

DIGITAL MARKETS ACT, DIGITAL SERVICES ACT : AUTOUR D'UN ARTICLE À PARAÎTRE

RÉDIGÉ PAR
LE DUONG LINDA

ET
SEBA DYHIA

Etudiantes du Master 1 droit du
numérique ; parcours informatique

16 FÉVRIER 2022

SOMMAIRE

xxxxxx

Le 10 décembre 2021, Jean Cattan, secrétaire général du Conseil National du Numérique, a tenu une conférence se déroulant à la faculté de droit de l'UPEC, avec pour objet une discussion autour d'un article qu'il a écrit en collaboration avec Joëlle Toledano concernant la portée du Digital Market Act et du Digital Services Act et leur impact futur sur les GAFA (Le Digital Market Act permettra-t-il à l'Europe de reprendre le pouvoir sur les GAFA ? Probablement pas tout de suite, Groupe d'études géopolitiques, APA, Déc 2021). Cette conférence a été organisée pour le Master Droit du numérique : parcours informatique et droit.

Lors de celle-ci, M. Cattan a contextualisé, expliqué et mis en exergue les différentes raisons et affaires ayant mené aux propositions du Digital Markets Act (DMA) et du Digital Services Act (DSA) par la Commission européenne. Est alors abordé droit du numérique mêlé au droit de la concurrence, avec pour objectif de trouver une méthode de régulation de l'espace numérique européen. La Commission européenne, qui dispose déjà d'outils en matière de règles de concurrence, propose le DMA et le DSA aux fins de garantie d'une contestabilité des marchés respectant des principes d'équité et de loyauté de la concurrence.

I - Une organisation nécessaire à la régulation des innovations du marché du numérique

Dès le début des années 80, une prise de conscience apparaît quant au rôle monopolistique de l'Etat dans le développement des innovations. C'est pour cela que la concurrence est mise en place entre différentes entités, dans un objectif d'ouverture des marchés et de promotion du développement des technologies d'information et de communication, dont internet.

A) L'émergence d'un droit de la concurrence des plateformes numériques : un besoin grandissant face à l'innovation

Avec le principe émergeant d'une mise en concurrence des différentes plateformes numériques, une problématique apparaît : que faire lorsqu'une entité monopolise le marché du réseau internet ? En effet, il paraissait compliqué, voire impossible de mettre en concurrence le marché de l'internet si une entité monopolisait la ressource la plus importante.

1. La neutralité d'Internet : une bataille au profit des innovations

Il est apparu nécessaire d'obliger Orange, opérateur historique disposant de la majorité du réseau télécom, à céder à ses concurrents les accès à ses réseaux à travers de multiples dynamiques réglementaires. Grâce à cette pratique, des innovations ont pu émerger (comme la box internet de Free), avec une abondance d'offres sur le marché et des prix de plus en plus concurrentiels. C'est ce jeu concurrentiel ouvert qui a permis de créer cette dynamique d'acteurs.

Aux Etats-Unis est apparu un principe de discrimination des usages d'Internet. Avec l'arrivée du portage de fichier de pair-à-pair causant une saturation des réseaux dans certaines localités, les opérateurs américains ont décidé de couper ces flux afin d'éviter la congestion des réseaux.

Ainsi, une bataille de la neutralité d'Internet est née contre le principe de discrimination. En effet, les opérateurs avaient une liberté totale puisqu'ils étaient propriétaires de leur réseau. Toutefois, il a été considéré inacceptable que ceux-ci jugent des activités des utilisateurs de leurs réseaux : en effet, l'idée du 'permissionless innovation' prend place.

Internet est perçu comme un réseau qui permet à chacun de proposer du contenu à d'autres personnes qui se situent aux extrémités du réseau, sans personne au milieu qui viendrait les en empêcher. Par conséquent, les différentes idées mises en place ici étaient d'innover sans avoir à demander la permission à qui que ce soit, combinée au principe du "best effort". C'est à travers ces pratiques qu'ont pu émerger les principes d'ouverture et d'agnosticisme d'internet.

2. Un droit de la concurrence insuffisant face à la domination des GAMAM

L'émergence des principes d'ouverture et d'agnosticisme d'internet ont mené à l'adoption, en 2000, de la directive e-Commerce. Celle-ci permet de mettre en place le principe d'irresponsabilité des prestataires techniques qui ne pouvaient être considérés comme responsables des contenus véhiculant sur les réseaux. Avec l'application de ce principe, le marché du numérique voit arriver une prolifération d'innovations, un développement plus que conséquent de l'économie numérique et l'arrivée des GAFAM (aujourd'hui GAMAM avec Facebook qui est devenu Meta), qui gagnent un pouvoir considérable. Cependant, ces entreprises dominant le marché grâce à leurs innovations, décident d'innover de moins en moins et mettent en place un principe d'internalisation de l'innovation extérieure; empêchant donc l'entrée dans le marché d'autres acteurs.

