



Décrypter la législation sur les services numériques

IRIS Spécial

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel



IRIS *Spécial* 2021-1

Décrypter la législation sur les services numériques

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2021

ISBN 978-92-871-9153-3 (version imprimée)

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais, Analystes juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs (par ordre alphabétique)

Joan Barata, Oliver Budzinski, Mark Cole, Michèle Ledger, Tarlach McGonagle, Katie Pentney, Eleonora Rosati, Alexandre de Streel

Traduction

Julie Mamou, Nathalie Sturlèse, Stefan Pooth, Erwin Rohwer

Relecture

Catherine Koleda, Aurélie Courtinat, Gianna Iacino, Anthony Mills

Assistante éditoriale – Sabine Bouajaja

Presse et relations publiques – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Éditeur

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau

67000 Strasbourg, France

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Maquette de couverture – ALTRAN, France

Veillez citer cette publication comme suit :

Cappello M. (Ed.), *IRIS Spécial 2021-1, Décrypter la législation sur les services numériques (DSA)*, IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2021

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, octobre 2021

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Décrypter la législation sur les services numériques

Joan Barata, Oliver Budzinski, Mark Cole, Alexandre de Streel, Michèle Ledger, Tarlach McGonagle, Katie Pentney, Eleonora Rosati



Avant-propos

En 2019, la Commission européenne a lancé le processus d'adoption de la législation sur les services numériques (*Digital Services Act* - DSA) qui vise à moderniser le cadre juridique actuel des services intermédiaires en ligne. Ce processus a abouti à la publication de deux nouvelles propositions de règlements, à savoir la législation sur les services numériques (DSA) et la loi sur les marchés numériques (DMA).

Alors que les débats sur ce nouveau cadre législatif battaient leur plein, l'Observatoire européen de l'audiovisuel a organisé une série de webinaires consacrés à des thèmes spécifiques pour lesquels l'articulation entre la DSA et la réglementation existante semble pour le moins complexe. Ces webinaires avaient pour objectif de permettre un dialogue structuré entre les experts et les parties prenantes, avec la participation de représentants de la Commission européenne pour présenter le contexte général et de l'équipe de l'Observatoire en tant que modérateur des débats. Une première conférence d'ouverture présentant les nouvelles règles de l'UE sur les services en ligne et leur impact possible sur le secteur de l'audiovisuel s'est tenue le 11 février 2021, suivie par quatre webinaires, entre mars et juillet 2021, traitant respectivement de la modération des contenus, des contrôleurs d'accès et des services de VOD, du droit d'auteur et de la lutte contre la désinformation. Tous ces événements peuvent être visionnés sur le site internet de l'Observatoire sur www.obs.coe.int.

Parallèlement, l'Observatoire a invité les experts participants à contribuer à la présente publication en vue de compléter et élargir ce qui a été dit au cours des débats.

Ce rapport comprend deux volets, l'un consacré à la DSA et l'autre à la DMA, chacun d'eux comportant deux parties.

Dans le volet consacré à la DSA, la première partie traite de la réglementation de la liberté d'expression sur trois chapitres successifs, dans lesquels Joan Barata, Alexandre de Streel et Michèle Ledger, ainsi que Katie Pentney et Tarlach McGonagle exposent la complexité de la régulation des propos diffusés en ligne et le rôle que la DSA peut jouer à cet égard. La deuxième partie concerne le droit d'auteur : Elenora Rosati présente de manière approfondie l'articulation entre les règles européennes en matière de droit d'auteur et la DSA.

Dans le volet consacré à la DMA, la première partie, rédigée par Mark D. Cole, présente de quelle manière ce dispositif pourra se déployer et s'articuler avec d'autres instruments réglementaires. Dans la deuxième partie, Oliver Budzinski se penche sur la dimension économique du contrôle d'accès au marché unique en ce qui concerne le secteur audiovisuel et évalue les problèmes et les solutions possibles.

Chaque partie est introduite par un texte de présentation rédigé par nos soins. Cette publication comprend également un récapitulatif de la DSA et, en annexe, une synthèse des débats des cinq webinaires de l'Observatoire, dont les participants représentent différents secteurs de l'audiovisuel.

La réalisation de cette publication a été extrêmement enrichissante et je tiens à remercier aussi bien les experts que les participants aux différents webinaires DSA qui ont partagé leur expérience (par ordre alphabétique) :

Joan Barata (Faculté de droit de Stanford), Richard Burnley (UER), Oliver Budzinski (Université technologique d'Ilmenau), Paolo Celot (EAVI), Mark D. Cole (Université du Luxembourg/Institut européen du droit des médias), Celene Craig (BAI), Alexandre de Streel (Université de Namur/CERRE), Cécile Despringre (SAA), Pauline Durand-Vialle (FERA), Siada El Ramly (Dot Europe), Miriam Estrin (Google), Marco Giorello (Commission européenne), Paula Gori (EDMO), Anna Herold (Commission européenne), Miruna Herovanu (ACT), Marisa Jiménez Martín (Facebook), L'uboš Kukliš (ERGA), Alexandra Lebret (EPC), Stéphanie Martin (SAA), Stan McCoy (MPA), Tarlach McGonagle (Université d'Amsterdam), Maria Michalis (Euralva), Paige Morrow (Bureau du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'expression), Marco Pancini (YouTube), Greg Polad (ACT), Marc Putman (EUROVOD), Elenora Rosati (Université de Stockholm), Anna Solar-Bassett (Vodafone), Martin Senftleben (Université d'Amsterdam), Krisztina Stump (Commission européenne), Charlotte Willner (Trust & Safety Professional Association).

Je vous souhaite une agréable et fructueuse lecture !

Strasbourg, octobre 2021

Maja Cappello

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Table des matières

1. Introduction générale	1
2. La législation sur les services numériques et le pouvoir des médias sociaux de réguler le discours : obligations, responsabilités et protections	7
2.1. Introduction	7
2.2. La régulation de l'expression publique et privée	8
2.3. Responsabilité des intermédiaires : de la Directive sur le commerce électronique à la DSA	10
2.4. Les régimes de responsabilité dans la DSA	14
2.4.1. Introduction	14
2.4.2. Mécanismes de notification et d'action	14
2.4.3. Enquêtes d'initiative propre	15
2.4.4. Les difficultés d'interprétation de l'article 6 de la DSA	17
2.5. Évaluation et atténuation des risques systémiques	19
2.5.1. Évaluation des risques systémiques	19
2.5.2. Atténuation des risques systémiques	22
2.6. Conclusions	23
3. Réglementer la modération des contenus illicites en ligne	25
3.1. Portée et structure du chapitre	25
3.2. L'indépendance du cyberspace : la Directive sur le commerce électronique	26
3.3. Le début de la fin : le nouveau cadre réglementaire de l'UE pour la modération des contenus en ligne	29
3.3.1. La régulation de la modération de certains types de contenus en ligne	30
3.3.2. La régulation de la modération par des types spécifiques d'intermédiaires numériques : les plateformes de partage de vidéos	34
3.3.3. Une réglementation pour tous : une réinterprétation de la Directive sur le commerce électronique	36
3.3.4. Vue d'ensemble du cadre réglementaire de l'UE et des pratiques actuelles de modération en ligne	37
3.4. La fin de l'indépendance du cyberspace : la législation sur les services numériques	39
3.4.1. La proposition de DSA et la modération du contenu	39
3.4.2. Obligations asymétriques	40
3.5. Conclusions	44

4. Du risque à la récompense? L'approche fondée sur le risque de la DSA pour lutter contre la désinformation..... 49

4.1. Introduction	49
4.2. Le paysage de la désinformation	50
4.2.1. Une définition évolutive.....	50
4.2.2. Le cadre réglementaire et politique élargi	54
4.3. Présentation de l'approche fondée sur le risque de la DSA pour lutter contre la désinformation.....	57
4.4. Atténuation des risques.....	60
4.5. Assurer le contrôle et la transparence	62
4.6. Une affaire risquée ? L'approche fondée sur le risque dans la pratique	65
4.7. Conclusion.....	67

5. La législation sur les services numériques et l'application du droit d'auteur : le cas de l'article 17 de la Directive DSM* 71

5.1. Introduction	71
5.1.1. Les origines communes de la Directive DSM et de la DSA	72
5.2. Structure et contenu de l'article 17 de la Directive DSM.....	78
5.2.1. Contestation de l'article 17 par la Pologne	79
5.3. En quoi la relation entre l'article 17 et la DSA est-elle particulière ?	81
5.3.1. La notion de FSPC : établissement, accessibilité, et ciblage de l'UE.....	81
5.3.2. Le mécanisme de responsabilité spécifique de l'article 17, paragraphe 4	83
5.3.3. Applicabilité de l'exemption de responsabilité.....	86
5.3.4. Le mécanisme de plainte et de recours et la protection contre les abus.....	88
5.4. Conclusion.....	89

6. La proposition de législation sur les marchés numériques (DMA) : à propos des contrôleurs d'accès, de l'équité et de la transparence dans l'environnement en ligne 93

6.1. Introduction	93
6.2. La DMA en bref.....	96
6.3. Un champ d'application large mais limité à peu d'acteurs	99
6.3.1. Acteurs visés.....	99
6.3.2. Procédure de désignation.....	104
6.4. Obligations et interdictions ou « ce qu'il faut faire et ne pas faire » pour les contrôleurs d'accès	105
6.4.1. Aspects structurels	105
6.4.2. Gros plan sur quelques-unes des obligations	107
6.5. Mise en œuvre : une approche centralisée.....	110

6.6. Conclusion	112
-----------------------	-----

7. Le « contrôle de l'accès » dans le secteur audiovisuel : contexte économique, concurrence et réglementation..... 115

7.1. Introduction	115
7.2. La concurrence et les contrôleurs d'accès dans l'économie numérique : l'économie sous-jacente.....	118
7.3. Concurrence et contrôle de l'accès sur les marchés du streaming.....	124
7.4. Conséquences réglementaires pour les marchés du streaming audiovisuel d'un point de vue économique.....	128
7.4.1. L'autopréférence	129
7.4.2. Intégration verticale	131
7.4.3. Résumé	132

8. Synthèse de la série de webinaires de l'Observatoire consacrés à la DSA 133

8.1. Première approche des nouvelles règles européennes sur les services en ligne et de leur impact sur l'industrie de l'audiovisuel.....	134
8.1.1. Présentation du contexte : la nouvelle législation sur les services numériques	134
8.1.2. La rubrique des experts : concurrence, responsabilité et articulation entre la DSA, la Directive SMA et la Directive DSM	135
8.1.3. Le forum des parties prenantes : la DSA ou la mise à jour indispensable d'un cadre juridique obsolète.....	136
8.2. Webinaire n° 1 : transparence de la modération des contenus sur les médias sociaux.....	138
8.2.1. Présentation du contexte.....	138
8.2.2. La rubrique de l'expert : la modération des contenus illicites en ligne par les plateformes.....	138
8.2.3. Le forum des parties prenantes : la modération des contenus du point de vue des plateformes, des consommateurs et des ARN des médias.....	139
8.3. Webinaire n° 2 : les contrôleurs d'accès dans la législation sur les services numériques : qu'en est-il de la VOD ?.....	141
8.3.1. Présentation du contexte.....	141
8.3.2. La rubrique de l'expert : aspects réglementaires et liés à la concurrence.....	142
8.3.3. Le forum des parties prenantes : le marché de la VOD est-il un marché concurrentiel et fortement réglementé sans contrôleurs d'accès ?.....	143
8.4. Webinaire n° 3 : droit d'auteur et DSA.....	145
8.4.1. Présentation du contexte.....	145
8.4.2. La rubrique des experts : risques et opportunités de la DSA	145
8.4.3. Le forum des parties prenantes : articulation entre DSA et droit d'auteur, risques, défis et opportunités	146
8.5. Webinaire n° 4 : DSA et lutte contre la désinformation	148
8.5.1. Présentation du contexte.....	148
8.5.2. La rubrique de l'expert : risques et opportunités pour la lutte contre la désinformation	149

8.5.3. Le forum des parties prenantes : lutte contre la désinformation, liberté d'expression et accès aux données	150
8.6. Liste des participants	152

Illustration

Illustration 1. Obligations prévues dans la DSA.....	3
--	---

Tableaux

Tableau 1	Cadre réglementaire de l'UE sur la modération des contenus illicites en ligne.....	37
Tableau 2	Définitions de travail de la désinformation.....	52

1. Introduction générale

Nous avons tous eu l'occasion de regarder en ligne des vidéos cocasses de chats, même si le phénomène est relativement récent. La plupart d'entre nous se souviennent certainement encore du temps où l'on ne pouvait pas partager des vidéos YouTube de chatons avec ses amis Facebook, ni tweeter sur ce thème d'un simple clic sur son smartphone.

Tous ces services sont réglementés au niveau européen par un instrument juridique relativement ancien, la Directive relative au commerce électronique, ou Directive sur le commerce électronique.

Les règles inscrites dans cette directive présentent l'avantage de la simplicité. Elles sont explicites, tout est limpide, et leur effet est également très clair. À l'instar de Ponce Pilate, les fournisseurs de services peuvent pratiquement se laver les mains à propos de tout ce que font les utilisateurs. Du moins en théorie. Alors où est le problème ? Tout d'abord, cette directive répond à des situations qui sont apparues en l'an 2000, c'est-à-dire dans un monde sans Facebook, sans YouTube et sans iPhone. De surcroît, en dépit de son intitulé, la Directive sur le commerce électronique réglemente bien au-delà du seul champ du commerce, car les services concernés ont un impact sur la liberté d'expression, la diversité culturelle, les œuvres protégées par le droit d'auteur, voire sur les élections libres. Il s'agit à présent de savoir si cet instrument juridique simple et direct est toujours efficace en 2021, dans un monde beaucoup plus complexe. La force de la Directive sur le commerce électronique dans sa simplicité. Or, l'ajout de niveaux supplémentaires de réglementation la rendrait plus complexe, ce qui peut créer une certaine confusion, des interférences, voire des contradictions entre les différentes normes juridiques. En outre, le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression limite la marge de manœuvre du législateur.

En Europe, des changements sont en cours depuis déjà un certain temps.

L'Union européenne a introduit des exceptions aux dispositions de la Directive sur le commerce électronique, notamment par le biais de deux instruments juridiques¹ :

- la révision de 2018 de la Directive Services de médias audiovisuels (SMA) a étendu le champ d'application de la Directive aux plateformes de partage de vidéos (VSP) ;

¹ Pour un aperçu complet de la réglementation des services en ligne telle qu'elle existe aujourd'hui, voir les chapitres 2 et 3 de cette publication.

- L'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DSM) a introduit de nouvelles obligations pour les plateformes de partage de contenus en ligne (OCSP).

En 2019, la Commission européenne a lancé le processus d'adoption d'une législation plus complète sur les services numériques, la *Digital Services Act* (DSA). Ce processus a abouti à la publication, le 15 décembre 2020, de deux nouvelles propositions de règlement, à savoir la législation sur les services numériques (DSA) et la loi sur les marchés numériques (DMA).

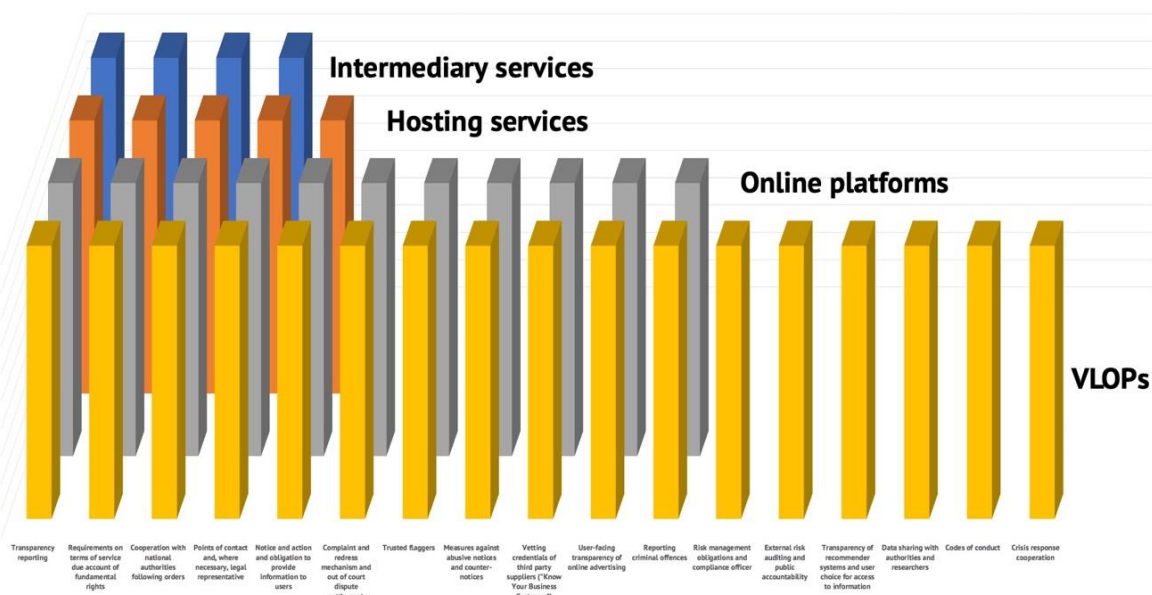
La DSA est un peu comme une poupée russe. Elle encadre les services intermédiaires offrant une infrastructure de réseau et comporte des règles spécifiques pour les services d'hébergement, les plateformes en ligne et les très grandes plateformes. Les très grandes plateformes sont des plateformes en ligne qui touchent plus de 10 % de la population de l'UE (45 millions d'utilisateurs) et sont réputées de nature systémique.

La DSA instaure une série d'obligations graduées en fonction de la taille du service et de son impact, telles que :

- des mesures visant à lutter contre la fourniture en ligne de contenus, de biens ou de services illicites ;
- de nouvelles obligations en matière de traçabilité des utilisateurs professionnels sur les places de marché en ligne ;
- des garanties efficaces pour les utilisateurs ;
- des mesures de transparence pour les plateformes en ligne ;
- des obligations spécifiques pour les très grandes plateformes afin de prévenir l'utilisation frauduleuse de leurs systèmes ;
- l'accès des chercheurs aux données clés des grandes plateformes pour une meilleure compréhension de l'évolution des risques en ligne ;
- un dispositif de surveillance adapté à la complexité de l'espace en ligne.

Comme le montre le graphique suivant, les services intermédiaires sont soumis à certaines obligations de base, auxquelles s'ajoutent d'autres obligations en fonction de la nature et de la taille du service.

Illustration 1 Obligations prévues dans la DSA



Si les règles de la DSA ressemblent à une poupée russe, la législation sur les marchés numériques (DMA) évoque davantage Hercule tentant de capturer Cerbère qui, comme chacun sait, gardait les portes de l'enfer dans la mythologie grecque et romaine.

La DMA régleme les gardiens d'un tout autre lieu, à savoir l'internet. Sont considérées gardiens ou contrôleurs d'accès au marché les plateformes en ligne qui ont une incidence importante sur le marché intérieur, servent de point d'accès majeur aux entreprises utilisatrices pour atteindre leurs utilisateurs finaux, et profitent, ou devraient profiter dans un avenir proche, d'une position solide et durable.

En un mot, la DMA devra :

- définir des seuils quantitatifs permettant d'identifier les contrôleurs d'accès présumés. La Commission européenne aura également compétence pour qualifier des entreprises comme contrôleurs d'accès sur la base d'une étude de marché ;
- interdire un certain nombre de pratiques qui sont clairement déloyales ;
- obliger les contrôleurs d'accès à mettre en place certaines mesures de manière proactive ;
- imposer des sanctions en cas de non-conformité afin de garantir l'efficacité des nouvelles règles ;
- permettre à la Commission européenne de mener des enquêtes ciblées sur le marché.

Comme on pouvait s'y attendre, la publication de ces deux propositions de règlement a suscité des espoirs, des craintes et, surtout, de nombreuses questions.

Le champ d'application de la DMA et de la DSA couvre les plateformes de partage de vidéos telles que YouTube et autres, mais exclut les plateformes de vidéo à la demande telles que Netflix, Amazon Prime ou Disney+. Les services de VOD restent soumis aux obligations de la Directive SMA, car ils impliquent une responsabilité éditoriale, ce qui n'est pas le cas des services intermédiaires soumis à la DSA.

Il est encore trop tôt pour savoir comment se présentera concrètement ce dispositif, puisque la procédure de codécision est toujours en cours entre les institutions européennes. Entre-temps, la lecture des différents chapitres de cette publication devrait vous donner matière à réflexion.

Réguler le discours d'autrui

L'idée de réguler le discours peut sembler singulière à de nombreux citoyens des pays démocratiques : la liberté de parole n'est-elle pas un principe établi ? En fait, cela n'est pas si simple. Comme toute autre liberté, la liberté d'expression s'accompagne d'obligations et de responsabilités et partant, peut faire l'objet de restrictions légales. La question qui se pose est de savoir qui est chargé d'imposer et de faire respecter ces restrictions.

Il convient de ne pas oublier que légiférer est, ou du moins devrait être, l'art délicat de trouver le juste équilibre entre les intérêts en jeu. D'une part, la liberté d'entreprise et d'autre part, la protection des consommateurs. D'une part, la liberté d'expression et d'autre part, la protection d'autres droits. Il s'agit d'un art délicat et complexe.

Légiférer, c'est aussi l'art de définir. Définir est également une tâche complexe. Car, pour reprendre les termes d'Oscar Wilde, définir c'est limiter. En droit, les définitions les plus critiques concernent la distinction entre « licite » et « illicite ». On est en droit de supposer que tout ce qui n'est pas illicite est licite. Or, ce n'est pas aussi simple, comme nous l'avons déjà mentionné. La différence entre « illicite » et « préjudiciable » est encore plus complexe. Les parties prenantes s'accordent généralement à dire que les contenus « préjudiciables » (mais non pas, ou du moins pas nécessairement, illicites) ne devraient pas être intégrés dans le cadre de la DSA et ne devraient pas être soumis à des obligations de retrait, dans la mesure où cela touche à un domaine sensible avec de graves implications pour la protection de la liberté d'expression.

En effet, qu'est-ce qu'un contenu préjudiciable ? Tant que cette notion n'est pas définie par la loi, elle reste subjective. On peut penser qu'internet regorge de contenus choquants. Mais aux yeux de qui ces contenus sont-ils choquants ? Et pourquoi les contenus choquants devraient-ils être supprimés ? Qui plus est, qui tranche en la matière si ce n'est la loi ou un juge ?

Les réseaux sociaux se sont attelés à cette tâche.

Ils peuvent prétendre que la modération des contenus ressemble à la fable Le meunier, son fils et l'âne : quoi qu'ils fassent, qu'ils suppriment des contenus ou non, ils essuieront des critiques. Mais si l'on fait abstraction des cas les plus notoires, force est de constater que la modération des contenus s'apparente à une mission impossible au vu de la quantité de données à passer au crible et des ressources nécessaires à cet effet. L'intelligence artificielle est présentée comme une partie de la solution au problème, mais son absence d'« humanité » constitue précisément un inconvénient majeur. Les algorithmes de filtrage sont extrêmement efficaces pour traiter et supprimer les contenus potentiellement préjudiciables, mais ils ne peuvent pas égaler l'humain pour prendre des décisions nuancées dans des domaines juridiques complexes.

Dans les trois chapitres suivants, Joan Barata, Alexandre de Streel et Michèle Ledger, ainsi que Katie Pentney et Tarlach McGonagle exposent la complexité de la régulation des propos diffusés en ligne et le rôle que la DSA peut jouer à cet égard.

2. La législation sur les services numériques et le pouvoir des médias sociaux de réguler le discours : obligations, responsabilités et protections²

Joan Barata, chercheur associé en responsabilité des intermédiaires, Programme sur la réglementation des Plateformes, Cyber Policy Center, Université de Stanford

2.1. Introduction

À la mi-décembre 2020, les commissaires européens Margrethe Vestager et Thierry Breton ont présenté deux propositions législatives majeures³ visant à définir un nouvel ensemble de règles applicables aux intermédiaires de l'internet. Les propositions en question sont la législation sur les services numériques (*Digital Services Act*, DSA) et la législation sur les marchés numériques (*Digital Markets Act*, DMA).

La DMA vise notamment à harmoniser les règles existantes dans les États membres, afin de mieux prévenir la formation de goulets d'étranglement et l'imposition de barrières à l'entrée du marché unique numérique. La DSA instaure, pour sa part, une série de règles et de principes fondamentaux concernant, essentiellement, la manière dont les intermédiaires participent à la publication et à la distribution de contenus en ligne. Elle se concentre en particulier sur les plateformes d'hébergement et de partage de contenu, telles que Facebook, TikTok, Twitter et YouTube.

² Cette contribution est basée sur un article publié par l'auteur dans le Verfassungsblog et intitulé « The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions », <https://verfassungsblog.de/dsa-confusions/>, et sur le texte du rapport « The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression : special focus on risk mitigation obligations » (<https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDII.pdf>).

³ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

Cet article se concentre sur un certain nombre d'aspects spécifiques de la proposition de DSA⁴.

L'analyse visera tout d'abord à déterminer dans quelle mesure le projet de législation encourage la mise en œuvre, par les intermédiaires, d'initiatives visant à lutter contre les contenus illicites et les autres formes de contenus répréhensibles, soit sur la base de leurs propres contrôles, soit à la suite de notifications émanant de tiers. Elle se concentrera en particulier sur l'interaction entre la condition préalable pour que le fournisseur puisse bénéficier des exemptions de responsabilité – à savoir qu'il n'ait ni connaissance ni conscience d'une situation donnée – et les protections particulières accordées aux plateformes lorsque celles-ci s'engagent dans les activités mentionnées ci-dessus. En outre, il importera également d'analyser notamment comment le nouvel ensemble de règles se conjugue et interagit avec l'approche jurisprudentielle jusqu'ici fondée sur la « neutralité » du service fourni par la plateforme.

Deuxièmement, cette analyse portera sur un type spécifique de pratiques de modération de contenus « protégés »: celles prévues pour s'appliquer aux très grandes plateformes en ligne (VLOP) conformément aux articles 26 et 27 relatifs à l'atténuation des risques dits systémiques.

2.2. La régulation de l'expression publique et privée

Il incombe aux États de définir, dans le cadre des normes internationales et régionales applicables, les limites et les conditions légitimes de l'exercice du droit à la liberté d'expression, établissant ainsi une distinction entre contenus licites et illicites.

En outre, les fournisseurs d'hébergement modèrent généralement le contenu conformément à leurs propres règles – de nature privée. La modération du contenu consiste en un ensemble de mécanismes de gouvernance qui structurent la participation à une communauté afin de faciliter la coopération et de prévenir les abus. Les plateformes tendent à promouvoir la civilité des débats et des interactions afin de faciliter la communication entre les utilisateurs en fixant et en appliquant des règles de contenu privées. Elles sont ainsi en mesure de façonner et de réglementer le discours en ligne au-delà des dispositions légales et réglementaires relatives au contenu. Les politiques des plateformes en matière de contenu sont souvent fondées sur un ensemble complexe de principes différents : stimulation de l'engagement des utilisateurs, respect de certaines valeurs d'intérêt public (authentiquement endossées par les plateformes ou résultant de la pression des décideurs et des législateurs), ou adhésion à une notion particulière du droit à la liberté d'expression.

Les plateformes jouent également un rôle fondamental dans la mesure où elles déterminent quel contenu est visible en ligne et quel contenu – bien que publié – reste caché ou moins visible. Bien que les utilisateurs soient libres de choisir directement parmi les contenus mis à disposition par les fournisseurs d'hébergement en ligne (accès aux

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?qid=1608117147218&uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

profils et aux pages des autres utilisateurs, outils de recherche, intégration...), les systèmes de recommandation propres aux plateformes, qui jouent un rôle central dans leurs interfaces et sont devenus un dispositif clé de découverte de contenus, ont une influence considérable⁵. Étant donné que les résultats du processus de recommandation procèdent d'une interaction bilatérale entre l'utilisateur – notamment ses préférences, ses préjugés, ses antécédents, etc. – et les systèmes de recommandation eux-mêmes, il convient également de souligner que ces derniers jouent un rôle important de contrôle de l'accès aux contenus, en termes de hiérarchisation, d'amplification ou de restriction.

De nombreux auteurs et organisations ont attiré l'attention sur le fait que les intermédiaires mettaient des contenus en avant afin de maximiser l'engagement des utilisateurs, la dépendance, le ciblage comportemental et la polarisation⁶. Il est par ailleurs également important de souligner que la compréhension par le public des procédures de retrait de contenus des plateformes, même parmi les chercheurs spécialisés, a longtemps été limitée, et ce manque d'information laisse les décideurs politiques mal équipés pour répondre aux préoccupations que suscitent les plateformes, du point de vue du discours en ligne et de la démocratie. Les améliorations récentes en matière de communication d'informations par les entreprises ont peut-être quelque peu atténué ce problème, mais beaucoup reste encore beaucoup à faire⁷. Cela étant dit, il convient également de noter que les grandes plateformes ont déjà un long passé en matière de décisions de modération erronées ou préjudiciables, dans des domaines tels que les contenus terroristes ou extrémistes⁸.

Dans le domaine des plateformes en ligne, le premier type de législation qu'il convient de prendre en considération établit des règles et des sanctions visant directement les utilisateurs des plateformes, en précisant ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire, avec quel effet juridique, et la nature des sanctions. Ces règles et sanctions peuvent être générales (comme c'est le cas pour le discours de haine, qui est habituellement défini dans les codes pénaux) ou spécifiques (certains États considèrent comme une infraction pénale spécifique la diffusion de contenus terroristes via des plateformes en ligne, par exemple, en raison de leur portée présumée très large). La législation sur le discours en ligne est également introduite par le biais de règles juridiques visant à inciter les fournisseurs de services numériques à influencer l'activité de

⁵ Pour une analyse récente et approfondie de ces questions, voir Leerssen P., « The Soap Box as a Black Box : Regulating Transparency in Social Media Recommender Systems », *European Journal of Law and Technology*, 11(2), 2020.

⁶ Bietti E., « Free Speech is Circular », *Medium*, 2020, <https://medium.com/berkman-klein-center/free-speech-is-circular-trump-twitter-and-the-public-interest-5277ba173db3>

⁷ Keller D. et Leerssen P., « Facts and Where to Find Them : Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation », in Persily N. & Tucker J., *Social Media and Democracy : The State of the Field and Prospects for Reform*, Cambridge University Press, 2020.

⁸ Voir York J.C. et Gullo K., « Offline/Online Project Highlights How the Oppression Marginalized Communities Face in the Real World Follows Them Online », *Electronic Frontier Foundation*, 2018, <https://www.eff.org/deeplinks/2018/03/offlineonline-project-highlights-how-oppression-marginalized-communities-face-real> ; Perrigo B., « These Tech Companies Managed to Eradicate ISIS Content. But They're Also Erasing Crucial Evidence of War Crimes », *Time*, 2020, <https://time.com/5798001/facebook-youtube-algorithms-extremism/?xid=tcoshare> ; « When Content Moderation Hurts », *Mozilla*, 2020, <https://foundation.mozilla.org/en/blog/when-content-moderation-hurts/>

leurs utilisateurs : les intermédiaires sont la cible directe de la réglementation, mais l'objectif final concerne les utilisateurs. Enfin, la législation et la réglementation relatives au discours en ligne intègrent des règles destinées à encadrer l'activité des régulateurs, lorsque ceux-ci contrôlent ou régulent les activités des fournisseurs de services intermédiaires, dans les cas où ces derniers « régulent » ou modèrent les activités des utilisateurs⁹.

Le premier type de législation et de réglementation s'accompagne clairement d'une ingérence potentielle dans le droit à la liberté d'expression. Il s'agit essentiellement de « règles relatives au contenu » qui sont appliquées dans le cadre d'une relation bilatérale entre celui qui s'exprime et les autorités publiques. Par conséquent, les garanties et restrictions habituelles applicables à la réglementation du droit à la liberté d'expression sont applicables à ce type de règles.

Les deux catégories suivantes (réglementation des activités et décisions des plateformes, ainsi que définition du rôle des régulateurs vis-à-vis des intermédiaires en ligne) ont également des implications et un impact sur l'exercice du droit à la liberté d'expression, bien qu'elles doivent probablement être considérées comme les modalités d'une action dite indirecte de l'État. Ces règles sont déjà bien présentes dans plusieurs textes législatifs adoptés par les institutions de l'UE, et ont été intégrées dans la proposition de DSA, comme nous allons le voir ci-dessous.

2.3. Responsabilité des intermédiaires : de la Directive sur le commerce électronique à la DSA

La DSA (qui prendra officiellement la forme d'un règlement) viendra compléter la Directive sur le commerce électronique¹⁰ et introduire une série de nouvelles dispositions applicables aux intermédiaires en ligne. Ces dispositions présentent un intérêt particulier dans la mesure où elles imposent aux fournisseurs visés plusieurs obligations visant notamment à limiter leur « pouvoir » ainsi qu'à mieux protéger les droits et les intérêts des utilisateurs.

La Directive sur le commerce électronique contient, entre autres aspects pertinents, le régime général de responsabilité applicable aux fournisseurs de services intermédiaires, notamment les fournisseurs d'hébergement, au niveau de l'UE. Afin de bénéficier de l'exemption de responsabilité, il faut que les plateformes n'aient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites en cause, et/ou qu'elles n'aient pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou

⁹ Cette classification est empruntée à Sartor, G. et Loreggia A., « L'impact des algorithmes pour le filtrage ou la modération de contenus en ligne », Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Direction des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2020, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL_STU%282020%29657101.

¹⁰ 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, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj?locale=fr>.

l'information illicite est apparente. Dès qu'elles en ont connaissance, les plateformes doivent agir promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible (article 14 de la Directive sur le commerce électronique).

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé, dans le cadre du régime du commerce électronique, les critères permettant de déterminer l'existence d'une telle connaissance et/ou conscience. Comme établi dans l'affaire *L'Oréal*¹¹, les règles énoncées à l'article 14, paragraphe 1, point a), de la directive « doivent être interprétées en ce sens qu'elles visent toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances ». La Cour limite également la responsabilité aux cas où l'intermédiaire « joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle » du contenu hébergé. En d'autres termes, les intermédiaires bénéficient d'une exemption de responsabilité lorsqu'ils jouent un rôle purement technique, automatique et passif. Malgré les efforts de la Cour dans un nombre très limité d'affaires, il reste difficile d'identifier des critères convenus selon lesquels les interventions des intermédiaires peuvent être clairement classées comme actives ou passives (avec les conséquences qui en découlent en termes de responsabilité).

Les tribunaux nationaux ont également été aux prises avec la distinction entre services d'intermédiaires actifs et passifs. Après plusieurs décisions contradictoires de tribunaux inférieurs, la Cour suprême italienne a rendu en 2019 une décision dans l'affaire *Reti Televisive Italiane S.p.A c. Yahoo!*¹², reconnaissant et définissant la distinction en question. Selon la Cour, les intermédiaires ne peuvent pas bénéficier des protections de l'exemption de responsabilité en vertu de l'article 14 de la directive dans les cas où, encore une fois, le fournisseur de services de la société de l'information exerce une activité qui va au-delà d'un simple service technique, automatique et passif. En particulier, la Cour considère que les fournisseurs d'hébergement peuvent être considérés comme jouant un rôle actif dans les cas où ils se livrent à des activités telles que le filtrage, la sélection, l'indexation, l'organisation, le catalogage, l'agrégation, l'évaluation, l'utilisation, la modification, l'extraction ou la promotion de contenus. Dans ces cas, l'intermédiaire ne peut se prévaloir des exemptions de responsabilité prévues par la Directive sur le commerce électronique et peut donc être soumis au régime général de responsabilité établi par le droit civil¹³.

En lien avec l'article 14, l'article 15 interdit d'imposer des obligations générales de surveillance du contenu, ainsi que des obligations « de rechercher (activement) des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Selon les termes de la CJUE, à nouveau dans la décision *L'Oréal*, « les mesures exigées de la part du prestataire du service en ligne concerné ne peuvent consister en une surveillance active de l'ensemble

¹¹ Arrêt du 12 juillet 2011, affaire C-324/09, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B972AF02024FAB1F627A43F6B09A7BB5?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1122018>.

¹² Cour de cassation, première section civile, arrêt n° 7708/2019, publié le 19 mars 2019, http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/7708_03_2019_no-index.pdf.

¹³ Voir Rosati E., « Italian Supreme Court clarifies availability of safe harbours, content of notice-and-takedown requests, and stay-down obligations », *The IPKat*, 2019, <https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/italian-supreme-court-clarifies.html>.

des données de chacun de ses clients », bien qu'il puisse lui être ordonné de prendre des mesures spécifiques afin de mettre fin à une infraction particulière et/ou de faciliter l'identification d'un contrevenant particulier. Dans les affaires *Scarlet Extended*¹⁴ et *SABAM*¹⁵, la Cour a spécifiquement affirmé que les tribunaux nationaux ne sauraient émettre d'injonctions à l'encontre des fournisseurs de services d'hébergement qui les obligeraient à installer un système de filtrage, lorsqu'un tel système surveillerait activement toutes les données de chacun de leurs clients afin de prévenir de futures infractions au droit.

On peut donc en conclure que dans le système juridique de l'UE, les intermédiaires deviennent responsables, par principe, lorsqu'il est prouvé qu'ils ont négligé une infraction particulière en mettant en œuvre des mesures volontaires de manière à générer une connaissance réelle ou supposée.

Une autre conclusion importante concernant les critères d'interprétation complexes mentionnés ci-dessus est que le fait de subordonner l'exemption de responsabilité à une définition floue de la « passivité » incite les fournisseurs à se limiter à une approche non interventionniste, qui peut se traduire à la fois par une augmentation du nombre d'infractions en ligne et par un manque de satisfaction des utilisateurs qui préféreraient ne pas être exposés à du matériel répréhensible ou non approprié¹⁶.

Il convient de souligner qu'à la lumière de cette jurisprudence, les articles 14 et 15 de la Directive sur le commerce électronique devraient en principe être lus et interprétés séparément. Alors que le premier article établit des seuils et des paramètres de connaissance et de conscience permettant d'établir si les intermédiaires d'hébergement peuvent bénéficier d'une exemption de responsabilité, le second encadre l'imposition éventuelle d'obligations spécifiques et ciblées de surveillance du contenu. Dans ce second cas de figure, la responsabilité des intermédiaires pourrait être engagée en vertu de la législation nationale, uniquement lorsque ces obligations n'ont pas été correctement remplies.

Notons en outre que certaines législations sectorielles récemment adoptées au niveau de l'UE semblent intégrer de nouvelles obligations concernant l'adoption de mesures proactives. Ces mesures proactives seraient toutefois compatibles – ou plutôt complémentaires – avec l'interdiction mentionnée concernant les obligations de surveillance du contenu. En d'autres termes, malgré l'interdiction générale énoncée à l'article 15, la législation sectorielle établit progressivement de nouvelles obligations de surveillance proactive pour les intermédiaires.

¹⁴ Arrêt du 24 novembre 2011, affaire C-70/10, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1122459>.

¹⁵ Arrêt du 16 février 2012, affaire C-360/10, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1122533>.

¹⁶ Sartor G., « Providers Liability : From the eCommerce Directive to the future », analyse approfondie pour la Commission IMCO requise par la Direction des politiques économiques et scientifiques, Direction générale des politiques internes, Parlement Européen, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA\(2017\)614179_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA(2017)614179_EN.pdf).

En ce sens, la Directive sur le droit d'auteur¹⁷ contient une série d'obligations à l'égard des fournisseurs de services de partage de contenu en ligne (FSPC), notamment pour assurer l'indisponibilité de certaines œuvres protégées par le droit d'auteur (article 17). Le considérant 70 précise que ces mesures « devraient s'entendre sans préjudice de l'application des exceptions ou limitations au droit d'auteur, notamment celles qui garantissent la liberté d'expression des utilisateurs ». La Directive sur les Services de médias audiovisuels (SMA)¹⁸ énonce une série d'obligations pour les plateformes de partage de vidéos portant sur la prévention et la modération de contenus qui comportent des discours de haine et de la pédopornographie, qui affectent l'épanouissement physique et mental des enfants, qui violent les règles en matière de communications commerciales ou qui peuvent être considérés comme des contenus terroristes. En outre, les autorités nationales (principalement les organismes indépendants de régulation des médias) doivent veiller à ce que les plateformes de partage de vidéos aient mis en place des « mesures appropriées » pour faire face aux types de contenus mentionnés ci-dessus (ainsi qu'à d'autres contenus indésirables). Dans le cadre de ce dispositif, placé en dernier ressort sous le contrôle des organismes de régulation publics, les plateformes sont non seulement tenues d'adopter un large éventail de mesures concernant la diffusion éventuelle de contenus illicites par les utilisateurs, mais elles peuvent également avoir l'obligation de donner à ces derniers l'accès à des mécanismes de recours adéquats contre les restrictions éventuelles de leurs droits découlant de ces mesures¹⁹. Dans ce contexte, les plateformes sont invitées à prendre en considération « les droits et les intérêts légitimes en jeu, y compris ceux des fournisseurs de plateformes de partage de vidéos et ceux des utilisateurs qui ont créé le contenu ou l'ont mis en ligne, ainsi que l'intérêt public général. » (Article 28ter, paragraphe 3 SMA). Le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en

¹⁷ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj?locale=fr>. Notons que le gouvernement de la Pologne a précisément demandé à la CJUE l'annulation de certaines des dispositions incluses dans l'article mentionné en faisant valoir que « l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité d'œuvres (...) spécifiques (...) et l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher que les œuvres (...) protégées (...) soient téléversées dans le futur (...) a pour conséquence – afin d'éviter la mise en cause de leur responsabilité – que les fournisseurs de services doivent procéder à une vérification automatique préalable (...), ce qui implique par conséquent de mettre en place des mécanismes de contrôle préventif. De tels mécanismes mettent en cause l'essence même du droit à la liberté d'expression et à l'information et ne respectent pas l'exigence de proportionnalité et de nécessité de toute atteinte à ce droit ». *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, (Affaire C-401/19), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216823&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1125063>.

¹⁸ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

¹⁹ Voir Barata J., *Regulating content moderation in Europe beyond the AVMSD*, *LSE Blog*, 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2020/02/25/regulating-content-moderation-in-europe-beyond-the-avmsd/>.

ligne récemment adopté²⁰ prévoit des obligations importantes pour les fournisseurs de services d'hébergement en termes de retrait des contenus illicites et de mise en place de mesures spécifiques pour lutter contre la diffusion de contenus terroristes en ligne. Le règlement introduit des lignes directrices peu précises établissant que, lors de l'adoption de telles mesures, les fournisseurs doivent tenir compte « des risques et du niveau d'exposition aux contenus à caractère terroriste ainsi que des effets sur les droits à l'information des tiers et de l'intérêt public » (considérant 22). Les « autorités compétentes » (*sic*) qui seront désignées devront « déterminer si les mesures sont efficaces et proportionnées ».

2.4. Les régimes de responsabilité dans la DSA

2.4.1. Introduction

La DSA n'abroge pas les dispositions de base établies par la Directive sur le commerce électronique dans ce domaine. Elle contient en fait des dispositions largement identiques concernant les fournisseurs de services d'hébergement dans son article 5, gardant ainsi intact le noyau du régime actuel de responsabilité conditionnelle des intermédiaires. Il est important de souligner, cependant, qu'en raison du fait que la DSA prendra la forme juridique d'un règlement, ces dispositions deviendront directement applicables sans la médiation de la législation nationale (contrairement aux directives).

Cela étant dit, il faut aussi relever que la DSA introduit de nouvelles couches juridiques et réglementaires susceptibles de susciter des questions d'interprétation encore plus ardues qui, en dernière instance, devront aussi probablement être examinées par la Cour de justice de Luxembourg.

2.4.2. Mécanismes de notification et d'action

Outre les dispositions de l'article 5 susmentionné, l'article 14 de la DSA précise les conditions requises pour que les mécanismes de notification et d'action soient considérés comme donnant lieu à une telle connaissance ou conscience. Bien que la base du mécanisme de notification et d'action soit l'existence d'un contenu illicite spécifique, la DSA s'abstient délibérément de fournir une définition substantielle de ce qui serait considéré comme illicite dans ce contexte et, en général, dans le contexte du règlement dans son ensemble. L'article 2, point g) de la DSA définit le contenu illicite comme « toute information qui, en soi ou de par sa référence à une activité, y compris la vente de

²⁰ Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0784>.

produits ou la prestation de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre, quel qu'en soit l'objet précis ou la nature précise ». En d'autres termes, la DSA s'appuie sur des dispositions juridiques déjà existantes dans la législation sectorielle correspondante, tant au niveau national qu'au niveau de l'UE.

Le paragraphe 2 de l'article 14 de la DSA prévoit que les notifications doivent contenir « une explication des raisons pour lesquelles l'individu ou l'entité considère que les informations en question constituent un contenu illicite ». Le paragraphe 3 affirme à son tour que les notifications qui comprennent, entre autres, une telle explication « sont réputées donner lieu à la connaissance ou à la prise de conscience effective ». Cela étant, il y a lieu de souligner que le simple fait qu'un utilisateur affirme qu'un certain contenu est illicite ne crée pas nécessairement une connaissance ou une conscience effective aux fins de l'article 5, à moins que le contenu notifié ne dépasse un certain seuil d'évidence de son caractère illicite. Dans le même sens, le considérant 22 établit que les notifications doivent être « assez précises et suffisamment étayées pour permettre à un opérateur économique diligent d'identifier et d'évaluer raisonnablement le contenu présumé illicite et, le cas échéant, d'agir contre celui-ci ». En tout état de cause, il est également clair que la DSA, à l'instar de la Directive sur le commerce électronique, ne fournit pas d'orientations ou d'indications claires sur la manière de caractériser cette évidence ou d'apprécier la présence d'une identification raisonnable d'un contenu illicite. Il est important de souligner que toute incertitude ou imprécision éventuelle dans ce domaine ne peut que favoriser le retrait excessif de contenu de la part des plateformes.

Enfin, il convient également de noter que, conformément au considérant 22 de la DSA, le retrait ou le fait d'empêcher l'accès à un contenu doit se faire « dans le respect du principe de la liberté d'expression ». Cette disposition générale est conforme au langage de la législation sectorielle de l'UE, qui prévoit, comme on l'a déjà mentionné, l'obligation pour les plateformes et pour les autorités compétentes responsables du contrôle de tenir compte de l'impact sur la liberté d'expression de certaines mesures et décisions, ainsi que d'autres éléments tels que leur efficacité et leurs effets sur d'autres droits. En tout état de cause, la plupart de ces orientations juridiques sont extrêmement peu précises en ce qui concerne les critères, les paramètres et les garanties que les plateformes devraient prendre en considération ou intégrer lors de l'adoption et de la mise en œuvre de telles mesures. En outre, aucun mandat spécifique et détaillé – ni procédural, ni substantiel – portant sur la prise en compte et la protection des droits de l'homme n'est fourni aux autorités administratives ou judiciaires chargées de veiller sur ces aspects. L'intervention publique semble viser principalement à garantir que les contenus illicites soient effectivement combattus ou supprimés.

2.4.3. Enquêtes d'initiative propre

Selon l'article 6 de la proposition de DSA, les intermédiaires ne peuvent pas perdre leur protection en matière de responsabilité « du simple fait qu'ils procèdent de leur propre initiative à des enquêtes volontaires ou exécutent d'autres activités destinées à détecter, repérer et supprimer des contenus illicites, ou à en rendre l'accès impossible, ou qu'ils prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences du droit de l'Union, y

compris celles établies dans le présent règlement ». Cette approche pourrait être comparée au principe du « bon samaritain », tel qu'il a initialement été défini dans la législation américaine. Ce principe garantit que les intermédiaires en ligne ne soient pas pénalisés pour avoir pris des mesures visant à limiter la présence de contenus illicites ou d'autres formes de contenus inappropriés. Cette règle est généralement présentée comme protectrice des activités et des intérêts des intermédiaires : lorsque les intermédiaires se voient accorder une immunité pour les contenus qu'ils gèrent, la loi incite en pratique à l'adoption et à la mise en œuvre de politiques privées concernant les contenus illicites et les autres types de contenus qui sont licites, mais qui peuvent être offensants ou indésirables dans un contexte donné. Ce principe trouve l'une de ses illustrations les plus anciennes et les plus notoires dans la section 230(c) du Communications Act de 1934 (tel que modifié par le Telecommunications Act de 1996). La section 230 a joué un rôle fondamental dans le développement d'internet tel que nous le connaissons. Grâce aux protections établies par la loi américaine, les intermédiaires sont incités à exercer et à développer leurs activités dans le cadre d'un régime juridique stable, à modérer le contenu qu'ils partagent et en particulier à réagir face à certaines formes de discours répréhensibles²¹.

Des indications importantes concernant les dispositions relatives à la responsabilité dans le cadre de la DSA se trouvent également dans le considérant 22, selon lequel le fournisseur peut avoir effectivement connaissance ou conscience d'un contenu illicite au moyen « d'enquêtes effectuées de sa propre initiative ou de notifications qui lui sont soumises par des particuliers ou des entités conformément au présent règlement, dans la mesure où ces notifications sont assez précises et suffisamment étayées ».

Le considérant 25 renforce et développe le principe selon lequel le simple fait que les prestataires entreprennent des activités d'enquêtes « n'entraîne pas la non-application des exemptions de responsabilité prévues par le présent règlement, pour autant que ces activités soient menées de bonne foi et avec diligence ». Pour bénéficier d'une exemption de responsabilité, ces enquêtes doivent viser à « détecter, recenser et combattre les contenus illicites » ou à « se conformer aux exigences du droit de l'Union, y compris celles énoncées dans le présent règlement en ce qui concerne la mise en œuvre de leurs conditions générales ». Il est également important de noter que ce considérant – dans sa dernière phrase – reconnaît l'applicabilité « résiduelle » du critère du rôle actif par rapport au rôle passif ou neutre évoqué précédemment, en particulier dans les cas où les exemptions prévues ne seraient pas applicables. Dans le même ordre d'idées, le considérant 18 souligne le fait que les exemptions de responsabilité 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 ». En d'autres termes, la DSA semble suggérer que lorsqu'ils s'engagent dans des activités mentionnées à

²¹ Barata J., « Positive Intent Protections : Incorporating a Good Samaritan Principle in the EU Digital Services Act », *CDT blog*, 2020, <https://cdt.org/insights/positive-intent-protections-incorporating-a-good-samaritan-principle-in-the-eu-digital-services-act/>.

l'article 6, les intermédiaires ne deviennent pas automatiquement « actifs » du point de vue de la responsabilité.

Par conséquent, sans préjudice de l'applicabilité du régime général décrit dans la section précédente, la DSA a introduit des dispositions supplémentaires qui semblent encourager, dans une certaine mesure, l'adoption et la mise en œuvre de politiques de modération du contenu par les plateformes et qui pourraient également avoir une incidence importante sur les décisions en matière de responsabilité. Toutefois, elles ne manqueront pas de soulever également des problèmes d'interprétation.

2.4.4. Les difficultés d'interprétation de l'article 6 de la DSA

Premièrement, les fournisseurs ne sont pas considérés comme ne pouvant bénéficier des clauses d'immunité « du simple fait » qu'ils se livrent à des enquêtes d'initiative propre lorsque celles-ci visent deux objectifs principaux : la lutte contre les contenus illicites ou le respect d'autres obligations incombant aux intermédiaires en vertu de la DSA et d'autres législations européennes pertinentes.

S'agissant de la notion de « contenu illicite », le considérant 12 de la proposition établit qu'elle doit être définie de manière large car elle couvre « les informations relatives aux contenus, produits, services et activités illicites ». Ce concept doit être entendu comme faisant référence aux informations qui « en vertu du droit applicable, sont soit elles-mêmes illicites (...) ou se rapportent à des activités illégales ». Par conséquent, la définition de la portée et de la substance du contenu illicite ne figure pas dans le texte du règlement, mais dans la législation sectorielle, que ce soit au niveau national ou au niveau de l'UE. Quoi qu'il en soit, les contenus illicites en tant que catégorie générale peuvent présenter des typologies très diverses, comprenant des contenus manifestement illicites et pénalement sanctionnés (pédopornographie), des contenus illicites en vertu d'autres sources de la législation nationale (par exemple, la publicité pour certains produits), des contenus qui ne seraient définitivement considérés comme illicites que sur la base d'une décision de justice sollicitée par une partie intéressée (contenus diffamatoires), ou encore des contenus qui dépeignent ou représentent des activités illicites se déroulant dans le monde physique (qui ne seraient pas nécessairement considérés comme illicites en eux-mêmes). Dans ce domaine, il serait important que les fournisseurs d'hébergement soient autorisés à procéder à leur propre évaluation de bonne foi sur la base des principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité (qui ne sont d'ailleurs pas clairement énoncés dans le texte). En outre, et conformément au principe du « bon samaritain » qui semble être ancré dans l'article 6, le fait que l'évaluation mentionnée soit rejetée par l'autorité compétente ne doit pas avoir pour effet d'éliminer par principe l'exemption de responsabilité du fournisseur.

En ce qui concerne les « autres » obligations, il convient d'examiner en particulier l'obligation pour les très grandes plateformes (plus de 45 millions d'utilisateurs) de « mettre en place des mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces, adaptées aux risques systémiques spécifiques », comme le prévoit l'article 27 de la proposition en relation avec l'article 26. Ce dernier définit de manière générale les risques systémiques comme la diffusion de contenus illicites (paragraphe a) et la création d'effets

négatifs pour l'exercice des droits fondamentaux relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la liberté d'expression et d'information, à l'interdiction de la discrimination et aux droits de l'enfant (paragraphe b). Un dernier risque systémique, mais non le moindre (paragraphe c), consisterait en la création d'effets négatifs avérés ou prévisibles sur la protection de la santé publique, des mineurs ou du discours civique, ou sur les processus électoraux et la sécurité publique, par le biais d'une « manipulation intentionnelle de leur service, y compris via l'utilisation non authentique ou l'exploitation automatisée de leur service ». Les dispositions en question, comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, présentent certains aspects problématiques, comme leur nature extrêmement ouverte et imprécise notamment. En outre, et malgré la référence au caractère raisonnable et proportionné incluse dans l'article 27, il faut souligner que la nature et le champ d'application spécifiques des mesures d'atténuation sont laissés à la discrétion des plateformes et, en dernière instance, aux décisions d'organismes de régulation nationaux qui ne sont pas encore clairement identifiés, sous la vigilance générale de la Commission européenne.

Deuxièmement, comment faut-il interpréter l'expression de « seulement » dans ce contexte ? Cette expression semble limiter les exemptions de responsabilité aux cas où les plateformes n'auraient entrepris aucune autre activité -au-delà des enquêtes d'initiative propre - susceptible d'indiquer une connaissance spécifique d'un élément concret de contenu. En d'autres termes, la DSA ne couvre pas les autres actions ou mesures possibles qui pourraient amener l'autorité compétente à établir l'existence d'une connaissance ou d'une conscience effective. On peut citer à titre d'exemple le cas de la notification d'une injonction de fournir des informations en vertu de l'article 9, ou d'une notification ou d'un rapport de tiers insuffisamment étayé, lorsque cela a conduit à l'examen d'un contenu spécifique ou à l'adoption de mesures concrètes – rétrogradation, communication avec l'auteur original, etc.

La DSA n'intègre donc pas de clause de bon samaritain à proprement parler, au sens évoqué plus haut. Pour être en mesure de produire des résultats satisfaisants, une clause de bon samaritain doit en effet être rédigée avec précision et éviter toute éventuelle contre-implication. Selon la formulation actuelle de la DSA, comme c'est le cas pour la Directive sur le commerce électronique, il est toujours possible de conclure que plus les plateformes jouent un rôle actif dans la surveillance du contenu qu'elles hébergent, plus elles sont susceptibles de trouver un contenu potentiellement illicite qui nécessiterait *a minima* un examen prudent. Dans ce contexte, comme nous l'avons vu plus haut, les chances de prouver que les plateformes ont négligé une illégalité particulière, et donc le risque de responsabilité, augmentent considérablement²². L'article 6 pourrait donc conduire à davantage de retraits de contenus, dans la mesure où il est plus sûr, pour les fournisseurs d'hébergement engagés dans une surveillance proactive, de rester prudents et de retirer plus de contenus plutôt que moins afin d'éviter toute responsabilité²³.

²² Kuczerawy A., « The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5 ? », *UC Louvain CiTiC*, 2019, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-commission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/>.

²³ Kuczerawy A., « The Good Samaritan that wasn't : voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act », *Verfassungblog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/good-samaritan-dsa/>.

2.5. Évaluation et atténuation des risques systémiques

2.5.1. Évaluation des risques systémiques

Les très grandes plateformes en ligne (VLOP) telles que définies par l'article 25 de la proposition de DSA, c'est-à-dire celles qui fournissent leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union, égal ou supérieur à 45 millions, devront assumer, en vertu de la DSA, de nouvelles fonctions d'évaluation et d'atténuation des « risques systémiques », comme cela a été noté plus haut. L'existence et la nature de ces risques ne sont pas clairement décrites ou démontrées par le législateur. Le considérant 56 affirme que les plateformes « peuvent fixer les règles du jeu, sans identifier ni atténuer efficacement les risques et le préjudice sociétal et économique qu'elles sont susceptibles de causer ». Les risques décrits à l'article 26 sont fortement liés aux risques sociétaux ordinaires (qui existent avec ou sans intermédiation des plateformes en ligne). La mesure dans laquelle, et la façon dont ces risques peuvent être aggravés et comment cette évolution peut être évaluée de manière réaliste et appropriée par les plateformes, ne sont que vaguement évoquées dans la proposition, ce qui engendre un niveau élevé d'incertitude pour les plateformes et confère un pouvoir discrétionnaire excessif aux autorités compétentes.

L'article 26 vise à définir ces risques systémiques en les classant en trois grandes catégories.

2.5.1.1. Diffusion de contenus illicites par l'intermédiaire des services des VLOP

Le contenu illicite en tant que catégorie générale peut présenter des typologies très diverses, comme cela a déjà été évoqué. Ces typologies peuvent, en outre, présenter des différences importantes entre États membres.

L'article 26 a une approche très particulière des contenus illicites : il n'utilise pas ce terme pour désigner des informations spécifiques qui nécessiteraient l'adoption de mesures ciblées par les plateformes (comme dans le cas des mécanismes de notification et d'action, par exemple), mais pour décrire les contenus illicites non seulement comme une catégorie large, mais aussi comme des contenus devant faire l'objet d'une évaluation globale par les VLOP. La disposition ne précise pas comment cette qualification est accordée : en d'autres termes, si elle se réfère à des contenus qui ont déjà été déclarés illicites par une autorité compétente ou qui ont, du moins, déjà fait l'objet de mesures spécifiques en vertu des dispositions de la DSA, ou si elle se réfère à la probabilité que des informations illicites encore à venir puissent éventuellement être diffusées via les plateformes mentionnées.

Le libellé de la disposition semble combiner les deux approches et établir que les plateformes pourraient avoir à formuler des politiques de modération de contenu ciblant particulièrement les utilisateurs, les comptes, les pages, etc. dont il est prouvé qu'ils sont devenus (ou pourraient devenir) des sources de contenus illicites. En outre, il n'y a pas de précisions concernant l'introduction de garanties possibles – et contraignantes – visant à

éviter les effets inutiles et disproportionnés sur l'exercice du droit à la liberté d'expression par les utilisateurs et les tiers (ni par les plateformes elles-mêmes, ni par les organismes de contrôle).

La disposition ne fait pas état du fait que la détection du contenu illicite dépend fortement de différents domaines de législations nationales qui ne sont pas nécessairement harmonisées, ce qui crée donc d'importantes divergences entre États membres.

2.5.1.2. Le risque d' « effet négatif » pour l'exercice des droits fondamentaux

Le point b) du paragraphe 1 de l'article 26 décrit comme un risque systémique « tout effet négatif pour l'exercice des droits fondamentaux relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la liberté d'expression et d'information, à l'interdiction de la discrimination et aux droits de l'enfant », tels que consacrés par la Charte des droits fondamentaux.

Ce risque systémique est présenté d'une manière très problématique. La disposition utilise la formulation « tout effet négatif », ce qui n'est pas adapté au contexte du respect des droits de l'homme. Pour ne citer qu'un exemple, les reportages sur des questions d'intérêt public peuvent parfois avoir un effet négatif sur le droit à la vie publique et familiale de certaines personnes publiques, bien que cet effet soit dans la plupart des cas supplanté par les protections prépondérantes accordées par la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit à la liberté d'expression et à la liberté d'information. En d'autres termes, la référence à « toute violation » des droits fondamentaux implique que ces droits soient considérés comme des réalités complètement distinctes, sans tenir compte de la nécessité très fréquente de développer une interprétation qui permette de trouver un juste équilibre en présence de différents droits contradictoires.

2.5.1.3. Manipulation intentionnelle du service

La disposition la plus controversée concernant la description des risques systémiques est probablement celle qui concerne la « manipulation intentionnelle (du) service, y compris via l'utilisation non authentique ou l'exploitation automatisée (du) service, ayant un effet négatif réel ou prévisible sur la protection de la santé publique, des mineurs, du discours civique, ou des effets réels ou prévisibles liés aux processus électoraux et à la sécurité publique ».

Cette disposition a de sérieuses implications vis-à-vis du droit à la liberté d'expression. Les références aux effets négatifs sur la santé publique, les mineurs (ce qui doit être compris différemment des « droits de l'enfant » évoqués au point précédent), le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique, ainsi que la mention de l'incompatibilité, au-delà de la loi, avec les conditions générales, montrent clairement que les plateformes peuvent être tenues légalement (sous le contrôle des organismes publics) de restreindre l'accès à des contenus licites (et donc protégés par le droit à la liberté d'expression) qui peuvent être considérés comme « préjudiciables » selon des critères très

vagues. Ces critères sont susceptibles d'être interprétés de manière très libre, en fonction d'approches politiques et de sensibilités largement différentes au sein de l'Union européenne.

L'exposé des motifs de la DSA précise que « les contenus « préjudiciables » (mais pas, ou du moins, pas nécessairement illicites) ne devraient pas être définis dans le cadre de la DSA et ne devraient pas être soumis à des obligations de retrait, dans la mesure où il s'agit d'un domaine délicat présentant de lourdes implications pour la protection de la liberté d'expression ». Cependant, il est évident que les décisions de retrait ne sont pas les seules à avoir un fort impact sur le droit à la liberté d'expression. D'autres mesures internes adoptées par les plateformes pour limiter l'impact de certains risques systémiques (comme expliqué dans la section suivante) peuvent aussi potentiellement affecter cette large catégorie de contenus licites mais préjudiciables. En ce sens, il est important de différencier les cas de modération de contenu « pure », c'est-à-dire les décisions prises par les plateformes de leur propre initiative et sur la base de leurs conditions générales privées (article 2, point p) de la DSA) définissant la modération de contenu comme « les activités entreprises par les fournisseurs de services intermédiaires destinées à détecter et à repérer les contenus illicites ou les informations incompatibles avec leurs conditions générales, fournis par les bénéficiaires du service, (...) y compris les mesures prises qui ont une incidence sur la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus illicites ou informations, telles que leur rétrogradation, leur retrait ou le fait de les rendre inaccessibles, ou sur la capacité du bénéficiaire à fournir ces informations, telles que la suppression ou la suspension du compte d'un utilisateur », ainsi que les mesures adoptées sur la base des obligations légales imposées par les articles 26 et 27 de la DSA.

La complexité de l'interaction entre la légalité et les conditions générales de service est particulièrement manifeste au paragraphe 2 de l'article 26, qui stipule que lorsqu'elles procèdent à l'évaluation de différents risques systémiques, les plateformes doivent tenir compte « de la manière dont leurs systèmes de modération des contenus, systèmes de recommandation et systèmes de sélection et d'affichage de la publicité influencent tout risque systémique visé au paragraphe 1, y compris la diffusion potentiellement rapide et à grande échelle de contenus illicites et d'informations incompatibles avec leurs conditions générales ».

Il faut souligner que l'article 26 ne définit pas précisément dans quelles circonstances un risque est trop important pour justifier l'adoption de mesures d'atténuation. En d'autres termes, la vie politique, économique et sociale comporte en elle-même de nombreux dysfonctionnements et risques dans le contexte des sociétés modernes. Ces problèmes, y compris les comportements illicites, existent parallèlement aux plateformes en ligne ou indépendamment de celles-ci. L'élément clé est ici d'évaluer convenablement dans quelle mesure les intermédiaires génèrent des risques supplémentaires ou intensifient les risques existants dans une mesure inacceptable. La prochaine interrogation majeure est de savoir si les plateformes devraient être chargées de mener une analyse aussi complexe et de décider des meilleurs outils pour faire face à ces effets négatifs. Il convient de souligner les très fortes implications en matière de droits de l'homme que ces tâches impliquent. Un élément particulier à prendre en compte ici est que l'article 26 ne fait pas de distinction (et n'établit pas la nécessité d'en faire)

entre les différents types de contenus lors de l'évaluation des risques éventuels.. Par exemple, l'impact des éléments de contenu postés par des utilisateurs individuels doit-il être considéré au même titre que l'activité d'un compte géré par des organes de presse disposant d'une direction éditoriale ?

En outre, les autorités désignées par la proposition pour contrôler les décisions des plateformes dans ce domaine pourraient avoir la capacité d'évaluer les procédures et les pratiques mises en place par les plateformes pour s'acquitter de ces « obligations de diligence ». Cependant, est-il souhaitable de confier à ces autorités le soin de porter des jugements globaux sur l'ouverture et la pluralité qui devraient caractériser le discours public, sur l'équité du processus électoral ou sur la protection de la sécurité publique, ou mieux encore, ont-elles la légitimité pour le faire ? Ces questions ne sont-elles pas au cœur de nos démocraties et ne requièrent-elles donc pas des débats civiques et des procédures institutionnelles ouvertes et pluralistes ?

2.5.2. Atténuation des risques systémiques

Il est également nécessaire d'évoquer les différentes façons dont les risques susmentionnés peuvent être atténués, selon l'article 27. Il s'agit notamment de l'adoption éventuelle d'un large éventail de pratiques internes de modération des contenus (paragraphe 1), à compléter par des critères fournis par le Comité européen des services numériques et la Commission (paragraphe 2) et des orientations générales fournies par la Commission. Le considérant 68 établit que « des mesures d'atténuation des risques (...) devraient être explorées par le biais d'accords d'autorégulation et de corégulation » (envisagés à l'article 35) et en particulier que « le refus, sans explications valables, par une plateforme en ligne de l'invitation de la Commission à participer à l'application d'un tel code de conduite pourrait être pris en compte, le cas échéant, pour déterminer si la plateforme en ligne a enfreint les obligations prévues dans le présent règlement ». Cette approche est mise en œuvre notamment par des mécanismes de surveillance renforcée au sens de l'article 50.

Il convient de souligner que, dans de nombreux cas, la seule façon possible de traiter les risques systémiques et/ou de respecter les règles établies au moyen de codes peut requérir l'utilisation de mécanismes de filtrage automatisés. Sans préjudice des obligations de transparence figurant dans la DSA concernant l'utilisation de tels dispositifs, il est important de noter ici que les erreurs commises par les outils de contrôle automatisés peuvent porter atteinte, de manière grave et irréversible, aux droits fondamentaux des utilisateurs à la vie privée, à la liberté d'expression et d'information, à la protection contre la discrimination et à une procédure équitable. Cependant, la DSA ne contient aucune orientation claire et contraignante pour encadrer la conception et la mise en œuvre de ce type de mesures, en particulier pour ce qui est des implications en matière de droits de l'homme. D'un point de vue plus général, il n'existe pas de dispositions spécifiques exigeant que les processus et audits internes indépendants des plateformes tiennent compte de manière claire et approfondie d'éventuelles incidences sur les droits de l'homme, sur la base du droit international, en particulier dans le domaine qui nous intéresse ici. À cet égard, le considérant 58 se contente de mentionner

le fait que toute mesure d'atténuation « devrait respecter les exigences de diligence du présent règlement et être efficace et appropriée pour atténuer les risques spécifiques identifiés (...), et devrait être proportionnée à la capacité économique de la très grande plateforme en ligne et à la nécessité d'éviter des restrictions superflues à l'utilisation de ses services, en tenant dûment compte des effets négatifs potentiels sur les droits fondamentaux des bénéficiaires du service ».

De plus, dans le modèle européen, la mise en place de restrictions au droit à la liberté d'expression par des organes non législatifs est subordonnée à la présence d'un organe indépendant non soumis à un contrôle ou à des orientations politiques directs. Le rôle très important qu'un organe non indépendant comme la Commission européenne peut jouer vis-à-vis de l'élaboration et de la mise en œuvre de mesures ayant un impact évident sur la liberté d'expression apparaît comme étant en contradiction avec ce modèle.

Dernier point, et non des moindres, les activités et mesures adoptées et mises en œuvre dans le cadre des articles 26 et 27 de la DSA ne peuvent en aucun cas être considérées comme de simples politiques de contenu privées sous la responsabilité exclusive des plateformes en ligne. Elles résultent plutôt d'une intervention complexe impliquant des organismes publics/autorités étatiques (aux niveaux national et européen). Une telle intervention prend place tant *ex ante*, via les règles inscrites dans la DSA, qu'*ex post*, en raison de la capacité des différents organismes publics à façonner et encadrer les différentes manières dont les plateformes gèrent les risques systémiques, ce qui concerne la diffusion et l'accès à des types de contenus bien plus nombreux que les seules informations illicites. Par conséquent, dans un tel contexte, l'introduction et l'application correctes des principes et des garanties relatifs à la protection des droits de l'homme comme la liberté d'expression constituent une exigence impérative.

2.6. Conclusions

La DSA est une proposition particulièrement importante et exhaustive. Elle pose une série de règles et de principes fondamentaux qui concernent, essentiellement, la manière dont les intermédiaires participent à la distribution des contenus en ligne. Elle prévoit également de nouveaux droits importants pour les utilisateurs et de nouvelles obligations pour les fournisseurs de services (en particulier les VLOP) dans des domaines tels que les conditions générales, les exigences de transparence, la motivation des retraits de contenus, les systèmes de traitement des plaintes et le règlement extrajudiciaire des litiges, entre autres.

À bien des égards, la DSA représentera un renforcement des droits des utilisateurs et de ceux qui s'expriment vis-à-vis des intermédiaires en ligne. Cependant, la confusion entourant la notion de connaissance effective et de conscience et leur relation avec un éventuel rôle « actif » joué par les plateformes n'a pas été levée et subsiste dans le langage parfois imprécis de la proposition. L'importance de pouvoir compter sur un régime de responsabilité offrant une sécurité juridique suffisante aux plateformes et aux utilisateurs suggère que ces questions pourraient faire l'objet d'une attention soutenue et de longs débats au cours des différentes étapes de l'adoption du règlement.



En outre, les obligations et responsabilités ayant trait à l'évaluation et à l'atténuation des risques systémiques pourraient avoir un impact injustifié et disproportionné sur le droit à la liberté d'expression des utilisateurs, comme l'a souligné le présent article.

3. Réglementer la modération des contenus illicites en ligne

Alexandre de Streel, professeur de droit européen à l'Université de Namur et au Namur Digital Institute (NADI), codirecteur académique du Centre on Regulation in Europe (CERRE) et président du groupe d'experts de l'Observatoire de l'UE sur l'économie des plateformes en ligne ; Michèle Ledger, responsable de services chez Cullen International et chercheuse senior au NADI.

3.1. Portée et structure du chapitre

Ce chapitre examine le cadre réglementaire européen applicable aux intermédiaires d'hébergement lorsque ceux-ci modèrent des contenus en ligne illicites ou en violation de leurs conditions générales²⁴. Ces concepts sont tous déjà définis – ou sont sur le point de l'être – dans le droit de l'UE : (i) **les intermédiaires d'hébergement** comprennent toutes les organisations qui stockent des informations fournies par un destinataire des services ou à la demande de ce dernier²⁵ ; (ii) **les pratiques de modération des contenus** couvrent l'ensemble des mesures que les intermédiaires prennent pour faire face aux contenus qui contreviennent à la loi ou à leurs conditions générales, ainsi que pour gérer leurs utilisateurs (par exemple, la suspension ou la résiliation du compte de l'utilisateur)²⁶ ;

* [Les auteurs souhaitent remercier Maja Cappello et Francisco Cabrera pour leurs précieux commentaires et réflexions. Comme à l'accoutumée, la responsabilité du contenu de cet article n'incombe qu'aux auteurs.](#)

²⁴ Ce chapitre se fonde en partie sur de Streel A. et al., « [Online platforms' moderation of illegal content online](#) », étude pour le compte du Parlement européen, 2020. Sur les règles relatives à la modération du contenu, voir Floridi L. et Taddeo M. (éd.), *The responsibility of online service providers*, Springer, 2017 et Frosio G. (éd.), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, 2020.

²⁵ 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 [2000] JO L 178/1, article 14 ; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>, Proposition de règlement du parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2020 relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825, Article 5(1), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁶ L'article 2(p) de la proposition de législation sur les services numériques (DSA) définit la modération des contenus comme « les activités entreprises par les fournisseurs de services intermédiaires destinées à détecter et à repérer les contenus illicites ou les informations incompatibles avec leurs conditions générales, fournis par les bénéficiaires du service, et à lutter contre ces contenus ou informations, y compris les mesures prises

(iii) **le contenu illicite** comprend toute information qui n'est pas conforme à la législation européenne ou nationale, quel que soit le sujet précis ou la nature de cette législation²⁷.

Sur ce dernier point, il est important de faire la distinction entre : le contenu (i) qui enfreint la législation de l'UE ou de l'État membre et qui est donc illicite selon la définition proposée par la législation sur les services numériques (DSA) ; (ii) qui ne contrevient pas à une loi mais qui viole les conditions générales d'une plateforme sur laquelle il est posté ; et (iii) qui ne porte atteinte ni à une loi ni aux conditions générales de la plateforme mais qui cause un préjudice aux utilisateurs, en particulier aux plus vulnérables (comme les mineurs). Notre article se concentre principalement sur les règles de l'UE applicables à la modération de cette première catégorie de contenu en ligne, qui est la plus fortement réglementée, et n'aborde que rapidement, lorsque cela est nécessaire, les deuxième et troisième catégories de contenu²⁸.

Ce chapitre retrace l'évolution du cadre réglementaire de l'UE au fil des ans, à mesure que la place de l'internet s'est accrue dans l'économie et la société. Au début du siècle, alors que les intermédiaires numériques n'en étaient qu'à leurs balbutiements, internet restait relativement libre de toute intervention de l'État, comme l'a suggéré John Perry Barlow dans sa déclaration d'indépendance du cyberspace de 1996²⁹ (section 3.2). De nouvelles règles ont commencé à être adoptées pour répondre à des types particuliers de contenus illicites ou d'intermédiaires numériques, marquant le début de la fin de « l'exceptionnalisme numérique » (section 3.3). Aujourd'hui, de nouvelles règles horizontales applicables à toutes les plateformes et à tous les types de contenus sont sur le point de voir le jour, marquant la fin de l'indépendance du cyberspace (section 3.4). Bien que ces règles constituent certainement un pas dans la bonne direction, certaines clarifications et améliorations restent néanmoins possibles (section 3.5).

3.2. L'indépendance du cyberspace : la Directive sur le commerce électronique

En 2000, la Directive sur le commerce électronique a instauré un régime de responsabilité spécial pour les services intermédiaires en ligne. Selon la Commission européenne³⁰, ce régime poursuivait quatre objectifs principaux : (i) partager la responsabilité d'un internet

qui ont une incidence sur la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus illicites ou informations, telles que leur rétrogradation, leur retrait ou le fait de les rendre inaccessibles, ou sur la capacité du bénéficiaire à fournir ces informations, telles que la suppression ou la suspension du compte d'un utilisateur » ; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁷ Proposition de DSA, article 2(g), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁸ Sur la désinformation en ligne, qui appartient souvent à la troisième catégorie, voir le chapitre 6 de cette publication.

²⁹ <https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>.

³⁰ Exposé des motifs de la Commission du 18 novembre 1998 relatif à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM(1998)586,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:51999PC0427&rid=3>.

sûr entre tous les acteurs privés concernés et promouvoir une bonne coopération avec les autorités publiques – ainsi, les parties lésées peuvent notifier aux plateformes en ligne toute infraction qu’elles observent et les plateformes en ligne doivent retirer ou bloquer l’accès à tout matériel illicite dont elles ont connaissance ; (ii) encourager le développement du commerce électronique en Europe en veillant à ce que les plateformes en ligne n’aient pas l’obligation de contrôler la légalité de tous les contenus qu’elles stockent ; (iii) trouver un juste équilibre entre les droits fondamentaux des différentes parties prenantes, en particulier le droit au respect de la vie privée et à la liberté d’expression, la liberté d’exercer une activité commerciale (pour les plateformes) et le droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle des parties lésées³¹ ; et (iv) renforcer le marché unique numérique en adoptant une norme européenne commune en matière d’exemption de responsabilité, en particulier à un moment où les règles et la jurisprudence nationales devenaient de plus en plus divergentes.

Ainsi, la Directive sur le commerce électronique crée une exemption au régime national de responsabilité auquel la plateforme d’hébergement est soumise et détermine les exigences que les prestataires doivent remplir pour bénéficier d’une telle exemption³². Une plateforme d’hébergement peut échapper à toute responsabilité pour le contenu illicite mis en ligne par les utilisateurs pour autant qu’elle n’ait « pas effectivement connaissance de l’activité ou de l’information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n’ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l’activité ou l’information illicite est apparente ». Si la plateforme a connaissance ou conscience d’une telle situation, elle peut toutefois bénéficier de l’exemption de responsabilité si elle agit « promptement pour retirer l’information (...) ou pour en rendre l’accès impossible ». L’exemption de responsabilité est horizontale : tous les types de contenus ou d’activités illicites sont couverts (pratiques commerciales déloyales, violation des règles de protection des données, atteinte à l’honneur et à la réputation, etc.), ainsi que divers types de responsabilités (pénales ou civiles)³³.

Pour bénéficier des exemptions de responsabilité, la plateforme d’hébergement doit également être neutre en ce sens que son comportement revêt, pour reprendre les termes de la Cour de justice, « un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l’information n’a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées³⁴ ». Une question

³¹ Tels que protégés par la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, articles 7, 8, 11, 16 et 17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

³² Directive sur le commerce électronique, article 14. Concernant l’exemption de responsabilité, voir le chapitre 2 de cette publication. Voir aussi Kuczerawy A., *Intermediary liability and freedom of expression in the EU : From concepts to safeguards*, Intersentia, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

³³ Il convient de noter que, même lorsqu’un intermédiaire numérique ne peut bénéficier de l’exemption de responsabilité, il ne sera pas nécessairement considéré comme responsable en vertu du cadre juridique applicable. Dans ce cas, la juridiction nationale doit déterminer si les exigences légales applicables dans l’État membre sont remplies (par exemple, la négligence en droit civil) et, si c’est le cas, décider de tenir l’intermédiaire pour responsable.

³⁴ Affaires C-236/08 à C-238/08 *Google France c. Louis Vuitton*, EU:C:2010:159, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-236/08>; <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-238/08>, et affaire C-324/09 *L’Oreal et autres c. eBay*



connexe est de savoir si la Directive sur le commerce électronique dissuade les plateformes en ligne de contrôler de manière proactive la licéité du matériel qu'elles hébergent car, si elles le faisaient, elles pourraient perdre le bénéfice de l'exemption de responsabilité. C'est ce qu'on appelle parfois le « paradoxe du bon samaritain ». Par exemple, une plateforme se livrant à des pratiques de modération *ex ante* pourrait être considérée comme jouant un rôle actif et, par conséquent, se voir exclue de l'exemption de responsabilité. Lors de consultations publiques successives menées par la Commission européenne sur les effets de la Directive sur le commerce électronique, les plateformes en ligne ont mentionné ce risque juridique lié à l'introduction volontaire de mesures plus proactives³⁵. Cependant, dans sa communication de septembre 2017 sur la lutte contre les contenus illicites en ligne, la Commission européenne a estimé que les mesures proactives volontaires « ne les excluent pas en soi du bénéfice de la dérogation en matière de responsabilité. Ainsi, l'adoption de telles mesures n'implique pas nécessairement que la plateforme en ligne concernée joue un rôle actif la privant du bénéfice de cette dérogation³⁶ ».

Un autre pilier de la Directive sur le commerce électronique consiste en l'interdiction, pour les États membres de l'UE, d'imposer aux plateformes d'hébergement une obligation générale de surveillance du matériel hébergé³⁷. La Cour de justice a tracé une ligne de démarcation floue entre les mesures de surveillance générales et les mesures de surveillance spécifiques, notamment en cas de suspicion de violation des droits de propriété intellectuelle. Les premières sont interdites³⁸ ; les secondes sont autorisées lorsqu'un juste équilibre entre les droits fondamentaux des différentes parties prenantes est atteint³⁹. Bien que l'imposition d'une obligation générale de surveillance ne soit pas autorisée, les plateformes en ligne pourraient décider, sur une base volontaire,

et autres EU:C:2011:474, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-324/09>. Ces affaires sont bien expliquées dans van Hoboken J., Quintais J.P., Poort J. et van Eijk N., « Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online », étude pour le compte de la Commission européenne, 2018, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/7779caca-2537-11e9-8d04-01aa75ed71a1>.

³⁵ Pour la consultation publique de 2011 : Document de travail des services de la Commission du 11 janvier 2012, Online services, including e-Commerce, in the Single Market, SEC(2011) 1641, page 35, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011SC1641>. Pour la consultation publique de 2015-2016, Communication de la Commission du 25 mai 2016, Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288, page 9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288> et Document de travail des services de la Commission du 10 mai 2017 on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy, SWD(2017) 155, page 28, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0155&rid=1>.

³⁶ Communication de la Commission du 28 septembre 2017, Lutter contre le contenu illicite en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM (2017) 555, page 13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0555>.

³⁷ Directive sur le commerce électronique, article 15(1). Sur ce sujet, voir Husovec M., *Injunctions against intermediaries in the European Union : Accountable but not liable ?*, Cambridge University Press, 2017

³⁸ Affaire C-360/10 *SABAM c. Netlog* EU:C:2012:85 ; <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-360/10>, Affaire C-70/10 *Scarlet Extended c. SABAM* EU:C:2011:771, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-70/10> ; Case C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland* EU:C:2019:821, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-18/18>.

³⁹ Affaire C-314/12 *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih GmbH* EU:C:2014:192, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-314/12> ; Affaire C-484/14 *Mc Fadden*, paragraphe 96, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-484/14>.

d'effectuer des contrôles ponctuels du contenu en ligne. Cela n'est pas interdit, mais en agissant de la sorte, la plateforme en ligne pourrait être considérée comme jouant un rôle actif, comme nous l'avons vu plus haut.

En outre, les États membres peuvent imposer aux fournisseurs d'hébergement une obligation de coopérer avec les autorités compétentes⁴⁰. Deux types d'obligations sont possibles : une communication spontanée aux autorités ou une communication à leur demande. Les informations relatives à l'identification de l'utilisateur qui a publié un contenu illicite de manière anonyme peuvent être communiquées à la victime du contenu illicite (afin qu'elle puisse porter plainte contre l'auteur) ou uniquement aux autorités compétentes.

Le dernier pilier de la Directive sur le commerce électronique vise à encourager la corégulation et l'autorégulation dans la mise en œuvre des règles et des principes de la directive⁴¹. La directive mentionne notamment l'importance d'associer les consommateurs à l'élaboration des codes de conduite afin de veiller à ce que les règles restent équilibrées. Pour garantir l'efficacité de ces règles, il est essentiel de contrôler la bonne application des codes⁴². Cette disposition a conduit, comme nous le verrons dans la section suivante, à se reposer de plus en plus sur la corégulation et l'autorégulation pour lutter contre certains types de contenus illicites qui ont un impact extrêmement néfaste sur la société, tels que les discours de haine, les contenus à caractère pédopornographique ou les contenus terroristes.

3.3. Le début de la fin : le nouveau cadre réglementaire de l'UE pour la modération des contenus en ligne

À mesure que l'internet gagnait en importance dans l'économie et en influence dans la société, l'UE a commencé à reprendre le contrôle du cyberspace et à adopter de nouvelles règles de modération du contenu, en se concentrant d'abord sur les types de contenus illicites les plus préjudiciables⁴³, puis sur certains types spécifiques d'intermédiaires numériques.

⁴⁰ Directive sur le commerce électronique, article 15(2), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

⁴¹ Directive sur le commerce électronique, article 16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>.

⁴² À cet égard, la Commission a formulé certains principes pour une meilleure autorégulation et corégulation. Ces principes concernent la conception des règles : elles doivent être élaborées de façon ouverte et par le plus grand nombre possible d'acteurs concernés ; elles doivent fixer des objectifs et des indicateurs clairs et être conçues dans le respect du droit de l'UE et du droit national. Les principes portent également sur la mise en œuvre des règles : elles doivent faire l'objet d'un contrôle suffisamment ouvert et autonome, être améliorées de manière itérative (apprentissage par la pratique) et leur non-respect doit faire l'objet d'une échelle graduée de sanctions.

⁴³ Ce chapitre ne traite pas du contenu et du matériel contrevenant au droit de la propriété intellectuelle, qui est abordé au chapitre 4 de la présente publication.

3.3.1. La régulation de la modération de certains types de contenus en ligne

3.3.1.1. Le discours de haine raciste et xénophobe

En 2008 déjà, l'UE avait adopté une décision-cadre relative à la lutte contre le racisme visant à combattre les formes particulièrement graves de discours haineux et prévoyant que les États membres devaient veiller à ce que le racisme et la xénophobie soient sanctionnés par le droit pénal⁴⁴. Toutefois, cette décision ne prévoyait pas d'obligations détaillées concernant les pratiques de modération des contenus en ligne et, sur un plan plus général, la fragmentation des règles de procédure pénale entre États membres rendait son application difficile au niveau européen⁴⁵.

C'est pourquoi, en 2016, à l'initiative de la Commission, les principales plateformes en ligne ont convenu d'un code de conduite de l'UE visant à combattre les discours de haine illicites en ligne⁴⁶ comprenant une série d'engagements : (i) attirer l'attention des utilisateurs sur les types de contenus non autorisés par leurs normes/conditions générales et préciser qu'ils interdisent la promotion de l'incitation à la violence et des comportements haineux ; (ii) mettre en place un processus clair et efficace pour examiner les rapports/notifications de discours haineux illicites afin de les supprimer ou de les rendre inaccessibles ; examiner les notifications sur la base des normes/conditions générales et des lois nationales, et examiner la majorité des rapports valides dans les 24 heures ; (iii) former régulièrement le personnel des plateformes en ligne, notamment en ce qui concerne les évolutions sociétales ; (iv) encourager le signalement des discours de haine illicites par des experts, notamment par le biais de partenariats avec des organisations de la société civile – de sorte qu'ils puissent potentiellement agir en tant que « signaleurs de confiance » – et renforcer les partenariats et la collaboration avec ces organisations pour les soutenir ; et (v) renforcer la communication et la coopération entre les plateformes en ligne et les autorités nationales, notamment en ce qui concerne les procédures de soumission des notifications ; collaborer avec d'autres plateformes en ligne pour améliorer et assurer l'échange de bonnes pratiques entre elles.

Bien qu'ils reconnaissent qu'il s'agit d'un pas dans la bonne direction, plusieurs auteurs ont souligné les faiblesses de ce dispositif : risques de censure privée, en raison de l'application prioritaire des normes et conditions générales ; défaut de précision dans

⁴⁴ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JO [2008] L 328/55, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

⁴⁵ Rapport de la Commission européenne du 27 janvier 2014 relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, COM(2014)27, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/ea5a03d1-875e-11e3-9b7d-01aa75ed71a1>.

⁴⁶ Le Code est disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en.

la manière de déterminer la validité d'une notification ; absence de mécanismes d'appel pour les utilisateurs dont le contenu a été retiré ; absence d'obligation de signaler aux autorités nationales compétentes les contenus illicites retirés en application des normes et conditions générales ; et observation selon laquelle le délai de 24 heures pourrait soit empêcher les plateformes en ligne de respecter leurs engagements, soit entraîner des pratiques de blocage exagérées⁴⁷.

3.3.1.2. Contenu relatif à l'abus sexuel d'enfant

En 2011, l'UE a adopté une directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, qui exige des États membres qu'ils prennent des mesures de retrait et de blocage du contenu à l'encontre des sites web contenant ou diffusant du matériel pédopornographique⁴⁸. Ces mesures doivent être élaborées par le biais de procédures transparentes et s'accompagner de garanties suffisantes, en particulier pour veiller à ce que les restrictions soient limitées à ce qui est nécessaire et proportionné, et que les utilisateurs soient informés de la raison de ces restrictions. Ces garanties incluent aussi la possibilité d'un recours judiciaire⁴⁹. En pratique, les États membres ont adopté deux catégories de mesures : (i) des mesures de notification et de retrait avec des lignes d'urgence nationales auxquelles les utilisateurs d'internet peuvent signaler les contenus relatifs à l'abus sexuel d'enfants, qu'ils trouvent en ligne⁵⁰ ; et (ii) des mesures fondées sur le droit pénal national, telles que des dispositions générales permettant la saisie de matériel utile dans le cadre d'une procédure pénale (par exemple, du matériel utilisé pour commettre une infraction) ou des dispositions plus spécifiques sur le retrait de matériel pédopornographique⁵¹.

⁴⁷ Quintel T. et Ullrich C., « Self-regulation of fundamental rights ? The EU Code of Conduct on Hate Speech, related initiatives and beyond » in Petkova B. et Ojanen T., *Fundamental rights protection online : The future regulation of intermediaries*, Edward Elgar, 2019.

⁴⁸ Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, JO [2011] L 335/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32011L0093>. La directive prévoit, à son article 2, une définition large du matériel pédopornographique qui inclut la pédopornographie réelle représentant visuellement un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite réel ou simulé, ou la pédopornographie virtuelle, c'est-à-dire le matériel pornographique généré par ordinateur impliquant des enfants. Pour en savoir plus sur la stratégie et les règles de l'UE en matière de lutte contre la pédopornographie en ligne, voir Jenay P., « Combating child sexual abuse online », étude pour le compte du Parlement européen, 2015, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)536481](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)536481).

⁴⁹ Directive sur les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, article 25. Les mesures peuvent prendre la forme de différents types d'actions publiques, par exemple législatives, non législatives, judiciaires ou autres.

⁵⁰ De plus, INHOPE, une organisation mondiale qui réunit les lignes d'urgence, encourage l'échange d'expertise, <https://www.inhope.org/EN>.

⁵¹ Rapport de la Commission du 16 décembre 2016 évaluant la mise en œuvre des mesures visées à l'article 25 de la directive 2011/93/UE relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, COM(2016) 872, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2016\)872&lang=fr](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2016)872&lang=fr).

Parallèlement aux efforts déployés par les États membres, une série d'initiatives d'autorégulation ont été prises par les intermédiaires numériques – souvent encouragées par la Commission européenne – pour mieux protéger les mineurs et faire d'internet un lieu plus sûr pour les enfants⁵². En 2017, l'Alliance pour une meilleure protection des mineurs en ligne, un forum multipartite animé par la Commission européenne, a été créée afin de faire face aux risques émergents auxquels les mineurs sont confrontés en ligne, tels que les contenus (par exemple, les contenus violents ou à caractère d'exploitation sexuelle), les comportements (par exemple, la cyberintimidation) et les contacts (par exemple, l'extorsion à caractère sexuel...) illicites et préjudiciables⁵³. Elle rassemble des acteurs représentant l'ensemble de la chaîne de valeur (fabricants de terminaux, opérateurs de télécommunications, médias et plateformes en ligne utilisées par les enfants). Son plan d'action prévoit la mise à disposition d'outils accessibles, robustes et faciles à utiliser, la fourniture de retours d'information et de notifications, la promotion de la classification des contenus et le renforcement de la coopération entre les membres de l'alliance et les autres parties prenantes (telles que les organisations de protection de l'enfance, les gouvernements, les services d'éducation et les services de police) afin d'améliorer l'échange des bonnes pratiques⁵⁴. Dans une évaluation de cette Alliance, Ramboll indique que la mise en œuvre de bon nombre de ces engagements reste difficile à mesurer, d'où la difficulté à évaluer leur efficacité. De plus, l'impact de l'Alliance est limité par une faible sensibilisation du public et un partage limité des connaissances en interne. Ramboll recommande donc de sensibiliser davantage le public afin de renforcer le contrôle externe des engagements, d'inciter les participants à les respecter et de renforcer le partage des bonnes pratiques entre membres⁵⁵.

3.3.1.3. Contenu à caractère terroriste

Le contenu à caractère terroriste a été le dernier type de contenu à faire l'objet d'une réglementation au niveau de l'UE, mais il est désormais celui qui est le plus strictement encadré. En décembre 2015, après des attaques terroristes dans plusieurs États membres, un forum de l'UE sur l'internet visant à contrer les contenus terroristes en ligne a été créé et regroupait les ministres de l'Intérieur de l'UE, des responsables des principales plateformes en ligne (telles que Facebook, Google, Microsoft et Twitter), Europol, le coordinateur de la lutte contre le terrorisme de l'UE et le Parlement européen⁵⁶. L'un de

⁵² Une coalition de dirigeants d'entreprises visant à faire de l'internet un meilleur endroit pour les enfants a été créée en 2011, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/self-regulation-and-stakeholders-better-internet-kids>, et la ICT Coalition for Children Online mise en place en 2012, <http://www.ictcoalition.eu>.

⁵³ Commission européenne, Alliance pour une meilleure protection des mineurs en ligne, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/alliance-better-protect-minors-online>.

⁵⁴ L'action commune est complétée par des engagements individuels des entreprises assortis d'un calendrier précis pour mieux protéger les mineurs en ligne, voir : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/individual-company-statements-alliance-better-protect-minors-online>.

⁵⁵ Ramboll, « Evaluation of the implementation of the Alliance to Better Protect Minors Online », étude pour le compte de la Commission européenne, 2018, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/122e3bdd-237b-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en>.

⁵⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 3 décembre 2015, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_6243.

ses objectifs était de lutter contre l'utilisation abusive d'internet par les groupes terroristes et de réduire l'accessibilité des contenus à caractère terroriste en ligne. Le forum a débouché sur un mécanisme de signalement efficace, notamment avec l'unité de signalement des contenus sur internet d'Europol, une base de données partagée contenant plus de 200 000 empreintes numériques (« hash ») uniques de vidéos et d'images terroristes retirées des plateformes en ligne.

Puis, en 2017, l'UE a adopté une Directive relative à la lutte contre le terrorisme, qui impose aux États membres de prendre des mesures de retrait et de blocage à l'encontre des sites web contenant ou diffusant des contenus terroristes⁵⁷. Ces mesures doivent être prises conformément à des procédures transparentes et offrir des garanties adéquates, notamment pour s'assurer qu'elles sont limitées à ce qui est nécessaire et proportionné, et que les utilisateurs sont informés de la raison de ces mesures. En pratique, comme pour la Directive sur les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, les États membres ont adopté deux grands types de mesures⁵⁸ : (i) des mesures de notification et de retrait, qui diffèrent d'un État membre à l'autre sur plusieurs points tels que les infractions concernées, les délais de retrait et les conséquences du non-respect des règles ; et (ii) des mesures de droit pénal permettant à un procureur ou à un tribunal d'ordonner aux entreprises de retirer ou de bloquer un contenu ou un site web dans un délai de 24 ou 48 heures.

Enfin, en 2021, l'UE a franchi une étape supplémentaire en adoptant un règlement relatif à la lutte contre la diffusion sur les contenus à caractère terroriste en ligne, qui impose des obligations de diligence aux fournisseurs de services d'hébergement⁵⁹. Outre les obligations de transparence et de produire un rapport⁶⁰, les principales nouvelles obligations pour ces fournisseurs de services d'hébergement sont les suivantes : i) retirer les contenus terroristes dans l'heure qui suit la réception d'une injonction de retrait valide émanant d'une autorité nationale compétente – pas nécessairement judiciaire⁶¹ ; (ii) conserver pendant six mois les contenus à caractère terroristes retirés et les données connexes nécessaires aux fins d'un réexamen administratif ou d'un contrôle juridictionnel ou au traitement d'une plainte, ou à la prévention, à la détection, aux enquêtes et aux

⁵⁷ Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme, JO [2017] L 88/6, article 21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32017L0541>.

⁵⁸ Document de travail des services de la Commission du 12 septembre 2018, Impact Assessment – Terrorism Content Regulation Proposal, SWD(2018) 408, page 22, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:408:FIN>.

⁵⁹ Règlement 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, JO [2021] L 172/79, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32021R0784>. Ce nouveau règlement sera applicable à partir du 7 juin 2022. L'article 2, paragraphe 1, définit un fournisseur de services d'hébergement comme « un fournisseur de services de la société de l'information, qui consistent à stocker des informations fournies par un fournisseur de contenus à la demande de celui-ci ».

⁶⁰ Règlement sur les contenus à caractère terroriste, article 7.

⁶¹ *Ibid.*, article 3. Il peut s'agir d'autorités administratives, de répression ou judiciaires, à condition qu'elles s'acquittent de leurs tâches de manière objective et non discriminatoire et qu'elles ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun autre organe dans le cadre de l'exercice des tâches prévues par le règlement (considérant 35 et article 13).

poursuites en matière d'infraction terroriste⁶² ; et à (iii) prendre des mesures spécifiques (si ces fournisseurs de services ont été précédemment exposés à des contenus terroristes) pour faire face à la diffusion de matériel terroriste sur leurs services, y compris en déployant des outils de détection automatisée⁶³. Il convient de souligner que le recours à des outils automatisés doit être assorti de garanties, notamment par le biais d'une surveillance et de vérifications humaines. Bien que les mesures spécifiques ne soient pas précisément définies, les plateformes doivent en tout état de cause s'assurer qu'elles sont ciblées et proportionnées aux risques d'exposition et à leur importance, qu'elles sont appliquées en tenant compte des droits et des intérêts légitimes des utilisateurs (notamment de leurs droits fondamentaux) et de manière diligente et non discriminatoire.

3.3.2. La régulation de la modération par des types spécifiques d'intermédiaires numériques : les plateformes de partage de vidéos

En plus de la réglementation de types spécifiques de contenus illicites en ligne, l'UE a également commencé à réglementer les pratiques de modération pour un type spécifique d'intermédiaires numériques. En effet, depuis sa révision en 2018, la Directive sur les services de médias audiovisuels (SMA) prévoit que les plateformes de partage de vidéos⁶⁴ doivent prendre des mesures appropriées pour protéger : (i) le grand public des contenus en ligne qui violent le droit de l'UE (c'est-à-dire présentant un caractère raciste, xénophobe, pédopornographique ou terroriste) ; (ii) le grand public des autres formes de discours de haine qui violent les principes mentionnés dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE (c'est-à-dire en raison du sexe, de la race, de la couleur, des origines ethniques ou sociales, des caractéristiques génétiques, de la langue, de la religion ou des convictions, des opinions politiques ou de toute autre opinion, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, de la naissance, d'un handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle) ; et (iii) les mineurs des contenus susceptibles de violer

⁶² *Ibid.*, article 6.

⁶³ *Ibid.*, article 5.

⁶⁴ Directive 2010/13 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), JO [2010] L 95/1, telle que modifiée par la directive 2018/1808, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>. Son article 1, paragraphe 1, point a bis) définit une plateforme de partage de vidéos comme « un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques (...) et dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement ».

la loi ou d'être préjudiciables à leur épanouissement physique, mental ou moral⁶⁵. Bien que la Commission européenne ait initialement envisagé⁶⁶ que le chapitre sur les plateformes de partage de vidéos devait conduire à une harmonisation maximale, cette approche a été modifiée au cours du processus d'adoption de la directive, et les États membres sont donc libres d'introduire des obligations plus restrictives pour les plateformes de partage de vidéos.

La Directive SMA énumère les mesures qui peuvent être mises en place, telles que des mécanismes transparents et conviviaux pour indiquer et signaler les contenus ; des systèmes par lesquels les plateformes de partage de vidéos expliquent aux utilisateurs les suites données aux indications et aux signalisations reçues ; des systèmes faciles à utiliser permettant aux utilisateurs de classer les contenus ; des procédures transparentes, faciles à utiliser et efficaces pour le traitement et la résolution des réclamations des utilisateurs. La directive précise que les mesures doivent être appropriées au regard de la nature du contenu, du préjudice potentiel, des caractéristiques de la catégorie de personnes à protéger, des droits et intérêts légitimes en jeu (notamment ceux des plateformes de partage de vidéos et des utilisateurs ayant créé et/ou mis en ligne le contenu, ainsi que l'intérêt public). Les mesures doivent également être proportionnées, et tenir compte de la taille de la plateforme de partage de vidéos et de la nature du service fourni. Une autorité réglementaire nationale (souvent le régulateur des médias) doit être chargée d'évaluer le caractère approprié des mesures⁶⁷.

Selon la Commission européenne, les exigences de la Directive SMA sont compatibles avec l'exemption de responsabilité de la Directive sur le commerce électronique, car les mesures imposées aux plateformes de partage de vidéos concernent les responsabilités du fournisseur dans la sphère organisationnelle et n'entraînent pas de responsabilité en tant que telle pour les informations illicites stockées sur les plateformes en ligne⁶⁸. En outre, les mesures imposées aux plateformes de partage de vidéos ne peuvent conduire à la mise en place de mesures de contrôle *ex ante* ou à un filtrage du contenu en amont⁶⁹.

⁶⁵ Directive sur les services de médias audiovisuels, article 28 ter (1). En ce qui concerne les nouvelles obligations imposées aux plateformes de partage de vidéos, voir Valcke P., « The EU regulatory framework applicable to audiovisual media services », in Garzaniti L. et al. (éd.), *Telecommunications, broadcasting and the Internet. EU Competition law & regulation*, 4^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 2019, pages 232-235.

⁶⁶ Voir l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, COM(2016) 287, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM%3A2016%3A287%3AFIN>.

⁶⁷ Directive sur les services de médias audiovisuels, article 28 ter (3)-(7).

⁶⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, COM(2016) 287.

⁶⁹ Directive sur les services de médias audiovisuels, article 28 ter (3).

3.3.3. Une réglementation pour tous : une réinterprétation de la Directive sur le commerce électronique

Afin d'améliorer les pratiques de modération des contenus de l'ensemble des intermédiaires numériques, la Commission a également adopté en 2017 une communication⁷⁰ puis en 2018 une recommandation⁷¹ établissant des principes à l'intention des fournisseurs de services d'hébergement ainsi que des États membres afin qu'ils prennent des mesures efficaces, appropriées et proportionnées pour lutter contre les contenus illicites en ligne. Cette communication énonce les principes généraux applicables à tous les types de contenus illicites en ligne et recommande une modération plus stricte des contenus à caractère terroriste.

En ce qui concerne les procédures de notification et de retrait qui n'étaient pas réglementées par la Directive sur le commerce électronique et qui variaient fortement d'un État membre à l'autre⁷², la recommandation appelle à la mise en place de procédures qui : (i) sont efficaces, suffisamment précises et correctement étayées ; (ii) respectent les droits des fournisseurs de contenu avec la possibilité de contre-notifications et de réglemements extrajudiciaires des litiges ; et (iii) sont transparentes⁷³.

En ce qui concerne les mesures proactives prises par les intermédiaires numériques pour trouver et retirer les contenus illicites, la recommandation encourage la mise en place de mesures appropriées, proportionnées et spécifiques, qui pourraient impliquer l'utilisation de procédés automatisés, à condition que certaines garanties soient en place, en particulier la présence d'une surveillance et d'une vérification humaines⁷⁴.

En ce qui concerne la coopération, la recommandation encourage une coopération étroite entre autorités nationales judiciaires et administratives, ainsi qu'avec des signaleurs de confiance disposant de l'expertise nécessaire et sélectionnés sur une base claire et objective ; elle encourage également la coopération entre fournisseurs de services d'hébergement, en particulier pour les plus petits qui peuvent disposer de moins de moyens pour lutter contre les contenus illicites⁷⁵.

⁷⁰ Voir note de bas de page 13.

⁷¹ Recommandation 2018/334 de la Commission européenne du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, JO [2018] L 63/50, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32018H0334>.

⁷² Voir ICF, Grimaldi Studio Legale, et 21c Consultancy, « Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States », étude pour le compte de la Commission européenne, 2018, <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/a56ceb47-2446-11e9-8d04-01aa75ed71a1>.

⁷³ Recommandation 2018/334, points 5-17.

⁷⁴ *Ibid.*, points 16-21.

⁷⁵ *Ibid.*, points 22-28.

3.3.4. Vue d'ensemble du cadre réglementaire de l'UE et des pratiques actuelles de modération en ligne

Le tableau ci-dessous résume les règles de l'UE contre les contenus illicites en ligne en fonction de la nature de l'instrument juridique (droit positif, réglementation non contraignante ou autorégulation).

Tableau 1 Cadre réglementaire de l'UE sur la modération des contenus illicites en ligne

	Législation	Réglementation non contraignante	Autorégulation
CADRE DE BASE <i>Tous les types de plateformes d'hébergement et tous les types de contenus illicites en ligne</i>	- Directive 2000/31 sur le commerce électronique	- Communication de la Commission (2017) sur la lutte contre les contenus illicites en ligne - Recommandation 2018/334 de la Commission sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, chapitre II	
Règles supplémentaires pour les plateformes de partage de vidéos	- Directive 2010/13 sur les services de médias audiovisuels, telle que modifiée par la directive 2018/1808		
Règles supplémentaires pour le discours de haine	- Décision-cadre 2008/913 du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie		- Code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne (2016)
Règles supplémentaires pour le matériel relatif aux abus sexuels commis sur des enfants	- Directive 2011/93 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie		- Alliance pour une meilleure protection des mineurs en ligne (2017)



Règles supplémentaires pour les contenus à caractère terroriste	<ul style="list-style-type: none">- Directive 2017/541 relative à la lutte contre le terrorisme- Règlement 2021/784 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne	<ul style="list-style-type: none">- Recommandation 2018/334 de la Commission sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, chapitre III	<ul style="list-style-type: none">- Forum de l'UE sur l'internet (2015)
--	--	--	---

Source : de Stree et al. (2020, page 33)

En pratique, les mesures de modération de contenu en ligne prises par les plateformes varient en fonction de leur taille et du type de contenu. Ces plateformes déploient une panoplie de mesures, qui peuvent être automatisées et/ou impliquer des processus de révision humaine. Certaines appliquent également des mesures de prévention pour s'assurer que les contenus préjudiciables ne sont pas vus par les utilisateurs, par exemple en empêchant certains utilisateurs de mettre en ligne des contenus ou en s'assurant que les mineurs ne voient pas certains contenus, grâce à des systèmes de vérification ou de contrôle de l'âge. Selon une étude récente, la majorité des plateformes ne vérifient pas les contenus avant leur mise à disposition, mais elles confient à la personne qui les met en ligne la responsabilité de s'assurer que le contenu est conforme aux conditions générales de la plateforme en cochant une case à cet effet⁷⁶. La plupart des plateformes ont mis en place des systèmes permettant de détecter les contenus susceptibles d'être en conflit avec leurs conditions générales grâce à des dispositifs de signalisation (y compris parfois par des signaleurs de confiance). La modération automatisée est particulièrement répandue pour détecter les contenus liés à l'abus sexuel d'enfants et peut conduire à un retrait automatique si le contenu illicite est répertorié (c'est-à-dire qu'il correspond à une empreinte numérique ou *hash*) dans une base de données. Toutefois, la plupart des autres contenus détectés par des algorithmes sont examinés par des modérateurs humains avant d'être supprimés. Selon la même étude, 9% des dépenses annuelles des plateformes de taille moyenne ou importante sont consacrées à la modération des contenus en interne et de 16 à 29 % au développement de systèmes automatisés.

⁷⁶ Rapport préparé par Ernst and Young LLP pour le compte du Gouvernement britannique « Understanding how platforms with videosharing capabilities protect users from harmful content online », 2021, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1008128/EYUK-000140696_EY_Report_-_Web_Accessible_Publication_2.pdf.

3.4. La fin de l'indépendance du cyberspace : la législation sur les services numériques

Dans la suite logique du mouvement réglementaire initié il y a 10 ans, la Commission a proposé en décembre 2020, avec sa proposition sur les services numériques (Digital Services Act - DSA), de nouvelles règles horizontales de modération des contenus illicites en ligne applicables à toutes les plateformes et contenus numériques, marquant ainsi clairement la fin de l'indépendance du cyberspace⁷⁷.

3.4.1. La proposition de DSA et la modération du contenu

La proposition de DSA définit quatre grandes catégories d'intermédiaires en ligne à la manière de poupées russes⁷⁸. Les règles proposées dans le DSA sont de plus en plus nombreuses et de plus en plus strictes à mesure que nous progressons de la plus grande à la plus petite poupée.

- i. La catégorie la plus large, la plus grande poupée, est le **fournisseur de service intermédiaire**, qui couvre tous les fournisseurs de simple transport, de mise en cache⁷⁹ et de services d'hébergement ;
- ii. Viennent ensuite les **fournisseurs de services d'hébergement** qui stockent des informations fournies par un bénéficiaire du service à la demande de ce dernier. Cette catégorie comprend les fournisseurs de services de « cloud », de partage de fichiers et d'hébergement de sites web ;
- iii. On trouve ensuite les **plateformes en ligne**, définies comme des fournisseurs de service d'hébergement qui, à la demande d'un bénéficiaire du service, stockent et diffusent au public des informations. Cette catégorie comprend les fournisseurs de places de marché, de médias sociaux, de boutiques d'applications et de l'économie collaborative ;
- iv. Enfin, la plus petite poupée concerne les **très grandes plateformes en ligne** (VLOP) qui sont des plateformes en ligne comptant au moins 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels dans l'UE (c'est-à-dire 10% de la population de l'UE). Cette catégorie comprend la plupart des GAFAM⁸⁰.

Les règles relatives à la modération du contenu sont éparpillées dans la DSA, mais cette approche s'inscrit dans la logique de la proposition, qui consiste à introduire des règles asymétriques en fonction du type d'intermédiaire (ou de poupée russe). En ce qui

⁷⁷ Comme l'a souvent expliqué le commissaire Thierry Breton, la réglementation progressive actuelle de l'espace numérique rappelle la réglementation progressive antérieure des espaces terrestres puis maritimes.

⁷⁸ Proposition de DSA, articles 2(f), 2(h) et 25, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

⁷⁹ Par exemple, les fournisseurs d'accès à internet, les registres de noms de domaine et les bornes wifi.

⁸⁰ On appelle GAFAM les cinq entreprises dominantes les plus importantes du secteur des technologies de l'information aux États-Unis, à savoir Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

concerne les règles de fond, la proposition de DSA introduit, pour la première fois dans le droit de l'UE, des obligations de transparence et de diligence relatives aux pratiques de modération des contenus ; des mécanismes harmonisés de notification et d'action avec une obligation de motiver les décisions de retrait ; et des règles sur la suspension des comptes, tout en accordant aux utilisateurs le droit de contester les décisions de modération de contenu. Les VLOP sont soumises à des règles supplémentaires visant à garantir un contrôle public plus complet de leurs pratiques de modération de contenu.

Avant d'aborder les règles relatives à la modération des contenus à proprement parler, il convient de relever que la proposition introduit une clause dite du bon samaritain. Elle prévoit que les intermédiaires numériques « ne sont pas réputés inéligibles aux exemptions de responsabilité prévues (...) du simple fait qu'ils procèdent de leur propre initiative à des enquêtes volontaires ou exécutent d'autres activités destinées à détecter, repérer et supprimer des contenus illicites, ou à en rendre l'accès impossible, ou qu'ils prennent les mesures nécessaires pour se conformer aux exigences du droit de l'Union, y compris celles établies dans le présent règlement⁸¹ ». Cependant, certains ont estimé que cette clause pouvait conduire à des retraits excessifs étant donné que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'exemption de responsabilité et de la mise en œuvre du principe du bon samaritain aux États-Unis⁸², les fournisseurs ne sont pas assurés d'être protégés s'ils négligent de retirer un contenu après avoir eux-mêmes détecté des contenus illicites. Pour être sûrs d'être protégés de la responsabilité liée à la présence de contenus illicites émanant de tiers, les fournisseurs pourraient préférer retirer ou désactiver l'accès aux contenus potentiellement illicites, ce qui pourrait conduire à des suppressions excessives, susceptibles d'avoir un impact sur la protection des droits fondamentaux, et en particulier sur la liberté d'expression⁸³.

3.4.2. Obligations asymétriques

3.4.2.1. Des obligations de transparence pour tous les intermédiaires numériques

Tous les intermédiaires numériques dans le champ d'application du DSA (intermédiaires techniques, fournisseurs de services d'hébergement, plateformes en ligne et VLOP) sont tenus d'informer clairement les utilisateurs, dans leurs conditions générales, de toute restriction qu'ils imposent à l'utilisation de leurs services, y compris de leur politique de modération des contenus et, en particulier, de la prise de décision fondée sur des algorithmes et du réexamen par un être humain. En outre, les fournisseurs de services devraient agir de manière diligente, objective et proportionnée dans l'application de toute

⁸¹ Proposition de DSA, article 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

⁸² Section 230(c) du Communications Act de 1934, tel qu'amendé par le Telecommunications Act de 1996 (47 U.S.C. § 230), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>.

⁸³ Pour une discussion détaillée sur ce point, voir le chapitre 2 de cette publication.

restriction, en tenant dûment compte des droits et des intérêts légitimes de toutes les parties concernées, y compris des droits fondamentaux applicables⁸⁴.

Par ailleurs, tous les intermédiaires couverts par le champ d'application (à l'exception des micro-entreprises) devront produire des rapports annuels sur leurs activités de modération des contenus, y compris le nombre d'injonctions de retrait reçues des autorités nationales ou de notifications reçues d'utilisateurs ou de signaleurs, la rapidité avec laquelle ils ont agi, ainsi qu'un aperçu détaillé de leurs activités de modération des contenus menées de leur propre initiative (nombre et type de mesures prises) et de traitement des plaintes⁸⁵.

L'obligation est renforcée pour les plateformes en ligne, qui devront rendre compte de toute procédure de modération automatisée des contenus, et fournir des informations sur l'objectif, les indicateurs de précision et les mesures de sauvegarde appliquées⁸⁶. Les VLOP seront tenues de publier plus fréquemment des rapports de transparence, à savoir tous les six mois⁸⁷.

3.4.2.2. Pour les intermédiaires d'hébergement : des procédures de notification et d'action

Les fournisseurs de services d'hébergement seront tenus de mettre en place des systèmes de notification et d'action pour permettre aux personnes et aux entités de leur signaler des contenus potentiellement illicites⁸⁸. La proposition de DSA énonce les éléments devant figurer dans les notifications. Lorsque tous ces éléments sont réunis, le fournisseur est réputé avoir une connaissance effective, ce qui peut entraîner une responsabilité pour le contenu illicite émanant de tiers, lorsque le fournisseur ne retire pas ledit contenu. Dès réception de la notification, le fournisseur doit agir rapidement en envoyant une confirmation de la réception de la notification à l'expéditeur (et en indiquant si des moyens de traitement ou de prise de décision automatisés ont été utilisés) ainsi qu'en informant l'expéditeur de sa décision – qui doit être prise en temps utile, avec diligence et objectivité – et des possibilités de recours.

Les fournisseurs de services d'hébergement qui décident de supprimer ou de rendre impossible l'accès à un contenu devront toujours informer l'utilisateur de leur décision, au plus tard au moment du retrait, en fournissant un exposé des motifs qui devra contenir certains éléments. Il s'agit notamment des faits ayant conduit à la décision, des moyens automatisés éventuellement utilisés et des dispositions légales ou conditions générales du fournisseur ayant été enfreintes. Les décisions et l'exposé des motifs doivent être publiés dans une base de données accessible au public et gérée par la Commission européenne.

⁸⁴ Proposition de DSA, article 12, *ibid.*

⁸⁵ Proposition de DSA, article 13, *ibid.*

⁸⁶ Proposition de DSA, article 23, *ibid.*

⁸⁷ Proposition de DSA, article 33, *ibid.*

⁸⁸ Proposition de DSA, articles 14-15, *ibid.*

3.4.2.3. Pour les plateformes en ligne : des signaleurs de confiance, plaintes d'utilisateurs et suspensions de comptes

Les obligations se durcissent encore pour les plateformes en ligne, qui doivent également traiter en priorité et sans délai les notifications soumises par des signaleurs de confiance⁸⁹. Le statut des signaleurs de confiance (et la révocation de ce statut) seront du ressort du coordinateur pour les services numériques⁹⁰ de l'État membre où le demandeur/signaleur est établi, si un certain nombre de conditions sont remplies. Il convient de faire observer que le statut de signaleur de confiance ne peut être attribué qu'à des entités, et non à des individus⁹¹.

Les plateformes en ligne doivent également fournir à leurs utilisateurs des moyens simples de contester les décisions de modération de contenu. Dans un premier temps, elles devront mettre en place des dispositifs internes de traitement des plaintes pour permettre aux utilisateurs de contester les décisions de modération des contenus⁹². Les plaintes devraient être recevables pendant au moins six mois après la décision contestée. Les mécanismes de plainte devront être disponibles en ligne gratuitement et faciles d'accès. Les plaintes devront être traitées en temps utile, avec diligence et objectivité, et pourront conduire à l'annulation de la décision sans délai excessif. Les plateformes en ligne seront également tenues d'informer les plaignants, sans délai indu, de leur décision et des autres mécanismes de recours disponibles. Il est important de noter que ces décisions ne sauraient être prises par les plateformes en ligne sur la seule base de moyens automatisés.

De plus, les utilisateurs ayant fait l'objet d'une décision de modération du contenu seront autorisés à recourir à une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges certifiée pour obtenir réparation⁹³. La proposition de DSA définit les conditions dans lesquelles le coordinateur pour les services numériques devra certifier les organes de résolution extrajudiciaire des litiges. Ces conditions visent notamment à garantir que ces organes sont impartiaux et indépendants des plateformes en ligne et qu'ils disposent des compétences nécessaires. Les plateformes en ligne devraient collaborer de bonne foi avec l'organe sélectionné et se soumettre à la décision prise par celui-ci. Si le litige est réglé en faveur de l'utilisateur, la plateforme devrait rembourser tous les frais et dépenses engagés par l'utilisateur pour régler le litige. Bien entendu, les utilisateurs pourraient également faire appel à la justice, conformément au droit national.

⁸⁹ Proposition de DSA, article 19, *ibid*.

⁹⁰ Les coordinateurs pour les services numériques seraient responsables de toutes les questions relatives à l'application et à la mise en œuvre de la DSA dans l'État membre en question, à moins que celui-ci n'ait confié certaines tâches ou certains secteurs spécifiques à d'autres autorités compétentes. Les exigences relatives aux coordinateurs pour les services numériques sont précisées à l'article 39 de la proposition de DSA : ceux-ci doivent s'acquitter de leurs missions de manière impartiale, transparente et en temps utile ; ils doivent disposer de ressources techniques, financières et humaines suffisantes pour mener à bien leurs missions ; ils doivent agir en toute indépendance et rester libres de toute influence extérieure ; et ils ne sollicitent ni n'acceptent aucune instruction d'aucune autre autorité publique ou partie privée.

⁹¹ Proposition de DSA, considérant 46, *ibid*.

⁹² Proposition de DSA, article 17, *ibid*. Il s'agit des décisions conduisant à retirer ou à rendre impossible l'accès aux informations, et à suspendre ou à résilier le service au bénéficiaire, ou le compte de l'utilisateur.

⁹³ Proposition de DSA, article 18, *ibid*.

Dans un registre différent, il convient de souligner que les bénéficiaires de services auront également le droit de déposer une plainte contre les fournisseurs (si ceux-ci enfreignent la DSA) auprès du coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel le bénéficiaire réside⁹⁴. Il ne s'agit toutefois pas d'un mécanisme de résolution des litiges, puisque le coordinateur pour les services numériques doit seulement évaluer la plainte et, le cas échéant, la transmettre au coordinateur pour les services numériques du lieu d'établissement du service.

La proposition de DSA définit également les conditions dans lesquelles les plateformes en ligne seront autorisées à suspendre la fourniture de services, c'est-à-dire à suspendre les comptes des utilisateurs⁹⁵. Cela ne sera possible que pour les utilisateurs qui mettent régulièrement en ligne des contenus manifestement illicites, c'est-à-dire lorsqu'il est évident pour un profane, sans aucune analyse de fond, que le contenu est illicite⁹⁶. La suspension ne pourra être que temporaire et mise en œuvre après émission d'un avertissement préalable. Les plateformes devront prendre la décision au cas par cas en tenant compte d'un certain nombre de circonstances déterminées, notamment la gravité, la récurrence et l'intention. Les conditions générales des plateformes en ligne devront préciser leur politique à cet égard, laquelle pourrait comporter des mesures plus strictes en cas de contenu manifestement illicite lié à des infractions graves. Une procédure similaire est également prévue pour interrompre le traitement des plaintes et notifications manifestement infondées. Les utilisateurs seront en mesure de contester les décisions de suspension comme expliqué ci-dessus.

3.4.2.4. Pour les très grandes plateformes en ligne : l'évaluation du risque systémique

Les très grandes plateformes en ligne (VLOP) devront recenser, analyser et évaluer au moins une fois par an les risques systémiques importants⁹⁷ trouvant leur origine dans leurs services, y compris la diffusion de contenus illicites mais aussi de contenus qui ne contreviennent pas à la loi mais qui sont néanmoins préjudiciables⁹⁸. Ce faisant, elles devront tenir compte de la manière dont leurs systèmes de modération de contenu influencent l'un ou l'autre des risques systémiques. Sur la base de cette évaluation, les VLOP devraient mettre en place des mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces (telles que l'adaptation des pratiques de modération des contenus) en

⁹⁴ Proposition de DSA, article 43, *ibid.*

⁹⁵ Proposition de DSA, article 20, *ibid.*

⁹⁶ Proposition de DSA, considérant 47, *ibid.*

⁹⁷ Les risques systémiques ne sont pas définis dans la proposition de DSA qui prévoit seulement que soient analysées trois catégories de risques systémiques. Proposition de DSA, article 26 : « (i) la diffusion de contenus illicites par l'intermédiaire de leurs services ; (ii) tout effet négatif pour l'exercice des droits fondamentaux relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la liberté d'expression et d'information, à l'interdiction de la discrimination et aux droits de l'enfant (...) ; (iii) la manipulation intentionnelle de leur service, y compris via l'utilisation non authentique ou l'exploitation automatisée de leur service, avec un effet négatif avéré ou prévisible sur la protection de la santé publique, des mineurs, du discours civique, ou des effets avérés ou prévisibles en lien avec les processus électoraux et la sécurité publique », *ibid.*

⁹⁸ Proposition de DSA, articles 26-27, *ibid.*

fonction des risques systémiques spécifiques identifiés. En outre, la Commission européenne serait en mesure de publier des orientations générales par rapport à des risques spécifiques, en particulier en vue de présenter les bonnes pratiques et recommander des mesures possibles.

3.4.2.5. Le contrôle de la modération des contenus

La proposition de DSA ne prévoit pas de dispositions spécifiques concernant le contrôle par les autorités publiques de la modération des contenus, bien que les décisions individuelles puissent être contestées par le biais de plaintes internes, d'un mécanisme (certifié) de règlement extrajudiciaire des litiges ou devant les tribunaux. Le coordinateur pour les services numériques désigné dans l'État membre où l'intermédiaire est établi sera chargé de veiller à l'application et au respect de la DSA, à moins que certaines tâches particulières n'aient été confiées à d'autres autorités compétentes⁹⁹. En plus de recevoir les rapports de transparence, le coordinateur pour les services numériques aura certains pouvoirs d'enquête, tels que le pouvoir d'exiger des renseignements de la part des fournisseurs, de procéder à des inspections sur place et de demander aux employés de fournir des explications sur leurs décisions.

Des règles renforcées sont également prévues en ce qui concerne le contrôle des VLOP, notamment la nomination d'un responsable de la conformité, l'intervention d'auditeurs indépendants et des règles spéciales pour l'accès aux données¹⁰⁰, ainsi que la possibilité pour la Commission européenne de superviser directement la TGLP à la place du coordinateur pour les services numériques de l'État membre où la plateforme est établie¹⁰¹.

3.5. Conclusions

L'évolution du cadre réglementaire de l'UE sur la modération des contenus illicites en ligne, y compris son avancée la plus récente avec la proposition de DSA, est particulièrement digne d'intérêt. Les États réglementent progressivement le cyberspace, qui est devenu de plus en plus essentiel à la vie de leurs citoyens et de leurs entreprises, mais qui n'a toutefois pas tenu les promesses, certes naïves, des libertaires¹⁰². Dans le cadre de cet effort, les États devraient veiller à préserver les opportunités majeures qu'offre internet, en particulier pour renforcer l'exercice de nos libertés fondamentales. À cet égard, l'approche suivie par l'UE est également intéressante. D'une part, en introduisant des obligations de responsabilité procédurale, elle régit le processus de modération des contenus et non ses résultats. D'autre part, elle adapte les obligations

⁹⁹ Proposition de DSA, article 38, *ibid.*

¹⁰⁰ Proposition de DSA, articles 28, 31 et 32, *ibid.*

¹⁰¹ Proposition de DSA, articles 50-66, *ibid.*

¹⁰² Comme l'espoir de Barlow de créer une « civilisation de l'esprit » plus humaine et plus juste que ce que les États ont créé jusqu'ici.

aux risques générés par les contenus illicites et par les plateformes¹⁰³. Toutefois, certains aspects de la proposition de DSA pourraient peut-être être clarifiés et améliorés.

3.5.1.1. Le champ d'application

La modération des contenus peut s'appliquer à tous les types de contenus illicites, sans distinction entre les contenus manifestement illicites et les autres formes de contenus illicites. Néanmoins, une procédure de retrait différente – éventuellement assortie de délais resserrés, de canaux de communication améliorés avec les autorités publiques et d'obligations de conservation des preuves (similaires à ce qui est prévu dans le règlement sur les contenus à caractère terroriste) – pourrait être envisagée pour les contenus manifestement illicites lorsque ce caractère illicite est évident pour un profane sans analyse approfondie¹⁰⁴.

Il manque également des règles claires quant au champ d'application territorial des décisions de modération des contenus. Étant donné que le contenu illicite est également défini sur la base du droit national, un contenu peut être illicite en vertu de la législation d'un État membre mais pas de celle d'un autre. Il est donc important d'aborder la question du champ d'application territorial des décisions de retrait dans la DSA pour éviter un retrait excessif de contenus, susceptible de compromettre la liberté d'expression dans certains pays.

3.5.1.2. La contestation des décisions de modération des contenus

La solution envisagée dans la proposition de DSA pour les plateformes en ligne nous semble judicieuse car des organes certifiés de résolution extrajudiciaire des litiges seraient en mesure de réexaminer et éventuellement d'annuler les décisions de modération des contenus. La proposition met en place un certain nombre de garanties, telles que leur indépendance, mais il sera important d'informer correctement les utilisateurs des mécanismes de recours et de préciser les délais de règlement des litiges. En l'état, la proposition ne permet qu'aux « bénéficiaires du service » (c'est-à-dire aux utilisateurs du service) visés par une décision de modération du contenu de choisir un organe de règlement extrajudiciaire des litiges pour résoudre un différend. Cela signifie par exemple que les associations représentant des intérêts spécifiques n'auraient pas le droit de contester les décisions de modération de contenu.

¹⁰³ En faveur d'une approche fondée sur le risque et de règles asymétriques, voir entre autres, Buiten M., de Streel A., et Peitz M., « Rethinking liability rules for online hosting platforms », *International Journal of Law and Information Technology* 28, 2020, pages 139-166, <https://academic.oup.com/ijlit/issue/28/2>.

¹⁰⁴ Également Frosio G. et Geiger C., « Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime », *European Law Journal*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747756.

3.5.1.3. Le contrôle du recours aux outils de modération du contenu basés sur l'intelligence artificielle (IA)

Hormis l'obligation de transparence quant à l'utilisation de systèmes automatisés de modération des contenus, la proposition de DSA ne mentionne pas les critères auxquels devrait se conformer la technologie utilisée pour la détection des contenus illicites. Ainsi, toute modération de contenu automatisée serait uniquement soumise au droit général de l'UE applicable aux systèmes automatisés¹⁰⁵. Il serait opportun que tout système de modération automatisé soit tenu de respecter les six exigences clés proposées par le groupe d'experts de haut niveau de l'UE sur l'IA : facteur humain et contrôle humain ; robustesse et sécurité techniques ; respect de la vie privée et gouvernance des données ; transparence, diversité, non-discrimination et équité ; bien-être sociétal et environnemental ; et responsabilisation¹⁰⁶. En outre, il serait utile que les VLOP, qui disposent des données, de l'expertise et des moyens financiers nécessaires au développement de techniques automatisées, partagent ces technologies avec les plateformes de petite et moyenne taille ou les nouvelles plateformes¹⁰⁷. Enfin, il est intéressant de souligner que le projet de loi britannique sur la sécurité en ligne précise que le régulateur (Ofcom) sera habilité à exiger qu'un fournisseur de services utilise une technologie accréditée, au moins pour identifier et retirer les contenus à caractère terroriste et ceux liés à l'exploitation sexuelle des enfants, si l'Ofcom a des motifs raisonnables de penser que le fournisseur de services néglige de retirer ces contenus.

3.5.1.4. Les VLOP et les droits fondamentaux dans le cadre de la modération des contenus

Dans la mesure où l'on peut considérer que les VLOP organisent un « espace public¹⁰⁸ », il est peut-être temps de les enjoindre à respecter les droits fondamentaux inscrits dans la

¹⁰⁵ En particulier, la nécessité d'une intervention humaine lorsque le respect de la vie privée est en jeu ; Règlement 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 (règlement général sur la protection des données), JO [2016] L 199/1, article 22) <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, et la possible interdiction de systèmes d'IA manipulateurs, Proposition de la Commission européenne du 21 avril 2021 de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle), COM(2021) 206, article 5), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

¹⁰⁶ Livre blanc de la Commission européenne du 19 février 2020 sur l'intelligence artificielle – Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, COM(2020) 65, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2020:65:FIN> ; Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle, Lignes directrices du 8 avril 2019 en matière d'éthique pour une IA digne de confiance. Voir également le règlement sur les contenus à caractère terroriste, article 5(3), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

¹⁰⁷ Recommandation de la Commission européenne, 2018/334, point 28.

¹⁰⁸ Elkin-Koren N. et Perel M., « Guarding the guardians : Content moderation by online intermediaries and the rule of law » in Frosio G. (éd.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020, pages 669-678, <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780198837138.001.0001/oxfordhb-9780198837138-e-34>.



Charte des droits fondamentaux de l'UE dans leurs pratiques de modération des contenus¹⁰⁹. La référence au fait que les plateformes en ligne doivent dûment tenir compte des droits de toutes les parties concernées, y compris des droits fondamentaux applicables, pourrait éventuellement devenir une obligation positive de respecter les droits fondamentaux qui devront bien sûr être équilibrés les uns par rapport aux autres. Les conditions générales des VLOP pourraient également être examinées *ex ante* par le coordinateur pour les services numériques et/ou la Commission pour s'assurer qu'elles respectent l'ensemble de la législation applicable.

3.5.1.5. Les contenus journalistiques ou les contenus produits par des fournisseurs de services de médias audiovisuels

À la différence du projet de loi britannique sur la sécurité en ligne¹¹⁰, la proposition de DSA ne prévoit aucun traitement particulier des contenus produits par des professionnels, tels que les contenus journalistiques ou les contenus placés sous la responsabilité éditoriale de fournisseurs de services de médias audiovisuels. Le projet de loi britannique précise que les services dits de catégorie 1¹¹¹ seront visés par des obligations spécifiques (qui seront précisées par l'Ofcom au moyen de codes de conduite dédiés) afin de protéger les contenus d'importance démocratique et les contenus journalistiques. En particulier, le projet britannique prévoit qu'une procédure spéciale de plainte devra être mise en place contre les décisions de modération des contenus affectant l'accès aux contenus journalistiques¹¹², les conditions générales des plateformes devant souligner l'importance de la liberté d'expression lors de la prise de décisions de modération concernant ce type de contenus. Le règlement sur les contenus à caractère terroriste récemment adopté contient également une exception spéciale pour le matériel diffusé au public « à des fins éducatives, journalistiques, artistiques ou de recherche, ou à des fins de prévention ou de lutte contre le terrorisme, y compris le matériel qui représente l'expression d'opinions polémiques ou controversées dans le cadre du débat public¹¹³ ».

3.5.1.6. La protection des mineurs et les contenus préjudiciables

En ce qui concerne les contenus licites mais préjudiciables aux mineurs, les seules règles prévues s'appliqueraient aux VLOP, et concerneraient les évaluations des risques systémiques et les mesures d'atténuation des risques qui devraient être prises. Ces

¹⁰⁹ Pollicino O., *Judicial protection of fundamental rights on the Internet: A road towards digital constitutionalism?*, Hart, 2021.

¹¹⁰ Projet publié le 12 mai 2021 (Bill CP 405), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985033/Drift-Online-Safety-Bill-Bookmarked.pdf.

¹¹¹ Les services de catégorie 1 sont soumis à des règles supplémentaires, et les seuils à atteindre seront déterminés par le ministre compétent (le secrétaire d'État). Au moins une des conditions de seuil devra être le nombre d'utilisateurs.

¹¹² Il est intéressant de noter que le texte définit le contenu journalistique comme un contenu généré dans un but journalistique et qui est « lié au Royaume-Uni ».

¹¹³ Règlement sur les contenus à caractère terroriste, article 1.3.

mesures ne sont pas définies à ce stade. Rien n'est prévu en ce qui concerne les autres intermédiaires numériques, ce qui signifie que cette question sera traitée dans les conditions générales des plateformes, sans intervention publique. Les mesures de vérification de l'âge et les systèmes de classification du contenu sont certes des domaines difficiles à traiter au niveau de l'UE, mais le fait de laisser l'intégralité de ces questions à la législation des États membres pourrait entraîner des tensions continues entre États membres et affaiblir le marché unique numérique. À cet égard, il est intéressant de noter que la Directive SMA révisée prévoit que les plateformes de partage de vidéos doivent protéger les mineurs contre les contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral. De même, le projet de loi britannique sur la sécurité en ligne, qui reprend bon nombre des dispositions de la proposition de DSA, prévoit que tous les fournisseurs concernés devront procéder à une évaluation des risques pour déterminer si des enfants sont susceptibles d'accéder à leurs services, et que les fournisseurs ne pourront par ailleurs conclure qu'il est impossible pour les enfants d'accéder à un service que si des systèmes et des processus solides sont en place, tels que la vérification de l'âge.

4. Du risque à la récompense?

L'approche fondée sur le risque de la DSA pour lutter contre la désinformation

Tarlach McGonagle, Institute for Information Law (IViR), Amsterdam Law School

Katie Pentney, DPhil Candidate en droit, Université d'Oxford

4.1. Introduction

La désinformation est un phénomène en plein essor qui suscite une inquiétude croissante dans la société, dans les instances de réglementation et d'élaboration des politiques, ainsi que dans la pratique pour les multiples acteurs de l'écosystème de l'information. La pandémie de Covid-19 - et l'« infodémie » qui l'accompagne¹¹⁴ - ont aggravé les risques et les préjudices potentiels liés à la désinformation.

En dépit du fait que le problème de la désinformation a été identifié et reconnu par les États, les plateformes en ligne et la société civile, il subsiste un certain nombre de points de friction, notamment en ce qui concerne la meilleure façon de s'y attaquer, la responsabilité en matière d'accompagnement des mesures de démarcation des limites, et les garanties à mettre en place pour assurer la libre circulation des informations et des idées en ligne. Cela a donné lieu, à ce jour, à des approches diverses (parfois divergentes) au niveau national et régional, allant de l'autorégulation par les plateformes en ligne à des approches de corégulation, en passant par des mesures d'identification et de suppression des contenus imposées par l'État.

C'est dans ce cadre réglementaire complexe et en constante évolution que la proposition de législation sur les services numériques (*Digital Services Act* - DSA) a vu le

¹¹⁴ Déclaration commune de l'OMS, de l'ONU, de l'UNICEF, du PNUD, de l'UNESCO, de l'ONUSIDA, de l'UIT, de l'UN Global Pulse et de la FICR, Gestion de l'infodémie sur la COVID-19 : Promouvoir des comportements sains et atténuer les effets néfastes de la diffusion d'informations fausses et trompeuses, 2020, <https://www.who.int/fr/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>.

jour¹¹⁵. La DSA représente la nouvelle génération de modération des contenus, de façon générale, sur plusieurs plans, notamment en ce qui concerne les approches préventives et réactives, la différenciation des obligations imposées aux plateformes en ligne, et l'intégration de mesures visant à combattre et atténuer les risques et les effets néfastes des discours de type *lawful but awful* (« légal mais affreux ») tels que la désinformation. Le présent chapitre traite de l'approche fondée sur le risque adoptée par la DSA, qui met en œuvre des obligations de vigilance renforcées pour les très grandes plateformes en ligne (VLOP) en fonction de leur audience, de leur envergure et du rapport impact/risque. Le paragraphe 4.2 donne un aperçu des cadres réglementaires et politiques européens en matière de désinformation dans lesquels s'inscrit le projet de DSA. Les paragraphes 4.3 à 4.5 présentent les éléments clés de l'approche de la DSA fondée sur le risque, notamment l'identification des risques systémiques, la mise en place d'obligations d'atténuation et de mesures de surveillance, et l'engagement de la responsabilité. Le paragraphe 4.6 présente quelques réflexions préliminaires sur certains aspects de la proposition qui mériteraient un examen et une réflexion plus approfondis.

4.2. Le paysage de la désinformation

Il est important de préciser d'emblée que la DSA n'est pas essentiellement axée - et ne prétend pas l'être - sur la désinformation¹¹⁶. Néanmoins, en tant qu'élément phare de la modernisation de la régulation des services en ligne en Europe, elle constitue indéniablement un point de référence pertinent. L'approche adoptée dans le présent chapitre consiste donc à mettre en perspective la DSA dans le cadre réglementaire et politique plus large et complexe qui régit la désinformation, avant de se concentrer sur certaines de ses caractéristiques susceptibles d'être les plus pertinentes pour contrer la désinformation en ligne. Mais tout d'abord, un bref aperçu et une analyse des principales étapes de l'évolution de la définition de la « désinformation » permettront de clarifier la teneur de ce terme.

4.2.1. Une définition évolutive

L'argument de la vérité est l'un des plus récurrents pour justifier la protection de la liberté d'expression. Popularisé entre autres par John Milton dans son discours *De la liberté de la presse et de la censure* et par John Stuart Mill dans son essai *De la liberté*, cet argument

¹¹⁵ La législation sur les services numériques comprend un volet sur les services numériques (DSA) et un volet sur les marchés numériques (DMA). Le présent chapitre étudie la 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, 15 décembre 2020 [ci-après, la DSA], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?from=FR&uri=CELEX%3A52020PC0825>.

¹¹⁶ Une simple recherche par mot-clé révèle sept occurrences du terme « désinformation », dont certaines sont des références très superficielles et trois des références au (titre du) Code de bonnes pratiques contre la désinformation.



épistémique reflète la préoccupation séculaire selon laquelle la vérité vaincra le mensonge, conduisant au développement et à l'épanouissement de l'individu et de la société. La nécessité de contrer les fausses informations, la propagande et la désinformation est une préoccupation de longue date dans le cadre international des droits de l'homme ; ces questions ont été étudiées en détail par les rédacteurs de divers traités internationaux¹¹⁷.

Toutefois, la désinformation actuelle est qualitativement et quantitativement différente des formes antérieures¹¹⁸. Son emplacement en ligne est un écosystème d'information totalement inédit, offrant des possibilités de production, de diffusion et d'amplification sans précédent. Parmi les facteurs qui changent la donne, citons la facilité et l'ampleur avec lesquelles est produite la désinformation, la qualité et la sophistication des contenus et des résultats, la rapidité et l'efficacité avec lesquelles elle est diffusée et amplifiée, la présence durable de la désinformation en ligne, et la possibilité de rester anonyme tout en participant à ces processus.

Dans l'écosystème de l'information en ligne, les intermédiaires et les plateformes sont apparus comme une nouvelle génération de relais en matière d'information et de communication. La portée de leur influence est telle que certains commentateurs parlent de position de « domination numérique¹¹⁹ » aux mains d'une poignée de grandes entreprises technologiques et, plus globalement, de « plateformes » de la société¹²⁰. Du fait de leur rôle de contrôleurs d'accès, les intermédiaires et les plateformes peuvent faciliter ou entraver l'accès aux forums en ligne sur lesquels se déroule de plus en plus souvent le débat public¹²¹. Les intermédiaires dotés de fonctions de recherche ou de recommandation, généralement pilotées par des algorithmes, ont une influence considérable sur la disponibilité, l'accessibilité, la visibilité, la traçabilité et la mise en avant d'un contenu particulier. Cette influence découle en partie de l'utilisation de la personnalisation algorithmique (ou systèmes de recommandation)¹²². Les opérateurs de services de réseaux sociaux, par exemple, « possèdent les moyens techniques de supprimer des informations et de suspendre des comptes », ce qui leur confère « une position privilégiée pour cadrer les thèmes abordés et donner le ton du débat public¹²³. »

¹¹⁷ Pour un aperçu et une analyse détaillés, voir : Richter A., *International Standards and Comparative National Approaches to Countering Disinformation in the Context of Freedom of the Media*, Vienna: Office of the OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienne, Bureau du représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, 2019, <https://www.osce.org/files/f/documents/2/1/424451.pdf>.

¹¹⁸ McGonagle T., "Fake news": False fears or real concerns? , *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2017, pp. 203-209, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0924051917738685>.

¹¹⁹ Moore M. et Tambini D. (éd.), *Digital Dominance : The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford, Oxford University Press, 2018, <https://global.oup.com/academic/product/digital-dominance-9780190845124?cc=nl&lang=en&q=9780190845124#>.

¹²⁰ van Dijck J., Poell T. et de Waal M., *The Platform Society : Public Values in a Connective World*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹²