

# Régulation des plateformes numériques : le moment européen

Par Quentin NAVARO AUBURTIN  
Et Mathieu WEILL

Direction générale des Entreprises – Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a publié deux projets de règlements, le Digital Markets Act (DMA) et le Digital Services Act (DSA). L'objectif : créer le cadre de la régulation des grandes plateformes numériques pour les dix à vingt prochaines années, tant au regard de leurs pratiques économiques devenues hégémoniques qu'au regard du traitement des contenus, traitement pour lequel elles doivent rendre des comptes au plan démocratique. Actes politiques majeurs et longtemps attendus, ces textes sont l'affirmation par l'Europe de ses valeurs et de sa volonté d'établir un modèle ambitieux et précurseur de régulation, à l'instar de ce qui avait été réalisé en matière de protection des données personnelles à travers le RGPD en 2016. Dans cette édification novatrice d'un droit européen de la régulation des plateformes, la France joue depuis plusieurs années un rôle moteur et sa présidence de l'Union européenne en 2022 sera l'occasion de concrétiser ces avancées.

## Un moment historique pour répondre aux défis posés par les plateformes numériques structurantes

Depuis une vingtaine d'années, les plateformes numériques ont profondément transformé nos économies et nos sociétés. D'Amazon à Facebook, d'Android à TikTok, leurs modèles économiques se sont développés en grande partie grâce au cadre réglementaire instaurant une responsabilité limitée mis en place au début des années 2000 en Europe, dans le cadre de la directive e-commerce<sup>(1)</sup>. Leurs bénéfices sont incontestables à de nombreux égards, que cela concerne le pouvoir d'achat ou l'accès à l'information, ou encore la liberté d'expression. Ces apports ont culminé autour des années 2010 avec les contributions déterminantes apportées par les réseaux sociaux aux « Révolutions arabes ». Toutefois, une face plus sombre est depuis apparue : sur le plan économique, la structure des marchés sur lesquels elles opèrent favorise la concentration des acteurs et déséquilibre les relations avec les tiers (concurrents, utilisateurs y compris professionnels). Ces acteurs, par leur rôle dans la diffusion des contenus, n'ont pas non plus été à la hauteur des effets majeurs que leurs activités induisent sur la société, que ce soit la diffusion de contenus haineux, la désinformation y compris en période électorale, ou même la diffusion de produits

non conformes, voire dangereux, qui représentent parfois plus des deux tiers des produits disponibles sur certaines places de marché extra-européennes.

Alors qu'il y a encore quelques années à peine, l'argument de « ne pas vouloir freiner l'innovation » paralysait toute initiative et dominait la scène mondiale dès qu'apparaissaient dans une même phrase les mots « numérique » et « régulation », la nécessité d'agir s'est aujourd'hui imposée. À l'échelle mondiale, de nombreuses initiatives de régulation prennent corps, des États-Unis jusqu'à l'Australie<sup>(2)</sup> en passant par le Royaume-Uni, et bien sûr, la France, qui soudainement n'est plus isolée sur ce sujet.

Les mots du Président de la République sur la régulation des plateformes prononcés dans son discours à la Sorbonne en 2017 trouvent désormais de nombreux soutiens : pour lutter efficacement contre les messages de haine en ligne et pour créer un cadre efficace de supervision des plateformes, le niveau européen est le plus pertinent. Et, sans attendre la publication des textes, les travaux nationaux se sont amplifiés et ont trouvé de nombreux échos à l'échelle européenne. La *task force* interministérielle de régulation des plateformes numériques, créée en 2020, rassemble les différentes administrations françaises concernées par la régulation des plateformes numériques

(1) Directive 2000/31 CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000.

(2) Peuvent être mentionnés, entre autres, les cinq projets de loi antitrust en discussion aux États-Unis, l'initiative "A new pro-competition regime for digital markets" au Royaume-Uni, le News Media Bargaining Code en Australie, etc.

(ministères, AAI...). Elle a ainsi organisé en février 2020, avec six autres États, un séminaire à Paris pour permettre un partage des différentes visions relatives à la régulation économique des plateformes, dont les principales orientations se retrouvent dans le Digital Markets Act, publié en décembre concomitamment au Digital Services Act.