Un des outils les plus connus du droit de la concurrence est l'abus de position dominante. Cette infraction doit être caractérisée afin de pouvoir considérer si une plateforme peut être qualifiée de dominante ou non. Pour ce faire, il est nécessaire de quantifier ses parts de marché. Néanmoins, les particularités multifaces et écosystémiques de ces plateformes rendent difficile la qualification du marché numérique. Du fait de ces difficultés de définition, il a fallu penser à un nouveau cadre de régulation qui permettrait aux autorités publiques de lutter contre cette grande domination acquise par certains acteurs.

B) Une tentative de supervision des risques systémiques véhiculés par les grandes plateformes

L'objectif recherché est la régulation des gatekeepers, qu'il est nécessaire de caractériser à l'aide de critères établis par le droit. En effet, c'est par la construction d'un cadre juridique adapté que pourront émerger un certain nombre d'innovations.

1. Le DMA, régulateur relatif des gatekeepers face aux inefficiences du RGPD

Le Digital Markets Act, règlement sur les marchés numériques présenté par la Commission européenne, vise à faire face aux manquements des mécanismes de l'UE concernant les plateformes dominantes. Le pouvoir de marché renvoie désormais au terme de "gatekeeper",

qui est caractérisé par différents critères et objectifs qui sont très clairement identifiables (montant pécuniaire, nombre d'utilisateurs, nature du service). Une fois ces plateformes identifiées, une liste d'une trentaine de pratiques leur sont prohibées (articles 5 et 6 du DMA) et la Commission a pour rôle d'assurer le respect de ces obligations. L'inefficience du RGPD tend à être palliée, avec le cadre qui lui manque mais aussi en ce qui concerne le droit à la portabilité, qui, dans une logique ex ante, ne doit pas être un droit qui pèse sur l'utilisateur mais justement sur l'acteur. Pour ce faire, les opérateurs devront coopérer.

Il est question ici d'environ 12 plateformes dont les GAMAM et Booking qui sont les plus grosses puissances mondiales. Cependant, le nombre de personnes qui pourront traiter de ces cas à l'échelle européenne est d'environ 80 personnes, pour un marché de 500 millions de personnes, ce qui marque un réel déséquilibre.

Aujourd'hui, le business model des plateformes numériques est fondé sur le fait d'attirer l'attention des utilisateurs. Sur les réseaux sociaux, cette idée va plus loin puisque sera aussi recherché l'engagement, soit amener l'utilisateur à rester plus longtemps sur la plateforme. C'est particulièrement le cas des médias et réseaux reflétant la colère, qui peuvent engendrer des risques psychosociaux très importants, mis en avant par de multiples études et alertes. Le DMA n'entre pas dans ce cadre précis. C'est en ce sens qu'apparaît le DSA.

2. Le DSA, superviseur en matière de modération des contenus illicites

Les plateformes permettent l'accélération de la diffusion des contenus quels qu'ils soient, ce qui peut être une bonne chose en matière d'accès à l'information. Cependant, les contenus nocifs en ligne sont florissants, qu'ils soient racistes, antisémites, ou tout simplement haineux en général.

En ce sens, une proposition de loi "Avia" contre la haine en ligne avait été déposée le 20 mars 2019 à l'Assemblée nationale. Mais, de nombreuses dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel le 18 juin 2020, en raison de leur non-compatibilité avec la liberté d'expression et de l'empiètement sur le pouvoir d'appréciation du juge par l'administration. L'Etat français a décidé d'agir afin de faire émerger un nouveau mode de régulation des contenus. Ainsi, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a adopté un avis sur la lutte contre la haine en ligne, comportant 24 recommandations appelant "au renforcement du rôle de l'Etat, à la création de nouvelles obligations à l'égard des plateformes et à la prévention" (avis A-2021-9).

Cette idée de régulation supervisée des risques systémiques véhiculés par les très grandes plateformes s'inscrit parfaitement dans la proposition de la Commission européenne : le DSA désigne les différentes catégories de risques systémiques et l'évaluation de ces risques (article 26). Un des problèmes principaux touchait à la responsabilité des contenus hébergés par les prestataires techniques et de savoir quand est-ce qu'elle apparaît et quand est-ce qu'un contenu est considéré comme étant manifestement illégal, ce à quoi tend à répondre le DSA. Cependant, le rapport à la régulation économique n'est pas assez présent. En effet, il n'est pas assez tenu compte des aspects économiques du fonctionnement des plateformes visés par le DMA, bien que ce soit ce modèle économique propre qui soit le cœur des problèmes de contenus néfastes développés.

II - La construction d'un cadre européen de responsabilité des grandes plateformes du numérique

À travers la montée des Big Tech, il devenait primordial de mettre en place un cadre européen responsabilisant ces plateformes. Ainsi, la Commission européenne a proposé la mise en place de textes réglementaires qui sécuriseraient Internet (A) et qui feraient face aux positions dominantes de ces acteurs majoritairement américains, qui ont gagné un pouvoir considérable dans l'ensemble du monde (B).

A) Le DSA : un règlement pour un espace numérique plus sûr

Le DSA, bien plus qu'une simple actualisation de la directive e-Commerce adoptée il y a plus d'une vingtaine d'années, est largement plus complet que toute autre législation antérieure sur le monde du numérique. Il aborde des questions comme la modération du contenu, la monétisation, la concurrence et la responsabilité. De plus, il a pour objectifs de faire d'Internet un environnement en ligne « sûr, prévisible et fiable ».

1. Les droits fondamentaux, vecteurs d'une nouvelle ère numérique

Les utilisateurs seront libres d'exercer leurs droits fondamentaux sur les plateformes, tels que la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, ... Comme l'article 7 du texte le prévoit, les moyens mis en œuvre pour modérer le contenu doivent respecter les droits et libertés fondamentaux. Pour ce faire, de nombreuses obligations d'informations s'imposent sur les prestataires de service en ligne afin de mettre en place une transparence pour les utilisateurs de ces services.

L'article 24 du texte prévoit qu'il sera nécessaire pour les plateformes de fournir aux utilisateurs les informations sur les principaux paramètres utilisés pour déterminer quelle publicité afficher à l'utilisateur. En d'autres termes, les plateformes en ligne devront être transparentes quant à leurs activités de profilage à des fins publicitaires.

En effet, d'autres mesures sont décrites dans le Digital Services Act afin de promouvoir la transparence et le respect des droits fondamentaux des utilisateurs. Ils pourront par exemple signaler des contenus et produits illicites, ce qui est déjà possible aujourd'hui, mais cela n'a pas de réelle conséquence sur ces contenus et produits, et ceux-ci seront retirés ou désactivés. De plus, les plateformes auraient aussi l'obligation de s'allier avec des "signaleurs de confiance" pouvant être des organes ou des associations, qui verraient leurs signalements traités en priorité.

Cependant, il semble important, non seulement de modérer les contenus déjà publiés, mais aussi de responsabiliser les acteurs du numérique dès la création de leurs algorithmes.

2. La responsabilisation des acteurs du numérique : de l’algorithme à la publication de contenu

Dans tous les secteurs du numérique, il est reproché aux plateformes un manque de transparence des technologies utilisées afin de faire fonctionner leurs services. Néanmoins, le DSA avec ses obligations de transparence souhaite responsabiliser dès la création les acteurs du numérique, à travers les algorithmes que les plateformes utilisent pour prendre des décisions ou pour recommander des contenus.

En effet, aux Etats-Unis, de multiples algorithmes font débat, notamment ceux utilisés par la police ou les tribunaux comme COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) qui permet de calculer un taux de récidivisme d’une personne ayant déjà commis une infraction, ou PredPol, un logiciel qui pourrait prédire quand et où se produiront les crimes suivants. Ce genre d’algorithmes prenant des décisions qui peuvent avoir un impact décisif sur une personne, peuvent être discriminatoires. En effet, de multiples études démontrent que COMPAS donnaient des pourcentages de récidivisme beaucoup plus élevé pour les personnes de couleur que pour les personnes blanches. Ainsi, il semble clair que les algorithmes peuvent diffuser et davantage propager des discriminations qui existent déjà dans notre société.

De plus, le DSA souhaite s’attaquer à la désinformation. Si le phénomène des “fake news” est dénoncé activement sur les réseaux sociaux, les médias d’informations traditionnels, censés être les détenteurs de la vérité, sont eux beaucoup moins dénoncés. Les gens découvrent les fake news non pas par le biais de comptes que Facebook et d’autres peuvent contrôler, mais par le biais des médias traditionnels.

Ainsi, il semble nécessaire de mettre un point d’honneur sur la mise en place de moyens dès les design algorithmique afin de pouvoir, non seulement responsabiliser les acteurs, mais aussi de modérer les contenus dès leur publication, plutôt que de se contenter de les modérer après leur publication et diffusion sur les plateformes.