



LE DIGITAL MARKETS ACT & LE DIGITAL SERVICES ACT

VERS UNE RESPONSABILISATION DES GÉANTS DU NUMÉRIQUE ?

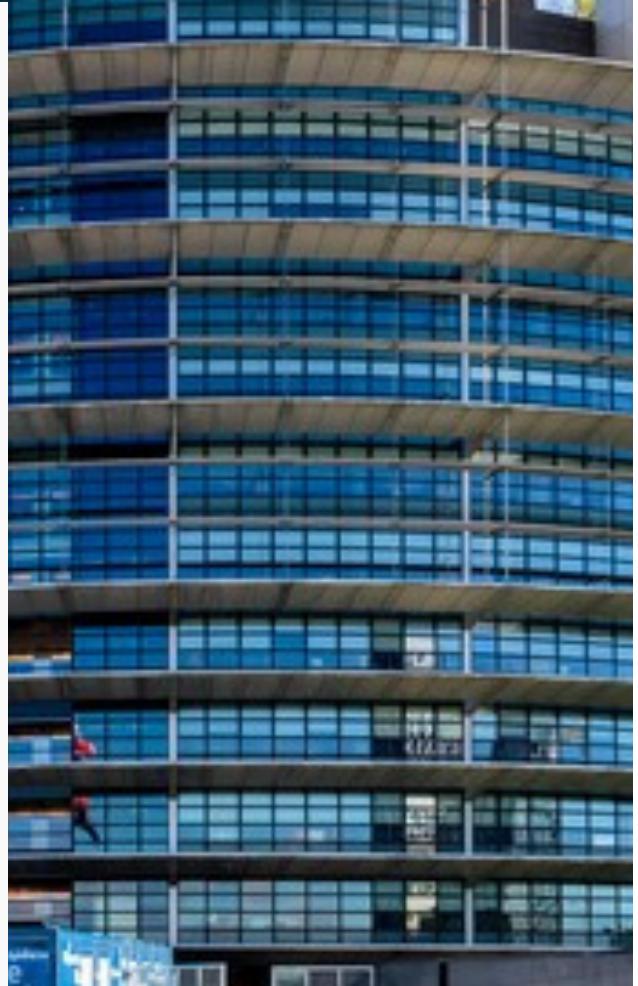
CONFÉRENCE DE JEAN CATTAN

RÉDIGÉ PAR

AMEL BELGAÏD

INES MOUACI

AISSATOU TOURÉ



FÉVRIER 2022 - RAPPORT DE CONFÉRENCE

INTRODUCTION

Un réseau se définit de manière générale comme un entrelacement de fils et de lignes. Dans les domaines techniques, un réseau est un ensemble de nœuds (ou pôles) reliés entre eux par des liens (ou canaux) afin d'échanger des informations, de partager des ressources, de transporter de la matière ou de l'énergie.

L'idée la plus souvent jointe à cette notion est celle de câbles faisant passer des informations. En effet, les câbles, terrestres et sous-marins, sont majoritairement utilisés. Néanmoins, le domaine des réseaux ne cesse de se développer et de multiplier ses techniques de liaison et d'échange. Aujourd'hui, la tendance concerne la transmission numérique et l'utilisation de la communication sans fil.

Ces évolutions ont permis l'apparition du « réseau des réseaux » : Internet. L'influence d'Internet se répand dans le monde et crée un large réseau mondial d'ordinateurs. L'enjeu qui survient par la suite est celui de la volonté de régulariser cet espace dit de « non-droit ». En effet, l'infrastructure apparaît comme un réseau sans limites ou contraintes légales.