## Le Digital Markets Act : son objectif, rééquilibrer les rapports de force entre les plateformes et leurs utilisateurs, entre les régulateurs et ces mêmes plateformes

Sur le plan économique, le constat largement partagé est double : d'une part, un petit nombre d'acteurs deviennent totalement incontournables et peuvent de fait imposer leurs règles à des secteurs entiers de l'économie (e-commerce, publicité en ligne, applications mobiles...) et, d'autre part, les amendes successives prononcées par les autorités de la concurrence n'apparaissent pas d'un montant suffisant pour rétablir l'équité et la contestabilité des marchés.

### Un cadre *ex ante* restreint aux acteurs structurants

Le texte apporte deux innovations fondamentales. Premièrement, il consacre la logique asymétrique en ne ciblant que les acteurs structurants. Le DMA ne s'appliquera ainsi qu'à douze ou quinze acteurs jouant un rôle structurant sur les marchés des plateformes, ce sont les « contrôleurs d'accès » (*gatekeepers*), qui sont désignés par la Commission sur la base de critères objectifs de seuil de valeur ou de chiffre d'affaires, mais aussi de critères plus qualitatifs. Deuxièmement, il opère un changement fondamental de logique en instaurant un cadre de régulation *ex ante*. Par opposition aux modalités du droit de la concurrence où l'autorité ne peut intervenir que pour corriger *ex post* une situation de position dominante, le DMA pose une règle en amont, pour prévenir le verrouillage des marchés. Sur ce plan, le texte ne fait qu'adapter la logique régulatrice à la notion de plateforme structurante, de manière similaire à ce qui existe déjà dans la régulation des secteurs ferroviaire, de l'énergie et des télécoms.

### Un régime facilement opposable aux plateformes et qui doit demeurer flexible

La Commission a retenu une logique régulatrice fondée sur des obligations et des interdictions (*do's and don'ts*) précises et uniformes (des obligations spécifiques d'interopérabilité, d'accès aux données, des restrictions aux pratiques d'auto-référencement (*self preferencing*), d'ouverture de services de paiement, etc.), qui devraient revêtir un caractère « auto-exécutoire ». La liste s'inspire des pratiques déjà détectées et parfois sanctionnées par le droit existant.

L'inconvénient de cette approche est son risque d'obsolescence rapide : les acteurs visés font rapidement évoluer leurs pratiques, ce qui explique en partie les difficultés du cadre actuel à les réguler efficacement. Aussi, à côté des obligations précises et uniformes précitées, des obligations générales mises en œuvre au cas par cas et propres aux marchés des plateformes (accès aux données, inter-

opérabilité, par exemple) devront être mises en place. La France et plusieurs autres États membres de l'Union européenne (UE) ont proposé des amendements concrets en ce sens et espèrent les voir prospérer<sup>(3)</sup>.

### Une régulation européenne qui pour être efficace doit se donner des moyens à la hauteur de l'enjeu

Seul un régulateur européen peut être suffisamment fort pour peser réellement face aux plateformes. Mais celui-ci doit également disposer de moyens humains et juridiques suffisants pour pouvoir accéder aux données, aux algorithmes, avoir la capacité de prononcer des mesures provisoires, de disposer de pouvoirs d'enquête et d'inspection... La France s'est également montrée précurseur en la matière, en mettant à la disposition de l'ensemble de ses services étatiques un pôle d'expertise de la régulation des plateformes numériques (PEReN), qui regroupe des *data scientists* et des développeurs réalisant sur commande des études techniques sur les pratiques des différents acteurs. Un dispositif analogue devra être mis en place pour le DMA. Mais le régulateur européen ne doit pas être isolé ; il doit pouvoir solliciter l'ensemble des parties prenantes – utilisateurs finaux, associations, concurrents – pour bâtir les règles les plus efficaces et construire collectivement une *smart regulation*. C'est le sens de la proposition de création d'un « mécanisme de signalement » à disposition des tiers, que portent la France, plusieurs États membres de l'UE et de nombreux parlementaires européens.

### Le Digital Services Act (DSA) : responsabiliser les plateformes et établir une supervision démocratique de leur action

Sur le plan sociétal, le mythe de la neutralité de l'intermédiaire technique derrière lequel certaines plateformes se sont cachées pendant des années est désormais tombé : il est avéré aujourd'hui que les algorithmes des réseaux sociaux ont bien une réelle influence en matière de désinformation pouvant aller jusqu'à déstabiliser des démocraties ; que certaines places de marché, en général extra européennes, pratiquent effectivement et de manière systématique l'esquive fiscale et la promotion de produits non conformes, voire dangereux ; ou encore que la suppression du compte d'une personnalité publique peut devenir une question démocratique qui ne devrait pas relever d'une entreprise.

### Un nouveau régime de responsabilité fondé sur le devoir de diligence

Le DSA s'appuie sur le régime de responsabilité limitée des intermédiaires en ligne et sur les bases de la directive e-commerce (2000/31 CE). Ce régime, qui repose sur un équilibre instable entre l'impuissance à responsabiliser les plateformes et les risques de censure préventive, a,

(3) Voir le document élaboré en commun par la France, les Pays-Bas et la Belgique et publié en octobre 2020 : <https://www.government.nl/documents/publications/2020/10/15/considerations-of-france-and-the-netherlands-regarding-intervention-on-platforms-with-a-gatekeeper-position>

malgré ses limites, permis à de nombreux acteurs de se développer au sein du marché intérieur dans une relative sécurité juridique. Justifié lorsque les acteurs numériques étaient de petits acteurs innovants qu'il fallait accompagner, ce régime doit désormais être complété pour pouvoir traiter le cas des « géants du Web », dont la capitalisation dépasse désormais le PIB de nombre de pays <sup>(4)</sup>.

Le véritable sens du DSA est là : **créer, en parallèle du régime de responsabilité civile et pénale existant, un régime de responsabilité fondé sur le devoir de diligence, grâce auquel le régulateur contrôle le respect de la mise en œuvre de certains moyens par rapport à des objectifs et à des risques identifiés, avec des sanctions financières dissuasives en cas de défaillance. Dans ce but, le DSA définit les plateformes en ligne et leur impose des obligations spécifiques.** Le texte prend en compte le phénomène essentiel de la viralité, en identifiant les plateformes sur la base d'un critère de « diffusion potentiellement illimitée » d'informations à des tiers et en leur appliquant des obligations adaptées (possibilité d'un recours pour les utilisateurs, transparence de la publicité, identification des vendeurs).

### **Instaurer un contrôle démocratique des moyens de modération des plateformes**

Le cœur du DSA repose sur l'instauration d'un système de supervision de la fonction de modération des très grandes plateformes (comptant plus de 45 millions d'utilisateurs mensuels) par les autorités publiques. Les plateformes doivent bien entendu retirer les contenus illicites, mais le DSA leur demande aussi de rendre des comptes pour l'ensemble des pratiques relatives aux contenus dits préjudiciables (contenus extrêmes, désinformation...) qu'elles mettent aujourd'hui en œuvre sans aucun contre-pouvoir. Le DSA oblige ainsi les très grandes plateformes à procéder à une évaluation et à une atténuation des risques systémiques de diffusion de certains contenus. Elles rendent compte au régulateur des moyens engagés, des délais de retrait constatés par rapport aux objectifs sur la base d'audits indépendants, et elles suivent des codes de conduite élaborés avec le régulateur, lequel pourra ainsi apprécier l'atteinte des objectifs et prononcer des sanctions, le cas échéant.

Des dispositions particulières aux places de marché en ligne devraient également être insérées pour leur imposer des obligations spécifiques relatives aux problèmes de dissémination de contenus dangereux ou non conformes qu'elles soulèvent. Les propositions françaises, qui comprennent des obligations d'information du consommateur et de retrait des produits dangereux lorsque le vendeur ne peut être joint, sont actuellement reprises au niveau du Parlement européen.

