d'indication des prix des

7 Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *JOUE* n° L 186 du 11 juillet 2019, p. 57.

8 Accord de corégulation signé entre la Commission européenne et certaines places de marché pour la lutte contre les produits dangereux en ligne [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety-product-safety-pledge\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/product-safety-and-requirements/product-safety-product-safety-pledge_en).

produits<sup>9</sup>. La proposition est sans préjudice du règlement (UE) 2016/679 (règlement général sur la protection des données) et des autres règles de l'Union relatives à la protection des données à caractère personnel et à la confidentialité des communications. Par exemple, les mesures concernant la publicité sur les plateformes en ligne complètent mais ne modifient pas les règles existantes sur le consentement et le droit d'opposition au traitement des données à caractère personnel. Elles imposent des obligations de transparence à l'égard des utilisateurs de plateformes en ligne, l'information fournie leur permettant également de faire usage de leurs droits en tant que personnes concernées. Elles permettent également aux autorités et aux chercheurs autorisés par la Commission de contrôler la manière dont les publicités sont affichées et ciblées. Les places de marché proposant des services de paiement devront également articuler l'article 22 sur la traçabilité des professionnels avec les exigences en matière de "Know your customer" prévues par les directives européennes de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme<sup>10</sup>.

**38.** De même, la proposition de DMA vise à compléter l'application du droit de la concurrence. Elle est sans préjudice de l'application des articles 101 et 102 du TFUE, des règles nationales interdisant les accords anticoncurrentiels, les décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées et les abus de position dominante; des règles nationales de concurrence interdisant d'autres formes de comportement unilatéral; des règles européennes et nationales relatives au contrôle des concentrations.

**39.** Force est de constater que ce maquis juridique, s'il n'est pas simplifié, pourrait involontairement profiter aux très grands opérateurs qui ont les services et les moyens techniques pour mettre en œuvre tous ces textes de concert.

<sup>9</sup> Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, JOUE n° L 328 du 18 décembre 2019, p. 7; directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JOCE n° L 80 du 18 mars 1998, p. 27; directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil ("directive sur les pratiques commerciales déloyales"), JOUE n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22.

<sup>10</sup> Quatrième directive anti-blanchiment : directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, JOUE n° L 141 du 5 juin 2015, p. 73; cinquième directive anti-blanchiment : directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, JOUE n° L 156 du 19 juin 2018, p. 43; sixième directive anti-blanchiment : directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, JOUE n° L 284 du 12 novembre 2018, p. 22.

## Conclusion

**40.** Plus de vingt ans après la directive e-Commerce, les projets de règlements proposés par la Commission européenne témoignent d'une ambition forte de l'Europe pour un marché unique numérique plus sûr mais aussi plus concurrentiel. Pour être au rendez-vous de cette ambition, le législateur européen devra trouver une voie médiane : imposer un devoir de vigilance sans pour autant appliquer des obligations assumables uniquement par les géants, promouvoir la transparence sans tomber dans ses travers, inclure l'ensemble des services numériques tout en prenant en compte le fait qu'ils appellent parfois des réponses différentes, réguler les acteurs les plus problématiques sans entraver ceux qui peuvent constituer une alternative...

**41.** Un autre défi se présente à l'Union européenne, celui de l'application effective et harmonisée de ces textes. À cet égard il convient de saluer le choix d'utiliser le règlement plutôt que la directive, et l'obligation pour les fournisseurs de services numériques extra-européens de désigner un représentant légal dans l'Union. Cependant les textes ne donnent pas d'indication sur les moyens qui seront attribués aux régulateurs pour contrôler effectivement tous les acteurs, y compris lorsque les infrastructures et équipes concernées ne sont pas en Europe : comment assurer l'encadrement du traitement des données quand celles-ci sont intégralement traitées et stockées dans des *data centers* hors du territoire européen ? Comme bien souvent les projets de règlements sont très concentrés sur le contenu de la norme. Or au vu des difficultés déjà rencontrées pour réguler une partie des acteurs du numérique, les moyens et procédures relatifs à l'applicabilité de la norme devraient avoir autant d'importance que les règles substantielles elles-mêmes, ce qui n'est pas le cas dans ces deux propositions de règlement.

**42.** Par ailleurs le système d'application proposé par le DSA, proche de celui du RGPD, implique le même risque de *forum shopping* qu'avec ce règlement : certains acteurs du numérique pourront être tentés de s'implanter sur le territoire de l'État membre le plus complaisant à leur endroit.

**43.** Pour remédier à ce risque, la France et d'autres États membres proposent de remettre en cause le principe du pays d'origine et d'instaurer un contrôle de l'application du DSA par les autorités du pays de destination. Rappelons l'intérêt du principe du pays d'origine : en prévoyant qu'un fournisseur de services relève de la compétence et de la législation de l'État membre dans lequel se trouve son établissement principal, il permet aux acteurs économiques de se développer hors de leur marché domestique sans avoir à traiter 27 législations et régulateurs différents, un exercice que seuls les plus grands acteurs ont les ressources de mener à bien.

Ainsi le principe du pays de destination lève une barrière à l'entrée du marché constituée par la multiplicité des réglementations nationales.

**44.** Si la question posée par la France sur le pays d'origine est légitime, la réponse apportée mérite donc d'être encore discutée.

**45.** Espérons que les débats permettront là encore de trouver une voie médiane, afin de renforcer le contrôle des acteurs là où ils sont actifs tout en préservant le développement des acteurs européens du numérique. ■

# Le Digital Markets Act : Quelle régulation des plateformes numériques ?

Laure de La Raudière

laure.delaraudiere@arcep.fr

Présidente

Arcep, Paris

1. Un nombre restreint d'acteurs sont devenus incontournables dans la vie numérique des citoyens en concentrant de nombreux services qui font partie intégrante du quotidien de chacun d'entre nous. Ces acteurs sont aujourd'hui en mesure de déterminer quels contenus et services peuvent être mis en ligne et à quelles conditions les utilisateurs peuvent y accéder. Cette centralisation des flux d'informations fait porter des risques importants pour la concurrence, l'innovation, mais également pour la liberté de communication, d'expression et d'information. De nombreuses institutions, dont l'Arcep, qui partage largement les positions du BEREC<sup>1</sup>, ainsi que celles du gouvernement français<sup>2</sup>, ont alerté depuis plusieurs années sur le rôle structurant, sur internet et au-delà, de ces acteurs qui *“en particulier du fait de leur activité d'intermédiation dans l'accès aux services et contenus d'Internet, et de par leur importance, sont en mesure de limiter de manière significative la capacité des utilisateurs à exercer une activité économique ou à communiquer en ligne”*<sup>3</sup>.

2. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié deux propositions de règlements qui actent la nécessité d'intervenir pour mieux encadrer les activités de ces intermédiaires devenus incontournables. À travers le Digital Services Act, la Commission propose de réviser la directive Commerce électronique de 2000 et plus particulièrement le régime de responsabilité à l'égard des contenus hébergés appliqué aux intermédiaires techniques. Reconnaisant le rôle distinctif joué par les plateformes en ligne, et plus spécifiquement *“l'incidence particulière des très grandes plateformes en ligne sur notre économie et notre société”*<sup>4</sup>, la proposition concerne notamment les politiques de modération de ces acteurs.

1 Organe des régulateurs européens des communications électroniques dont fait partie l'Arcep.

2 Publication commune de la France et des Pays-Bas, octobre 2020.

3 Note de l'Arcep, Plateformes numériques structurantes – Éléments de réflexion relatifs à leur caractérisation (décembre 2019), [https://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/plateformes-numeriques-structurantes-caracterisation\\_reflexion\\_dec2019.pdf](https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/plateformes-numeriques-structurantes-caracterisation_reflexion_dec2019.pdf).

4 Exposé des motifs de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 15 décembre 2020.

3. À travers le Digital Markets Act, la Commission entend mettre en place une régulation économique des grands acteurs du numérique. Le Digital Markets Act affiche pour objectifs des marchés numériques contestables et équitables ainsi que l'harmonisation du cadre légal au niveau européen. Il propose de mettre en place un mécanisme de désignation des entreprises qualifiées alors de contrôleurs d'accès (ou *gatekeepers*) et des listes d'obligations qui s'appliquent à ces acteurs.

4. Le texte affiche une forte ambition, et marque une avancée à saluer, que certains jugent analogue à la stratégie mise en place pour les communications électroniques dans les années 1990. Il vise un nombre restreint d'acteurs qui contrôlent l'accès aux services numériques (p. ex. les plateformes d'intermédiation, les réseaux sociaux, les moteurs de recherche, les systèmes d'exploitation), susceptibles de poser de nombreux problèmes économiques et sociétaux du fait de la concentration des activités et de la centralisation technique qui se sont opérées en leur sein. À ces *gatekeepers*, la Commission juge désormais indispensable d'appliquer une réglementation *ex ante* asymétrique, selon des mécanismes qu'elle cherche à rendre les plus “automatiques” et opérants possible, et comprenant des possibilités d'évolution.

5. Cette avancée, qui ne peut être qu'accueillie favorablement, gagnerait en efficacité si la proposition était renforcée sur plusieurs aspects.

6. Il apparaît notamment nécessaire de mieux considérer la dimension écosystémique de certains acteurs, à la fois en vue d'une plus grande concurrence, y compris entre les plateformes elles-mêmes, mais également pour mieux prendre en compte et favoriser la liberté de choix des utilisateurs finals, parfois captifs d'un écosystème donné.

7. Il conviendrait aussi de doter le régulateur d'outils proactifs et de renforcer les moyens qui lui sont alloués pour une mise en œuvre efficace de cette intervention *ex ante*, en particulier concernant des remèdes au cas par cas plus adaptés qu'une solution *“one size fits all”*. À ce titre, une plus grande coopération entre la Commission et les États membres apporterait des ressources et appuis déterminants.

# I. Des objectifs concentrés sur les rapports entre les *gatekeepers* et les utilisateurs professionnels, qui ne cherchent pas suffisamment à ouvrir les écosystèmes au bénéfice de la concurrence et de la liberté de choix des utilisateurs

8. La proposition de la Commission vise à rendre les marchés numériques contestables et équitables. Cependant, la proposition se concentre en réalité essentiellement sur les rapports entre les *gatekeepers* et les utilisateurs professionnels qui dépendent de leurs services. Il n'y a que très peu d'obligations visant à remettre en cause ces écosystèmes centralisés en facilitant, par exemple, l'entrée de nouveaux acteurs qui seraient susceptibles de concurrencer directement ces *gatekeepers*. En outre, en se focalisant sur les entreprises utilisatrices, le texte ne propose que très peu de dispositions pour protéger directement les intérêts des citoyens. Il convient donc de mieux prendre en compte les écosystèmes afin de :

## 1. Faciliter la concurrence entre les plateformes elles-mêmes

9. La proposition actuelle se focalise sur des dispositions visant à garantir que, lorsque des concurrents sont hébergés par une plateforme verticalement intégrée, le marché aval sera bien animé d'un jeu concurrentiel loyal. Bien que certaines obligations visent à réduire les barrières à l'entrée et traiter les effets de *lock-in*, la proposition devrait comporter davantage de mesures structurelles visant à remettre en cause les écosystèmes centralisés qui se sont développés. L'ajout d'un critère d'identification sur le caractère écosystémique des *gatekeepers* serait ainsi approprié. Il s'agirait ainsi de créer les conditions d'une concurrence effective et viable entre les services de plateforme essentiels afin de limiter la dépendance des utilisateurs professionnels vis-à-vis des *gatekeepers* en permettant l'émergence d'acteurs alternatifs. Par exemple, les obligations ne remettent pas en cause la captation de la rente générée par les effets de réseau, qu'une interopérabilité horizontale<sup>5</sup> permettrait de résoudre.

<sup>5</sup> Capacité de systèmes concurrents, tels que des réseaux sociaux, à permettre la communication entre leurs utilisateurs.

## 2. Promouvoir l'intérêt des utilisateurs finals

10. Les objectifs de liberté de choix des utilisateurs finals ou d'ouverture de l'internet<sup>6</sup> pourraient être mieux intégrés, ouvrant le règlement au-delà de l'objectif de protection des intérêts des utilisateurs professionnels. Certaines obligations bénéficiant directement aux utilisateurs finals, notamment d'interopérabilité, pourraient ainsi être ajoutées et le périmètre des cas justifiant l'intervention du régulateur<sup>7</sup> pourrait être élargi. Par exemple, les acteurs n'ayant pas ou peu de clients professionnels n'entrent actuellement dans le champ du règlement que marginalement.

## II. Les dispositifs et moyens d'action mis en œuvre depuis vingt ans dans le secteur des communications électroniques rendraient le DMA plus efficace

11. Même en se limitant aux objectifs initiaux de la proposition de règlement, les moyens que se donne la Commission gagneraient à être complétés. À ce stade, la proposition place la Commission en situation de réaction par rapport aux *gatekeepers*, notamment dans la mesure où il revient à ces derniers de préciser en premier lieu comment se mettre en conformité avec les obligations qui leur incombent. Pour lui permettre d'intervenir de façon plus proactive et de s'adapter aux pratiques d'un secteur en constante évolution, des dispositifs et moyens d'action, inspirés des vingt ans d'expérience de régulation du secteur des communications électroniques, pourraient être mis en place.

12. Tout d'abord un régime plus effectif, dynamique et à l'épreuve du futur, en complément des obligations auto-exécutives, serait mieux à même de traiter les problèmes identifiés dans un secteur agile, disparate et particulièrement technique.

- Premièrement, la proposition devrait prévoir un dispositif de remédiation sur mesure pour définir des remèdes spécifiques à chaque *gatekeeper*, afin de (i) traiter de façon proportionnelle les cas non anticipés dans les deux listes d'obligations et (ii) adapter ou préciser les

<sup>6</sup> Au-delà de la couche réseau, déjà traitée par le règlement relatif à un internet ouvert.

<sup>7</sup> C'est-à-dire de mobiliser les obligations déjà identifiées au service d'objectifs complémentaires, notamment lorsque la Commission précise les conditions d'implémentation des obligations *via* le mécanisme prévu à l'article 7.

obligations déjà présentes si besoin. Le dispositif actuel est en effet rigide et contraint, donc potentiellement aisé à contourner, en particulier pour certaines mesures à forte dimension technique comme l'interopérabilité.

- Deuxièmement, il semble indispensable d'instaurer et de maintenir un dialogue incluant l'ensemble des parties prenantes, et non les seuls *gatekeepers* comme actuellement proposé dans le texte. La consultation de tous les acteurs supposés bénéficier de l'imposition de ces obligations (les utilisateurs professionnels et les concurrents de ces plateformes, les associations de consommateurs...) contribuera en effet à assurer l'élaboration de remèdes efficaces, et à anticiper les problèmes émergents.
- Troisièmement, un *monitoring* des évolutions de l'environnement numérique, en demandant par exemple à la Commission d'établir une liste d'indicateurs à collecter périodiquement auprès des acteurs, permettrait à la Commission de gagner en expertise technico-économique et de réduire l'immense asymétrie d'information entre régulateur et régulés.
- Quatrièmement, la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends pour compléter la boîte à outils du régulateur permettrait à un acteur qui ne parvient pas à trouver un accord avec un *gatekeeper*, ou qui se considère comme lésé dans la mise en place d'une des obligations, de saisir le régulateur pour trouver rapidement une solution opérationnelle. Il peut ainsi concerner une grande variété de problématiques (et notamment la mise en place de remèdes techniques tels que l'interopérabilité) et préciser le cadre de régulation au regard de cas pratiques, hors de toute logique de sanction punitive.

**13.** Ensuite, certains services pourraient être explicitement intégrés au périmètre du règlement. C'est le cas des navigateurs, portes d'entrée incontournables du web pour les utilisateurs, ou des assistants vocaux, amenés à façonner de plus en plus leur expérience en ligne.

**14.** Enfin, le cadre de régulation proposé ne pourra faire l'économie d'importants moyens humains et techniques. La Commission propose d'allouer seulement 80 agents, ce qui semble très insuffisant. À titre de comparaison, les autorités du Royaume-Uni prévoient plus de 300 agents pour une initiative similaire au Digital Markets Act.

### III. Le renforcement du mécanisme de coopération avec les États membres permettrait une plus grande proximité, notamment avec les petits acteurs professionnels, bénéficiaires des nouvelles dispositions

**15.** Certaines des dispositions renforçant l'efficacité de la mise en œuvre du règlement bénéficieraient d'un appui de l'échelon national, par une plus forte coopération entre la Commission et des autorités nationales. Actuellement, la coopération n'est prévue que par le seul mécanisme prévoyant la présence des États membres au sein d'un comité rendant des avis consultatifs en amont de l'adoption d'actes d'exécution par la Commission. Cette procédure donne la possibilité aux États d'exercer un relatif contre-pouvoir institutionnel concernant les actes d'exécution de la Commission. Toutefois, bien qu'elle permette certains échanges, son objet n'est pas d'instaurer un véritable mécanisme de coopération, encore moins de remontée d'informations de terrain.

**16.** En particulier, si les acteurs régulés ont une dimension internationale, les bénéficiaires des obligations seront en grande partie des petits acteurs professionnels ou utilisateurs actifs au niveau national. Il semble ainsi qu'un rôle pourrait être confié à cet échelon pour suivre l'évolution du secteur, contrôler l'efficacité des mesures mises en place, remonter des alertes, régler certains différends au niveau national et plus généralement servir d'interlocuteur aux petits acteurs, dans une position très asymétrique par rapport aux *gatekeepers*, et qui peuvent être réticents à se tourner directement vers la Commission. ■

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

Jean-Luc Sauron

jean-luc.sauron@conseil-etat.fr

Conseiller d'État Délégué au droit européen, Paris

Professeur Université Paris-Dauphine

Directeur DU RGPD-DPO (Paris) et du Certificat RGPD-DPO (Tunis)

## I. La jurisprudence de la Cour de justice pousse l'Union européenne à une prise de conscience la conduisant à bousculer ses choix normatifs habituels

1. Par son arrêt du 16 juillet 2020<sup>1</sup>, la Cour de justice a sorti l'Union européenne de son rêve éveillé, dans lequel, à compter du 25 mai 2018, date d'entrée en vigueur du RGPD, le monde tournait, à nouveau, autour de l'Europe, et de ses règles protectrices des données personnelles. Chacun de nos partenaires commerciaux veillait à obtenir une décision d'adéquation pour pouvoir se prévaloir, à son tour, d'un haut niveau de respect des droits fondamentaux numériques et librement échanger ses données avec l'UE.

2. Dans une économie mondialisée, l'arrêt *Schrems II* arrête brutalement les transferts de données hors UE. Peu de commentateurs ont alors relevé que les transferts quotidiens de millions de données de résidents

européens s'effectuaient avec un acteur, les États-Unis, et leurs opérateurs numériques, les GAFAM, n'assurant ni la totale opposabilité des droits qui leur étaient conférés par le RGPD ni la garantie juridictionnelle desdits droits.

3. Très vite, le blocage s'est étendu aux données conservées dans les clouds publics, c'est-à-dire recouvrant le cas où une entreprise confie à un tiers la sauvegarde et la conservation de ses données. Quatre-vingt-dix-sept pour cent des entreprises européennes sont dans cette situation et, parmi elles, 63 % sont clientes d'Amazon AWS, de Microsoft Azure, de Google ou (pour 6 %) d'Alibaba. Tous les soirs, lesdites données sont transférées sur les sites de "conservation" tenus par lesdites entreprises américaines ou chinoise, sur le territoire de ces dernières, le fameux cloud n'étant pas en suspension dans l'air, mais bien inscrit dans un entrepôt matériel, en dur. Même les entrepôts de ce type situés sur le territoire d'un État membre de l'UE ne sont pas protégés d'éventuelles demandes d'informations d'agences de sécurité américaines.

4. Ces difficultés sont le lot de la plupart des entreprises européennes de la PME à la multinationale. Cela est tellement vrai que même les juridictions nationales, dans le prolongement de la Cour de justice, ont dû prendre la mesure du blocage consécutif à l'arrêt *Schrems II*, comme le Conseil d'État qui, dans une ordonnance du 13 octobre 2020, demande à Microsoft Azure, à qui le ministère de la Santé, par l'intermédiaire de la plateforme des données de santé, ou Health Data Hub, avait confié la totalité des données de santé des Français, de justifier de l'absence de transferts hors UE desdites données de santé et de leur inviolabilité vis-à-vis des "visites" éventuelles des services de sécurité précités.

\* Film de science-fiction qui décrit la société du futur, où tous les crimes sont empêchés, grâce à un service de police intervenant avant leur réalisation sur indication de "voyants".

<sup>1</sup> CJUE, 16 juillet 2020, *Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Ltd, Maximilien Schrems*, aff. C-311/18, citée comme *Schrems II*.



5. À la suite de l'impossibilité pour Microsoft Azure (entreprise américaine) d'assurer cette démonstration, il a été convenu qu'une migration vers un opérateur cloud RGPD compatible serait réalisée dans les... deux années prochaines. Une problématique juridique comparable a amené des associations à saisir à nouveau le Conseil d'État, concernant la protection des données de santé, recueillies par Doctolib, un des opérateurs à qui le gouvernement a confié la prise de rendez-vous et le suivi des vaccinations, données confiées par cette entreprise à un autre fournisseur américain de cloud public, le premier en importance, l'américain Amazon AWS.

6. Dans les faits, la quasi-totalité des acteurs économiques nationaux, qui n'utilisent pas un cloud interne à l'entreprise ou dont les données ne sont pas sous-traitées uniquement dans un État membre de l'Union, sont dans la même situation que les acteurs précités agissant dans le domaine de la santé.

7. Par ailleurs, les GAFAM ne sont pas restés "pétrifiés" par l'arrêt de la Cour de justice. Facebook a ainsi menacé l'autorité de contrôle irlandaise de suspendre l'ensemble des comptes Facebook et WhatsApp européens si cette dernière s'opposait, en application de l'arrêt précité, à la continuation du transfert des données des Européens (collectées sur les comptes de ses clients en Europe) vers les États-Unis. De son côté, Google avait même préparé un "DSA 60-Day Plan Update", document confidentiel et interne à Google, destiné à mobiliser les membres de l'équipe de lobbying du moteur de recherche à tout faire pour vider de sa substance la nouvelle législation numérique en cours d'élaboration à Bruxelles: le Digital Services Act. La Computer and Communications Industry Association (CCIA) (dans laquelle les GAFAM pèsent un certain poids...) commence, à son tour, à mobiliser ses troupes contre le Digital Markets Act<sup>2</sup>.

8. Bref, sans réaction, le RGPD allait être rapidement rangé au rang des ratés historiques de l'UE, et l'espoir d'un *soft power* européen dans le numérique disparaître.

9. Mais l'équation n'est pas simple :

- Comment contrôler le respect de règles chez des entreprises quasi absentes physiquement du territoire européen, et assurer l'application de règles territorialisées dans une économie numérique, sans frontières, sans bureaux, sans siège social réel, dominée par des acteurs essentiellement non européens ?
- Comment permettre l'émergence de champions européens face à des concurrents dont le chiffre d'affaires dépasse le PIB de la plupart des États membres de l'UE ?
- Comment éviter la mise en compétition fratricide des différents États européens par les GAFAM ou leurs équivalents chinois ?

- Comment appliquer le droit traditionnel de la concurrence à des acteurs dont la surface financière et le poids politique ont jusqu'ici rendu inefficaces les sanctions pécuniaires de la Commission européenne ?

## II. Le DMA\* : Restituer au droit européen de la concurrence son efficacité opérationnelle

10. Cette prise de conscience du handicap que suscitent tant l'absence de réalité industrielle et économique des Européens en ces domaines que le manque d'effets performants des procédures concurrentielles de sanctions engagées par la Commission européenne explique la publication de deux propositions de règlements complémentaires préparés par cette dernière en décembre 2020 : le Digital Services Act (DSA), qui vise à contrôler les contenus illicites diffusés par des plateformes, d'une part, et le Digital Markets Act (DMA), qui tend à assurer le maintien de la compétitivité entre les acteurs de ce type sur le marché intérieur, d'autre part.

11. Cet article est centré sur le DMA, outil majeur de la révolution copernicienne du droit européen de la concurrence : non plus constater et punir, mais anticiper et conditionner, conditionner l'accès au marché européen au respect d'obligations assurant la fluidité des acteurs économiques présents. Trois grands axes peuvent être soulignés.

12. Favoriser l'émergence d'acteurs économiques européens. La première phrase de l'article 1<sup>er</sup> résume à elle seule l'esprit de ce règlement, visant "à garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique de l'Union là où des contrôleurs d'accès sont présents sur le marché". La définition des critères pour être désignés comme contrôleurs d'accès figure à l'article 3 du DMA. Le bénéfice de cette qualification se fera sous la responsabilité de la Commission européenne, qui veillera au caractère opérationnel de ladite liste (art. 4).

13. Le chapitre III du règlement (art. 5 à 13) décrit les pratiques déloyales des contrôleurs d'accès qui entravent la contestabilité, empêchant l'accès pour de nouveaux acteurs économiques. Les nouvelles règles devraient permettre aux PME européennes de s'implanter sans

<sup>2</sup> Contexte numérique, 11 mars 2021.

\* Le nom exact de cette proposition de règlement est : Proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, COM(2020) 842 final, ci-après "DMA".

être étouffées ou rachetées par les contrôleurs d'accès. Ce chapitre définit les obligations directement applicables (art. 5) et les obligations susceptibles d'être précisées (art. 6) que les contrôleurs d'accès doivent respecter. Il fixe, à son article 8, les conditions dans lesquelles les obligations applicables à un service de plateforme essentiel spécifique peuvent être suspendues, ou, à l'inverse, à son article 9, dans lesquelles une exemption peut être accordée pour des raisons d'intérêt général. Enfin l'obligation de notifier tout projet de concentration au sens du règlement UE sur les concentrations est prévue à son article 12 et un audit indépendant de toute technique de profilage des consommateurs qu'il applique à ses services de plateforme essentiels peut être imposé au contrôleur d'accès (art. 13).