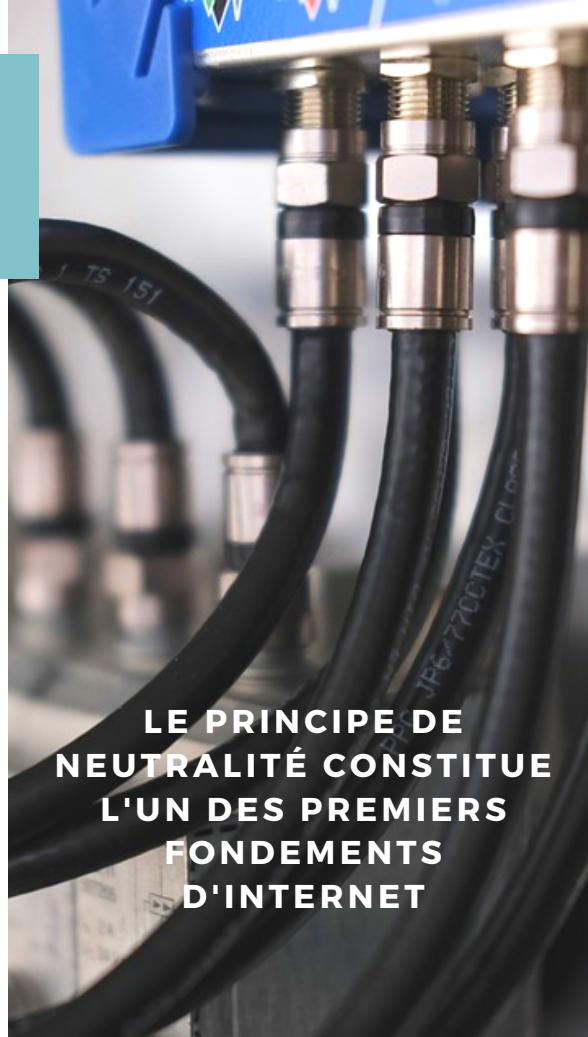
Cette volonté de régularisation va provoquer la mise en place de principes et de lois qui vont avoir pour objectif d'encadrer les actions des utilisateurs d'Internet. Le premier principe pouvant être cité est celui de la neutralité. Ce principe garantit la libre circulation, sans discrimination, des contenus sur le web. Cela correspond à une liberté de transmission au sein de l'architecture communicationnelle d'internet. L'objectif ici est de garantir un accès universel à chacun. Ce principe est consacré par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 pour ce qui est de la législation française et par le Règlement européen du 25 novembre 2015 sur l'Internet ouvert pour la législation européenne.

Egalement, le principe de la déresponsabilisation des hébergeurs illustre la volonté de régulariser la structure. La loi prévoit que la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée en raison des contenus illicites qu'ils stockent, sauf si des signalements clairs et fréquents sont émis par les utilisateurs. Cette déresponsabilisation des hébergeurs prouve le manque de sévérité à l'égard des plateformes numériques. Ce défaut de réglementation permettra par la suite l'essor de certaines plateformes numériques qui seront considérées comme des géants sur le marché (gatekeepers).

En plus de cet enjeu de régularisation, un autre enjeu important se révèle avec toutes ces évolutions, celui de la concurrence. La notion de concurrence se définit comme une compétition, rivalité d'intérêts entre plusieurs personnes qui poursuivent un même but. Internet a modifié l'économie mondiale et il est bénéfique pour le marché économique d'ouvrir la concurrence. L'importance de cette ouverture est soulignée avec l'apparition de Free sur le marché des télécoms qui est venu défier le monopole détenu par Orange, et a ainsi entraîné la baisse des tarifs pour ce marché.

Le principe de neutralité et l'ouverture de la concurrence dans ce domaine de réseaux vont remettre en cause le monopole croissant des grandes plateformes numériques. Les effets de l'évolution des réseaux et les possibilités offertes par le numérique permettent aux plateformes numériques de s'accroître plus rapidement et à plus large échelle. Sur chacun des marchés du numérique, un seul acteur instaure une position dominante.

C'est pourquoi on discute à travers le monde de l'importance à accorder au droit de la concurrence pour lutter contre les pratiques abusives des géants du numérique et appréhender l'économie de la meilleure des façons.