(4) À titre d'exemple, la capitalisation boursière d'Alphabet (Google) est estimée à 1 813 Mds de dollars et celle d'Amazon à 1 844 Mds de dollars, quand le PIB de l'Irlande est estimé à 418,7 Mds de dollars et celui de l'Espagne à 1 280 Mds de dollars.

### **Réguler collectivement à l'échelle européenne**

En ce qui concerne la mise en œuvre du règlement, la proposition faite demeure fondée, à l'instar du RGPD, sur le principe du « guichet unique » (les entreprises ne répondent qu'au régulateur du pays où se situe leur établissement principal), avec des interventions supplétives directes de la Commission pour les très grandes plateformes.

Cette approche s'inscrit dans le respect de la tradition européenne du marché unique. Mais le RGPD en montre les limites : lenteur des coordinations, concentration des procédures sur certains régulateurs insuffisamment dotés en moyens... Le régulateur luxembourgeois ou son homologue irlandais sont-ils vraiment les mieux placés pour juger des moyens mis en place par les plateformes en réponse à la diffusion d'images d'un attentat commis en Allemagne ou en France ? Permettre à la Commission de superviser directement les très grandes plateformes, tout en associant davantage les régulateurs nationaux, est donc un impératif. Ces régulateurs nationaux, constitués en réseau et intervenant en appui de la Commission, pourraient utilement l'aider à apprécier l'effectivité de la modération des contenus opérée par les plateformes selon le contexte local et les sensibilités nationales, avec toujours pour référence les droits fondamentaux définis par la Charte.

### **Rendre la publicité en ligne plus transparente**

L'avenir de la publicité en ligne, et notamment de la publicité dite « ciblée », sera également au cœur des débats du DSA. L'avenir des *cookies* publicitaires est déjà sérieusement mis en question, à la fois dans les débats sur le règlement e-Privacy <sup>(5)</sup> au niveau européen et par les initiatives unilatérales de Google qui a décrété « la fin des *cookies* » <sup>(6)</sup>. Le DSA est l'occasion de renforcer la transparence, non seulement à l'égard des utilisateurs, mais aussi des annonceurs et, plus largement, de l'ensemble des autres acteurs de la chaîne de valeur afin d'offrir de meilleures garanties aux annonceurs sur le fait que leurs publicités ne sont pas associées à des contenus inappropriés, mais aussi pour empêcher le financement de contenus illicites par la publicité. Mais le débat est également lancé au Parlement européen sur l'interdiction de la publicité ciblée. Cette approche pourrait bouleverser les modèles économiques sur le Web, notamment ceux des médias. On peut donc s'attendre à une bataille longue et difficile, comme Bruxelles en connaît régulièrement.

### **La France au centre des débats européens**

Déjà moteur avant les propositions de la Commission sur chacun des textes précités, la France a présenté de nombreux amendements structurants dès les premières semaines de leur examen, accompagnés d'un travail de

(5) Notamment la position du Parlement européen visant à interdire les « cookies wall ».

(6) Le projet Privacy Sandbox de Google vise à interdire le dépôt de *cookies* tiers sur le navigateur Chrome, et à le remplacer par une solution de ciblage non individualisée, par « cohortes » à partir des données agrégées récoltées par Google *via* le navigateur Chrome.

conviction auprès des autres États membres et des parlementaires européens, qui est encore poursuivi aujourd'hui.

À partir de janvier 2022, la présidence française de l'UE ouvrira une nouvelle séquence, au cours de laquelle la France devra créer les conditions du consensus sur les deux textes pour avoir rapidement des réponses à la hauteur des enjeux. Des avancées significatives, si ce n'est la conclusion des discussions, devraient être les principaux livrables du volet numérique de la présidence française.

Même à Washington, les yeux sont tournés vers Bruxelles et Paris pour cerner les contours des règles économiques et sociales qui gouverneront à l'avenir les plateformes. L'objectif de la France est de contribuer à ce que l'Europe se saisisse de ce moment historique pour écrire un nouveau chapitre dans l'histoire de la régulation économique et affirmer ses valeurs au travers d'un modèle qui prévaudra pour les dix à vingt années à venir.