**14. Apprendre à vivre sur un tapis roulant : un monitoring continu des obligations, joint à une actualisation normative permanente.** Là encore, des outils permettent de ne pas attendre les traditionnelles clauses de rendez-vous, préalables nécessaires à de longues tractations intra-européennes pour savoir ce qui devrait être changé, et à qui les nouveaux pouvoirs devront être confiés (États membres, Commission européenne, voire une nouvelle autorité de régulation dont le siège sera attribué à un des rares États membres non "bénéficiaires" d'un tel siège). L'exercice des pouvoirs devant, au moins dans un premier temps, être dirigé à l'encontre d'acteurs économiques extra-européens, le DMA organise une actualisation, en dehors des mécanismes habituels, des obligations des contrôleurs d'accès (art. 10) pour adapter au plus près de l'évolution du marché les contraintes exercées et un suivi minutieux des comportements desdits contrôleurs d'accès au moyen d'audits et/ou de solides études de marché organisées notamment au chapitre IV du DMA. Ces enquêtes permettront un suivi presque "en temps réel" de l'apparition d'un nouveau contrôleur d'accès (art. 15), de l'absence de respect systématique des obligations imposées (art. 16), ou la détermination précoce de nouveaux services de plateforme essentiels et de nouvelles pratiques (art. 17).

**15. Sortir du système des contrôleurs nationaux mis en réseau pour rétablir un centre de gouvernance unique, capable de tenir tête aux plateformes et doté de réels pouvoirs de "coercition".** Le chapitre V place la Commission européenne comme interlocutrice unique des plateformes : elle a le pouvoir de demander des renseignements (art. 19), de mener des entretiens et de recueillir des déclarations (art. 20), de mener des inspections sur

place (art. 21), d'adopter des mesures provisoires (art. 22) et de rendre des mesures volontaires obligatoires pour les contrôleurs d'accès (art. 23), ainsi que de contrôler leur conformité avec le règlement (art. 24). En cas de non-respect, la Commission européenne peut adopter des décisions constatant un manquement (art. 25), de même qu'imposer des amendes (art. 26) et des astreintes (art. 27) en cas d'infractions au règlement commises par des contrôleurs d'accès, et si les informations fournies dans le cadre de l'enquête sont inexactes, incomplètes ou dénaturées. Mais au-delà de ces pouvoirs traditionnels des autorités de concurrence, la Commission européenne pourra exercer une véritable contrainte pour maintenir la contestabilité du marché au plus près de son fonctionnement réel. L'article 16, paragraphe 1 ("*Enquête sur le marché portant sur un non-respect systématique*"), prévoit ainsi que "[l]orsqu'il ressort de l'enquête sur le marché qu'un contrôleur d'accès a systématiquement contrevenu aux obligations prévues aux articles 5 et 6 et qu'il a encore renforcé ou étendu sa position de contrôleur d'accès au regard des caractéristiques mentionnées à l'article 3, paragraphe 1, la Commission peut, par voie de décision adoptée conformément à la procédure consultative visée à l'article 32, paragraphe 4, imposer à ce contrôleur d'accès toute mesure corrective comportementale ou structurelle qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour garantir le respect du présent règlement. La Commission conclut son enquête en adoptant une décision dans les douze mois à compter de l'ouverture de l'enquête sur le marché". Le considérant n° 64 du DMA éclaire sur le type de mesures envisagées, dont l'impact devrait être moins gérable pour un contrôleur d'accès qu'une amende ou une astreinte : "*Une mesure corrective structurelle, telle que la séparation juridique, fonctionnelle ou structurelle, y compris la cession de toute activité ou de partie de celle-ci, ne devrait être imposée que s'il n'existe pas de mesure corrective comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérerait plus lourde pour l'entreprise concernée que la mesure corrective structurelle.*"

**16. Mais la politique normative européenne ne suffira pas à inverser le rapport de forces.** Rien ne se fera, sans une mobilisation politique des 27 gouvernements, par exemple concrétisée par un point régulier au cours de chaque Conseil européen relatif à l'affirmation de la souveraineté numérique européenne. La régulation concurrentielle devra s'accompagner, pour un temps, d'un retour du politique sur le terrain. ■

# Une définition du “gatekeeper” sur le mode des poupées russes

Linda Arcelin

linda.arcelin@univ-lr.fr

Professeur

Université de La Rochelle

1. Le couple concurrence–numérique n’en finit pas d’alimenter les chroniques juridiques<sup>1</sup> et économiques comme les travaux législatifs internes et européens. Ainsi, annoncé depuis plusieurs mois pour dépoussiérer la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>2</sup>, le projet de la Commission européenne a été présenté le 15 décembre 2020 et s’est scindé en deux textes : le Digital Services Act<sup>3</sup>, qui vient précisément amender la directive précitée, et le Digital Markets Act<sup>4</sup>, qui s’intéresse plus spécifiquement, lui, aux questions de concurrence.

2. L’objectif de ce second texte, sur lequel nous nous concentrerons, est d’offrir un cadre normatif à même d’assurer loyauté et contestabilité des positions des opérateurs en place sur le marché. En effet, certains fournisseurs exercent un contrôle sur des écosystèmes de plateformes entiers au sein de l’économie numérique et sont structurellement extrêmement difficiles à concurrencer ou à contester par des opérateurs du marché existants ou nouveaux, indépendamment de leur degré d’innovation et d’efficacité. Cela peut mener à de graves déséquilibres en matière de pouvoir de négociation, et donc à des pratiques et conditions déloyales à l’égard tant des entreprises utilisatrices que des utilisateurs finaux de services de plateforme essentiels fournis par ces contrôleurs d’accès, au détriment des prix, de la qualité, du choix et de l’innovation dans ce domaine (considérant 4)<sup>5</sup>. La proposition de règlement développe alors une démarche en partie *ex ante*, fondée sur une série d’obligations devant être respectée par des opérateurs identifiés en amont, complémentaire à celle *ex post* du droit de la concurrence.

3. La notion centrale est celle de “gatekeepers”, traduite en français par la notion de contrôleurs accès. La Commission doit d’une part “désigner” ces derniers<sup>6</sup> soit au regard de la notification qu’ils lui ont adressée préalablement, soit après une enquête, et d’autre part publier et tenir à jour une liste de ces *gatekeepers* (art. 4 § 3).

4. Cette qualification est le critère d’applicabilité du futur règlement<sup>7</sup> comme l’entreprise l’est pour le droit de la concurrence. Or, à l’image des contentieux autour de cette dernière, la qualification de *gatekeeper* risque d’être bien difficile dans un secteur aussi mouvant et volatil que le numérique. Bien sûr des critères ont été posés. Le contrôleur d’accès est d’abord un fournisseur de services de plateforme essentiels proposant l’un des huit services suivants (art. 2 § 2) :

- a) services d’intermédiation en ligne,
- b) moteurs de recherche en ligne,
- c) services de réseaux sociaux en ligne,
- d) services de plateformes de partage de vidéos,
- e) services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation,
- f) systèmes d’exploitation,
- g) services d’informatique en nuage,
- h) services de publicité, y compris tous réseaux publicitaires, échanges publicitaires et autre service d’intermédiation publicitaire, fournis par un fournisseur de l’un quelconque des services de plateforme essentiels énumérés aux points a) à g).”

1 Sur ce “foisonnement d’idées”, v. M. Malaurie-Vignal, Concurrence et numérique : un foisonnement d’idées pour dominer les géants, *Contrats, conc., consom.* 2020, étude 17.

2 V.A.-S. Choné-Grimaldi, Digital Services Act : vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique ?, *JCP E* 2020, 1458.

3 Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final, 2020/0361 (COD).

4 Proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD).

5 V. entre autres V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, Rapport d’information sur les plateformes numériques, 24 juin 2020.

6 Un réexamen est prévu au moins tous les deux ans (art. 4).

7 Comme l’expose la Commission dans son considérant 15 : “Qu’un service numérique puisse être qualifié de service de plateforme essentiel en raison de son utilisation répandue et courante, et de son importance pour relier les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux, ne suscite pas en soi de préoccupations suffisamment sérieuses en matière de contestabilité et de pratiques déloyales. De telles préoccupations apparaissent seulement lorsqu’un service de plateforme essentiel constitue un point d’accès majeur et est exploité par un fournisseur ayant un poids important sur le marché intérieur et jouissant d’une position solide et durable, ou par un fournisseur susceptible de jouir d’une telle position dans un avenir proche. En conséquence, l’ensemble ciblé de règles harmonisées fixées par le présent règlement ne devrait s’appliquer qu’aux entreprises désignées sur la base de ces trois critères objectifs, et ne devrait s’appliquer qu’aux services de plateforme essentiels qui représentent, individuellement, un point d’accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d’atteindre les utilisateurs finaux.”

5. D'autres secteurs pourront venir enrichir cette liste si la Commission l'estime utile au regard des conclusions d'une enquête (art. 17).

6. À cette première approche matérielle est jointe une seconde relative à l'envergure de l'opérateur. Mais les multiples hypothèses que la proposition envisage, allant du *gatekeeper* présumé (I.) au *gatekeeper* par sanction (IV.) en passant par le possible *gatekeeper* (II.) et le *gatekeeper* par anticipation (III.), rendent la qualification incertaine alors que le futur texte met à leur charge des obligations très précises assorties de sanctions.

## I. Le *gatekeeper* présumé

7. La définition du *gatekeeper* ou contrôleur d'accès repose sur une alliance d'exigences objectives cumulatives et de seuils permettant de présumer le respect de ces exigences (art. 3 § 1 et 3 § 2) :

- être d'une taille telle qu'elle a une incidence sur le marché intérieur. Cette taille est présumée atteinte si la société a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace économique européen (EEE) d'au moins 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices ou si sa capitalisation boursière moyenne ou sa juste valeur marchande équivalente s'est élevée à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et qu'elle fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres ;
- exploiter un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès important des entreprises utilisatrices pour atteindre les consommateurs finaux. Là encore, cette condition est présumée remplie si la société exploite un service de plateforme essentiel comptant plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs chaque mois établis ou situés dans l'UE, et une moyenne de plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives établies dans l'UE au cours du dernier exercice ; et
- occuper une position dont on s'attend à ce qu'elle soit bien ancrée et durable, ce qui est présumé si la société a rempli les deux autres critères au cours de chacun des trois derniers exercices.

8. Il est évident qu'avec des capitalisations boursières dépassant ou avoisinant pour chacun les 1 000 milliards de dollars, et leur nombre étourdissant d'utilisateurs, les GAFAM sont d'emblée des *gatekeepers*, de même par exemple qu'Airbnb. Cela est beaucoup moins sûr pour des opérateurs comme Leboncoin, Cdiscount ou même eBay, alors que leurs pratiques ne sont parfois guère plus angéliques. On pourrait alors penser qu'il y a là une régulation à deux vitesses de ces opérateurs<sup>8</sup>.

8 V. en ce sens, F. G'Sell, Une nouvelle réglementation *ex ante* imposées aux *gatekeepers* : le Digital Markets Act, 23 décembre 2020 (<https://www.sciencespo.fr/public-chaire-numerique/2020/12/23/reglementation-ex-ante-gatekeepers-digital-market-act>).

## II. Le “possible *gatekeeper*”

9. Parce qu'il ne s'agit que de présomptions, un fournisseur de services de plateforme essentiels peut contester sa qualification de *gatekeeper* soit parce qu'il n'atteint pas les seuils, soit parce que les atteignant, il ne remplit pas pour autant les exigences objectives (art. 6). Dans ces hypothèses, il ne peut être désigné comme *gatekeeper* qu'à la suite d'une enquête plus poussée de la Commission.

10. L'opérateur doit présenter des “*arguments suffisamment étayés*” qui doivent porter sur les trois critères (point d'accès majeur exploité par un fournisseur ayant une incidence considérable sur le marché intérieur, avec une position solide et durable, qu'elle soit réelle ou prévisible). En revanche, “[t]oute justification reposant sur des motifs économiques visant à démontrer des gains d'efficacité découlant d'un type particulier de comportement du fournisseur de services de plateforme essentiels devrait être rejetée, car elle n'est pas pertinente pour la désignation d'un contrôleur d'accès” (considérant 23).

11. Dans son analyse, et dans la réponse qu'elle apporte aux arguments de l'opérateur, la Commission tient compte des éléments listés à l'article 3 § 6, à savoir :

- (a) la taille, y compris le chiffre d'affaires et la capitalisation boursière, les activités et la position du fournisseur de services de plateforme essentiels ;
- (b) le nombre d'entreprises utilisatrices qui dépendent du service de plateforme essentiel pour atteindre des utilisateurs finaux et le nombre d'utilisateurs finaux ;
- (c) les barrières à l'entrée qui résultent d'effets de réseau et d'avantages tirés des données, en particulier en ce qui concerne l'accès aux données à caractère personnel et non personnel et la collecte de ces données par le fournisseur, ou les capacités d'analyse de ce dernier ;
- (d) les effets d'échelle et de gamme dont bénéficie le fournisseur, y compris en ce qui concerne les données ;
- (e) la captivité des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux ;
- (f) les autres caractéristiques structurelles du marché.”

12. La notion est bien complexe à appliquer, d'autant plus qu'elle doit tenir compte d'une appréciation évolutive (art. 3 § 6) dans un domaine mouvant, où les certitudes s'évanouissent rapidement. Cela n'empêche toutefois pas la Commission de qualifier un contrôleur d'accès “par anticipation”.

9 Ou même “très étayés” (art. 15 § 3).

### III. Le gatekeeper par anticipation

13. Une logique *ex ante* domine la proposition de règlement. L'une des mesures phares est ainsi celle obligeant les *gatekeepers* à informer la Commission des acquisitions d'un autre fournisseur de services de plateforme essentiels qu'ils comptent réaliser (art. 12), mesure visant à lutter contre ce qu'il est coutume de nommer les acquisitions tueuses. Mais cette approche préventive se retrouve également au stade de l'applicabilité du texte. En effet, la troisième exigence (c) de l'article 3 § 1 porte sur la position solide et durable dont jouit l'opérateur dans ses activités ou dont il jouira, "*selon toute probabilité*", "*dans un avenir proche*". La démarche est parfaitement compréhensible mais difficilement soutenable juridiquement : soit l'opérateur remplit les critères, soit il ne les remplit pas, mais le "presque" n'a pas sa place dans l'ordonnement juridique, et ce d'autant plus que les éléments de "probabilité" ou "d'avenir proche" sont extrêmement flous.

14. Certes, ce contrôleur d'accès en devenir "bénéficiaire" d'un régime d'obligations allégé. Selon l'article 15 § 4, il n'est soumis qu'aux obligations énoncées à l'article 5, b) sur les clauses de parité, et à l'article 6 § 1, e), f), h) et i) sur en substance l'interopérabilité et la portabilité des données. La Commission ne déclare applicables que les obligations appropriées et nécessaires pour empêcher le contrôleur d'accès concerné d'acquiescer, par des moyens déloyaux, une position solide et durable dans ses activités. Mais malgré tout, cette catégorie laisse une trop grande place au doute, peu propice à la sécurité juridique.

### IV. Le gatekeeper par sanction

15. Enfin, dernière matriochka, l'opérateur peut être qualifié de contrôleur d'accès au titre d'une sanction. Selon l'article 3 § 6 *in fine*, "*si le fournisseur d'un service de plateforme essentiel qui n'atteint pas les seuils quantitatifs visés au paragraphe 2 ne respecte pas de manière substantielle les mesures d'enquête ordonnées par la Commission et si ce manquement persiste après que le fournisseur a été invité à s'y conformer dans un délai raisonnable et à soumettre ses observations, la Commission est habilitée à désigner ce fournisseur comme contrôleur d'accès sur la base des faits disponibles*". La confusion est totale : le fait de ne pas coopérer lors de l'enquête ne vient pas pallier l'absence de satisfaction des seuils ! Le droit de la concurrence devrait ici reprendre son empire.

16. Finalement, on en arrive à une multitude de régimes : les contrôleurs d'accès sont tenus de toutes les obligations, les contrôleurs d'accès en devenir de certaines seulement, et les autres fournisseurs ne sont redevables du respect de ces obligations que si un abus de position dominante de leur part est démontré, ce qui est peu probable faute justement de position dominante... S'agissant de pratiques unilatérales imposées, le droit des ententes sera également peu mobilisable. Le droit interne des pratiques restrictives et le règlement P2B<sup>10</sup>, avec leur large spectre personnel, ont dès lors de beaux jours devant eux ! ■

10 Le droit des abus de dépendance économique pourrait jouer un rôle également s'il était réformé.

# Le DMA, une arme contre les abus contractuels

Jean-Louis Fourgoux

jean-louis.fourgoux@fidal.com

Directeur associé

Fidal, Paris

1. La publication le 15 décembre dernier des projets de Digital Markets Act<sup>1</sup> et de Digital Services Act a été l'occasion pour la Commission européenne de révéler son plan pour adapter la législation à l'ère du numérique et proposer une véritable régulation européenne du numérique<sup>2</sup>. Les ministres de l'Économie, des Affaires européennes et de la Transition numérique ont immédiatement affiché leur satisfaction, car *“ces textes ambitieux doivent permettre la mise en œuvre d'un nouveau cadre de régulation, qui mettra fin à l'irresponsabilité des géants du numérique”*<sup>3</sup>.

2. Le numérique est devenu une priorité pour la Commission. Le poids des GAFAs a marqué les esprits au point que, même dans leur mère patrie, la remise en cause de ces mastodontes et leur démantèlement ont été évoqués par les candidats démocrates<sup>4</sup> puis dans un rapport antitrust de la Chambre des représentants<sup>5</sup>. L'Europe ne pouvait pas être en reste, et ce d'autant plus que les réflexions sur le numérique ne sont pas nouvelles. Sans remonter aux premières études, une consultation publique sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage (*cloud computing*), ainsi que l'économie collaborative, a été lancée par la Commission européenne le 24 septembre 2016. Il s'agissait pour la Commission de répondre aux questions relatives aux plateformes et aux intermédiaires. Les autorités nationales de concurrence ne se sont pas désintéressées de ce secteur, au contraire. En France, il figure dans ses priorités et depuis les années 2010 *“une application extensive du droit de la concurrence au secteur du numérique”* a été

observée<sup>6</sup>. Les autorités ont aussi alimenté le débat en multipliant les rapports, études et réflexions pour appliquer le droit de la concurrence au monde numérique<sup>7</sup>. Les parlementaires ont aussi été mis à contribution et ont proposé des évolutions du droit de la concurrence pour élargir la notion d'abus de position dominante et permettre de couvrir des abus par anticipation avant même que la position dominante ne soit caractérisée, et ouvert la voie à une régulation *ex ante*.<sup>8</sup> La commissaire à la concurrence pendant cette période n'a pas été inactive et a mis en valeur les lourdes amendes en particulier contre Google<sup>9</sup>. Chaque spécialiste du droit de la concurrence a finalement proposé sa solution pour appliquer au monde numérique les règles bien connues prohibant les pratiques anticoncurrentielles<sup>10</sup> et pour maintenir cette protection, car *“[e]n matière d'économie numérique, la politique antitrust a aujourd'hui un rôle essentiel à jouer : permettre à la compétition de rester toujours ouverte, en dépit des positions dominantes acquises par certains géants”*<sup>11</sup>.

1 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques).

2 L. Idot, Un pas décisif vers une régulation propre au numérique, *Europe*, janvier 2021, alerte 1 ; projet de règlement, 15 décembre 2020, COM(2020) 842 final.

3 Communiqué de presse du 15 décembre 2020 n° 494 de MM. Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, Clément Beaune, secrétaire d'État chargé des Affaires européennes, et Cédric O, secrétaire d'État chargé de la Transition numérique et des Communications électroniques.

4 A. Cherif, Démanteler les Gafas ? L'idée ressurgit aux États-Unis, *La Tribune*, 11 mars 2019.

5 Majority Staff Report and Recommendations, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of la Chambre des représentants, <https://int.nyt.com/data/documenttools/house-antitrust-report-on-big-tech/b2ec22c340e1af1/full.pdf> ; A. Piquard, Aux États-Unis, un rapport parlementaire veut casser les “monopoles” des GAFAs, *Le Monde*, 7 octobre 2020 ; A. Moutot, Longtemps conciliants avec les Gafas, les États-Unis passent désormais à l'attaque, *Les Échos*, 15 octobre 2020.

6 I. De Silva, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n° 3, juin 2020, entretien 107.

7 Aut. conc. et CMA, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, 16 décembre 2014 ; Aut. conc. et Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016 ; Aut. conc., avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet ; CE, Étude annuelle 2017 – Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'“ubérisation”, La Documentation française, 2017.

8 Ass. nat., Rapport d'information sur les plateformes numériques, 24 juin 2020, déposé par Mme Valéria Faure-Muntian et M. Daniel Fasquelle, propositions n° 16 et n° 10 ; A.-S. Choné-Grimaldi, *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97466, pp. 119-120.

9 Comm. eur., communiqué MEMO/17/1784 du 27 juin 2017, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix – Factsheet ; communiqué IP/18/4581 du 18 juillet 2018, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4,34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche ; communiqué IP/19/770 du 20 mars 2018, Antitrust : la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne.

10 Sur algorithme et concurrence p. ex. : B. Jedličková, Digital Polyopoly, *World Competition*, vol. 42, n° 3, 2019, pp. 309-334, *plaidé pour une application courageuse du droit de la concurrence* ; Dossier Concurrences et numérique, *Cah. de entr.*, n° 3, mai 2019 Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2019, dossier 14 : Le droit de la concurrence face au défi de l'économie numérique par D. Fasquelle – art. 15, Concurrence des règles de droit social via l'utilisation du numérique par C. Minet-Letalle – art. 16, La vente en ligne est-elle proconcurrentielle ? par I. Bufflier – art. 17, Numérique et abus de position dominante par C. Prieto – art. 18, Le numérique au prisme du droit des aides d'État par A. Cartier-Bresson – art. 19, La temporalité des règles de concurrence est-elle adaptée au numérique ? par E. Claudel – art. 21, Vers une autorégulation des marchés numériques ? par M. Chagny – art. 22.

11 E. Combe, Numérique : Pas de compétition sans arbitre, *L'Opinion*, 6 juin 2019.

3. Las, le projet, rendu public après les diverses consultations menées tambour battant en pleine crise sanitaire<sup>12</sup>, anéantit les certitudes des concurrentialistes et déclenche des réactions parfois outrées contre un projet qualifié de “rigide, et grossier”<sup>13</sup>. Il faut dire que le constat dressé des pouvoirs des grandes plateformes, désignées sous le nom de *gatekeeper*/contrôleur d'accès, sont dès les premières lignes anxiogènes : le manque de contestabilité empêche “le fonctionnement efficient du secteur numérique en entraînant une hausse des prix, une baisse de la qualité, ainsi qu'une réduction du choix et un ralentissement de l'innovation, au détriment des consommateurs européens”<sup>14</sup>. Le verdict sur l'efficacité du droit de la concurrence, sous la plume de la Commission, laisse pantois : “Si les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent toujours au comportement des contrôleurs d'accès, leur champ d'application se limite à certains cas de pouvoir de marché (par exemple, la position dominante sur certains marchés) et de comportement anticoncurrentiel, tandis que l'application intervient ex post et requiert au cas par cas une enquête approfondie sur des faits souvent très complexes. En outre, la législation existante de l'UE ne répond pas, ou pas efficacement, aux entraves observées sur le marché intérieur en ce qui concerne son bon fonctionnement, lesquelles entraves sont dues au comportement de contrôleurs d'accès qui n'occupent pas nécessairement de position dominante au sens du droit de la concurrence”<sup>15</sup>. De façon plus globale, la Commission mentionne à plusieurs reprises dans l'exposé des motifs qu'une “défaillance” des marchés est particulièrement observée dans le domaine numérique, confortant les doutes de certains sur l'insuffisance des outils de la politique de concurrence et la nécessité d'avoir un rôle “actif” sur le marché numérique<sup>16</sup>. Le commissaire européen Thierry Breton, présentant le DMA, a eu cette formule lapidaire : “[...] the time for an underregulated digital space is over. It is time for Europe to set its own terms and conditions to protect consumers and markets.”<sup>17</sup> Ceci conduit à un autre constat alarmant : l'aveu de l'incapacité, à ce jour, de protéger les entreprises utilisatrices et les consommateurs des pratiques déloyales des plateformes. Le terme “déloyal” est le leitmotiv lancinant du projet et se transforme en aveu de l'incapacité de la Commission et des

États membres face à la suprématie des plateformes. Égrené 59 fois, dans le document intégral, ce triste bilan ne relève plus de la répétition mais de l'obsession !

4. L'objet du règlement, adopté sur la base de l'article 114 du TFUE, est d'inverser cet état de fait et d'instaurer des “règles harmonisées visant à garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique de l'Union là où des contrôleurs d'accès sont présents sur le marché”<sup>18</sup>. Marché et équité sont-ils des termes qui font bon ménage ? Pour les économistes, cela donnera lieu à des réflexions sans fin mais donne le signal d'une volonté de la Commission de protéger les entreprises présentes sur un marché plutôt que la liberté de la concurrence. Le chapitre III, qui constitue le centre de cette nouvelle régulation, en identifiant les clauses prohibées ou susceptibles de l'être, vise à lutter contre les “pratiques des contrôleurs d'accès qui limitent la contestabilité ou sont déloyales”.

5. La méthode employée par la Commission ne reprend pas exactement la formule des années 2000 ni la modernisation du droit de la concurrence qui avait accordé aux autorités nationales de concurrence, membres du réseau européen de concurrence, des pouvoirs d'application décentralisée<sup>19</sup> et simplifié considérablement les conditions d'exemption en laissant aux entreprises le soin d'apprécier la compatibilité avec l'interdiction des ententes<sup>20</sup>. En effet, l'option retenue consiste, selon les termes de la Commission, à retenir des contrôles et une surveillance *ex ante*, passant notamment par la désignation des contrôleurs d'accès, la surveillance du respect par les contrôleurs d'accès des obligations contractuelles identifiées, le contrôle spécifique des concentrations, l'adoption de décisions constatant un manquement, l'appréciation des demandes d'exemption, la conduite d'enquêtes sur le marché et le contrôle du respect des décisions de la Commission. La Commission ne tourne ainsi pas le dos aux classiques du droit de la concurrence mais adapte sa stratégie pour la rendre plus efficace.

Partant, le projet de règlement va ouvrir la voie à un nouveau régime de contrôle étroit des comportements des *gatekeepers* (I.) qui devra cohabiter avec les droits existants (II.).

12 Publication de trois études d'impact préalables le 2 juin 2020 ; N. Cartapanis et F. Marty, Plateformes numériques : La Commission européenne lance deux études d'impact préalables relatives à l'encadrement concurrentiel et régulateur des plateformes d'intermédiation électroniques, *Concurrences* n° 3-2020, art. n° 96027, pp. 78-84 ; A.-S. Choné-Grimaldi, Digital Services Act : Vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au numérique ? *JCP E*, 12 novembre 2020 n° 46, pp. 1458-1462 ; <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers> et <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

13 D. Bosco, La Commission dévoile ses propositions pour façonner l'avenir digital de l'Europe, *Contrats, conc., consom.* février 2021, n° 2, comm. 27.

14 Exposé des motifs, p. 1.

15 Considérant 5.

16 J.-L. Sauron, La régulation du numérique : Les outils de la politique de la concurrence ont-ils failli ? *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98505, pp. 2-3.

17 Digital and competition #2 Keynote speech by Thierry Breton & Tipping: Should regulators intervene before or after?, *Concurrences*, Webinar, 10 mars 2021, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com). <https://www.concurrences.com/fr/conferences/digital-and-competition-2-keynote-speech-by-thierry-breton-tipping-should>

18 Art. I, § 1.

19 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

20 Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* n° L 336 du 29 décembre 1999, p. 21 et Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* n° L 102 du 23 avril 2010, p. 1.

# I. Un contrôle étroit des comportements des plateformes

6. La démarche de la Commission est ambitieuse, elle vise à appréhender et à limiter ou interdire les pratiques commerciales et les choix techniques qui privilégient les plateformes au détriment des utilisateurs ou des consommateurs, notamment par le couplage des services ou l'exploitation des données. Cependant, le champ d'application et la nature du contrôle limitent quelque peu cette grande réforme: le contrôle est réservé aux seules plateformes identifiées comme *gatekeepers* (1.) et à certaines clauses les plus contestées (2.).

## 1. Un champ d'application restreint

7. Loin de s'ériger en juge suprême de toutes les clauses contractuelles, la Commission restreint, à première vue, son champ de compétence aux seules plateformes essentielles du monde numérique qui dépassent certains seuils de chiffre d'affaires (6,5 milliards d'euros), de nombre d'utilisateurs (45 millions usagers ou 10 000 entreprises utilisatrices) et de valorisation boursière (65 milliards d'euros<sup>21</sup>). L'écart avec le droit de la concurrence est sur ce point sensible: pas de mention de parts de marché alors que le droit de la concurrence en est friand pour le contrôle des comportements.

8. Le projet de règlement DMA a pour objet d'encadrer seulement les grandes plateformes ayant un tel poids économique qu'elles se comportent selon l'UE comme des "*contrôleurs d'accès*" aux marchés numériques (*gatekeepers*), qualificatif défini selon plusieurs critères cumulatifs:

- posséder une position économique forte, avec une incidence significative sur le marché intérieur, et être actif dans plusieurs pays de l'UE;
- occuper une position d'intermédiation forte, à savoir relier une base d'utilisateurs importante à un grand nombre d'entreprises;
- occuper cette position de façon pérenne.

Les définitions successives, qui paraissent très précises (dépassement de seuils de chiffre d'affaires, de nombre d'utilisateurs et de valorisation boursière), sont en fait plus fluctuantes, entremêlées et prospectives, laissant à la Commission une marge d'action non négligeable<sup>22</sup>. On pourra remarquer que ces critères et ces seuils quantitatifs sont uniformes alors que les plateformes visées peuvent relever de business models très différents: un réseau social peut avoir un nombre d'utilisateurs élevé sans être

21 Art. 3, § 2.

22 L. Arcelin, ce dossier.

véritablement incontournable, alors qu'une plateforme de vente en ligne aura besoin de moins de partenaires pour être inévitable. Cette approche peut avoir pour effet de ne pas viser au plus juste et de laisser encore émerger des licornes qui deviendront des géants.

9. Par ailleurs, seuls des services essentiels<sup>23</sup>, au nombre de huit, sont également couverts par le règlement. Ainsi seules les clauses contractuelles relevant de l'un des services suivants pourront être analysées par la Commission:

- a) services d'intermédiation en ligne,*
- b) moteurs de recherche en ligne,*
- c) services de réseaux sociaux en ligne,*
- d) services de plateformes de partage de vidéos,*
- e) services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation,*
- f) systèmes d'exploitation,*
- g) services d'informatique en nuage,*
- h) services de publicité, y compris tous réseaux publicitaires, échanges publicitaires et autre service d'intermédiation publicitaire, fournis par un fournisseur de l'un quelconque des services de plateforme essentiels [précédents]."*

10. Même si le commissaire Thierry Breton se défend de viser tel ou tel acteur<sup>24</sup>, les GAFAs sont donc concernés, mais également les autres opérateurs asiatiques (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi) s'ils venaient à envahir le marché de l'UE, alors que les milliers de plateformes existantes pourraient être laissées de côté (plus de 10 000 actives sont mentionnées dans l'exposé des motifs)<sup>25</sup>. Si les proies sont peu nombreuses, le contrôle limité en volume pourrait en être plus facile et moins coûteux pour la Commission, qui tente d'estimer jusqu'en 2027 les coûts de ce contrôle que les DG COMP, GROW et CNECT se partageront<sup>26</sup>.

Par ailleurs, toutes les clauses contractuelles ne seront pas scrutées par la Commission, mais seules les clauses identifiées pourront être contrôlées.

## 2. La nature du contrôle

La régulation passe par une identification de comportements prohibés (2.1) et une surveillance des opérateurs pour vérifier le respect des obligations (2.2).

23 Art. 2, § 2.

24 "*DMA is not against anyone*", *Concurrences*, Webinar, 10 mars 2021 préc.

25 C. Prieto, préc.

26 Fiche financière législative annexée au DMA.



## 2.1 Identification des comportements prohibés

11. La technique qualifiée d'*ex ante* est sans doute un peu trompeuse, car la méthode retenue vise en réalité à dresser une liste de clauses ou pratiques interdites (art. 5), une liste d'autres clauses susceptibles d'être précisées (art. 6), le tout pouvant être révisé par la Commission après enquête (art. 7 et 10). L'avantage de cette régulation ciblant des comportements identifiés est d'améliorer la prévisibilité pour les entreprises soumises au nouveau régime. Le critère retenu par la Commission est, outre l'atteinte à la contestabilité des marchés (dont la définition n'est pas détaillée par le DMA, mais qui recouvre la potentialité, du fait de la structure du marché, de nouvel entrant venant concurrencer un opérateur en place fût-il dominant), le "déséquilibre" qui est caractérisé lorsqu'il existe un "*déséquilibre entre les droits et les obligations des entreprises utilisatrices et que le contrôleur d'accès obtient un avantage des entreprises utilisatrices qui est disproportionné par rapport au service fourni par le contrôleur d'accès aux entreprises utilisatrices*"<sup>27</sup>.

12. Les clauses interdites de plein droit sont celles listées à l'article 5.

Le contrôleur d'accès, pour chacun de ses services de plateforme essentiels identifiés (cf. ci-dessus), doit exclure de son comportement certaines pratiques considérées comme suffisamment préoccupantes. Certaines clauses et pratiques concernent l'usage des données personnelles et ne sont pas toutes contractualisées alors que d'autres, relatives aux offres de services des plateformes, sont le plus souvent sacralisées dans les formules contractuelles des plateformes (CGU, contrats types et panels de contrats...). Le contrôleur d'accès devra dans tous les cas :

- s'abstenir de combiner les données personnelles des utilisateurs pour les inscrire à ses propres services, sauf consentement<sup>28</sup> ;
- autoriser les entreprises utilisatrices à promouvoir leurs offres et à conclure des contrats avec leurs clients en dehors de leur plateforme, à des prix ou conditions différents de ceux qui sont proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès<sup>29</sup> ;
- permettre aux utilisateurs de promouvoir leurs propres services et aux utilisateurs finaux d'accéder aux services des entreprises dans certaines situations spécifiques<sup>30</sup> ;
- s'abstenir d'empêcher ou de restreindre les utilisateurs professionnels de soulever des questions auprès de toute autorité publique compétente concernant toute pratique des contrôleurs<sup>31</sup> ;

27 Art. 10, § 2 a.

28 Art. 5 a.

29 Art. 5 b.

30 Art. 5 c.

31 Art. 5 d.

- autoriser un système d'identification propre<sup>32</sup> ;
- imposer comme conditions d'accès l'inscription à d'autres services de la plateforme<sup>33</sup> ;
- ne pas assurer auprès des annonceurs la transparence du prix de l'espace publicitaire<sup>34</sup>.

13. Les pratiques vont désormais être soumises à une interdiction de plein droit qui sera contrôlée et éventuellement sanctionnée par la Commission<sup>35</sup>. La rédaction pointilleuse de l'article 5 (le résumé ci-dessus étant volontairement réducteur pour la compréhension) sera source de débats pour apprécier les limites exactes imposées de plein droit par le règlement.

14. La question sera plus encore débattue pour les autres clauses "susceptibles" d'être précisées en application de l'article 6, qui vise onze situations.

Cette énumération est plus longue que celle des clauses interdites de plein droit. Il s'agit donc d'une liste de clauses noires avec une marge d'incertitude plutôt que de vraies clauses grises qui sous réserve d'efficience économique pourraient être validées.

15. Les clauses et pratiques peuvent être regroupées, en premier lieu, avec celles qui concernent les données. La plateforme devra :

- s'abstenir d'utiliser, en concurrence avec les entreprises utilisatrices de ses services de plateforme essentiels, les données générées par les activités de ces entreprises utilisatrices<sup>36</sup> ;
- assurer la portabilité effective des données générées par l'activité d'une entreprise utilisatrice ou d'un utilisateur final<sup>37</sup> ;
- procurer gratuitement aux entreprises utilisatrices un accès et une utilisation effectifs, pour les données agrégées ou non agrégées fournies ou générées dans le cadre de l'utilisation des services de plateforme essentiels concernés par ces entreprises utilisatrices et par les utilisateurs finaux qui se servent des produits et services qu'elles fournissent<sup>38</sup>.

Celles concernant les applications et l'interopérabilité :

- permettre aux utilisateurs finaux de désinstaller toute application logicielle préinstallée dans son service de plateforme essentiel<sup>39</sup> ;

32 Art. 5 e.

33 Art. 5 f.

34 Art. 5 g.

35 Sur ce point v. L. Djavadi, ce dossier.

36 Art. 6 a.

37 Art. 6 h.

38 Art. 6 i.

39 Art. 6 b.

- permettre l’installation et l’utilisation effective d’applications logicielles ou de boutiques d’applications logicielles de tiers utilisant, ou interagissant avec, les systèmes d’exploitation du contrôleur d’accès<sup>40</sup> ;
- appliquer des conditions générales d’accès équitables et non discriminatoires pour les entreprises utilisatrices à sa boutique d’applications logicielles ;
- s’abstenir de restreindre techniquement la capacité des utilisateurs finaux de passer et de s’abonner à d’autres applications logicielles et services accessibles par le système d’exploitation du contrôleur d’accès<sup>41</sup> ;
- permettre aux entreprises utilisatrices et aux fournisseurs de services accessoires d’accéder aux mêmes fonctionnalités du système d’exploitation, et d’interopérer avec ces fonctionnalités<sup>42</sup>.

Celles concernant les services de classement :

- s’abstenir d’accorder, en matière de classement, un traitement plus favorable/non équitable/discriminatoire aux services et produits proposés par la plateforme, par rapport aux services ou produits d’un tiers<sup>43</sup>.

Et enfin celles concernant la transparence en matière de publicité :

- fournir aux annonceurs et aux éditeurs un accès aux outils de mesure de performance publicitaire<sup>44</sup> ;
- procurer à tout fournisseur tiers de moteurs de recherche en ligne, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, un accès aux données concernant les classements, requêtes, clics et vues en lien avec les recherches gratuites et payantes<sup>45</sup>.

**16.** La distinction entre les clauses des articles 5 et 6, notamment sur les données et la transparence en matière de publicité, qui peuvent se chevaucher, pourra être une source de difficulté, mais s’inscrit dans une démarche globale d’interdiction. Nous sommes donc en présence de clauses noires très foncées et de clauses noires claires !

Le choix du DMA pour répondre à une structure du marché considérée comme déficiente repose donc presque exclusivement sur un contrôle des comportements et principalement des clauses contractuelles.

## 2.2 Les modalités du contrôle

**17.** La Commission s’octroie un rôle de législateur (la liste des services et des clauses peut être allongée par la Commission<sup>46</sup>), d’interprète (des clauses), d’arbitre (en acceptant des engagements) et de juge condamnant des comportements (mesures provisoires et sanctions) alors que les entreprises voient leur responsabilité mise en jeu dès la qualification de *gatekeeper*.

En effet les critères de seuils étant affichés, la plateforme qui sera dans le haut du panier et atteindra le sommet réservé aux contrôleurs d’accès devra se désigner. C’est une forme de retour aux sources du droit de la concurrence et ce n’est pas sans rappeler le règlement n° 17/62, qui imposait une obligation de notification à la Commission des accords pouvant tomber sous le coup de l’interdiction des ententes. Mais l’autodésignation ne sera pas la seule porte d’entrée puisque la Commission se réserve des moyens d’enquête pour vérifier la qualité de *gatekeeper* de telle ou telle plateforme et fixer sa liste définitive.

À compter de sa désignation, le contrôleur d’accès aura six mois pour se conformer au respect des articles 5 et 6<sup>47</sup> et devra remettre, dans le même délai, à la Commission un audit sur le profilage des consommateurs qui sera mis à jour tous les ans<sup>48</sup>.

**18.** Par ailleurs, le respect des clauses prévues aux articles 5 et 6 passe également par un régime qui fait supporter aux entreprises la charge de la conformité. Il s’agira d’ailleurs d’une conformité renforcée et non simplement formelle, car les contrôleurs d’accès doivent s’assurer et pouvoir justifier que les mesures qu’ils mettent en place “atteignent de manière effective l’objectif de l’obligation pertinente”<sup>49</sup>.

**19.** Le respect des règles pourra donner lieu à une enquête de la Commission, qui vérifiera si les plateformes ont respecté de façon effective l’interdiction prévue à l’article 6 et n’ont pas mis en place des systèmes de contournement *via* d’autres sociétés appartenant à la même entreprise<sup>50</sup>. La Commission pourra se faire assister par des experts et auditeurs pour vérifier les mesures mises en place<sup>51</sup>.

**20.** Le parallèle avec le droit de la concurrence ressurgit lorsque la Commission prévoit qu’elle peut être juge du manquement et prononcer des sanctions, des astreintes ou des mesures provisoires. Elle peut accorder des exemptions mais uniquement pour des raisons de moralité publique, de santé publique ou de sécurité publique<sup>52</sup>,

40 Art. 6 c.

41 Art. 6 e.

42 Art. 6 f.

43 Art. 6 d.

44 Art. 6 g.

45 Art. 6 j.

46 Art. 17 et 10.

47 Art. 3, § 8.

48 Art. 17.

49 Art. 7, § 1.

50 Art. 11.

51 Art. 24.

52 Art. 9.

et en raison de circonstances exceptionnelles accorder des autorisations de suspension des interdictions en cas de menace pour la viabilité de la plateforme<sup>53</sup>. Ces deux décisions ne sont pas fondées sur une approche de bilan économique ou de contribution au progrès économique, chère aux économistes, et soulignent la différence d'approche du DMA, qui ne vise pas à préserver la concurrence. Un groupe d'experts économistes a déjà plaidé l'extension des motifs d'exemption<sup>54</sup>.

Certains regretteront la timidité du projet en ce qui concerne le contrôle des concentrations puisque le DMA fait peser sur les *gatekeepers* une obligation d'information de la Commission mais ne donne aucune piste sur les suites de cette information si le projet ne rentre pas dans les seuils du droit commun du contrôle des concentrations. Le contrôle des comportements permettra-t-il la maîtrise de la structure du marché pour éviter les *killer acquisitions* ? Il n'est pas illégitime de s'interroger.

Il s'agit dans tous les cas d'une nouvelle couche législative qui va se surajouter aux textes en vigueur et va poser des questions de coordination et favoriser une perméabilité entre toutes les branches du droit.

## II. La perméabilité du DMA avec les autres droits

Une certaine confusion – pour ne pas dire cacophonie – pourrait survenir si le texte était adopté en l'état, et conduire à une application désordonnée ou cumulative des textes au-delà du domaine réservé des très grandes plateformes, qu'il s'agisse de droit de l'UE ou de droit interne.

### 1. Les frontières floues des divers droits de l'UE

**21.** Le champ d'application du projet de règlement est certes étroit. Il n'est pas censé empiéter sur le règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne...

La différence de traitement entre le règlement P2B et le DMA conduit à s'interroger alors sur la viabilité d'une législation à deux vitesses : seules les très grandes plateformes étant contrôlées. Les plateformes importantes mais sous le seuil de la qualification de *gatekeeper*

<sup>53</sup> Art. 8.

<sup>54</sup> L. M. B. Cabral, J. Haucap, G. Parker, G. Petropoulos, T. M. Valletti, M. W. Van Alstyne, The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, Publications Office of the European Union, 2021, JRC122910 ; A. Ronzano, *L'actu-concurrence* n° 6/2021, 15 février 2021.

pourraient échapper aux DMA et seraient à l'abri. Elles pourraient recourir aux clauses interdites alors que l'effet de ces comportements pour les entreprises utilisatrices et les consommateurs pourraient être tout aussi déloyaux.

**22.** Par ailleurs, certaines clauses figurent dans les deux textes et sont traitées de façon diamétralement opposée. Les clauses de parité devraient relever de l'un ou l'autre des règlements alors que le régime en est différent : interdiction dans le DMA, motivation dans le P2B ! Le règlement P2B permet, en effet, au fournisseur de services d'intermédiation en ligne de limiter la capacité des entreprises utilisatrices à proposer les mêmes biens et services aux consommateurs à des conditions différentes et par d'autres moyens que par le biais de ces services, à condition de motiver ces restrictions<sup>55</sup>. Il en est de même pour le traitement des données puisque le RGPD se trouve mis à jour mais néanmoins maintenu<sup>56</sup> pour les *gatekeepers* sans que les effets de seuils soient perceptibles pour les consommateurs.

**23.** En ce qui concerne le droit de la concurrence, la frontière est plus facile à franchir puisqu'elle n'existe pas. Chaque corps de règles est considéré comme autonome. Même si le règlement est annoncé comme ne poursuivant pas un objectif similaire au droit de la concurrence et vise "à protéger un intérêt juridique différent de ceux"<sup>57</sup> du droit de la concurrence, la contamination sera possible, voire encouragée. Le DMA précise que ses dispositions sont "sans préjudice de l'application des articles 101 et 102 du TFUE"<sup>58</sup>. On imagine mal dès lors que les pratiques des articles 5 et 6, considérées comme déloyales et réduisant la contestabilité des marchés lorsqu'elles émanent de *gatekeepers*, ne soient pas sanctionnées au titre du droit de la concurrence en cas de position dominante de l'opérateur en cause ou d'accord ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel. Le grief notifié à Amazon en novembre dernier, lui reprochant d'avoir utilisé de façon systématique les données commerciales non publiques des vendeurs indépendants qui utilisent sa place de marché afin de favoriser la vente de ses propres produits<sup>59</sup>, pourra donc être couvert à la fois par l'abus de position dominante et le contrôle des clauses contractuelles au titre du DMA.

**24.** Or, le DMA répète à plusieurs reprises que son objectif n'est pas le droit de la concurrence ni le droit des pratiques restrictives, qui demeurent applicables. Seul le règlement PtoB, lui aussi applicable "sans préjudice", pourrait peut-être relever du même objet puisque son article 1, paragraphe 1, vise à "contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en fixant les règles visant à garantir

<sup>55</sup> Art. 10.

<sup>56</sup> Art. 7, § 1.

<sup>57</sup> Considérant 10.

<sup>58</sup> Art. 1, § 6.

<sup>59</sup> A. Ronzano, Abus de position dominante : La Commission européenne reproche à une plateforme de commerce électronique d'avoir utilisé de façon systématique les données commerciales non publiques des vendeurs indépendants de sa place de marché dans le but de favoriser la vente de ses propres produits (*Amazon*), *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 97855, www.concurrences.com.

que les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne et les utilisateurs de sites internet d'entreprise en relation avec des moteurs de recherche en ligne bénéficient d'une transparence appropriée, d'équité et de possibilités de recours efficace". Cependant son champ d'application n'est pas strictement identique à celui du DMA. Cette extension des secteurs spécifiques dans lesquels le droit de l'Union tente de répondre aux déséquilibres contractuels a été mise à l'honneur lors de l'adoption de la directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans le secteur agroalimentaire. La directive vise un nombre restreint de clauses mises à l'index (16) qui soit sont prohibées (art. 3, § 1) soit exigent une clarification contractuelle (art. 3, § 2)<sup>60</sup>.

25. La confusion entre les droits préexistants de l'UE et le DMA est obscurcie lorsque l'on regarde les aspects institutionnels pour lesquels la Commission a fait le choix du monopole pour éviter l'éclatement entre les États membres en se réservant le contrôle de la régulation.

Cependant cette option ne va pas faire disparaître les risques d'immixtion des États membres dans le domaine du droit du marché numérique.

## 2. L'influence réciproque des droits internes et des droits de l'UE

La régulation du marché numérique qui se veut équitable peut-elle n'être réservée qu'aux poids lourds de celui-ci ? Le choix de l'intervention législative de la Commission va ouvrir la porte à une application généralisée du contrôle des clauses contractuelles, à l'image de ce que la France pratique depuis quelques années.

26. Le choix d'un règlement du Parlement et du Conseil comme support législatif de cette nouvelle régulation du marché numérique n'est pas neutre. Le règlement s'imposera aux États membres et aux juridictions nationales en conférant des droits aux justiciables européens.

Un règlement du Parlement et du Conseil harmonise les règles applicables sur le marché de l'Union et est directement applicable. La Cour de justice, sans remonter à l'arrêt fondateur de l'effet direct Van Gend en Loos<sup>61</sup>, a, il y a déjà longtemps, rappelé que le règlement peut avoir un effet direct horizontal : "en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, il est apte à conférer aux [justiciables] des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de

[sauvegarder]"<sup>62</sup>. Ainsi, toute entreprise pourra invoquer l'effet direct et la primauté du DMA dans tous les contentieux commerciaux avec une plateforme ; si le règlement crée des obligations qui sont "inconditionnelles et suffisamment précises", les justiciables peuvent les invoquer<sup>63</sup>. En l'espèce, l'interdiction des clauses prévues par l'article 5 n'est pas soumise à une précision ultérieure de la Commission. Si sur l'action publique seule la Commission dispose d'un pouvoir de sanction qui ne sera pas partagé, la violation par un *gatekeeper* de l'interdiction prévue à l'article 5 pourra, peut-être, être soumise aux juridictions nationales.

27. Le DMA encourage encore les États membres par la rédaction de l'article 1, paragraphe 5, à se doter de législations alignées sur le DMA et surtout à prévoir que d'autres textes pourront se cumuler avec le DMA.

La formule est sans appel : "Les États membres n'imposent aux contrôleurs d'accès aucune obligation supplémentaire par voie législative, réglementaire ou administrative aux fins de garantir la contestabilité et l'équité des marchés. Cela s'entend sans préjudice des règles poursuivant d'autres objectifs légitimes d'intérêt général, dans le respect du droit de l'Union. En particulier, aucune disposition du présent règlement n'empêche les États membres d'imposer aux entreprises, dont les fournisseurs de services de plateforme essentiels, des obligations compatibles avec le droit de l'Union, si ces obligations sont sans lien avec le fait que les entreprises concernées ont le statut de contrôleur d'accès au sens du présent règlement, afin de protéger les consommateurs ou de lutter contre les actes de concurrence déloyale." Cette ouverture va peut-être redonner aux États membres plus d'initiatives, mais cela ne sera pas sans soulever des conflits de compétence.

28. En France il est possible que cette faculté soit analysée comme un blanc-seing du recours au droit des pratiques restrictives qui a déjà été utilisé pour l'adaptation du règlement P2B par la loi DDADUE dans le code de commerce, en appliquant la procédure et les sanctions éventuelles des pratiques restrictives de concurrence. C'est l'ensemble des relations contractuelles entre plateformes numériques d'intermédiation et entreprises utilisatrices qui est régi par le droit des pratiques restrictives et par tout le titre IV "De la transparence, des pratiques restrictives et d'autres pratiques prohibées"<sup>64</sup>. Dès lors que la législation nationale visera à préserver l'équilibre contractuel et ne visera pas seulement les *gatekeepers*, le DMA sera respecté et le droit interne et les actions devant les juridictions nationales pourront se cumuler avec le DMA. Les conflits de textes, en particulier pour les *gatekeepers*, ne sont ainsi pas totalement tranchés ; mais cette approche réduira l'impact des contestations

60 A. Ronzano, Pratiques déloyales : Le Parlement européen adopte à une large majorité le texte révisé du projet de directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises (*Chaîne agro-alimentaire*), *Concurrences* n° 2-2019, art. n° 89805, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ; J.-L. Fourgoux, Clauses noires : Le Parlement européen et le Conseil publient la directive établissant une liste de clauses noires et grises dans la chaîne alimentaire (*Chaîne agro-alimentaire*), *Concurrences* n° 3-2019, art. n° 91224, p. 101.

61 CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 1.

62 CJCE, 17 septembre 2002, *Antonio Muñoz y Cia SA*, aff. C-253/00, pt 27 ; A. Rigaux, *Europe*, novembre 2002, n° 11, comm. 367.

63 CJCE, 10 novembre 1992, *Hansa Fleisch Ernst Mundt*, aff. C-156/91, pts 12 et 13, et CJUE, 30 avril 2020, *DZ cl Blue Air*, aff. C-584/18, pts 64 et 65.

64 L. Arcelin, Adaptation du règlement P2B : Les errements de la loi DDADUE, in *La loi DDADUE : Simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence ?*, *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98839, p. 42.

soulevées par les plateformes sur le droit applicable et permettra ainsi, de façon uniforme au sein de l'Union, de disposer d'un corpus contractuel unique. Si la plateforme n'est pas essentielle au sens du DMA et ne remplit pas les conditions pour relever de la définition de *gatekeeper*, la juridiction pourra-t-elle écarter purement et simplement le texte pour se rabattre sur le règlement P2B et/ou les pratiques restrictives nationales ? Cette vision réductrice est à première vue bien fondée juridiquement, car le DMA ne concerne que les *gatekeepers* et pas tout le marché numérique.

Le danger d'une extension du domaine est réel, car d'une part, la définition de pratique déloyale retenue comme pivot du DMA n'est à la différence de l'abus de position dominante pas liée à la part de marché de l'opérateur concerné. Au contraire, la définition du déséquilibre à proscrire dans les relations contractuelles est le fait pour une plateforme de bénéficier d'un "*avantage disproportionné par rapport au service qu'il fournit aux entreprises utilisatrices*"<sup>65</sup>. Les seuils objectifs (CA, nombre d'utilisateurs, valorisation boursière...) ont-ils un impact sur la proportionnalité de l'avantage contractuel obtenu ? On peut en douter. Il sera dans ces conditions difficiles pour une juridiction de ne pas faire application des limites à la liberté contractuelle sauf à avantager indûment un opérateur.

**29.** Le recours au droit interne en ce qu'il ne vise pas le marché numérique en ce qui concerne la France permettra-t-il d'éviter toute hésitation ? Telle est la question qui devra être clarifiée dans le texte définitif pour mieux clarifier le cumul possible.

En effet, dans la mesure où l'article L. 441-2 du code de commerce sanctionne désormais le fait dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

*"1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;*

*2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...)"*

**30.** Les grandes entreprises du numérique découvrent depuis quelques années les contraintes nationales du contrôle contractuel. Amazon et Expedia ont été frappées par l'usage du droit français comme nouveau rempart contre le déséquilibre<sup>66</sup>. Après la grande distribution qui a dû "mettre de l'eau dans son vin", c'est donc au tour des GAFAs et de toutes les plateformes de devoir anticiper l'examen de leurs clauses contractuelles pour échapper à la critique. La satisfaction affichée de la France lors de la publication du projet se double d'une victoire de méthode, déjà saluée lors de l'adoption du règlement P2B et de la directive Pratiques déloyales dans la chaîne alimentaire. La DGCCRF avait à juste titre observé que l'Union européenne s'inspirait des pratiques restrictives de concurrence en instituant des listes de pratiques commerciales déloyales<sup>67</sup>. Plus de justice contractuelle suppose plus d'analyse et va renforcer la place du juriste et des *compliance officers* dans les entreprises, dont la présence ne sera plus seulement recommandée. C'est peut-être la revanche des juristes sur les économistes.

Si la sécurité juridique est moindre s'agissant de clauses "à préciser", le refus de plein droit de certaines clauses est un outil qui doit être approuvé pour les grandes plateformes disposant d'une puissance de marché significative.

L'objectif affiché (mesuré par souci de ne pas provoquer trop de réactions ?) de limiter cette révolution aux GAFAs risque d'être dépassé, si l'on fait un parallèle avec le champ d'application des pratiques restrictives de concurrence en France, qui ne sont plus réservées depuis bien longtemps aux rapports fournisseurs-distributeurs. Les PRC à la française pourraient alors devenir l'arme quotidienne de la vie des affaires aussi dans le secteur numérique. ■

<sup>65</sup> Art. 7, § 6.

<sup>66</sup> T. com Paris, 2 septembre 2019, *Ministre Éco c/ Amazon*, RG 2017050625, comm. S. Chaudouet, *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92196, www.concurrences.com et comm. J.-L. Fourgoux, *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92258, pp. 114-118 ; CA Paris, 21 juin 2017, *Ministre Éco c/ Expedia*, RG 15/18784, comm. F. Buy, *Concurrences* n° 4-2017, art. n° 85001, pp. 117-119 ; Cass. com., 8 juillet 2020, *Expedia c/ Ministre Éco*, n° 17-31.536, comm. J.-L. Fourgoux, *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97436, pp. 152-153 et F. Buy, *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97435, pp. 151-152.

<sup>67</sup> G. Daieff, Loi DDADUE : vers un renouveau des pratiques commerciales restrictives, in La loi DDADUE : Simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence ?, *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 98839, p. 27.

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

Leyla Djavadi

leyla.djavadi@fidal.com

Directeur associé

Fidal, Paris

1. Dans son communiqué de presse, la Commission justifie ainsi le Digital Markets Act: “*La législation sur les marchés numériques s’attaque aux conséquences négatives découlant de certains comportements de plateformes qui agissent en tant que ‘contrôleurs d’accès’ sur les marchés numériques*”<sup>1</sup>.”

2. Le corpus réglementaire est présenté comme permettant de “*stimuler l’innovation, la croissance et la compétitivité*” et de répondre aux déficiences des contrôles *a posteriori* en imaginant une nouvelle régulation *ex ante* du marché numérique.

3. Après avoir défini les services de plateforme essentiels auxquels il s’applique (notamment avec des seuils quantitatifs), le DMA interdit certaines pratiques commerciales déloyales, impose aux contrôleurs d’accès certaines mesures proactives, et permet à la Commission de prononcer des sanctions.

4. L’objectif de la procédure spécifique prévue est de disposer d’un outil d’enquête adapté et efficace, moyennant le prononcé de sanctions dissuasives afin que les contrôleurs d’accès soient réellement contraints au respect des obligations édictées par la proposition de règlement.

5. Un service de plateforme essentiel est défini à l’article 2 du projet comme l’un des services suivants :

- les services d’intermédiation en ligne ;
- les moteurs de recherche en ligne ;
- les services de réseaux sociaux en ligne ;

- les services de plateformes de partage de vidéos ;
- les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ;
- les systèmes d’exploitation ;
- les services d’informatique en nuage ;
- les services de publicité fournis par un fournisseur de l’un quelconque des services présentés ci-dessus.

6. Ces services sont définis en référence à de précédents règlements et notamment le règlement (UE) 2019/1150. La détermination d’un contrôleur d’accès ainsi que le respect des obligations édictées lorsqu’un fournisseur de services de plateforme essentiels est désigné comme tel supposent un encadrement procédural prévu par la proposition de règlement.

7. L’examen de la procédure permet de retrouver des similitudes très fortes avec les enquêtes de concurrence et en particulier avec le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, et du contrôle des comportements *ex post*, de la phase d’investigation au prononcé des sanctions, même s’il s’en écarte à l’occasion, pour apporter quelques spécificités et une tentative de cadre procédural propre.

8. Ce choix peut se comprendre d’une certaine façon ; la Commission européenne est fière de la modernisation du droit de la concurrence et de son action. Pourtant, les multiples critiques pour dénoncer l’incapacité du droit de la concurrence à assurer la contestabilité des marchés, ainsi que les rappels que le DMA ne poursuit pas le même but que le droit de la concurrence, auraient pu laisser augurer une remise à plat complète de la procédure : il n’en est rien et l’impression de déjà-vu est perceptible, sans que les particularités de ce contrôle *ex ante* soient plus visibles !

<sup>1</sup> Comm. eur., communiqué IP/20/2347 du 15 décembre 2020, Une Europe adaptée à l’ère du numérique : la Commission propose de nouvelles règles pour les plateformes numériques.

9. L'analyse du DMA fait apparaître des choix procéduraux fortement inspirés du droit de la concurrence (I.), à l'exception notable du monopole accordé à la Commission au détriment des autorités nationales de concurrence dans le contrôle et la sanction des pratiques (II.).

## I. Des choix procéduraux fortement inspirés du droit de la concurrence

10. Si certaines spécificités inhérentes au DMA sur l'ouverture des enquêtes existent (I.), le processus d'enquête jusqu'à la sanction s'inspire fortement du règlement d'exemption (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus 101 et 102 du TFUE) (2.).

### 1. Des spécificités à souligner dans l'ouverture et les délais d'enquête

#### 1.1 Les trois cas d'ouverture d'enquête

11. La Commission peut enquêter sur le marché dans trois situations définies dans la proposition de règlement et doit préalablement adopter une décision relative à l'ouverture de l'enquête qui contient la question sur laquelle porte l'enquête, son but et sa date d'ouverture (art. 14, § 2).

##### 1.1.1 Enquête sur le statut même de contrôleur d'accès

12. Au-delà de la notification par un fournisseur de services de plateforme, la Commission peut ouvrir une enquête afin d'examiner si un fournisseur de services de plateforme essentiels doit être désigné comme un *gatekeeper* (art. 15).

13. Le *gatekeeper* doit présenter les caractéristiques suivantes: avoir un impact significatif sur le marché intérieur, exploiter un service de plateforme qui sert de passerelle importante pour les professionnels désirant atteindre les utilisateurs et jouir d'une position bien établie et durable de manière actuelle ou dans un avenir proche (art. 3). Un fournisseur de services de plateforme essentiels est ainsi réputé *gatekeeper* lorsqu'il cumule certains critères quantitatifs<sup>2</sup>.

2 Il a un poids important sur le marché intérieur: l'entreprise à laquelle il appartient a réalisé un CA annuel dans l'EEE supérieur ou égal à 6 500 000 000 euros au cours des trois derniers exercices, ou la capitalisation boursière (ou valeur marchande) de l'entreprise à laquelle il appartient a atteint 65 000 000 000 euros au cours du dernier exercice, et il fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres; Il assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur: son service de plateforme a enregistré plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'UE et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'UE au cours du dernier exercice; Il jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira d'une telle position dans un avenir proche: les critères du point d'accès majeur présentés ci-dessus ont été atteints au cours des trois derniers exercices.

14. En outre, l'article 3, paragraphe 6, de la proposition de règlement dispose que la Commission peut désigner comme contrôleur d'accès tout fournisseur de services de plateforme essentiels qui satisfait à chacune des exigences visées au paragraphe 1, mais n'atteint pas chacun des seuils visés au paragraphe 2, ou a présenté des arguments suffisamment étayés, conformément au paragraphe 4, selon une liste précise citée.

##### 1.1.2 Enquête sur le marché portant sur le respect des obligations

15. Le contrôleur d'accès désigné doit satisfaire à des exigences particulièrement détaillées par les articles 5 et 6 faisant l'objet d'un contrôle de la Commission.

16. L'article 7 de la proposition de règlement ouvre un pouvoir de "contrôle" *ex post* de la Commission sur le respect des conditions exigées par le *gatekeeper*, mais aussi lorsque la mise en œuvre des exigences pourrait ne pas être satisfaisante.

17. Une décision d'ouverture d'une procédure de contrôles est prononcée et la Commission s'engage à adopter une décision dans un délai ambitieux de six mois.

18. Le timing est accéléré ou raccourci puisque la Commission adresse ses constatations préliminaires à l'entreprise trois mois après l'ouverture de la procédure, qui contiennent les mesures qu'elle envisage de prendre. Les mesures doivent être effectives, proportionnées par rapport à la situation spécifique de l'entreprise (art. 7, § 4), et ne pas maintenir de déséquilibre entre les droits et obligations des entreprises utilisatrices (art. 7, § 6). Cela laisse *a priori* très peu de temps à l'entreprise pour présenter sa défense.

19. Lorsqu'il ressort de l'enquête sur le marché qu'un contrôleur d'accès a systématiquement contrevenu aux obligations prévues aux articles 5 et 6 et qu'il a encore renforcé ou étendu sa position de contrôleur d'accès, la Commission peut imposer, aux termes des dispositions de l'article 16 de la proposition de règlement, à ce contrôleur d'accès toute mesure corrective comportementale ou structurelle qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour garantir le respect du règlement.

20. Le non-respect systématique est retenu lorsque la Commission a rendu au moins trois décisions constatant un manquement ou infligeant des amendes, au titre des articles 25 et 26 respectivement, à l'encontre d'un contrôleur d'accès en ce qui concerne l'un quelconque de ses services de plateforme essentiels au cours d'une période de cinq ans ayant précédé l'adoption de la décision d'ouverture d'une enquête sur le marché en vue de l'adoption éventuelle d'une décision selon le présent article.

21. Cette faculté est assez originale, car elle suppose que la Commission fait le pari ou le procès d'intention que des entreprises prennent le risque de méconnaître "systématiquement" les obligations du règlement! Par ailleurs, cette graduation permet de donner plus de corps à la dissuasion. Des questions pratiques seront néanmoins soulevées sur la nature des manquements.

22. Après trois décisions constatant les manquements, les injonctions comportementales et structurelles pourraient aboutir dans des situations extrêmes à des démantèlements potentiels de l'activité elle-même.

### 1.1.3 Enquête sur le marché pour identifier les nouveaux services et les nouvelles pratiques

23. La Commission peut enfin mener une enquête sur le marché de façon plus proactive encore pour identifier s'il conviendrait d'inscrire un ou plusieurs services du secteur numérique sur la liste des services de plateforme essentiels, ou afin de détecter des types de pratiques qui sont susceptibles de limiter la contestabilité des services de plateforme essentiels ou d'être déloyales et auxquelles le règlement ne permet pas de remédier de manière effective.

## 1.2 Des délais d'enquête sur le marché encadrés et accélérés

24. Pour chaque type d'enquête présenté ci-dessus, des délais d'examen assez courts sont fixés, démontrant une volonté de cadrer les pratiques examinées dans le cadre du règlement à venir dans un rythme contenu et très contraint imposé tant à l'entreprise qu'à la Commission elle-même.

25. Concernant l'enquête sur le marché pour désigner un contrôleur d'accès, des constatations préliminaires s'apparentant à la notification de griefs, sont en principe (la Commission "s'efforce") communiquées dans un délai de six mois à compter de l'ouverture de l'enquête par la Commission qui indique si elle estime, à titre provisoire, que le fournisseur de services de plateforme essentiels devrait être considéré comme un *gatekeeper*. Il est indiqué que la Commission s'efforcera de finaliser son enquête et d'adopter une décision dans un délai de douze mois.

26. Concernant le non-respect systématique des obligations du *gatekeeper*, la Commission prévoit également un traitement assez accéléré de douze mois entre l'ouverture de l'enquête et l'adoption d'une décision. Dans ce délai, une communication de griefs est adressée à l'entreprise dans un délai de six mois à compter de l'ouverture de l'enquête.

27. La durée de traitement peut être prolongée, mais il est déjà indiqué (art. 16, § 6) que la prolongation doit être justifiée et proportionnée, mais que sa durée totale ne peut excéder six mois.

28. Enfin, sur l'enquête relative à l'inscription des services du secteur numérique sur la liste des plateformes essentielles, le délai d'élaboration du rapport public est de vingt-quatre mois à compter de l'ouverture de l'enquête sur le marché.

## 2. Une mise en œuvre de l'enquête directement inspirée du règlement (CE) n° 1/2003

### 2.1 Demande de fourniture de renseignements

#### 2.1.1auprès des entreprises ou associations d'entreprises

29. La demande de renseignements est simple ou par voie de décision (art. 19, §§ 1 et 4). Cette dernière est effectuée soit aux fins de contrôler et de mettre en œuvre les règles prévues par règlement, soit avant l'ouverture d'une enquête sur le marché.

30. La procédure est encadrée puisque la demande est motivée et indique le délai de réponse attendu, rappelant les sanctions comme en matière d'enquête de concurrence classique en cas de non-coopération par fourniture de renseignements incomplets, inexacts ou dénaturés.

31. Cependant, la demande présentée comme "simple" renseignement pourrait être plus approfondie puisque la Commission pourrait réclamer "*l'accès aux bases de données et algorithmes des entreprises*" (art. 19, § 1), sans précision complémentaire sur l'étendue des "bases de données" ou le type d'algorithme, démontrant un champ d'investigation très vaste et poussé.

32. À l'identique de la disposition prévue par l'article 18, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, les avocats mandatés peuvent fournir les renseignements au nom de leurs mandats mais pourraient également engager leur responsabilité en cas de fourniture d'informations inexacts ou incomplètes (art. 19, § 5).

#### 2.1.2 Par l'intermédiaire des États membres et autorités nationales de concurrence

33. Les gouvernements et autorités des États membres peuvent également être sollicités pour fournir tous renseignements nécessaires. L'indication n'est pas très précise sur l'étendue exacte et la nature des renseignements susceptibles d'être réclamés, mais le pouvoir de la Commission est étendu, concernant les renseignements nécessaires pour accomplir les "*tâches qui lui sont assignées par le (...) règlement*" (art. 19, § 6).

### 2.2 Pouvoirs d'investigations au sein de l'entreprise et les droits de la défense

34. Outre l'audition des personnes physiques ou morales (art. 20), la proposition de règlement prévoit les conditions des investigations menées "*dans les locaux*" de l'entreprise (art. 21).

35. Le règlement (CE) n° 1/2003 étendant plus largement le champ des investigations aux moyens de transport et terrains, ce qui est moins justifié dans le cadre des enquêtes sur la présente proposition de règlement. Là encore, le champ des investigations reste néanmoins



vaste dès lors que l'entreprise serait susceptible de devoir donner accès, et les explications relatives, à :

- son organisation ;
- son fonctionnement ;
- son système informatique ;
- ses algorithmes ;
- son traitement des données ;
- ses pratiques commerciales.

La liste semble limitative, mais regroupe par catégories l'intégralité des informations liées au fonctionnement d'une entreprise.

**36.** L'article 30 relate les droits des entreprises dans le cadre des investigations et notamment les droits de la défense.

**37.** Tant dans le cadre des griefs notifiés lors d'une enquête sur le non-respect des obligations (art. 7 et 16) que sur le marché (art. 15) ou encore dans le cadre du prononcé de mesures provisoires, engagements ou sanctions et non-respect, l'entreprise concernée (art. 22, 23, 25, 26 et 27) ou le contrôleur d'accès dispose d'un droit d'être entendu ou celui de présenter sa défense sur les constatations préliminaires de la Commission et les mesures qu'elle envisage de prendre. Ce qui peut paraître une évidence... mais dans un délai contraint actuellement indiqué comme ne pouvant "*être inférieur à 14 jours*".

**38.** Par ailleurs, la proposition de règlement dispose cependant que l'accès au dossier de la Commission s'effectuera "*conformément aux modalités d'une divulgation négociée, sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués*" (art. 30, § 4). Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles, ni aux documents internes de la Commission ou des autorités des États membres, ni à la correspondance entre la Commission et les autorités des États membres.

**39.** Dans les délais d'investigations et de réponse contraints tels qu'ils sont prévus par la proposition de règlement, la durée des négociations pour une divulgation du dossier tenant compte des secrets des affaires n'est pas encadrée, mais connaît vraisemblablement le même rythme contraint et laisse augurer une confidentialité accrue pour les plaignants.

## 2.3 Pouvoirs de décision et de sanction

**40.** Là encore la possibilité de prononcer des mesures provisoires et des sanctions a trouvé une large inspiration dans le règlement (CE) n° 1/2003.

### 2.3.1 Les mesures provisoires

**41.** À l'instar des mesures conservatoires classiquement prononcées dans le cadre des enquêtes de concurrence, en cas d'"urgence" identifiée comme une situation pouvant causer un préjudice grave et irréparable aux entreprises

utilisatrices et aux utilisateurs finaux des contrôleurs d'accès, La Commission peut, après avis du comité consultatif, ordonner des mesures provisoires mais après constat *prima facie* d'une infraction aux articles 5 ou 6 relativement aux obligations imposées aux contrôleurs d'accès (art. 22).

**42.** Le standard de preuve, comme en matière d'enquête de concurrence, tel que prévu à l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003, est (trop ?) élevé, nécessitant Xoutre le constat *prima facie* d'un non-respect d'une obligation, l'existence d'une situation grave et irréparable.

**43.** Cette mesure provisoire dont le contenu n'est pas précisé n'est mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure ouverte en vue de constater un manquement. En effet, la Commission peut, en vertu de l'article 25 de la proposition de règlement, adopter une décision de constat de manquement par un contrôleur d'accès des mesures provisoires ordonnées à son encontre.

### 2.3.2 Les engagements et leur respect

**44.** En cours de procédure sur le non-respect de ses obligations ou de manquement, le contrôleur d'accès peut proposer, à l'instar des enquêtes classiques, des engagements pour garantir le respect de ses obligations (art. 23).

**45.** Si les engagements sont acceptés, après décision adoptée selon la procédure consultative de l'article 32, la procédure est close.

**46.** La Commission peut à nouveau rouvrir la procédure en cas de non-respect des engagements mais également lorsque la décision d'acceptation était fondée sur des informations incomplètes, inexacts ou dénaturées ou encore si l'un des faits ayant abouti à l'acceptation des engagements "*subit un changement important*".

### 2.3.3 Les sanctions

**47.** Le montant de l'amende que la Commission peut infliger à un contrôleur d'accès, à l'instar des dispositions de l'article 23 du règlement (CE) n° 1 2003, est fixé jusqu'à concurrence de 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent (art. 26) en cas de non-respect des obligations prévues aux articles 5, 6 et 7 mais également en cas de non-respect des mesures provisoires (art. 22), des engagements (art. 23) ou des mesures correctives comportementales ou structurelles (art. 16, § 1).

**48.** En cas d'obstruction à la fourniture d'informations, d'informations incomplètes, d'absence d'accès aux algorithmes ou bases de données, ou de non-rectification de renseignements inexacts ou incomplets, par une entreprise ou associations d'entreprises, l'amende est fixée à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent.

**49.** En outre, une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice précédent est également prévue en vue de respecter les mesures édictées par l'article 16 en cas

de non-respect des obligations du *gatekeeper*, ou des mesures provisoires, ou des demandes de fourniture de renseignements.

50. Les pouvoirs accordés à la Commission pour prononcer des amendes ou astreintes sont soumis à un délai de prescription de trois ans, sauf interruption par tout acte d'instruction.

51. La procédure, qui semble compacte et opaque, reste encore à appréhender sur de nombreux points. Les praticiens du droit de la concurrence pourront y trouver de nombreuses similitudes.

## II. Un monopole de la Commission au détriment des autorités et juridictions nationales

52. La Commission se réserve la place de régulateur unique et rompt avec la décentralisation pratiquée en droit de la concurrence (1.). Se pose la question de la place résiduelle réservée aux autorités nationales et aux juridictions dans l'application des règles du DMA (2.).

### 1. Le monopole de la Commission dans la mise en œuvre de la procédure nouvelle

53. Depuis l'adoption du règlement (CE) n° 1/2003, l'application du droit communautaire par les autorités nationales de concurrence devenue obligatoire a été décentralisée afin d'accroître l'efficacité de la politique de concurrence. Les autorités nationales de concurrence sont en effet souvent mieux placées pour apprécier le contexte dans lequel les pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre.

54. L'article 18 de la proposition de règlement dispose que l'initiative de l'enquête provient directement de la Commission, qui décide de mener une enquête sur le fondement des articles 15, 16 et 17 précités.

55. Par ailleurs, lorsqu'il existe des motifs "raisonnables" permettant de soupçonner qu'un fournisseur de service de plateforme essentiel devrait être désigné comme un contrôleur d'accès, trois États membres ou plus (art. 33) peuvent demander à la Commission l'ouverture d'une enquête. Dans un délai de quatre mois, la Commission, examinant les éléments de preuve rapportés, décide de donner suite ou pas.

56. Ainsi, seule la Commission détient l'opportunité des enquêtes et des poursuites sans que les échanges d'informations ni une coopération au sein d'un réseau d'autorités soient évoqués à ce stade.

57. L'examen de la procédure prévue par la proposition de règlement fait ressortir le rôle central dévolu à la Commission et celui en retrait des autorités nationales de concurrence.

58. La proposition de règlement est fondée sur l'article 114 TFUE visant à harmoniser les législations, et à convenir de "règles harmonisées visant à garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique" (art. 1, § 1).

59. Compte tenu de la nature transfrontière des contrôleurs d'accès et de la complémentarité entre la législation sur les marchés numériques, la législation sur les services numériques et d'autres règles du marché intérieur, et le droit de la concurrence en particulier, c'est la Commission qui sera chargée de faire appliquer cet instrument

60. La Commission évoque, dans les propos introductifs, d'abord un critère transfrontalier, évoquant le fait que "les contrôleurs d'accès opèrent généralement par-delà des frontières et souvent à l'échelle mondiale, et déploient, la plupart du temps, leurs modèles commerciaux dans le monde entier. En l'absence d'action au niveau de l'UE, la législation nationale existante et pendante risque d'entraîner une fragmentation réglementaire accrue de l'espace des plateformes".

61. Par ailleurs, la proposition de règlement invoque le souci d'éviter la fragmentation de la réglementation et la nécessité d'éviter des législations différentes au sein de l'Union européenne insuffisamment efficaces. La Commission considère que le contrôle des pratiques des *gatekeepers* améliorerait le fonctionnement du marché intérieur grâce à un cadre d'intervention au seul niveau de l'Union.

62. Elle précise à cet égard que les "autorités nationales ont exprimé leur soutien en faveur d'un nouvel instrument relatif aux contrôleurs d'accès et la nécessité d'une approche au niveau de l'UE, afin d'éviter une fragmentation de la réglementation".

63. L'avocat général près la CJUE, Giovanni Pitruzzella, a rappelé que la transition : numérique et le fonctionnement optimal du marché numérique figurent parmi les objectifs centraux des institutions européennes et que l'atteinte de cet objectif suppose d'éviter toute fragmentation des réglementations. Il a indiqué qu'il n'existait pas "de place pour les autorités nationales de concurrence"<sup>3</sup>.

3 "[T]here is no space for National Competition Authorities." Interview with Giovanni Pitruzzella (Advocate General, CJEU), Digital and competition: Should the rules be changed? Webinars, 9-12 March 2021, *Concurrences*, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

## 2. Des autorités et juridictions nationales définitivement écartées ?

**64.** La Commission se réserve donc l'édiction des règles, leurs sanctions et leurs contrôles sans aucune forme de décentralisation vers les autorités nationales et prévoit de rester seule maîtresse à bord.

**65.** Ceci, à l'inverse du règlement (CE) n° 1/2003 précité en matière de contrôles et de sanctions des infractions au droit de la concurrence, qui prévoit non seulement la compétence des autorités et également celle des juridictions nationales (art. 5 et 6) pour appliquer les dispositions sanctionnant de telles pratiques, mais aussi une coopération et étroite collaboration entre les autorités nationales et la Commission pour l'application desdites règles (art. 11).

**66.** On relève également que pour l'application des règles édictées par le Digital Services Act, la proposition de règlement prévoit bien une coopération au sein des États membres<sup>4</sup>. La disparité de ce transfert des compétences peut surprendre.

**67.** L'éclatement connu dans le passé des actions menées sur les mêmes faits auprès de différentes autorités nationales relativement aux affaires des clauses de parité peut, à certains égards, conforter la solution retenue par la Commission<sup>5</sup>.

**68.** Les autorités nationales de concurrence sont donc privées des nouveaux outils issus de la proposition de règlement (enquêtes, mesures conservatoires, sanctions) qui seraient ainsi utilisés par la Commission pour les problèmes de concurrence les plus impactant sur le marché européen.

**69.** La proposition de règlement précise (art. 1, §§ 5 et 6) bien que les nouvelles règles sont sans préjudice de la mise en œuvre des règles de concurrence de l'UE (art. 101 et 102 du TFUE) et des règles nationales de concurrence.

**70.** Les autorités nationales pourront donc, malgré tout, utiliser les outils traditionnels de contrôle et de sanctions *ex post* pour les préoccupations de concurrence sur le marché intérieur, et condamner les *gatekeepers* dont le comportement pourrait caractériser un abus de position

dominante. Elles doivent cependant éviter de prendre toute décision qui irait à l'encontre de celle adoptée par la Commission en vertu du règlement<sup>6</sup>.

**71.** Au-delà des autorités nationales, la question peut se poser de savoir comment les juridictions nationales, saisies d'une demande d'une entreprise concurrente ou d'un cocontractant qui soutiendrait le non-respect des obligations d'un contrôleur d'accès, apprécieraient les comportements dénoncés.

**72.** La législation sur les marchés numériques à travers le choix d'un futur règlement directement applicable auprès des États membres prévoit, pour les contrôleurs d'accès relevant de son champ d'application, des obligations et des interdictions précises dont l'exécution peut être demandée directement devant les juridictions nationales. Cela facilitera les actions directes en dommages et intérêts de la part des personnes lésées par le comportement non conforme d'un contrôleur d'accès.

**73.** D'ores et déjà, on peut relever que, dans le cadre de l'effet direct du règlement, si les clauses et obligations de l'article 5 de la proposition de règlement relatives aux "*obligations incombant aux contrôleurs d'accès*" sont précises et inconditionnelles, elles confèrent des droits aux justiciables qui doivent être assurés par les juridictions. L'article 6, qui prévoit des obligations "*susceptibles d'être précisées incombant aux contrôleurs d'accès*", pourrait conduire, dans son appréciation, à un conflit d'interprétation entre les États membres et la Commission, à défaut de coordination organisée.

## Conclusion

**74.** La législation sur les marchés numériques complète l'application du droit de la concurrence au niveau de l'UE et au niveau national. Cependant, ce nouveau droit processuel, partagé entre trois directions générales de la Commission, s'inscrit en supplément de celui relatif au contrôle du respect des règles de concurrence sur le marché. Il aurait donc pu s'identifier plus comme un corpus autonome en rapport avec le droit du numérique. Le cumul de procédures et de sanctions qui va découler de ces différents textes rendra-t-il le droit de l'Union européenne plus accessible pour les entreprises ? Rien n'est moins sûr... ■

<sup>4</sup> Ch. IV, sect. 1 et s., art. 38, § 1 : "Les États membres désignent une ou plusieurs autorités compétentes comme responsables de l'application et du contrôle de l'application du présent règlement (ci-après les 'autorités compétentes')."

<sup>5</sup> Not. déc. OFT du 31 janvier 2014 et communiqué de presse de la CMA du 16 septembre 2015 – clôture de la procédure pour absence de propriété administrative; déc. Bundeskartellamt confirmée par la Haute Cour d'appel de Düsseldorf le 9 janvier 2015 ayant prononcé une sanction; Aut. conc., déc. n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne – rejet de la saisine.

<sup>6</sup> Art. 1, § 7, proposition de règlement.

# 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 indélébiles. 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. ■

# Le Digital Services Act : un progrès à valoriser et à amplifier

**Geoffroy Didier**

geoffroy.didier@europarl.europa.eu

Député

Parlement européen, Strasbourg

Vice-président

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

Membre

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

1. Les effets positifs du développement généralisé des services numériques ne font aucun doute. La pandémie de Covid-19 a illustré l'avantage du tournant numérique et de la fourniture des services en ligne. L'environnement numérique nous a ouvert de nombreux nouveaux moyens de communiquer, d'apprendre, de consommer, de travailler. Il a supprimé les frontières physiques en nous rapprochant les uns des autres. Cette transformation a ouvert de nouvelles possibilités aux entreprises européennes en leur donnant accès à de nouveaux marchés.

2. Malgré le large spectre d'avantages apportés par la transformation numérique, les problèmes qui en découlent ont de nombreuses conséquences sur notre société et notre économie. C'est pourquoi la Commission européenne a présenté les propositions de loi sur les services numériques (DSA) et sur le marché numérique (DMA).

3. Le DSA définit un ensemble de nouvelles obligations que les plateformes Internet devront respecter pour garantir qu'elles assurent une transparence et une responsabilité adéquates concernant leurs opérations de modération et de conservation de contenu. Le DMA, pour sa part, vise à lutter contre la concurrence déloyale.

4. Ensemble, les deux propositions représentent une étape réglementaire majeure qui répond à la pression à laquelle sont actuellement soumises les entreprises technologiques pour fournir aux consommateurs l'accès à une gamme de produits et services numériques sûre.

5. Les entreprises qui ne respectent pas les politiques proposées par l'Union européenne à travers le DSA et le DMA pourraient se voir infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 6 % de leurs revenus mondiaux. En outre, les entreprises qui enfreignent continuellement les exigences pourraient voir leurs plateformes temporairement interdites dans l'Union européenne.

6. Si chacun des deux textes de la Commission a son importance, permettez-moi de concentrer mon propos

sur le DSA, la responsabilité des plateformes en cas de contenus illégaux et préjudiciables étant un sujet de forte actualité dans le débat public.

## I. Que contient le DSA et quelles avancées produit-il ?

7. La proposition de loi sur les services numériques (DSA) vise à corriger les vulnérabilités des plateformes face à la manipulation et à l'amplification des comportements nuisibles qu'elles subissent, tels que la diffusion de la désinformation politique, les fausses nouvelles, par exemple, pendant les pandémies. Une approche fondée sur le risque et supervisée obligera les très grandes plateformes à évaluer et à atténuer les risques que leurs systèmes présentent, notamment pour la protection des droits fondamentaux, des intérêts publics, de la santé publique et de la sécurité, et à soumettre leurs évaluations et mesures à un audit indépendant.

8. Le DSA s'applique aux intermédiaires en ligne, ce qui inclut des services tels que les fournisseurs d'accès à Internet, l'informatique en nuage (*cloud computing*), les messageries, les places de marché ou les réseaux sociaux. Ces services numériques transmettent ou stockent des contenus de tiers. Des obligations spécifiques de diligence raisonnable s'appliquent aux services d'hébergement, et en particulier aux plateformes en ligne, une sous-catégorie des services d'hébergement. Les plateformes en ligne comprennent par exemple les réseaux sociaux, les plateformes de partage de contenus, les magasins d'applications, les places de marché en ligne, les plateformes de voyage et d'hébergement en ligne. La loi sur les services numériques est principalement axée sur les très grandes plateformes en ligne, qui ont un impact sociétal et économique important, touchant au moins 45 millions

d'utilisateurs dans l'Union européenne, soit 10 % de la population du continent. Bien entendu, tout cela s'inscrit dans le cadre des tentatives continues de l'Union européenne de donner aux quatre géants du numérique, les GAFAs (Google, Apple, Facebook et Amazon), une plus grande responsabilité.

**9.** Cette proposition vise à traiter plusieurs questions dans l'environnement numérique :

- La question du monopole: la numérisation croissante a créé une situation disproportionnée de contrôle d'un marché pourtant massif par quelques grandes plateformes. Ces plateformes sont appelées “*gatekeepers*” (gardiennes) dans la proposition du DSA/DMA, car elles possèdent le pouvoir d'agir en tant que décideurs privés. En conséquence, nous avons moins de choix pour les consommateurs et une position dominante sur le marché.
- La question du contenu illégal: c'est-à-dire l'obligation pour les plateformes de supprimer ce contenu sous le contrôle des États membres.
- La question du manque de transparence sur les publicités et les publicités ciblées: les plateformes seront obligées d'assurer la transparence sur les règles et les données qu'elles utilisent autour de leurs opérations publicitaires, y compris les paramètres qui sont utilisés pour déterminer à qui une publicité est diffusée. En outre, les très grandes plateformes en ligne qui diffusent de la publicité doivent établir une “bibliothèque de publicités”, qui comprend des données sur la nature, le ciblage et la diffusion des publicités sur leur service.
- La question de la responsabilité des plateformes: les propositions cherchent à trouver un juste équilibre entre les droits fondamentaux et la responsabilité des plateformes. Grâce aux règles proposées sur la manière dont les plateformes modèrent le contenu, sur la publicité, les processus algorithmiques et l'atténuation des risques, le DSA visera à faire en sorte que les plateformes – et en particulier les très grandes – assument leur responsabilité pour les actions qu'elles entreprennent et les risques systémiques qu'elles posent, y compris en matière de désinformation.

**10.** En outre, la proposition établit un cadre de corégulation dans lequel les fournisseurs de services travailleront avec un code de conduite pour faire face aux impacts négatifs concernant la propagation virale de contenus illicites ainsi que les activités de manipulation et d'abus. Ces contenus sont particulièrement préjudiciables aux destinataires vulnérables des services, tels que les enfants et les mineurs.

**11.** La proposition donne aux utilisateurs et aux consommateurs la possibilité de contester les décisions prises par les plateformes en ligne de retirer leurs contenus, y compris lorsque ces décisions sont basées sur les

conditions générales des plateformes. Les utilisateurs peuvent se plaindre directement auprès de la plateforme, choisir un organe de règlement extrajudiciaire des litiges ou demander réparation devant les tribunaux.

## II. Quelles sont les lacunes de la loi sur les services numériques, et comment l'améliorer ?

**12.** Même si la proposition de la Commission européenne constitue une véritable base de travail, le DSA pourrait être considérablement amélioré par de nouvelles mesures modernes de lutte contre les contenus illicites comme par une extension de son champ d'application.

**13.** L'idée centrale de la lutte contre les contenus illicites en ligne repose sur le mécanisme “*notice and take down*” (avertir et retirer). L'un des plus grands défis dans la lutte contre les contenus illégaux est la réapparition constante de contenus qui ont déjà été signalés et retirés par une plateforme. Il est, en effet, très facile de republier un contenu illégal fraîchement retiré, ce qui vous oblige à recommencer perpétuellement la procédure de notification ou à faire systématiquement appel à la justice. Ces deux options exigent beaucoup de temps et de ressources et ne sont pas viables compte tenu de l'ampleur et de la rapidité de la diffusion des contenus sur Internet. Ce système manuel, hérité de la directive sur le commerce électronique et conservé dans le DSA, n'est donc plus suffisant et il est essentiel de le compléter par un mécanisme de “notification et retrait” qui obligerait les plateformes à veiller à ce que les contenus spécifiquement notifiés et reconnus comme illégaux ne puissent être remis en ligne. Les technologies nécessaires à cette fin existent, fonctionnent et sont utilisées depuis longtemps, mais reposent seulement, pour l'heure, sur la bonne volonté limitée des plateformes et font face au manque d'engagement de leur part.

**14.** Parmi les autres enjeux, l'introduction de signaleurs de confiance (“*trusted flaggers*”) et de systèmes de lutte contre les abus dans le DSA est une première étape bienvenue et qui a un réel intérêt. Malheureusement, leur faiblesse actuelle les rend presque inutiles, voire les fait reculer par rapport aux pratiques courantes. Ces mécanismes doivent donc être considérablement renforcés. Le statut de signaleur de confiance devrait être réservé uniquement aux organisations représentant l'intérêt collectif, mais pas simplement à une entité prouvant sa compétence et son efficacité. De même, ce statut ne devrait pas seulement permettre un examen prioritaire



des notifications, mais être assorti d'une présomption de validité de la notification, ce qui entraînerait le retrait immédiat du contenu signalé. Les utilisateurs qui téléchargent de manière répétée des contenus illégaux devraient faire l'objet de sanctions véritablement dissuasives de la part de la plateforme, telles que la suppression définitive de leur compte, et non une simple suspension temporaire qui peut être facilement contournée.

**15.** Par ailleurs, la portée de certaines obligations devrait être étendue à toutes les plateformes pour lesquelles elles sont justifiées, plutôt que d'être artificiellement limitée. La prise en compte des petits acteurs est très importante, car nous ne pouvons pas les exonérer de leur responsabilité. Beaucoup d'activités illégales ont lieu sur de petits services, alors qu'ils sont ouverts à un large public, y compris les mineurs et les personnes vulnérables. Ce n'est pas parce qu'ils sont petits qu'ils ont moins d'impact sur notre vie. Cependant, le DSA les exempté de la plupart des obligations, ce qui est disproportionné par rapport à ce qu'ils représentent. Le système des signataires de confiance, par exemple, n'imposerait aucune charge supplémentaire, puisqu'il repose sur le système de notification et d'action (déjà applicable) et l'octroi du statut par l'autorité nationale compétente. Une PME n'aurait qu'à utiliser la liste établie par l'État sans aucune contrainte supplémentaire. Enfin, le mécanisme de traçabilité des vendeurs, tout à fait essentiel, ne devrait pas être limité aux seules plateformes de vente en ligne, mais être applicable de manière plus large. En effet, pour pouvoir bénéficier de leur activité et être accessibles aux internautes, les fournisseurs de services ou de contenus illicites s'appuient sur les services fournis par d'autres acteurs, tels que l'hébergement ou le paiement. L'extension du champ d'application au mécanisme de traçabilité des fournisseurs augmenterait considérablement la sécurité de l'Internet tout en "affamant" les services illégaux et en rendant leur activité beaucoup plus difficile à maintenir.

**16.** Enfin, la version de la Commission européenne du DSA ne traite pas une question fondamentale. Aujourd'hui, quel que soit le contenu illicite ou préjudiciable diffusé sur une plateforme de type réseau social ou une plateforme de vente en ligne (diffamation, dénigrement, harcèlement, atteinte à la vie privée, contrefaçon, produits dont la commercialisation est illicite, etc.), le premier problème de la victime est qu'elle ne connaît pas, le plus souvent, l'identité de l'auteur des faits. Il faut alors déployer de nombreux efforts pour obtenir des opérateurs de ces réseaux et plateformes des données qui, éventuellement, donneront des informations sur l'identité de celle ou celui qui devra répondre des contenus. Les réseaux et plateformes, bien souvent situés en Irlande ou au Luxembourg, s'opposent aux injonctions des juridictions civiles et commerciales d'autres États membres de fournir les données d'identification. Le DSA devrait exiger des réseaux qu'ils recueillent, au moment de la création d'un compte, un scan de la copie de la carte d'identité de son titulaire pour pouvoir l'utiliser en cas de violation de la loi. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'usage éventuel d'un pseudonyme, qui doit évidemment être assuré, pour protéger la liberté d'expression et préserver l'espace de liberté que constitue Internet. Il s'agit de mettre un terme à l'anonymat sur Internet. Le pseudonymat oui, mais l'anonymat non. Cette mesure soulagera les services de police et de justice des États membres, qui, faute de moyens d'investigation, et face, parfois, à la réticence des réseaux, ont encore énormément de mal à retrouver qui se cache derrière l'adresse IP d'un délinquant.

**17.** Si le DSA, tel qu'il a été proposé par la Commission européenne, constitue une avancée salutaire, le travail parlementaire et le débat public devraient permettre de l'enrichir et de l'améliorer. L'objectif est ambitieux mais sain : offrir aux citoyens un environnement numérique tout aussi protecteur que puissant. ■

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

**Valéria Faure-Muntian**

valeria.faure-muntian@assemblee-nationale.fr

Députée de la Loire et membre de la commission des finances  
Assemblée Nationale, Paris

1. Le 15 décembre dernier, après plusieurs mois de consultations, la Commission européenne a présenté deux nouveaux projets de règlements sur le numérique : le Digital Services Act (DSA) et le Digital Markets Act (DMA).

2. Notre quotidien est profondément modifié par la transition numérique. Les moyens virtuels déployés pour assurer nos interactions familiales, sociales et professionnelles depuis presque un an le montrent avec ostentation, notre continent a besoin d'actualiser son cadre juridique sur le numérique pour assurer protection et sécurité aux utilisateurs.

3. Potentiellement adoptés en 2022, l'exécutif bruxellois, avec le concours des États membres et du Parlement européen, montre sa volonté de hausser le cadre de responsabilité exigé des grandes plateformes numériques afin de garantir aux citoyens européens sécurité numérique et d'assurer le respect effectif des règles de la concurrence sur le marché.

4. En effet, l'influence sociétale et le poids économique des grandes plateformes structurantes sont tels que notre droit communautaire ne pouvait faire l'économie d'une adaptation afin de s'équiper des outils adéquats à la régulation des géants du numérique.

5. Si d'aucuns fustigeaient la prudence de la Commission européenne à agir, le DMA et le DSA viennent prouver le contraire. Toutefois, l'ambition de l'Europe ne peut s'arrêter à ce stade et doit densifier sa cohérence, notamment sur le Digital Services Act.

6. Ces deux textes comportent une double portée. D'une part, ils révisent les règles existantes, et en particulier la directive sur le commerce électronique, afin de garantir que les services numériques bénéficient du marché unique, tout en définissant plus clairement les responsabilités des plateformes en ligne, comme les réseaux sociaux. Et d'autre part, ils créent de nouvelles règles, *ex ante*, afin de garantir que les marchés, administrés par les grandes plateformes, ayant des effets de réseau et faisant office de "gatekeepers", restent équitables et accessibles pour les innovateurs et les nouveaux arrivants.

7. À l'instar de mon rapport, réalisé avec le député Daniel Fasquelle (désormais maire du Touquet), visant à réguler les plateformes, l'exécutif européen définit les grandes plateformes, impose à celles-ci des obligations, et *in fine*, des sanctions si d'aventure elles ne respectaient pas ces règles.

8. Ainsi, les plateformes, définies comme disposant d'un chiffre d'affaires d'au moins 6,5 milliards d'euros dans l'espace économique de l'UE, de 45 millions d'utilisateurs finaux, de 10000 entreprises clientes et d'une présence établie et durable, devront rendre des comptes aux autorités compétentes, aux élus et par conséquent aux citoyens sur la transparence de leurs algorithmes, sur l'utilisation des données privées comme celles de leurs entreprises clientes et préserver la liberté de l'utilisateur en garantissant la portabilité des données.

9. En cas de manquement, les sanctions pourront aller jusqu'à 6 % du chiffre d'affaires mondial annuel, et si la plateforme ne donne pas assez d'informations au régulateur ou si celles-ci sont erronées, la sanction pourra aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires.

10. Néanmoins, si ces deux projets prennent acte de l'obsolescence du cadre juridique relatif aux services numériques, à savoir la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, le maintien du principe du pays d'origine obère la portée pleine et entière du DSA.

11. Selon ce principe, auquel on peut déroger au titre du respect de la dignité humaine, un prestataire de services informatiques et numériques est soumis au droit de l'État membre de l'UE sur le territoire duquel il est établi, et non pas aux différentes législations des États membres de l'UE dans lesquels ses services sont fournis.

12. Il me semble indispensable que le régulateur du pays de destination soit plus impliqué que ce que prévoit le texte actuel du DSA. Pour traiter les subtilités de chaque pays, il faut une bonne connaissance du contexte local. De même, la plupart des grands réseaux sociaux ont leur siège social en Irlande ; celle-ci n'a pas les moyens humains et financiers pour couvrir la régulation des contenus du Portugal à l'Estonie, en passant par la Belgique et la

Roumanie. Nous ne pouvons pas laisser entre les mains d'une seule et même autorité le jugement des contenus illicites, dont l'appréciation varie d'une culture à une autre, sans même évoquer les subtilités linguistiques des 27 États membres.

**13.** Ainsi, selon moi, la lutte contre les contenus illicites passe par le respect, par les prestataires, de la législation nationale de l'utilisateur sur le plan des contenus illicites, et ce, quel que soit le pays d'établissement de la plateforme, sans quoi d'aucuns continueront de publier des propos illicites en jouant sur la localisation.

**14.** Le combat contre la haine en ligne, l'apologie du terrorisme et les fausses informations doit être universel. Cependant, la régulation, elle, doit rester différenciée et propre à chaque État.

**15.** Si chaque État demeure bien évidemment souverain, les autorités du pays d'origine des contenus illicites doivent s'engager dans la régulation du pays de destination. Le numérique n'a pas de frontières étanches et dans notre espace européen démocratique, ouvert et libre, les contenus publiés sur un réseau social dans un pays peuvent avoir des conséquences et des incidences dans un autre. Nous sommes interconnectés et non dans un vase clos, isolés les uns des autres.

**16.** Fruit de cultures politiques, sociétales et artistiques différentes, la France, la Pologne, l'Irlande, la Suède et bien d'autres ne partagent pas la même définition de la liberté d'expression, ni la même manière de la vivre, et c'est le génie politique européen d'avoir toujours tiré bénéfice de cette diversité en additionnant les talents. Chacun a ses spécificités et le cadre régulateur doit permettre de faciliter déploiement à travers les frontières des États membres dont se jouent les grandes plateformes. N'oublions pas que c'est la protection du consommateur qui est et qui doit demeurer l'enjeu central.

**17.** Dans cette volonté de parfaire le DSA, je soutiens l'initiative de la France, emmenée par le président de la République Emmanuel Macron, du secrétaire d'État aux Affaires européennes Clément Beaune, et du secrétaire d'État chargé de la Transition numérique et des Communications électroniques Cédric O pour un DSA efficace.

**18.** Dans cet objectif, Paris n'est pas seul. À l'instar des initiatives de la France pour davantage d'autonomie stratégique de l'Europe, d'autres pays nous accompagnent, comme l'Allemagne et l'Autriche. Non seulement la France n'est pas seule, mais elle est aussi en avance. En effet, l'article 19 du projet de loi confortant le respect des principes de la République légifère contre la haine en ligne et inscrit dans le droit français des mesures contenues dans le DSA. Le règlement européen prendra du temps à être finalisé et à être retranscrit dans le droit français.

**19.** Oui le DSA doit être agréé et les parlements nationaux, composés d'élus au suffrage universel direct, ont toute leur part. Ainsi, outre l'aménagement nécessaire du principe du pays d'origine que je revendique, je porterai au débat la nécessité de prendre en considération la notion de l'économie de l'attention.

**20.** Notre attention est captée par les réseaux sociaux, le modèle économique de ceux-ci repose sur le fait de nous garder connectés le plus longtemps possible. Par notre façon d'utiliser les réseaux sociaux, nous renforçons les algorithmes de recommandation, un outil de captation de ces plateformes.

**21.** Les informations que nous consultons sur les réseaux ne sont pas sans impacts. Elles renforcent certaines convictions, voire peuvent nous influencer et modifier notre regard et notre opinion. Ce phénomène m'a conduit à travailler avec des enseignants-chercheurs afin, au-delà du principe de prévention, de redonner le pouvoir réel aux citoyens-utilisateurs. Ainsi, je propose de créer une obligation pour les plateformes de fournir à chacun un rapport d'activité hebdomadaire (temps passé sur la plateforme, type de contenus visualisés, thèmes abordés...) et de l'informer des contenus illicites que celui-ci aurait pu visionner avant le retrait de la plateforme. Enfin, pour faire du citoyen-utilisateur le maître de son destin numérique, je propose que celui-ci puisse maîtriser les systèmes de recommandation dont il fait l'objet.

**22.** La transformation que je porte pour le principe du pays d'origine et l'économie de l'attention n'est pas seulement une réforme majeure, mais un changement complet de paradigme dans l'unique objectif de placer le citoyen au cœur d'un espace numérique. ■

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

**Emmanuelle Inacio**

emma.inacio@gmail.com

Chargée de cours magistral

Université du Littoral-Côte d'Opale, Boulogne

1. Depuis la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")<sup>1</sup>, le cadre juridique européen horizontal encadrant les services numériques est resté inchangé, à l'exception des interventions sectorielles. Or, plus de vingt ans après cette directive, les services numériques ont profondément modifié le quotidien de la majorité de la population mondiale. Les communications numériques, les interactions sur les médias sociaux, le commerce électronique et les entreprises numériques ont clairement révélé la dépendance de l'économie et de la société à l'égard des services numériques et ont mis en évidence les avantages et les risques découlant du cadre actuel de fonctionnement des services numériques<sup>2</sup>, phénomène accru par la crise récente de la Covid-19. À l'échelle mondiale, presque tous les services numériques dépendent des cinq grandes firmes américaines que sont les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). En effet, ces géants du numérique ont bâti leur pouvoir sur un marché non réglementé et sont accusés de concurrence déloyale, de manque de transparence dans la collecte de données personnelles, de menacer les démocraties en diffusant de fausses informations ou de violer la liberté d'expression. Plus récemment, les NATU (Netflix, Airbnb, Tesla et Uber) se sont construits sur le modèle des GAFAM qui dominent le marché du numérique et se développent très vite, sans oublier les « BATX » (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi), les principaux fournisseurs de services numériques asiatiques.

2. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié deux propositions de règlement européen : l'une sur les services numériques (DSA)<sup>3</sup> et l'autre sur les marchés numériques<sup>4</sup> (DMA). Alors que le DSA s'appliquera à tout intermédiaire en ligne, principalement les plateformes en ligne, en leur imposant de nouvelles obligations et responsabilités relatives aux contenus qu'elles hébergent, le DMA ciblera plus précisément les comportements économiques des acteurs systémiques qui se considèrent comme "*too big to care*" et les abus envers leurs concurrents ou clients<sup>5</sup>.

3. La proposition de règlement DSA vise tous les services intermédiaires fournis aux bénéficiaires du service situés dans le marché intérieur, sans discrimination, quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des fournisseurs de services intermédiaires, à l'image du règlement général sur la protection des données (UE) 2016/679 du 27 avril 2016<sup>6</sup>. Le projet DSA maintient le cadre horizontal de l'exemption de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires établi par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne. Il impose aux fournisseurs de services intermédiaires l'obligation d'agir contre les contenus illicites et de fournir des informations sur injonction des autorités judiciaires ou administratives

1 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

2 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Façonner l'avenir numérique de l'Europe, COM(2020) 67 final.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

4 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

5 Daniel FASQUELLE, Emmanuelle INACIO, The EU Commission publishes a draft on a legislative package promoting a single market for digital services, 15 décembre 2020, e-Competitions January 2021, Art. N° 98751

6 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), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

nationales et énonce les obligations de diligence à respecter pour garantir un environnement en ligne transparent et sûr. Ainsi, tous les fournisseurs de services intermédiaires sont soumis à des obligations auxquelles s'ajoutent des obligations applicables aux fournisseurs de services d'hébergement. Des obligations applicables à toutes les plateformes en ligne (sauf microentreprises ou petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE) viennent encore s'ajouter à celles prévues pour tous les fournisseurs de services intermédiaires et les hébergeurs. Enfin, des obligations incombant aux très grandes plateformes en ligne viennent s'ajouter aux précédentes.

4. Alors que pour mettre en œuvre le DMA, la Commission européenne dispose d'un monopole, au contraire, pour mettre en œuvre le DSA, la Commission multiplie l'intervention de divers acteurs. À l'image du droit européen de la concurrence, le législateur européen semble permettre l'application décentralisée, par les autorités nationales, des règles du DSA (I.). Or, cette décentralisation apparente laisse en réalité apparaître que la Commission européenne centralise l'essentiel du pouvoir entre ses mains dans la mise en œuvre du DSA (II.).

## I. Une décentralisation apparente de la mise en œuvre du DSA par les autorités nationales

5. Le DSA accroît, en première analyse, le rôle des autorités nationales à l'image du droit européen de la concurrence. En effet, la mise en œuvre du DSA repose sur l'action des entités et autorités judiciaires ou administratives nationales (1.) et des coordinateurs pour les services numériques (2.). Le contrôle prévu par le DSA est, par ailleurs, très centralisé dans l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires a son établissement principal (3.).

### 1. L'action du réseau des entités et autorités nationales dans le cadre du DSA

6. La mise en œuvre du DSA repose sur l'action de diverses entités et autorités nationales, telles les autorités judiciaires ou administratives nationales (1.1) ainsi que sur les entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance (1.2). Le modèle du droit européen de la concurrence n'est jamais loin.

### 1.1 Les injonctions des autorités judiciaires ou administratives nationales

7. Les autorités judiciaires ou administratives nationales qui émettent une injonction d'agir visant un élément de contenu illicite à un fournisseur de services intermédiaires, sur la base du droit national ou de l'Union européenne applicable, conformément au droit de l'Union, devront être informées dans les meilleurs délais de l'effet donné à l'injonction (art. 8). Il en va de même pour les injonctions de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service (art. 9).

8. Le règlement DSA soumet les injonctions adressées par les autorités judiciaires ou administratives aux fournisseurs de services intermédiaires à des conditions de validité cumulatives qui s'imposent aux États membres : un exposé des motifs expliquant pourquoi les informations constituent du contenu illicite, en référence à la disposition spécifique du droit européen ou national enfreinte, une ou plusieurs adresses URL exactes du contenu et, le cas échéant, des informations complémentaires permettant de repérer le contenu illicite concerné ainsi que les voies de recours dont disposent le fournisseur et les bénéficiaires du service concerné.

9. En ce qui concerne les injonctions de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service, elles comprennent un exposé des motifs expliquant dans quel but l'information est demandée et pourquoi la demande de fourniture d'information est nécessaire et proportionnée pour déterminer si les bénéficiaires des services intermédiaires respectent les règles du droit national ou de l'Union applicables, à moins qu'un tel exposé ne puisse être fourni pour des raisons liées à la prévention et à la détection des infractions pénales et aux enquêtes et poursuites en la matière, ainsi que les voies de recours dont disposent le fournisseur et les bénéficiaires du service concerné. Les injonctions devront se limiter à la communication des informations déjà collectées par le fournisseur dans le but de fournir le service et dont il a le contrôle.

10. Le champ d'application territorial de l'injonction doit également être mentionné et être limité à ce qui est strictement nécessaire pour que l'objectif de l'injonction soit atteint. À cet égard, le considérant n° 31 précise que l'autorité judiciaire ou administrative nationale qui émet l'injonction devrait mettre en balance l'objectif poursuivi par l'injonction, conformément à la base juridique en vertu de laquelle elle est émise, et les droits et intérêts légitimes de l'ensemble des tiers susceptibles d'être affectés par celle-ci, en particulier leurs droits fondamentaux au titre de la Charte. En outre, lorsque l'injonction se rapportant à une information donnée est susceptible d'avoir des effets au-delà du territoire de l'État membre de l'autorité concernée, cette dernière devrait évaluer si l'information en question est susceptible de constituer un contenu illicite dans d'autres États membres concernés et, le cas échéant, tenir compte des règles pertinentes du

droit de l'Union ou du droit international et des impératifs de la courtoisie internationale.

**11.** Les conditions et exigences établies seront, sans préjudice des exigences au titre du droit de la procédure pénale national, conformes au droit de l'Union européenne.

**12.** Enfin, l'injonction doit être rédigée dans la langue déclarée par le fournisseur de services intermédiaires et est envoyée à son point de contact.

## 1.2 Les procédures accélérées des signaleurs de confiance

**13.** Les fournisseurs de services d'hébergement – qui stockent des informations fournies par un bénéficiaire du service à la demande de ce dernier – doivent mettre en place des mécanismes permettant aux tiers de notifier la présence de contenus présumés illicites (art. 14). Par ailleurs, si l'hébergeur décide de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, il a l'obligation de fournir à ce bénéficiaire un exposé des motifs (art. 15).

**14.** En outre, le règlement DSA prévoit des obligations supplémentaires pour les seules plateformes en ligne. Elles sont définies comme tout fournisseur de service d'hébergement qui, à la demande d'un bénéficiaire du service, stocke et diffuse au public des informations.

**15.** Ainsi, les plateformes en ligne doivent, entre autres, veiller à ce que les notifications soumises par des entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance soient traitées en priorité et dans les meilleurs délais (art. 19). Pour ce faire, elles prennent les mesures techniques et organisationnelles adéquates. La priorité donnée aux notifications soumises par les signaleurs de confiance ne devrait pas être interprétée comme empêchant les plateformes en ligne de traiter de la même manière les notifications soumises par des entités ou des particuliers qui ne bénéficient pas du statut de signaleur de confiance. Ces signaleurs de confiance ne sont pas sans rappeler les lanceurs d'alerte dont l'utilité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence n'est plus à démontrer et la protection est assurée par le droit de l'Union européenne<sup>7</sup>.

**16.** Le statut de signaleur de confiance est attribué, sur demande présentée par une entité, quelle qu'elle soit, par le coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel l'entité présentant la demande est établie. Ce statut de signaleur de confiance ne doit être accordé qu'aux entités, et non aux personnes physiques.

**17.** Pour pouvoir prétendre au statut de signaleur de confiance, l'entité devra démontrer entre autres qu'elle a une expertise et une compétence particulières aux fins de la détection, de l'identification et de la notification des contenus illicites et qu'elle travaille de manière diligente

et objective aux fins de la soumission des notifications en temps voulu. Par ailleurs, l'entité devra représenter des intérêts collectifs et être indépendante de toute plateforme en ligne.

**18.** Le considérant n° 46 vient préciser que les entités publiques sont visées par le texte, telles les unités de signalement des contenus sur l'internet des autorités répressives nationales ou de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol), en ce qui concerne les contenus terroristes. Les organisations non gouvernementales et les organismes semi-publics sont également visés, telles les organisations faisant partie du réseau INHOPE de permanences téléphoniques pour le signalement de matériel pédopornographique et les organisations ayant pour objectif de signaler les expressions racistes et xénophobes illégales en ligne. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, le statut de signaleur de confiance pourrait être octroyé aux organisations d'opérateurs industriels et de titulaires de droits, sous réserve qu'elles remplissent les conditions requises par le règlement DSA.

**19.** La proposition DSA introduit des garanties pour alléger la charge qui pèse sur les plateformes en ligne, si un nombre significatif de notifications manquant de précision ou insuffisamment étayées est adressé par un signaleur de confiance. En effet, les plateformes en ligne pourront signaler cet abus au coordinateur pour les services numériques ayant attribué le statut de signaleur de confiance à l'entité concernée, en fournissant les explications et les documents justificatifs nécessaires. À la suite d'une enquête menée soit de sa propre initiative, soit sur la base d'informations communiquées de tierces parties, y compris par la plateforme en ligne concernée, le coordinateur pour les services numériques pourra alors révoquer le statut de signaleur de confiance après avoir permis à l'entité de réagir aux conclusions de l'enquête ainsi qu'à son intention de révoquer le statut de signaleur de confiance de l'entité. La Commission, après avoir consulté le Comité, peut publier des orientations pour assister les plateformes en ligne et les coordinateurs pour les services numériques à ce sujet.

## 2. Les coordinateurs pour les services numériques chargés d'appliquer le DSA

**20.** Les États membres devront désigner les coordinateurs pour les services numériques qui sont chargés d'une application cohérente et du contrôle du règlement dans un délai de deux mois à compter de la date d'entrée en vigueur du règlement (art. 38). Ainsi, au sein de chaque État membre, une ou plusieurs autorités nationales auront le statut de coordinateur pour les services numériques. En France, ce pourrait être aussi bien le CSA, la CNIL, l'Arcep, la Commission pour la sécurité des consommateurs, ou toute autre entité *ad hoc*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO L 305 du 26.11.2019, p. 17-56.

<sup>8</sup> Le Point.fr, no. 202011, Économie, jeudi 26 novembre 2020, « Amazon, Google, Facebook : « Le démantèlement n'est pas un tabou » », propos de Thierry BRETON recueillis par Emmanuel BERRETTA, Guillaume GRALLET et Guericq PONCET. Voir également les propos d'Olivier Guersent dans ce dossier.

**21.** Les États membres rendront publics et communiqueront à la Commission et au Comité le nom de leur autorité compétente désignée en tant que coordinateur pour les services numériques, ainsi que ses coordonnées de contact.

**22.** Les coordinateurs pour les services numériques devront également contribuer à une application et à un contrôle de l'application efficaces et cohérents du règlement au sein de l'Union. Ils devront ainsi assurer une mission d'exécution uniforme du règlement dans toute l'Union européenne et, pour ce faire, devront communiquer et coopérer entre eux ainsi qu'avec les autres autorités compétentes nationales et européennes (le Comité européen des services numériques et la Commission européenne).

**23.** Les États membres doivent veiller à ce que les coordinateurs pour les services numériques réalisent leurs missions de manière impartiale, transparente et en temps utile et qu'ils disposent de ressources techniques, financières et humaines suffisantes pour accomplir leurs missions (art. 39).

**24.** Les coordinateurs pour les services numériques sont dotés de pouvoirs spécifiques (art. 41). Ils sont investis de pouvoirs d'enquête à l'égard de la conduite des fournisseurs de services intermédiaires relevant de la compétence de leur État membre. Ainsi, ils ont le pouvoir d'exiger de ces fournisseurs, ainsi que de toute autre personne agissant à des fins liées à leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et raisonnablement susceptible d'être au courant d'informations relatives à une infraction présumée au règlement, de fournir ces informations dans un délai raisonnable. Ils ont le pouvoir de procéder à des inspections sur place, afin d'examiner, de saisir, de prendre ou d'obtenir des copies d'informations relatives à une infraction présumée sous quelque forme et sur quelque support de stockage que ce soit. Enfin, ils ont le pouvoir de demander à tout membre du personnel ou représentant de ces fournisseurs ou ces personnes de fournir des explications sur toute information relative à une infraction présumée et d'enregistrer leurs réponses.

**25.** Les coordinateurs pour les services numériques sont également investis de pouvoirs d'exécution à l'égard des fournisseurs de services intermédiaires relevant de la compétence de leur État membre. Ils ont le pouvoir d'accepter les engagements de conformité proposés par ces fournisseurs et de rendre ces engagements contraignants, peuvent ordonner la cessation des infractions et, le cas échéant, imposer des mesures correctives proportionnées à l'infraction et nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction. Ils ont le pouvoir d'imposer des amendes pour manquement au règlement, y compris à toute injonction émise en vertu de leur pouvoir d'enquête et des astreintes. Ils ont le pouvoir d'adopter des mesures provisoires afin d'éviter le risque de préjudice grave.

**26.** Lorsque l'infraction persiste, et cause un préjudice grave ne pouvant pas être évité par l'exercice d'autres pouvoirs prévus par le droit européen ou le droit national, le coordinateur pour les services numériques aura le

pouvoir d'exiger l'adoption et la mise en œuvre d'un plan d'action par le fournisseur. Si le fournisseur n'a pas suffisamment respecté le plan d'action, que l'infraction persiste et entraîne un préjudice grave, et que l'infraction constitue une infraction pénale grave impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes, le coordinateur pour les services numériques aura le pouvoir de demander à l'autorité judiciaire compétente de cet État membre d'ordonner la limitation temporaire de l'accès des bénéficiaires du service concerné par l'infraction ou, uniquement lorsque cela n'est pas techniquement réalisable, à l'interface en ligne du fournisseur de services intermédiaires sur laquelle se produit l'infraction.

**27.** Les sanctions, déterminées dans chaque État membre et communiquées à la Commission, sont effectives, proportionnées et dissuasives. Toutefois, les États membres veillent à ce que le montant maximum des sanctions imposées pour manquement aux obligations établies dans le règlement ne dépasse pas 6 % des revenus ou du chiffre d'affaires annuels du fournisseur de services intermédiaires concerné. Les sanctions en cas de fourniture d'informations inexactes, incomplètes ou dénaturées, d'absence de réponse ou de non-rectification d'informations inexactes, incomplètes ou dénaturées et de manquement à l'obligation de se soumettre à une inspection sur place ne dépassent pas 1 % des revenus ou du chiffre d'affaires annuels du fournisseur concerné. Les États membres veillent également à ce que le montant maximum d'une astreinte ne dépasse pas 5 % du chiffre d'affaires quotidien moyen du fournisseur de services intermédiaires concerné au cours de l'exercice précédent par jour, à compter de la date spécifiée dans la décision concernée.

**28.** Les coordinateurs pour les services numériques sont habilités à recevoir des réclamations contre les fournisseurs de services intermédiaires portant sur la violation des obligations prévues par le règlement (art. 43). Ainsi, les bénéficiaires des services intermédiaires auront le droit d'introduire une plainte contre un fournisseur, en cas de violation du DSA.

### 3. Le contrôle du DSA centralisé dans l'État membre de l'établissement principal du fournisseur de services intermédiaires

**29.** Les fournisseurs de services intermédiaires dans le marché intérieur n'étant pas soumis à l'obligation générale de garantir une présence physique sur le territoire de l'Union européenne, le législateur a dû faire le choix, aux fins du contrôle, par les autorités nationales compétentes, de l'application des obligations prévues par le règlement, de déterminer clairement l'État membre dont relèvent ces fournisseurs.

**30.** Dès lors, afin de mettre en œuvre la proposition de règlement DSA, l'article 40 a donné compétence à l'État membre dans lequel se situe l'établissement principal du

fournisseur de services intermédiaires. Le considérant n° 76 précise que l'établissement principal du fournisseur correspond au lieu dans lequel le fournisseur a son administration centrale ou son siège statutaire, au sein duquel sont exercés les principales fonctions financières ainsi que le contrôle opérationnel.

31. Si le fournisseur de services intermédiaires ne dispose pas d'un établissement au sein de l'Union, mais propose des services au sein du marché intérieur, il relèvera de la compétence de l'État membre dans lequel son représentant légal réside ou est établi, compte tenu de la fonction de représentant légal prévue par le règlement.

32. Lorsqu'un fournisseur de services intermédiaires ne désigne pas de représentant légal, tous les États membres seront alors compétents, ce qui signifie que chaque État membre qui exerce sa compétence à l'égard de ces fournisseurs informe tous les autres États membres des mesures qu'il a prises dans l'exercice de cette compétence, sans délai excessif, et veille à ce que le principe *ne bis in idem* soit respecté.

33. Ainsi, le DSA prévoit un contrôle très centralisé dans l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires a son administration centrale ou son siège statutaire. En effet, ce principe dit "du pays d'origine" ne fera intervenir que les entités et autorités locales sur leur territoire et ne permettra pas dès lors une application décentralisée effective du DSA. Habilitier les autorités judiciaires et administratives nationales ainsi que les entités et les autorités nationales pour les services numériques à appliquer directement le DSA uniquement dans le pays d'origine ne permettra pas d'assurer une application plus large de ces règles. Par ailleurs, si les entités et autorités nationales appliquent le même règlement directement, leurs procédures divergent. Dès lors, l'application du principe du pays d'origine ne permettra pas d'aboutir à une harmonisation.

34. Or, le contrôle par les entités et autorités nationales de l'État membre de l'utilisateur des services intermédiaires couplé au contrôle des entités et autorités nationales de l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires possède son établissement principal permettrait de viser une efficacité opérationnelle maximale du DSA<sup>9</sup>, sans évoquer les stratégies de *forum* et *law shopping* que le maintien seul du principe d'origine va susciter.

<sup>9</sup> SGAE, Note de cadrage, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO), 11 janvier 2021, PM/SGAE/COMP-MINUM.

## II. Une centralisation assumée de la mise en œuvre du DSA par la Commission européenne

35. Si les autorités nationales semblent disposer de pouvoirs importants au sein du DSA, en réalité elles font l'objet d'une surveillance et d'un contrôle important de la Commission européenne (2.). En outre, la Commission européenne contrôle directement les fournisseurs de services intermédiaires grâce à la désignation d'interlocuteurs (1.). Le Comité européen pour les services numériques vient d'ailleurs assister la Commission européenne pour assurer la surveillance et le contrôle des différents échelons d'action nationale, ce qui témoigne d'une centralisation assumée de la mise en œuvre du DSA par la Commission européenne. Par ailleurs, dans le cas des très grandes plateformes en ligne, une surveillance renforcée de la Commission est prévue dans le cas où ces plateformes enfreignent les obligations additionnelles pour les très grandes plateformes pour gérer les risques systémiques. Si la surveillance renforcée des très grandes plateformes en ligne semble justifiée (3.), elle apparaît discutable en ce qui concerne les autres acteurs. En effet, le DSA n'apparaît pas comme étant un forum de discussion et de coopération.

### 1. Le contrôle direct des fournisseurs de services intermédiaires

36. Les fournisseurs de services intermédiaires ont l'obligation de désigner des interlocuteurs "*afin de faciliter une communication fluide et efficace*" avec les autorités nationales et la Commission européenne sur les matières relevant du règlement. En réalité, ce réseau d'interlocuteurs désignés par les fournisseurs de services intermédiaires permet à la Commission européenne d'en assurer le contrôle. En effet, la Commission peut communiquer directement avec le point de contact (1.1) ou le représentant légal des fournisseurs de services intermédiaires (1.2).

#### 1.1 Les points de contact des fournisseurs de services intermédiaires

37. Tous les fournisseurs de services intermédiaires auront l'obligation de désigner un "*point de contact*", qui ne devra pas nécessairement être assorti d'une localisation physique. Sa mission opérationnelle est d'être l'interlocuteur des autorités des États membres, de la Commission



et du Comité (art. 10). Le point de contact pourra également être utilisé par des signaleurs de confiance. Son identité sera rendue publique, ainsi que la ou les langues pouvant être utilisées pour la communication directe par voie électronique, qui sera au moins l'une des langues officielles de l'État membre dans lequel le fournisseur de services intermédiaires a son établissement principal ou dans lequel son représentant légal réside ou est établi.

**38.** Le coordinateur pour les services numériques national centralise les nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone de chaque représentant légal résidant ou étant établi sur son territoire, le nom et les coordonnées du responsable de la conformité des très grandes plateformes en ligne.

## 1.2 Les représentants légaux des fournisseurs de services intermédiaires

**39.** Si le fournisseur de services intermédiaires ne dispose pas d'un établissement au sein de l'Union européenne, mais propose des services au sein du marché intérieur, il devra désigner, par écrit, une personne morale ou physique comme son représentant légal dans un des États membres dans lesquels le fournisseur propose ses services (art. 11). Contrairement au point de contact, le représentant légal devra avoir une localisation physique. Il devrait pouvoir également faire office de point de contact, pour autant que les exigences pertinentes du règlement soient respectées. La désignation d'un représentant légal au sein de l'Union européenne n'équivaudra cependant pas à un établissement au sein de l'Union, afin qu'il ne soit pas soumis à d'autres obligations, entre autres fiscales.

**40.** Le fournisseur de services intermédiaires devra donner à son représentant légal les pouvoirs et les ressources nécessaires pour coopérer avec les autorités des États membres, la Commission et le Comité et se conformer à leurs décisions. Si le représentant légal a la même mission de communication que le point de contact, toutefois sa mission n'est pas uniquement opérationnelle, dans la mesure où il engage sa responsabilité en cas de non-respect des obligations au titre du DSA, sans préjudice de la responsabilité du fournisseur de services intermédiaires et des actions en justice susceptibles d'être intentées contre lui.

**41.** L'identité du représentant légal ne sera pas rendue publique, contrairement au point de contact. En effet, ses nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone, qui devront être tenus à jour, seront communiqués au coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel le représentant légal réside ou est établi.

## 2. La surveillance et le contrôle des entités et autorités nationales

**42.** La Commission a l'obligation générale de surveiller l'application du droit de l'Union européenne et, le cas échéant, de le faire respecter, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, conformément aux traités. Par ailleurs, au titre du règlement, la Commission dispose de très grands pouvoirs. Outre le contrôle direct des fournisseurs de services intermédiaires grâce aux points de contact ou représentants locaux avec lesquels elle communique, la Commission européenne assure une surveillance et un contrôle des entités et autorités nationales grâce aux informations des coordinateurs des services numériques (2.1) et l'assistance du Comité (2.2).

### 2.1 L'information des coordinateurs pour les services numériques

**43.** Les coordinateurs pour les services numériques devront également contribuer à une application et à un contrôle de l'application efficaces et cohérents du règlement au sein de l'Union. Ils devront ainsi assurer une mission d'exécution uniforme du règlement dans toute l'Union européenne et, pour ce faire, devront communiquer et coopérer entre eux ainsi qu'avec les autres autorités compétentes nationales, le Comité européen des services numériques et la Commission européenne.

**44.** Si la Commission communique directement avec le point de contact des fournisseurs de services intermédiaires, le coordinateur pour les services numériques communique à la Commission les nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone des représentants légaux.

**45.** De même, les coordinateurs pour les services numériques communiquent à la Commission européenne et au Comité européen des services numériques les adresses postales et adresses de courrier électronique des entités auxquelles ils ont attribué le statut de signaleur de confiance. La Commission européenne publie ces informations dans une base de données accessible au public qu'elle tient à jour.

**46.** Lorsqu'une autorité judiciaire ou administrative émet une injonction d'agir visant un élément de contenu illicite ou de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service, le coordinateur pour les services numériques de l'État membre de l'autorité devra en transmettre une copie à tous les autres coordinateurs pour les services numériques par le truchement d'un système de partage d'informations fiable et sûr mis en place et maintenu par la Commission européenne (art. 67).

**47.** De même, les coordinateurs pour les services numériques notifient à la Commission les organes de règlement extrajudiciaire des litiges qu'ils ont certifiés. La Commission publie et tient à jour une liste de ces organes, comprenant ces spécifications, sur un site web prévu à cet effet.

**48.** Enfin, la Commission gère une base de données accessible au public contenant les décisions des hébergeurs de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, et les exposés des motifs.

**49.** Les coordinateurs pour les services numériques sont tenus de publier des rapports annuels sur leurs activités au titre du règlement (art. 44), qui retraceront notamment le nombre d'injonctions visant les contenus illicites ou pour obtenir des informations, et l'effectivité de ces mesures. Ils les mettent à la disposition du public et les communiquent à la Commission et au Comité.

**50.** Les coordinateurs pour les services numériques seront tenus de coopérer avec les coordinateurs pour les services numériques des autres États membres (art. 45). Ils peuvent également participer à des enquêtes conjointes (art. 46).

**51.** La Commission mettra en place et maintiendra un système de partage d'informations fiable et sûr facilitant les communications entre les coordinateurs pour les services numériques, la Commission et le Comité (art. 67).

**52.** Seuls les articles 45 et 46 envisagent une coopération entre les coordinateurs pour les services numériques. Leur rôle est plutôt voué à nourrir la Commission européenne d'informations afin qu'elle puisse contrôler les fournisseurs des services intermédiaires ainsi que les entités et autorités nationales.

## 2.2 L'assistance du Comité européen pour les services numériques

**53.** Le Comité européen pour les services numériques est un groupe consultatif indépendant désigné et composé de coordinateurs pour les services numériques des États membres (art. 47) pour assurer la surveillance des fournisseurs de services intermédiaires. Le Comité conseille les coordinateurs pour les services numériques et la Commission conformément au règlement pour contribuer à l'application cohérente du règlement et contribue à leur coopération efficace. Il coordonne les orientations et analyses de la Commission et des coordinateurs pour les services numériques et d'autres autorités compétentes sur les questions émergentes dans l'ensemble du marché intérieur en ce qui concerne les matières relevant du règlement, et y contribue. Enfin, le Comité les assiste dans la surveillance des très grandes plateformes en ligne.

**54.** Outre les coordinateurs pour les services numériques des États membres représentés par de hauts fonctionnaires, le Comité européen pour les services numériques est composé d'autres autorités nationales à qui des compétences opérationnelles ont été confiées par les législations nationales. (art. 48). D'autres autorités nationales peuvent être invitées aux réunions, lorsque les questions examinées relèvent de leurs compétences. Chaque État membre dispose d'une voix, mais la Commission n'a pas de droit de vote. Le Comité adopte ses décisions à la majorité simple. Le Comité adopte son règlement intérieur une fois celui-ci approuvé par la Commission.

**55.** Le Comité est présidé par la Commission, qui convoque les réunions et prépare l'ordre du jour conformément aux tâches du Comité au titre du règlement et de son règlement intérieur. La Commission apporte un appui administratif et analytique aux activités du Comité au titre du règlement. Le Comité peut inviter des experts et des observateurs à participer à ses réunions, et peut coopérer avec d'autres organes, bureaux, agences et groupes consultatifs de l'Union, ainsi qu'avec des experts externes, le cas échéant. Le Comité rend publics les résultats de cette coopération.

**56.** La proposition de règlement DSA définit les missions du Comité (art. 49) : la coordination des enquêtes conjointes, et l'assistance aux autorités compétentes pour l'analyse des rapports et résultats des audits des très grandes plateformes dont le règlement prévoit la transmission.

**57.** Le Comité européen pour les services numériques a également un rôle consultatif : il peut émettre des avis, des recommandations, et peut conseiller les coordinateurs pour les services numériques conformément au règlement.

**58.** Il conseille la Commission européenne en ce qui concerne les mesures à prendre au titre des manquements des grandes plateformes en ligne et les amendes infligées. Lorsque la Commission le demande, le Comité adopte des avis sur les projets de mesures de la Commission concernant les très grandes plateformes en ligne conformément au règlement.

**59.** Enfin, le Comité soutient et encourage l'élaboration et la mise en œuvre de normes européennes, orientations, rapports, modèles et codes de conduite tels que prévus par le règlement, ainsi que l'identification des questions émergentes, en ce qui concerne les matières relevant du règlement.

**60.** Les coordinateurs pour les services numériques et autres autorités compétentes nationales qui ne suivent pas les avis, demandes ou recommandations adoptés par le Comité européen pour les services numériques doivent motiver ce choix dans les rapports qu'ils établissent conformément au règlement ou lors de l'adoption des décisions pertinentes, le cas échéant.

### 3. La surveillance renforcée des très grandes plateformes par la seule Commission européenne

**61.** Les très grandes plateformes en ligne, fournissant leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union égal ou supérieur à 45 millions, devront désigner un ou plusieurs responsables de la conformité, à l'image du délégué au traitement des données mis en place par le règlement général de protection des données (art. 32). Les très grandes plateformes en ligne devront communiquer le nom et les coordonnées du responsable de la conformité au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques et à la Commission, avec lesquels il devra coopérer.

**62.** Le responsable de la conformité aura pour mission principale de contrôler le respect, par la très grande plateforme en ligne, de ses obligations au titre du règlement. Par ailleurs, le responsable de la conformité devra organiser et superviser les activités de la très grande plateforme en ligne en lien avec l'audit indépendant ainsi qu'informer et conseiller la direction et les employés de la très grande plateforme en ligne des obligations pertinentes au titre du règlement. Enfin, le responsable de la conformité fera directement rapport au niveau le plus élevé de la direction de la plateforme.

**63.** Afin de mener à bien leurs missions, les responsables de la conformité devront disposer des qualifications professionnelles, des connaissances, de l'expérience et des aptitudes nécessaires. Ils pourront être soit des membres du personnel de la très grande plateforme en ligne concernée, soit liés par un contrat avec cette dernière. Toutefois, les très grandes plateformes en ligne devront prendre les mesures nécessaires pour que les responsables de la conformité puissent réaliser leurs tâches de manière indépendante, les épauler dans la réalisation de leurs tâches et leur fournir les ressources nécessaires pour les mener à bien.

**64.** Une surveillance renforcée des très grandes plateformes en ligne est en outre prévue par le règlement et est mise en œuvre par la Commission européenne avec l'assistance du Comité.

**65.** Afin de contrôler de manière appropriée le respect par les très grandes plateformes en ligne des obligations prévues par le règlement à l'image des évaluations des risques systémiques, audits externes et indépendants et mesures de transparence renforcées, le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques ou la Commission peuvent exiger l'accès à des données spécifiques ou la communication de celles-ci (art. 31). Une telle exigence peut porter, par exemple, sur les données nécessaires pour évaluer les risques et les éventuels préjudices causés par les systèmes de la plateforme, les données concernant l'exactitude, le fonctionnement et les tests des systèmes algorithmiques de

modération de contenu, des systèmes de recommandation ou des systèmes de publicité, ou encore les données concernant les processus et les résultats de la modération de contenu ou des systèmes internes de traitement des réclamations au sens du règlement. Seul garde-fou prévu par le texte, la très grande plateforme en ligne peut demander une modification de la demande, lorsqu'elle n'a pas accès aux données ou lorsqu'elle considère que fournir l'accès aux données entraînera d'importantes vulnérabilités pour la sécurité de son service ou la protection d'informations confidentielles, en particulier du secret des affaires. Toutefois, la très grande plateforme en ligne devra proposer une ou plusieurs solutions alternatives qui permettraient de donner accès aux données demandées ou à d'autres données appropriées et suffisantes aux fins de la demande.

**66.** Par ailleurs, la Commission bénéficie du pouvoir d'adopter des actes délégués pour une durée indéterminée afin d'établir des modèles concernant la forme, le contenu et d'autres détails des rapports de transparence incombant aux fournisseurs de plateforme en ligne (art. 23), une méthodologie spécifique pour calculer le nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union permettant de déterminer si une plateforme en ligne devient une très grande plateforme en ligne (art. 25), et les conditions techniques dans lesquelles les très grandes plateformes en ligne partagent des données avec le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques, la Commission, et les fins auxquelles les données peuvent être utilisées. (art. 31). Ces actes délégués établissent les conditions spécifiques dans lesquelles ce partage de données avec des chercheurs agréés peut avoir lieu en conformité avec le règlement (UE) 2016/679, en tenant compte des droits et des intérêts des très grandes plateformes en ligne et des bénéficiaires du service concernés, y compris la protection des informations confidentielles, notamment le secret des affaires, et en préservant la sécurité de leur service.

**67.** Lorsqu'un coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques a des raisons de soupçonner qu'une très grande plateforme en ligne a enfreint le règlement, il peut demander à la Commission d'adopter les mesures d'enquête et de coercition nécessaires pour assurer le respect du règlement (art. 46).

**68.** Quand un coordinateur pour les services numériques adopte une décision par laquelle il conclut qu'une très grande plateforme en ligne a enfreint l'une des obligations complémentaires de gestion des risques systémiques imposées aux très grandes plateformes en ligne, un système de surveillance renforcée est lancé (art.50). Il tient le plus grand compte des avis et de la Commission et du Comité, qui peuvent par ailleurs recommander au coordinateur d'enquêter plus en avant sur une infraction présumée. Le coordinateur peut ensuite demander à la très grande plateforme en ligne d'établir et de communiquer au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques, à la Commission et au Comité, un plan d'action pour y remédier, pouvant comprendre l'adoption d'un code de conduite.

**69.** Dans un délai d'un mois à compter de la réception du plan d'action, le Comité communique son avis sur celui-ci au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques. Ce dernier décide dans un délai d'un mois à compter de la réception de cet avis si le plan d'action est approprié pour faire cesser l'infraction ou y remédier.

**70.** Lorsque le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques n'est pas convaincu que les mesures permettront de faire cesser l'infraction ou d'y remédier, il peut demander à la très grande plateforme en ligne concernée de se soumettre à un audit indépendant supplémentaire, afin d'évaluer l'efficacité de ces mesures pour faire cesser l'infraction ou y remédier. Dans ce cas de figure, la plateforme envoie le rapport d'audit à ce coordinateur pour les services numériques, à la Commission et au Comité dans un délai de quatre mois à compter de la décision visée. Lorsqu'il demande un tel audit supplémentaire, le coordinateur pour les services numériques peut spécifier un organisme d'audit, sélectionné sur la base des critères énoncés au règlement, pour réaliser l'audit, aux frais de la plateforme concernée.

**71.** Le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques communique de manière argumentée à la Commission européenne, au Comité européen des services numériques et à la très grande plateforme en ligne concernée son point de vue sur la question de savoir si cette dernière a fait cesser l'infraction ou y a remédié. À la suite de cette communication, le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques n'est plus habilité à adopter des mesures d'enquête ou de coercition vis-à-vis de la conduite en cause de la très grande plateforme en ligne concernée, sans préjudice de l'intervention de la Commission européenne par l'adoption d'un acte d'exécution ou de toute mesure que ce coordinateur pourrait prendre à la demande de la Commission.

**72.** Le DSA prévoit également la possibilité, pour la Commission, d'intervenir à l'égard des très grandes plateformes en ligne lorsque les infractions persistent (art. 51).

**73.** Ainsi, agissant de sa seule initiative ou sur recommandation du Comité européen des services numériques, la Commission européenne pourra engager une plainte à l'encontre des très grandes plateformes soupçonnées d'avoir enfreint le règlement.

**74.** Lorsque la Commission décide d'engager une procédure, elle en informe tous les coordinateurs pour les services numériques, le Comité et la très grande plateforme en ligne concernée.

**75.** Dans de tels cas, la Commission européenne peut mener des enquêtes, y compris sous la forme de demandes d'informations (art. 52), d'entretiens (art. 53) et d'inspections sur place (art. 54); elle peut également adopter des mesures provisoires (art. 55), rendre contraignants les engagements de très grandes plateformes en ligne (art. 56) et contrôler le respect du règlement par ces dernières (art. 57).

**76.** En cas de non-respect des règles, la Commission peut adopter des décisions constatant un manquement (art. 58), imposer des amendes (art. 59) et des astreintes (art. 60) pour sanctionner les infractions au règlement commises par les très grandes plateformes en ligne ainsi que la fourniture d'informations inexacts, incomplètes ou trompeuses dans le cadre de l'enquête. La Commission peut infliger à la très grande plateforme en ligne concernée des amendes jusqu'à concurrence de 6 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent. Le règlement fixe également un délai de prescription pour l'imposition de sanctions (art. 61) et pour leur exécution (art. 62). Enfin, le règlement fixe les garanties procédurales devant la Commission, en particulier le droit d'être entendu et d'avoir accès au dossier (art. 63) et la publication des décisions (art. 64). La Commission coopère avec les juridictions nationales (art. 65) et peut adopter des actes d'exécution sur les modalités pratiques de la procédure (art. 66).

**77.** Sans une coopération étroite entre la Commission européenne et les autorités nationales, le DSA sera voué à l'échec. Seul le développement d'un véritable réseau européen des services numériques permettra le succès de telles règles. ■

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

**Emmanuelle Inacio**

emma.inacio@gmail.com

Chargée de cours magistral

Université du Littoral-Côte d'Opale, Boulogne

1. Depuis la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")<sup>1</sup>, le cadre juridique européen horizontal encadrant les services numériques est resté inchangé, à l'exception des interventions sectorielles. Or, plus de vingt ans après cette directive, les services numériques ont profondément modifié le quotidien de la majorité de la population mondiale. Les communications numériques, les interactions sur les médias sociaux, le commerce électronique et les entreprises numériques ont clairement révélé la dépendance de l'économie et de la société à l'égard des services numériques et ont mis en évidence les avantages et les risques découlant du cadre actuel de fonctionnement des services numériques<sup>2</sup>, phénomène accru par la crise récente de la Covid-19. À l'échelle mondiale, presque tous les services numériques dépendent des cinq grandes firmes américaines que sont les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). En effet, ces géants du numérique ont bâti leur pouvoir sur un marché non réglementé et sont accusés de concurrence déloyale, de manque de transparence dans la collecte de données personnelles, de menacer les démocraties en diffusant de fausses informations ou de violer la liberté d'expression. Plus récemment, les NATU (Netflix, Airbnb, Tesla et Uber) se sont construits sur le modèle des GAFAM qui dominent le marché du numérique et se développent très vite, sans oublier les « BATX » (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi), les principaux fournisseurs de services numériques asiatiques.

2. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié deux propositions de règlement européen : l'une sur les services numériques (DSA)<sup>3</sup> et l'autre sur les marchés numériques<sup>4</sup> (DMA). Alors que le DSA s'appliquera à tout intermédiaire en ligne, principalement les plateformes en ligne, en leur imposant de nouvelles obligations et responsabilités relatives aux contenus qu'elles hébergent, le DMA ciblera plus précisément les comportements économiques des acteurs systémiques qui se considèrent comme "*too big to care*" et les abus envers leurs concurrents ou clients<sup>5</sup>.

3. La proposition de règlement DSA vise tous les services intermédiaires fournis aux bénéficiaires du service situés dans le marché intérieur, sans discrimination, quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des fournisseurs de services intermédiaires, à l'image du règlement général sur la protection des données (UE) 2016/679 du 27 avril 2016<sup>6</sup>. Le projet DSA maintient le cadre horizontal de l'exemption de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires établi par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne. Il impose aux fournisseurs de services intermédiaires l'obligation d'agir contre les contenus illicites et de fournir des informations sur injonction des autorités judiciaires ou administra-

1 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

2 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Façonner l'avenir numérique de l'Europe, COM(2020) 67 final.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

4 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

5 Daniel FASQUELLE, Emmanuelle INACIO, The EU Commission publishes a draft on a legislative package promoting a single market for digital services, 15 décembre 2020, e-Competitions January 2021, Art. N° 98751

6 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), JOUE n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

tives nationales et énonce les obligations de diligence à respecter pour garantir un environnement en ligne transparent et sûr. Ainsi, tous les fournisseurs de services intermédiaires sont soumis à des obligations auxquelles s'ajoutent des obligations applicables aux fournisseurs de services d'hébergement. Des obligations applicables à toutes les plateformes en ligne (sauf microentreprises ou petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE) viennent encore s'ajouter à celles prévues pour tous les fournisseurs de services intermédiaires et les hébergeurs. Enfin, des obligations incombant aux très grandes plateformes en ligne viennent s'ajouter aux précédentes.

4. Alors que pour mettre en œuvre le DMA, la Commission européenne dispose d'un monopole, au contraire, pour mettre en œuvre le DSA, la Commission multiplie l'intervention de divers acteurs. À l'image du droit européen de la concurrence, le législateur européen semble permettre l'application décentralisée, par les autorités nationales, des règles du DSA (I.). Or, cette décentralisation apparente laisse en réalité apparaître que la Commission européenne centralise l'essentiel du pouvoir entre ses mains dans la mise en œuvre du DSA (II.).

## I. Une décentralisation apparente de la mise en œuvre du DSA par les autorités nationales

5. Le DSA accroît, en première analyse, le rôle des autorités nationales à l'image du droit européen de la concurrence. En effet, la mise en œuvre du DSA repose sur l'action des entités et autorités judiciaires ou administratives nationales (1.) et des coordinateurs pour les services numériques (2.). Le contrôle prévu par le DSA est, par ailleurs, très centralisé dans l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires a son établissement principal (3.).

### 1. L'action du réseau des entités et autorités nationales dans le cadre du DSA

6. La mise en œuvre du DSA repose sur l'action de diverses entités et autorités nationales, telles les autorités judiciaires ou administratives nationales (1.1) ainsi que sur les entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance (1.2). Le modèle du droit européen de la concurrence n'est jamais loin.

### 1.1 Les injonctions des autorités judiciaires ou administratives nationales

7. Les autorités judiciaires ou administratives nationales qui émettent une injonction d'agir visant un élément de contenu illicite à un fournisseur de services intermédiaires, sur la base du droit national ou de l'Union européenne applicable, conformément au droit de l'Union, devront être informées dans les meilleurs délais de l'effet donné à l'injonction (art. 8). Il en va de même pour les injonctions de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service (art. 9).

8. Le règlement DSA soumet les injonctions adressées par les autorités judiciaires ou administratives aux fournisseurs de services intermédiaires à des conditions de validité cumulatives qui s'imposent aux États membres : un exposé des motifs expliquant pourquoi les informations constituent du contenu illicite, en référence à la disposition spécifique du droit européen ou national enfreinte, une ou plusieurs adresses URL exactes du contenu et, le cas échéant, des informations complémentaires permettant de repérer le contenu illicite concerné ainsi que les voies de recours dont disposent le fournisseur et les bénéficiaires du service concerné.

9. En ce qui concerne les injonctions de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service, elles comprennent un exposé des motifs expliquant dans quel but l'information est demandée et pourquoi la demande de fourniture d'information est nécessaire et proportionnée pour déterminer si les bénéficiaires des services intermédiaires respectent les règles du droit national ou de l'Union applicables, à moins qu'un tel exposé ne puisse être fourni pour des raisons liées à la prévention et à la détection des infractions pénales et aux enquêtes et poursuites en la matière, ainsi que les voies de recours dont disposent le fournisseur et les bénéficiaires du service concerné. Les injonctions devront se limiter à la communication des informations déjà collectées par le fournisseur dans le but de fournir le service et dont il a le contrôle.

10. Le champ d'application territorial de l'injonction doit également être mentionné et être limité à ce qui est strictement nécessaire pour que l'objectif de l'injonction soit atteint. À cet égard, le considérant n° 31 précise que l'autorité judiciaire ou administrative nationale qui émet l'injonction devrait mettre en balance l'objectif poursuivi par l'injonction, conformément à la base juridique en vertu de laquelle elle est émise, et les droits et intérêts légitimes de l'ensemble des tiers susceptibles d'être affectés par celle-ci, en particulier leurs droits fondamentaux au titre de la Charte. En outre, lorsque l'injonction se rapportant à une information donnée est susceptible d'avoir des effets au-delà du territoire de l'État membre de l'autorité concernée, cette dernière devrait évaluer si l'information en question est susceptible de constituer un contenu illicite dans d'autres États membres concernés et, le cas échéant, tenir compte des règles pertinentes du droit de l'Union ou du droit international et des impératifs de la courtoisie internationale.

11. Les conditions et exigences établies seront, sans préjudice des exigences au titre du droit de la procédure pénale nationale, conformes au droit de l'Union européenne.

12. Enfin, l'injonction doit être rédigée dans la langue déclarée par le fournisseur de services intermédiaires et est envoyée à son point de contact.

## 1.2 Les procédures accélérées des signaleurs de confiance

13. Les fournisseurs de services d'hébergement – qui stockent des informations fournies par un bénéficiaire du service à la demande de ce dernier – doivent mettre en place des mécanismes permettant aux tiers de notifier la présence de contenus présumés illicites (art. 14). Par ailleurs, si l'hébergeur décide de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, il a l'obligation de fournir à ce bénéficiaire un exposé des motifs (art. 15).

14. En outre, le règlement DSA prévoit des obligations supplémentaires pour les seules plateformes en ligne. Elles sont définies comme tout fournisseur de service d'hébergement qui, à la demande d'un bénéficiaire du service, stocke et diffuse au public des informations.

15. Ainsi, les plateformes en ligne doivent, entre autres, veiller à ce que les notifications soumises par des entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance soient traitées en priorité et dans les meilleurs délais (art. 19). Pour ce faire, elles prennent les mesures techniques et organisationnelles adéquates. La priorité donnée aux notifications soumises par les signaleurs de confiance ne devrait pas être interprétée comme empêchant les plateformes en ligne de traiter de la même manière les notifications soumises par des entités ou des particuliers qui ne bénéficient pas du statut de signaleur de confiance. Ces signaleurs de confiance ne sont pas sans rappeler les lanceurs d'alerte dont l'utilité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence n'est plus à démontrer et la protection est assurée par le droit de l'Union européenne<sup>7</sup>.

16. Le statut de signaleur de confiance est attribué, sur demande présentée par une entité, quelle qu'elle soit, par le coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel l'entité présentant la demande est établie. Ce statut de signaleur de confiance ne doit être accordé qu'aux entités, et non aux personnes physiques.

17. Pour pouvoir prétendre au statut de signaleur de confiance, l'entité devra démontrer entre autres qu'elle a une expertise et une compétence particulières aux fins de la détection, de l'identification et de la notification des contenus illicites et qu'elle travaille de manière diligente et objective aux fins de la soumission des notifications en temps voulu. Par ailleurs, l'entité devra représenter des intérêts collectifs et être indépendante de toute plateforme en ligne.

18. Le considérant n° 46 vient préciser que les entités publiques sont visées par le texte, telles les unités de signalement des contenus sur l'internet des autorités répressives nationales ou de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol), en ce qui concerne les contenus terroristes. Les organisations non gouvernementales et les organismes semi-publics sont également visés, telles les organisations faisant partie du réseau INHOPE de permanences téléphoniques pour le signalement de matériel pédopornographique et les organisations ayant pour objectif de signaler les expressions racistes et xénophobes illégales en ligne. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, le statut de signaleur de confiance pourrait être octroyé aux organisations d'opérateurs industriels et de titulaires de droits, sous réserve qu'elles remplissent les conditions requises par le règlement DSA.

19. La proposition DSA introduit des garanties pour alléger la charge qui pèse sur les plateformes en ligne, si un nombre significatif de notifications manquant de précision ou insuffisamment étayées est adressé par un signaleur de confiance. En effet, les plateformes en ligne pourront signaler cet abus au coordinateur pour les services numériques ayant attribué le statut de signaleur de confiance à l'entité concernée, en fournissant les explications et les documents justificatifs nécessaires. À la suite d'une enquête menée soit de sa propre initiative, soit sur la base d'informations communiquées de tierces parties, y compris par la plateforme en ligne concernée, le coordinateur pour les services numériques pourra alors révoquer le statut de signaleur de confiance après avoir permis à l'entité de réagir aux conclusions de l'enquête ainsi qu'à son intention de révoquer le statut de signaleur de confiance de l'entité. La Commission, après avoir consulté le Comité, peut publier des orientations pour assister les plateformes en ligne et les coordinateurs pour les services numériques à ce sujet.

## 2. Les coordinateurs pour les services numériques chargés d'appliquer le DSA

20. Les États membres devront désigner les coordinateurs pour les services numériques qui sont chargés d'une application cohérente et du contrôle du règlement dans un délai de deux mois à compter de la date d'entrée en vigueur du règlement (art. 38). Ainsi, au sein de chaque État membre, une ou plusieurs autorités nationales auront le statut de coordinateur pour les services numériques. En France, ce pourrait être aussi bien le CSA, la CNIL, l'Arcep, la Commission pour la sécurité des consommateurs, ou toute autre entité *ad hoc*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO L 305 du 26.11.2019, p. 17-56.

<sup>8</sup> Le Point.fr, no. 202011, Économie, jeudi 26 novembre 2020, « Amazon, Google, Facebook : « Le démantèlement n'est pas un tabou » », propos de Thierry BRETON recueillis par Emmanuel BERRETTA, Guillaume GRALLET et Guerric PONCET. Voir également les propos d'Olivier Guersent dans ce dossier.

**21.** Les États membres rendront publics et communiqueront à la Commission et au Comité le nom de leur autorité compétente désignée en tant que coordinateur pour les services numériques, ainsi que ses coordonnées de contact.

**22.** Les coordinateurs pour les services numériques devront également contribuer à une application et à un contrôle de l'application efficaces et cohérents du règlement au sein de l'Union. Ils devront ainsi assurer une mission d'exécution uniforme du règlement dans toute l'Union européenne et, pour ce faire, devront communiquer et coopérer entre eux ainsi qu'avec les autres autorités compétentes nationales et européennes (le Comité européen des services numériques et la Commission européenne).

**23.** Les États membres doivent veiller à ce que les coordinateurs pour les services numériques réalisent leurs missions de manière impartiale, transparente et en temps utile et qu'ils disposent de ressources techniques, financières et humaines suffisantes pour accomplir leurs missions (art. 39).

**24.** Les coordinateurs pour les services numériques sont dotés de pouvoirs spécifiques (art. 41). Ils sont investis de pouvoirs d'enquête à l'égard de la conduite des fournisseurs de services intermédiaires relevant de la compétence de leur État membre. Ainsi, ils ont le pouvoir d'exiger de ces fournisseurs, ainsi que de toute autre personne agissant à des fins liées à leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et raisonnablement susceptible d'être au courant d'informations relatives à une infraction présumée au règlement, de fournir ces informations dans un délai raisonnable. Ils ont le pouvoir de procéder à des inspections sur place, afin d'examiner, de saisir, de prendre ou d'obtenir des copies d'informations relatives à une infraction présumée sous quelque forme et sur quelque support de stockage que ce soit. Enfin, ils ont le pouvoir de demander à tout membre du personnel ou représentant de ces fournisseurs ou ces personnes de fournir des explications sur toute information relative à une infraction présumée et d'enregistrer leurs réponses.

**25.** Les coordinateurs pour les services numériques sont également investis de pouvoirs d'exécution à l'égard des fournisseurs de services intermédiaires relevant de la compétence de leur État membre. Ils ont le pouvoir d'accepter les engagements de conformité proposés par ces fournisseurs et de rendre ces engagements contraignants, peuvent ordonner la cessation des infractions et, le cas échéant, imposer des mesures correctives proportionnées à l'infraction et nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction. Ils ont le pouvoir d'imposer des amendes pour manquement au règlement, y compris à toute injonction émise en vertu de leur pouvoir d'enquête et des astreintes. Ils ont le pouvoir d'adopter des mesures provisoires afin d'éviter le risque de préjudice grave.

**26.** Lorsque l'infraction persiste, et cause un préjudice grave ne pouvant pas être évité par l'exercice d'autres pouvoirs prévus par le droit européen ou le droit national, le coordinateur pour les services numériques aura le

pouvoir d'exiger l'adoption et la mise en œuvre d'un plan d'action par le fournisseur. Si le fournisseur n'a pas suffisamment respecté le plan d'action, que l'infraction persiste et entraîne un préjudice grave, et que l'infraction constitue une infraction pénale grave impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes, le coordinateur pour les services numériques aura le pouvoir de demander à l'autorité judiciaire compétente de cet État membre d'ordonner la limitation temporaire de l'accès des bénéficiaires du service concerné par l'infraction ou, uniquement lorsque cela n'est pas techniquement réalisable, à l'interface en ligne du fournisseur de services intermédiaires sur laquelle se produit l'infraction.

**27.** Les sanctions, déterminées dans chaque État membre et communiquées à la Commission, sont effectives, proportionnées et dissuasives. Toutefois, les États membres veillent à ce que le montant maximum des sanctions imposées pour manquement aux obligations établies dans le règlement ne dépasse pas 6 % des revenus ou du chiffre d'affaires annuels du fournisseur de services intermédiaires concerné. Les sanctions en cas de fourniture d'informations inexactes, incomplètes ou dénaturées, d'absence de réponse ou de non-rectification d'informations inexactes, incomplètes ou dénaturées et de manquement à l'obligation de se soumettre à une inspection sur place ne dépassent pas 1 % des revenus ou du chiffre d'affaires annuels du fournisseur concerné. Les États membres veillent également à ce que le montant maximum d'une astreinte ne dépasse pas 5 % du chiffre d'affaires quotidien moyen du fournisseur de services intermédiaires concerné au cours de l'exercice précédent par jour, à compter de la date spécifiée dans la décision concernée.

**28.** Les coordinateurs pour les services numériques sont habilités à recevoir des réclamations contre les fournisseurs de services intermédiaires portant sur la violation des obligations prévues par le règlement (art. 43). Ainsi, les bénéficiaires des services intermédiaires auront le droit d'introduire une plainte contre un fournisseur, en cas de violation du DSA.

### 3. Le contrôle du DSA centralisé dans l'État membre de l'établissement principal du fournisseur de services intermédiaires

**29.** Les fournisseurs de services intermédiaires dans le marché intérieur n'étant pas soumis à l'obligation générale de garantir une présence physique sur le territoire de l'Union européenne, le législateur a dû faire le choix, aux fins du contrôle, par les autorités nationales compétentes, de l'application des obligations prévues par le règlement, de déterminer clairement l'État membre dont relèvent ces fournisseurs.

**30.** Dès lors, afin de mettre en œuvre la proposition de règlement DSA, l'article 40 a donné compétence à l'État membre dans lequel se situe l'établissement principal du



fournisseur de services intermédiaires. Le considérant n° 76 précise que l'établissement principal du fournisseur correspond au lieu dans lequel le fournisseur a son administration centrale ou son siège statutaire, au sein duquel sont exercés les principales fonctions financières ainsi que le contrôle opérationnel.

31. Si le fournisseur de services intermédiaires ne dispose pas d'un établissement au sein de l'Union, mais propose des services au sein du marché intérieur, il relèvera de la compétence de l'État membre dans lequel son représentant légal réside ou est établi, compte tenu de la fonction de représentant légal prévue par le règlement.

32. Lorsqu'un fournisseur de services intermédiaires ne désigne pas de représentant légal, tous les États membres seront alors compétents, ce qui signifie que chaque État membre qui exerce sa compétence à l'égard de ces fournisseurs informe tous les autres États membres des mesures qu'il a prises dans l'exercice de cette compétence, sans délai excessif, et veille à ce que le principe *ne bis in idem* soit respecté.

33. Ainsi, le DSA prévoit un contrôle très centralisé dans l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires a son administration centrale ou son siège statutaire. En effet, ce principe dit "du pays d'origine" ne fera intervenir que les entités et autorités locales sur leur territoire et ne permettra pas dès lors une application décentralisée effective du DSA. Habilitier les autorités judiciaires et administratives nationales ainsi que les entités et les autorités nationales pour les services numériques à appliquer directement le DSA uniquement dans le pays d'origine ne permettra pas d'assurer une application plus large de ces règles. Par ailleurs, si les entités et autorités nationales appliquent le même règlement directement, leurs procédures divergent. Dès lors, l'application du principe du pays d'origine ne permettra pas d'aboutir à une harmonisation.

34. Or, le contrôle par les entités et autorités nationales de l'État membre de l'utilisateur des services intermédiaires couplé au contrôle des entités et autorités nationales de l'État membre où le fournisseur de services intermédiaires possède son établissement principal permettrait de viser une efficacité opérationnelle maximale du DSA<sup>9</sup>, sans évoquer les stratégies de *forum* et *law shopping* que le maintien seul du principe d'origine va susciter.

<sup>9</sup> SGAE, Note de cadrage, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO), 11 janvier 2021, PM/SGAE/COMP-MINUM.

## II. Une centralisation assumée de la mise en œuvre du DSA par la Commission européenne

35. Si les autorités nationales semblent disposer de pouvoirs importants au sein du DSA, en réalité elles font l'objet d'une surveillance et d'un contrôle important de la Commission européenne (2.). En outre, la Commission européenne contrôle directement les fournisseurs de services intermédiaires grâce à la désignation d'interlocuteurs (1.). Le Comité européen pour les services numériques vient d'ailleurs assister la Commission européenne pour assurer la surveillance et le contrôle des différents échelons d'action nationale, ce qui témoigne d'une centralisation assumée de la mise en œuvre du DSA par la Commission européenne. Par ailleurs, dans le cas des très grandes plateformes en ligne, une surveillance renforcée de la Commission est prévue dans le cas où ces plateformes enfreignent les obligations additionnelles pour les très grandes plateformes pour gérer les risques systémiques. Si la surveillance renforcée des très grandes plateformes en ligne semble justifiée (3.), elle apparaît discutable en ce qui concerne les autres acteurs. En effet, le DSA n'apparaît pas comme étant un forum de discussion et de coopération.

### 1. Le contrôle direct des fournisseurs de services intermédiaires

36. Les fournisseurs de services intermédiaires ont l'obligation de désigner des interlocuteurs "*afin de faciliter une communication fluide et efficace*" avec les autorités nationales et la Commission européenne sur les matières relevant du règlement. En réalité, ce réseau d'interlocuteurs désignés par les fournisseurs de services intermédiaires permet à la Commission européenne d'en assurer le contrôle. En effet, la Commission peut communiquer directement avec le point de contact (1.1) ou le représentant légal des fournisseurs de services intermédiaires (1.2).

## 1.1 Les points de contact des fournisseurs de services intermédiaires

37. Tous les fournisseurs de services intermédiaires auront l'obligation de désigner un "point de contact", qui ne devra pas nécessairement être assorti d'une localisation physique. Sa mission opérationnelle est d'être l'interlocuteur des autorités des États membres, de la Commission et du Comité (art. 10). Le point de contact pourra également être utilisé par des signaleurs de confiance. Son identité sera rendue publique, ainsi que la ou les langues pouvant être utilisées pour la communication directe par voie électronique, qui sera au moins l'une des langues officielles de l'État membre dans lequel le fournisseur de services intermédiaires a son établissement principal ou dans lequel son représentant légal réside ou est établi.

38. Le coordinateur pour les services numériques national centralise les nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone de chaque représentant légal résidant ou étant établi sur son territoire, le nom et les coordonnées du responsable de la conformité des très grandes plateformes en ligne.

## 1.2 Les représentants légaux des fournisseurs de services intermédiaires

39. Si le fournisseur de services intermédiaires ne dispose pas d'un établissement au sein de l'Union européenne, mais propose des services au sein du marché intérieur, il devra désigner, par écrit, une personne morale ou physique comme son représentant légal dans un des États membres dans lesquels le fournisseur propose ses services (art. 11). Contrairement au point de contact, le représentant légal devra avoir une localisation physique. Il devrait pouvoir également faire office de point de contact, pour autant que les exigences pertinentes du règlement soient respectées. La désignation d'un représentant légal au sein de l'Union européenne n'équivaudra cependant pas à un établissement au sein de l'Union, afin qu'il ne soit pas soumis à d'autres obligations, entre autres fiscales.

40. Le fournisseur de services intermédiaires devra donner à son représentant légal les pouvoirs et les ressources nécessaires pour coopérer avec les autorités des États membres, la Commission et le Comité et se conformer à leurs décisions. Si le représentant légal a la même mission de communication que le point de contact, toutefois sa mission n'est pas uniquement opérationnelle, dans la mesure où il engage sa responsabilité en cas de non-respect des obligations au titre du DSA, sans préjudice de la responsabilité du fournisseur de services intermédiaires et des actions en justice susceptibles d'être intentées contre lui.

41. L'identité du représentant légal ne sera pas rendue publique, contrairement au point de contact. En effet, ses nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone, qui devront être tenus à jour, seront communiqués au coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel le représentant légal réside ou est établi.

## 2. La surveillance et le contrôle des entités et autorités nationales

42. La Commission a l'obligation générale de surveiller l'application du droit de l'Union européenne et, le cas échéant, de le faire respecter, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, conformément aux traités. Par ailleurs, au titre du règlement, la Commission dispose de très grands pouvoirs. Outre le contrôle direct des fournisseurs de services intermédiaires grâce aux points de contact ou représentants locaux avec lesquels elle communique, la Commission européenne assure une surveillance et un contrôle des entités et autorités nationales grâce aux informations des coordinateurs des services numériques (2.1) et l'assistance du Comité (2.2).

### 2.1 L'information des coordinateurs pour les services numériques

43. Les coordinateurs pour les services numériques devront également contribuer à une application et à un contrôle de l'application efficaces et cohérents du règlement au sein de l'Union. Ils devront ainsi assurer une mission d'exécution uniforme du règlement dans toute l'Union européenne et, pour ce faire, devront communiquer et coopérer entre eux ainsi qu'avec les autres autorités compétentes nationales, le Comité européen des services numériques et la Commission européenne.

44. Si la Commission communique directement avec le point de contact des fournisseurs de services intermédiaires, le coordinateur pour les services numériques communique à la Commission les nom, adresse postale, adresse de courrier électronique et numéro de téléphone des représentants légaux.

45. De même, les coordinateurs pour les services numériques communiquent à la Commission européenne et au Comité européen des services numériques les adresses postales et adresses de courrier électronique des entités auxquelles ils ont attribué le statut de signaleur de confiance. La Commission européenne publie ces informations dans une base de données accessible au public qu'elle tient à jour.

46. Lorsqu'une autorité judiciaire ou administrative émet une injonction d'agir visant un élément de contenu illicite ou de fournir une information spécifique concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service, le coordinateur pour les services numériques de l'État membre de l'autorité devra en transmettre une copie à tous les autres coordinateurs pour les services numériques par le truchement d'un système de partage d'informations fiable et sûr mis en place et maintenu par la Commission européenne (art. 67).

47. De même, les coordinateurs pour les services numériques notifient à la Commission les organes de règlement extrajudiciaire des litiges qu'ils ont certifiés. La Commission publie et tient à jour une liste de ces organes, comprenant ces spécifications, sur un site web prévu à cet effet.

**48.** Enfin, la Commission gère une base de données accessible au public contenant les décisions des hébergeurs de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, et les exposés des motifs.

**49.** Les coordinateurs pour les services numériques sont tenus de publier des rapports annuels sur leurs activités au titre du règlement (art. 44), qui retraceront notamment le nombre d'injonctions visant les contenus illicites ou pour obtenir des informations, et l'effectivité de ces mesures. Ils les mettent à la disposition du public et les communiquent à la Commission et au Comité.

**50.** Les coordinateurs pour les services numériques seront tenus de coopérer avec les coordinateurs pour les services numériques des autres États membres (art. 45). Ils peuvent également participer à des enquêtes conjointes (art. 46).

**51.** La Commission mettra en place et maintiendra un système de partage d'informations fiable et sûr facilitant les communications entre les coordinateurs pour les services numériques, la Commission et le Comité (art. 67).

**52.** Seuls les articles 45 et 46 envisagent une coopération entre les coordinateurs pour les services numériques. Leur rôle est plutôt voué à nourrir la Commission européenne d'informations afin qu'elle puisse contrôler les fournisseurs des services intermédiaires ainsi que les entités et autorités nationales.

## 2.2 L'assistance du Comité européen pour les services numériques

**53.** Le Comité européen pour les services numériques est un groupe consultatif indépendant désigné et composé de coordinateurs pour les services numériques des États membres (art. 47) pour assurer la surveillance des fournisseurs de services intermédiaires. Le Comité conseille les coordinateurs pour les services numériques et la Commission conformément au règlement pour contribuer à l'application cohérente du règlement et contribue à leur coopération efficace. Il coordonne les orientations et analyses de la Commission et des coordinateurs pour les services numériques et d'autres autorités compétentes sur les questions émergentes dans l'ensemble du marché intérieur en ce qui concerne les matières relevant du règlement, et y contribue. Enfin, le Comité les assiste dans la surveillance des très grandes plateformes en ligne.

**54.** Outre les coordinateurs pour les services numériques des États membres représentés par de hauts fonctionnaires, le Comité européen pour les services numériques est composé d'autres autorités nationales à qui des compétences opérationnelles ont été confiées par les législations nationales. (art. 48). D'autres autorités nationales peuvent être invitées aux réunions, lorsque les questions examinées relèvent de leurs compétences. Chaque État membre dispose d'une voix, mais la Commission n'a pas de droit de vote. Le Comité adopte ses décisions à la

majorité simple. Le Comité adopte son règlement intérieur une fois celui-ci approuvé par la Commission.

**55.** Le Comité est présidé par la Commission, qui convoque les réunions et prépare l'ordre du jour conformément aux tâches du Comité au titre du règlement et de son règlement intérieur. La Commission apporte un appui administratif et analytique aux activités du Comité au titre du règlement. Le Comité peut inviter des experts et des observateurs à participer à ses réunions, et peut coopérer avec d'autres organes, bureaux, agences et groupes consultatifs de l'Union, ainsi qu'avec des experts externes, le cas échéant. Le Comité rend publics les résultats de cette coopération.

**56.** La proposition de règlement DSA définit les missions du Comité (art. 49): la coordination des enquêtes conjointes, et l'assistance aux autorités compétentes pour l'analyse des rapports et résultats des audits des très grandes plateformes dont le règlement prévoit la transmission.

**57.** Le Comité européen pour les services numériques a également un rôle consultatif: il peut émettre des avis, des recommandations, et peut conseiller les coordinateurs pour les services numériques conformément au règlement.

**58.** Il conseille la Commission européenne en ce qui concerne les mesures à prendre au titre des manquements des grandes plateformes en ligne et les amendes infligées. Lorsque la Commission le demande, le Comité adopte des avis sur les projets de mesures de la Commission concernant les très grandes plateformes en ligne conformément au règlement.

**59.** Enfin, le Comité soutient et encourage l'élaboration et la mise en œuvre de normes européennes, orientations, rapports, modèles et codes de conduite tels que prévus par le règlement, ainsi que l'identification des questions émergentes, en ce qui concerne les matières relevant du règlement.

**60.** Les coordinateurs pour les services numériques et autres autorités compétentes nationales qui ne suivent pas les avis, demandes ou recommandations adoptés par le Comité européen pour les services numériques doivent motiver ce choix dans les rapports qu'ils établissent conformément au règlement ou lors de l'adoption des décisions pertinentes, le cas échéant.

## 3. La surveillance renforcée des très grandes plateformes par la seule Commission européenne

**61.** Les très grandes plateformes en ligne, fournissant leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union égal ou supérieur à 45 millions, devront désigner un ou plusieurs responsables de la conformité, à l'image du délégué au traitement des données mis en place par le règlement

général de protection des données (art. 32). Les très grandes plateformes en ligne devront communiquer le nom et les coordonnées du responsable de la conformité au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques et à la Commission, avec lesquels il devra coopérer.

**62.** Le responsable de la conformité aura pour mission principale de contrôler le respect, par la très grande plateforme en ligne, de ses obligations au titre du règlement. Par ailleurs, le responsable de la conformité devra organiser et superviser les activités de la très grande plateforme en ligne en lien avec l'audit indépendant ainsi qu'informer et conseiller la direction et les employés de la très grande plateforme en ligne des obligations pertinentes au titre du règlement. Enfin, le responsable de la conformité fera directement rapport au niveau le plus élevé de la direction de la plateforme.

**63.** Afin de mener à bien leurs missions, les responsables de la conformité devront disposer des qualifications professionnelles, des connaissances, de l'expérience et des aptitudes nécessaires. Ils pourront être soit des membres du personnel de la très grande plateforme en ligne concernée, soit liés par un contrat avec cette dernière. Toutefois, les très grandes plateformes en ligne devront prendre les mesures nécessaires pour que les responsables de la conformité puissent réaliser leurs tâches de manière indépendante, les épauler dans la réalisation de leurs tâches et leur fournir les ressources nécessaires pour les mener à bien.

**64.** Une surveillance renforcée des très grandes plateformes en ligne est en outre prévue par le règlement et est mise en œuvre par la Commission européenne avec l'assistance du Comité.

**65.** Afin de contrôler de manière appropriée le respect par les très grandes plateformes en ligne des obligations prévues par le règlement à l'image des évaluations des risques systémiques, audits externes et indépendants et mesures de transparence renforcées, le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques ou la Commission peuvent exiger l'accès à des données spécifiques ou la communication de celles-ci (art. 31). Une telle exigence peut porter, par exemple, sur les données nécessaires pour évaluer les risques et les éventuels préjudices causés par les systèmes de la plateforme, les données concernant l'exactitude, le fonctionnement et les tests des systèmes algorithmiques de modération de contenu, des systèmes de recommandation ou des systèmes de publicité, ou encore les données concernant les processus et les résultats de la modération de contenu ou des systèmes internes de traitement des réclamations au sens du règlement. Seul garde-fou prévu par le texte, la très grande plateforme en ligne peut demander une modification de la demande, lorsqu'elle n'a pas accès aux données ou lorsqu'elle considère que fournir l'accès aux données entraînera d'importantes vulnérabilités pour la sécurité de son service ou la protection d'informations confidentielles, en particulier du secret des affaires. Toutefois, la très grande plateforme en ligne devra proposer une ou plusieurs solutions alternatives

qui permettraient de donner accès aux données demandées ou à d'autres données appropriées et suffisantes aux fins de la demande.

**66.** Par ailleurs, la Commission bénéficie du pouvoir d'adopter des actes délégués pour une durée indéterminée afin d'établir des modèles concernant la forme, le contenu et d'autres détails des rapports de transparence incombant aux fournisseurs de plateforme en ligne (art. 23), une méthodologie spécifique pour calculer le nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union permettant de déterminer si une plateforme en ligne devient une très grande plateforme en ligne (art. 25), et les conditions techniques dans lesquelles les très grandes plateformes en ligne partagent des données avec le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques, la Commission, et les fins auxquelles les données peuvent être utilisées. (art. 31). Ces actes délégués établissent les conditions spécifiques dans lesquelles ce partage de données avec des chercheurs agréés peut avoir lieu en conformité avec le règlement (UE) 2016/679, en tenant compte des droits et des intérêts des très grandes plateformes en ligne et des bénéficiaires du service concernés, y compris la protection des informations confidentielles, notamment le secret des affaires, et en préservant la sécurité de leur service.

**67.** Lorsqu'un coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques a des raisons de soupçonner qu'une très grande plateforme en ligne a enfreint le règlement, il peut demander à la Commission d'adopter les mesures d'enquête et de coercition nécessaires pour assurer le respect du règlement (art. 46).

**68.** Quand un coordinateur pour les services numériques adopte une décision par laquelle il conclut qu'une très grande plateforme en ligne a enfreint l'une des obligations complémentaires de gestion des risques systémiques imposées aux très grandes plateformes en ligne, un système de surveillance renforcée est lancé (art.50). Il tient le plus grand compte des avis et de la Commission et du Comité, qui peuvent par ailleurs recommander au coordinateur d'enquêter plus en avant sur une infraction présumée. Le coordinateur peut ensuite demander à la très grande plateforme en ligne d'établir et de communiquer au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques, à la Commission et au Comité, un plan d'action pour y remédier, pouvant comprendre l'adoption d'un code de conduite.

**69.** Dans un délai d'un mois à compter de la réception du plan d'action, le Comité communique son avis sur celui-ci au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques. Ce dernier décide dans un délai d'un mois à compter de la réception de cet avis si le plan d'action est approprié pour faire cesser l'infraction ou y remédier.

**70.** Lorsque le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques n'est pas convaincu que les mesures permettront de faire cesser l'infraction ou d'y remédier, il peut demander à la très grande plateforme en ligne concernée de se soumettre à un audit

indépendant supplémentaire, afin d'évaluer l'efficacité de ces mesures pour faire cesser l'infraction ou y remédier. Dans ce cas de figure, la plateforme envoie le rapport d'audit à ce coordinateur pour les services numériques, à la Commission et au Comité dans un délai de quatre mois à compter de la décision visée. Lorsqu'il demande un tel audit supplémentaire, le coordinateur pour les services numériques peut spécifier un organisme d'audit, sélectionné sur la base des critères énoncés au règlement, pour réaliser l'audit, aux frais de la plateforme concernée.

**71.** Le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques communique de manière argumentée à la Commission européenne, au Comité européen des services numériques et à la très grande plateforme en ligne concernée son point de vue sur la question de savoir si cette dernière a fait cesser l'infraction ou y a remédié. À la suite de cette communication, le coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques n'est plus habilité à adopter des mesures d'enquête ou de coercition vis-à-vis de la conduite en cause de la très grande plateforme en ligne concernée, sans préjudice de l'intervention de la Commission européenne par l'adoption d'un acte d'exécution ou de toute mesure que ce coordinateur pourrait prendre à la demande de la Commission.

**72.** Le DSA prévoit également la possibilité, pour la Commission, d'intervenir à l'égard des très grandes plateformes en ligne lorsque les infractions persistent (art. 51).

**73.** Ainsi, agissant de sa seule initiative ou sur recommandation du Comité européen des services numériques, la Commission européenne pourra engager une plainte à l'encontre des très grandes plateformes soupçonnées d'avoir enfreint le règlement.

**74.** Lorsque la Commission décide d'engager une procédure, elle en informe tous les coordinateurs pour les services numériques, le Comité et la très grande plateforme en ligne concernée.

**75.** Dans de tels cas, la Commission européenne peut mener des enquêtes, y compris sous la forme de demandes d'informations (art. 52), d'entretiens (art. 53) et d'inspections sur place (art. 54); elle peut également adopter des mesures provisoires (art. 55), rendre contraignants les engagements de très grandes plateformes en ligne (art. 56) et contrôler le respect du règlement par ces dernières (art. 57).

**76.** En cas de non-respect des règles, la Commission peut adopter des décisions constatant un manquement (art. 58), imposer des amendes (art. 59) et des astreintes (art. 60) pour sanctionner les infractions au règlement commises par les très grandes plateformes en ligne ainsi que la fourniture d'informations inexacts, incomplètes ou trompeuses dans le cadre de l'enquête. La Commission peut infliger à la très grande plateforme en ligne concernée des amendes jusqu'à concurrence de 6 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent. Le règlement fixe également un délai de prescription pour l'imposition de sanctions (art. 61) et pour leur exécution (art. 62). Enfin, le règlement fixe les garanties procédurales devant la Commission, en particulier le droit d'être entendu et d'avoir accès au dossier (art. 63) et la publication des décisions (art. 64). La Commission coopère avec les juridictions nationales (art. 65) et peut adopter des actes d'exécution sur les modalités pratiques de la procédure (art. 66).

**77.** Sans une coopération étroite entre la Commission européenne et les autorités nationales, le DSA sera voué à l'échec. Seul le développement d'un véritable réseau européen des services numériques permettra le succès de telles règles. ■