**LE PRINCIPE DE
NEUTRALITÉ CONSTITUE
L'UN DES PREMIERS
FONDEMENTS
D'INTERNET**

LE "DIGITAL MARKETS ACT" OU LA VOLONTÉ DE LIMITER LES POUVOIRS DES GATEKEEPERS

Le manque de régulation et de législations ont permis l'essor de certaines entreprises, devenues des géants du numérique. Ces acteurs influents, et américains, ont d'abord été désignés par l'acronyme "GAFAM", réunissant les entreprises Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

Par la suite, et face à l'émergence d'autres géants (Baidu, Alibaba...), cet acronyme sera remplacé par une nouvelle appellation : ils sont considérés comme des contrôleurs du marché du numérique, des « gatekeepers ». Leur puissance s'est considérablement développée au cours des dernières années par le biais de diverses méthodes, de plus en plus décriées par la communauté internationale.

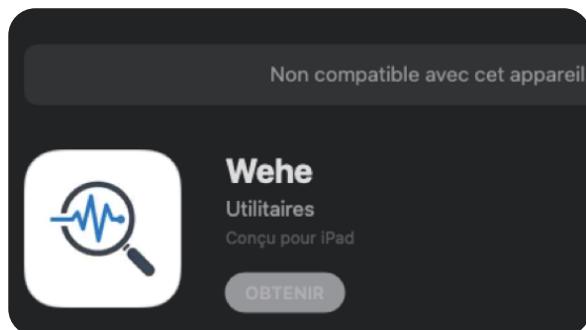
En effet, il n'est pas rare de retrouver dans les méthodes de ces entreprises des manipulations qualifiées d'illégales par les Etats, et notamment par les Etats membres de l'Union européenne.

Des entraves à la neutralité du net...

Jusque récemment, Booking interdisait aux hôtels inscrits sur la plateforme de proposer à leurs clients des offres plus intéressantes que celles présentes sur le site officiel.

Ce premier exemple montre le manque d'égards accordé à la **neutralité du net**, le principe devant garantir l'égalité de traitement de tous les flux de données sur Internet et de toute discrimination positive ou négative à l'égard de la source, de la destination ou du contenu de l'information transmise sur le réseau.

Cette opposition au principe de neutralité est d'autant plus illustrée par les agissements d'Apple, qui, via son AppStore, bloque l'application « WeHe » qui permettait de savoir si un réseau allait à l'encontre de la neutralité du net.



...provoquent des conséquences négatives sur le marché de l'innovation

L'ensemble de ces pratiques douteuses produisent un impact significatif sur le marché des nouvelles technologies et de l'innovation.

En raison des mesures de blocages utilisées par les plus grands, un découragement des plus petits est observé. De moins en moins d'entreprises osent s'engager dans ce marché censé être ouvert au maximum d'acteurs.

Cela est d'autant plus souligné par le flegme des gatekeepers, et notamment des GAFAM, qui internalisent l'innovation.

Cette pratique a été relevée chez Amazon, qui reprend des produits populaires en vente sur le site afin de créer des produits similaires. Les bénéfices de ces nouveaux produits, qui sont par ailleurs mis en avant par les algorithmes sur le site, reviennent entièrement à Amazon.

UN DROIT DE LA CONCURRENCE INSUFFISANT

Ces pratiques vont à l'encontre de plusieurs principes du droit de la concurrence.

Toutefois, l'apparition constante de nouveaux « géants », de nouvelles innovations, a bouleversé le paysage économique mais aussi politique à un niveau international.

Aussi, une problématique nouvelle est apparue : le cadre traditionnel du droit de la concurrence est-il encore adapté à la régulation de ces plateformes numériques ?

La prépondérance indéniable des entreprises dans la vie quotidienne des usagers justifie des adaptations essentielles au droit de la concurrence.

L'ensemble des autorités de contrôle de l'Union européenne, dont la CNIL en France, s'est accordé sur la nécessité de perfectionner les outils de contrôle et de régulation de ces industries de plus en plus influentes.

Le droit de la concurrence ne suivait plus la cadence des nouvelles technologies et innovations.

Par ailleurs, son insuffisance est également justifiée par l'usage croissant et conséquent des données personnelles des usagers.

En effet, la puissance des grandes plateformes numériques s'est caractérisée par la collecte de ces données, qui a donné naissance à une régulation étroite de l'ensemble des données personnelles des citoyens de l'Union européenne avec l'apparition du règlement 2016/679 relatif à la protection des données à caractère personnel (RGPD).

Le droit de la concurrence ne suffit plus à encadrer ces plateformes et leurs méthodes, qui répondent à des problématiques allant au-delà d'un marché économique.

C'est ainsi qu'est apparue l'idée d'un principe de non-discrimination, qui viserait à contrecarrer les méthodes anti-concurrentielles des plateformes.

En France, c'est l'ARCEP, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, qui milite pour une neutralité du net optimale.



Cette autorité administrative indépendante créée en 1995 s'adapte au fil des années aux problématiques récentes posées par le monopole croissant des gatekeepers.

Toutefois, une régulation nationale ne pourrait suffire à encadrer l'ensemble du net. Il a été relevé très tôt la nécessité d'agir au niveau international.

Ainsi, la Commission européenne s'est tout d'abord saisie des problématiques relatives au manque de sécurité appliquée aux données personnelles des usagers.

La mise en place du RGPD souligne l'avancée conséquente de l'Union européenne dans la protection de ses citoyens face au monopole des gatekeepers.

Concernant les problématiques relatives aux méthodes de fonctionnement des gatekeepers, la Commission européenne a développé une « stratégie Europe 2020 » pour le marché du numérique.

Cette stratégie s'est par la suite concrétisée par une proposition de règlements visant la régulation des plateformes numériques, dans un paquet législatif présenté le 15 décembre 2020.

L'APPARITION DU DIGITAL MARKETS ACT



Le Digital Markets Act (DMA) encadre officiellement les comportements d'entreprises dont l'activité est de fournir des services de plateforme.

Ce projet de règlement a pour objet la concurrence dans ce domaine, mais il s'agit davantage d'un outil de régulation de marché qu'un outil de concurrence. Il est centré sur les activités des gatekeepers.

Pour cela, la Commission européenne apporte une définition précise des "contrôleurs d'accès".

Pour être qualifiée de « gatekeeper », et ainsi être visée par le DMA, il faut que la plateforme (services de publicité, moteurs de recherche, réseaux sociaux...) :

- propose des services à des utilisateurs établis dans l'Union européenne ;
- occupe une position économique forte, a un impact significatif sur le marché intérieur et est active dans plusieurs pays de l'UE (la plateforme doit fournir ses services dans au moins trois pays membres) ;
- occupe une position d'intermédiation forte, ce qui signifie qu'elle relie une base d'utilisateurs importante à un grand nombre d'entreprises ;
- occupe (ou est sur le point d'occuper) une position solide et durable sur le marché, ce qui signifie qu'elle est stable dans le temps.

Enfin, un gatekeeper est une plateforme possédant une **puissance de marché significative** et représentant un vecteur important entre les utilisateurs finaux et les utilisateurs professionnels. Aussi, la Commission européenne a posé le critère du nombre d'utilisateurs.

La plateforme doit donc recenser plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs mensuels établis ou situés dans l'Union européenne auxquels s'ajoute plus de 10 000 utilisateurs commerciaux actifs annuels établis dans l'Union européenne au cours du dernier exercice financier.

Cette définition très précise des contrôleurs d'accès au marché du numérique permet de poser un cadre strict et déterminé des acteurs concernés par les interdictions et obligations édictées par le DMA.

Celles-ci visent notamment à renforcer l'indépendance des utilisateurs professionnels. L'idée est de faire en sorte que les plateformes laissent ces derniers libres de leurs mouvements afin de leur permettre d'offrir leurs services sur d'autres plateformes et sous d'autres conditions.

Les plateformes doivent aussi laisser les utilisateurs professionnels assurer la promotion de leurs services auprès des clients et, par le biais de la plateforme, conclure des contrats avec ces clients indépendamment de la présence de ces clients sur la plateforme.

D'autres obligations visent à empêcher les plateformes d'imposer leurs services accessoires. Ainsi, les plateformes ne pourront pas conditionner l'accès à leur service principal à l'utilisation de leur propre service d'identification ou au recours à des services complémentaires fournis par la plateforme.

C'est l'exemple d'Amazon, qui conditionne l'accès à son service Prime Vidéo à l'existence d'un compte Amazon Prime.

L'idée est d'empêcher les plateformes de regrouper les données personnelles de leurs utilisateurs par des données obtenues par le biais de leurs autres services.

Ces plateformes ne pourront plus faire en sorte que l'utilisateur qui se connecte à la plateforme principale soit systématiquement connecté aux autres services de la plateforme sans avoir donné son consentement.



De plus, le règlement prévoit que les utilisateurs finaux devront pouvoir désinstaller les applications qui ont déjà été installées sans restriction de services.

Le règlement insiste également sur le droit à la portabilité, permettant aux utilisateurs de rejoindre un autre fournisseur d'accès en emportant avec eux leurs données.

Enfin, le DMA pose une obligation concernant la concurrence que doivent préserver les gatekeepers : ils se voient imposer une interdiction de donner priorité à leurs propres services dans les résultats de leur moteur de recherche.



La Commission européenne est chargée de veiller au respect des règles. Ainsi, elle aura le pouvoir de sanctionner, financièrement, les sociétés qui ne se conforment pas au règlement, et notamment à l'obligation de notifier à la Commission tout projet de concentration impliquant une autre plateforme ou un autre fournisseur de services numériques.

Les amendes pourront s'élever jusqu'à 10% du chiffre d'affaires annuel total de l'exercice précédent.

QUELQUES ÉLÉMENTS CRITIQUES

Il y a des problèmes dans l'appréciation du dispositif. Plusieurs dispositions sont insuffisamment précises et laissent place à une interprétation jurisprudentielle et donc il peut y avoir mauvaise application du règlement.

Également, la distinction selon la taille des plateformes pose problème. Le DMA entre dans le champ d'une régulation asymétrique qui revient à avantager les acteurs qui n'entrent pas dans la définition de gatekeepers.

Cela peut porter préjudice à l'idée du droit de la concurrence.

Enfin, l'omniprésence de la Commission européenne dans l'application de ce règlement ouvre la problématique de la séparation des pouvoirs. Effectivement, la Commission jouera un rôle moteur, dominant et central.

LE "DIGITAL SERVICES ACT" OU LA VOLONTÉ D'AFFIRMER LES VALEURS DE L'UNION EUROPÉENNE EN RÉGULANT LES RÉSEAUX SOCIAUX

En janvier 2022, le Parlement européen a adopté le Digital Services Act. « L'objectif est clair : garantir aux citoyens européens leur sécurité en ligne et les protéger contre tout abus » (communiqué de presse du 15 décembre 2020 publié par le ministère de l'économie).

MAIS QU'EST-CE QUE LE DIGITAL SERVICES ACT ?

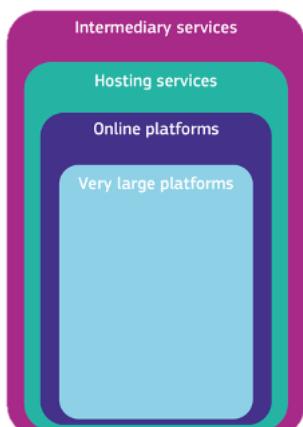
Dans le cadre de sa stratégie pour un marché unique du numérique, la Commission européenne a adopté le 21 janvier 2022 le Digital Services Act (plus connu sous l'acronyme DSA).

Ce règlement a pour objectif principal de mettre les dirigeants des plateformes numériques face à leurs responsabilités lors de la diffusion de contenus et de produits illicites, contrefaits ou dangereux.



Les mesures mises en place par le Digital Services Act permettront également de :

- identifier rapidement les vendeurs de marchandises illicites avec la mise en place de règles permettant la traçabilité des entreprises ;
- offrir des garanties supplémentaires aux utilisateurs ;
- créer un Comité européen des services numériques ;
- renforcer les pouvoirs de contrôle de la Commission qui pourra prononcer des amendes allant jusqu'à 6% du chiffre d'affaires global d'un fournisseur de services.



Les services numériques concernés par le Digital Services Act sont :

- les services intermédiaires qui offrent une infrastructure réseau tels que les fournisseurs d'accès à Internet et les bureaux d'enregistrement de noms de domaine ;
- les services cloud et les hébergements web ;
- les plateformes en ligne B to C ;
- les très grandes plateformes en ligne qui diffusent du contenu touchant plus de 10% des 450 millions de consommateurs en Europe.

LE CONTEXTE

L'émergence des réseaux sociaux a conduit à une abondance de contenus de plus en plus toxiques. À titre d'exemple, on citera les contenus à caractère terroriste ou pédopornographique, les messages de haine, les fakes news, le cyberharcèlement, etc.

Or, les textes juridiques existants apparaissent de plus en plus obsolètes face à ces évolutions numériques.

En effet, la directive e-commerce qui fixe le cadre légal du marché européen des services en ligne date du 8 juin 2000, une époque où les réseaux sociaux étaient quasi inexistantes.

Ce règlement a donc pour objectif d'assurer la protection des utilisateurs dans une société dominée par les GAFAM.

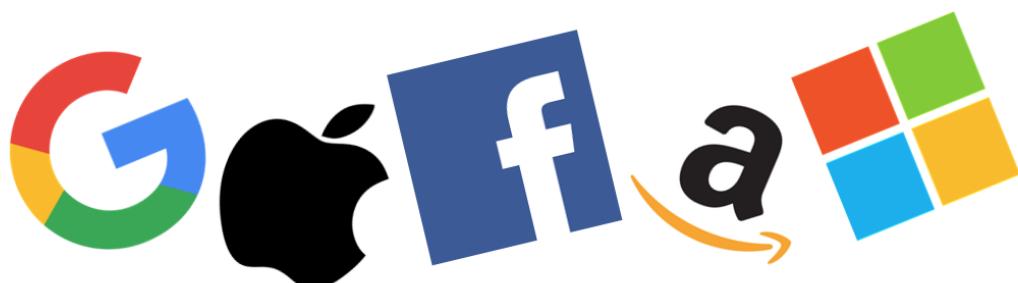
LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DES UTILISATEURS

Le scandale provoqué par Cambridge Analytica en 2018, a permis de mettre en lumière l'importance de l'impact que les réseaux sociaux pouvaient avoir sur une décision collective. Dans cette affaire, la société Cambridge Analytica a analysé les données personnelles de millions d'utilisateurs du réseau social Facebook dans le but d'influencer les intentions de vote en faveur d'hommes politiques dans le cadre du Brexit.

Afin d'éviter des situations similaires, le DSA souhaite instaurer de nouvelles obligations aux plateformes en ligne en leur imposant une « transparence renforcée » quant aux algorithmes utilisés par ces plateformes. Ainsi, si ces données et algorithmes deviennent accessibles à tous, les chercheurs pourront avoir la capacité de déceler d'éventuels biais algorithmiques.

En effet, les algorithmes jouent un rôle primordial dans la diffusion des contenus via ses plateformes à travers notamment le référencement. Les algorithmes des plateformes numériques peuvent s'auto-réguler au regard des contenus disponibles et ainsi créer des formes de discrimination. Il est donc nécessaire d'étudier ces biais afin de pouvoir les corriger.

Or, il convient de rappeler que la majorité des réseaux sociaux à succès (Facebook, Instagram, Snapchat et Twitter) sont détenus par Google et META (ex Facebook). On peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si ces géants du web accepteront de se conformer à ce cadre juridique.



LA LUTTE CONTRE LA HAINE EN LIGNE

Le volet principal du DSA est relatif à la lutte contre la haine en ligne. Dans une ère où les contenus haineux en ligne sont de plus en plus nombreux, l'instauration d'un cadre juridique contraignant européen apparaît essentiel.

L'objectif est de protéger les utilisateurs, tenter de garantir le principe selon lequel ce qui n'est pas autorisé hors ligne ne l'est pas non plus en ligne.

La nouvelle législation proposée vise à mettre à la disposition des utilisateurs des instruments juridiques efficaces pour lutter contre les discours de haine et leurs auteurs. Cela doit se faire dans le respect des droits des victimes, des témoins et des citoyens notamment par l'intermédiaire au droit à un recours effectif contre les auteurs de ces discours et contre les complices de ces discours.

Le DSA prévoit un dispositif de suppression rapide des contenus illicites via des signalements qui devront être mis en place. Les plateformes devront faire preuve de transparence et renforcer leurs obligations sur la suppression de ces contenus illicites.

Concrètement, un dispositif (tel qu'un bouton de signalement par exemple) devra permettre facilement à un utilisateur de déclencher un signalement. Outre le traitement de la demande, la plateforme en ligne devra informer l'utilisateur sur l'avancée de sa demande.

Les plateformes en ligne devront également améliorer leur dispositif de modération des contenus manifestement illégaux (contenu discriminatoire, raciste, pédopornographique, etc).

Le DSA prévoit une amende maximale de 6% du chiffre d'affaires annuel pour les plateformes qui se conformément pas à ses obligations. Ces sanctions doivent être dissuasives et prononcées par un juge compétent.

Cependant, la mise en place d'un tel cadre pose nécessairement la question de la conciliation du respect des droits et libertés fondamentaux et de la lutte contre la haine en ligne.

En effet, ce cadre juridique ne doit pas conduire à une censure systématique des propos publiés par les utilisateurs.

En France, la loi Avia avait également pour ambition de contraindre les plateformes de réseaux sociaux à but lucratif ayant plus de deux millions d'inscrits (tels que Facebook, Twitter et YouTube), à supprimer dans les 24 heures les contenus manifestement illicites. La loi imposait également aux plateformes de mettre en place un dispositif de signalement facilement accessible pour les utilisateurs.

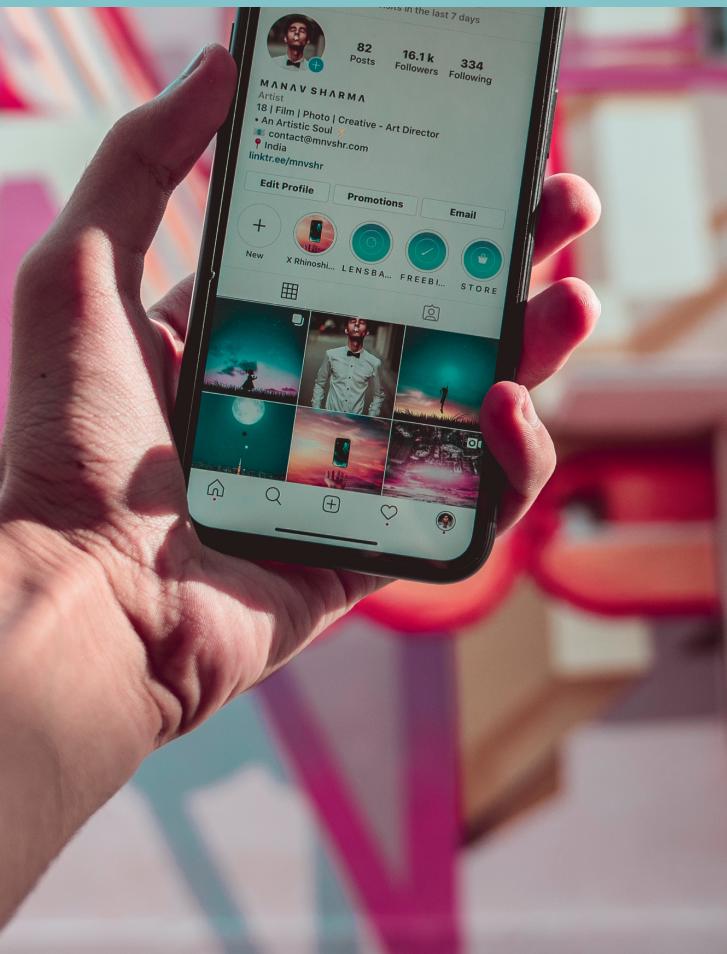
Toutefois, le Conseil Constitutionnel a censuré ces dispositions prévues par la proposition de loi. Il a considéré que l'atteinte à la liberté d'expression n'était pas proportionnée « en raison de l'absence de garanties suffisantes ». Le Conseil a également considéré que ces dispositions seraient « impossibles à satisfaire et méconnaîtraient [...] le principe d'égalité devant les charges publiques ».

Cependant, la différence majeure avec le DSA résidait dans le fait que l'intervention d'un juge compétent n'était pas prévue par la proposition de loi.

Le Parlement et la Commission européenne devront donc veiller à ce que la lutte contre la haine reste proportionnée et ainsi s'assurer que les droits et libertés fondamentaux des utilisateurs sont préservés.



QUEL AVENIR POUR LES GATEKEEPERS ?



Les principales missions à mener dans ce domaine du numérique sont donc d'assurer la sécurité des données et de délimiter un cadre du marché économique en cohérence avec les différentes innovations.

Dans la poursuite de l'objectif de la sécurisation des données, l'Union européenne est un véritable acteur par la lutte qu'il mène contre les gatekeepers. En effet, on peut illustrer ce propos en prenant comme exemple l'arrêt Google Spain qui traite d'une décision prise par la Cour de Justice de l'Union européenne dans laquelle cette dernière va sanctionner la plateforme et cela du fait d'un défaut de protection des données des utilisateurs.

Toujours concernant l'implication de l'Union Européenne dans l'objectif de sécuriser les données on peut aborder un point d'actualité : celui du groupe META (anciennement Facebook).

Face aux diverses restrictions et réglementations imposées par l'Union européenne aux gatekeepers, META et son dirigeant Mark Zuckerberg considèrent que leurs applications ne sont pas aptes à respecter la politique de l'Union européenne.

De plus, Mark Zuckerberg a récemment "menacé" de supprimer les applications Facebook et Instagram pour les utilisateurs européens.

Cela démontre une certaine incompatibilité entre les valeurs de l'Union européenne, tournées vers la protection des données des utilisateurs et vers la sécurisation du marché du numérique, et les méthodes de fonctionnement des plus grandes plateformes numériques.

La solution sera potentiellement de se tourner vers des applications plus contrôlées. Cela a notamment été le cas suite au scandale lié à l'utilisation des données des utilisateurs de l'application Whatsapp, rachetée par META. En 2021, META modifie ses conditions générales d'utilisation et ouvre la possibilité de transmettre les données de certains utilisateurs de Whatsapp vers META, la maison-mère. Cette polémique a conduit à l'essor de solutions plus sécurisées et respectueuses des données des utilisateurs telles que Telegram, Signal et Olvid.

L'évolution de la réglementation en matière de protection des données tente de suivre le rythme de l'évolution numérique afin de trouver un certain équilibre.

Les débuts du numérique ont été caractérisés par la volonté de privatiser les différents marchés (Internet, télécoms...) afin de pouvoir bénéficier d'avantages économiques notamment.

Toutefois, aujourd'hui nous observons une volonté des États de reprendre le contrôle sur le marché du numérique non seulement pour des raisons économiques mais aussi pour des raisons de sécurité.

**LE DIGITAL MARKET ACT & LE DIGITAL SERVICES ACT :
VERS UNE RESPONSABILISATION DES GÉANTS DU
NUMÉRIQUE ?**



FÉVRIER 2022 - RAPPORT DE CONFÉRENCE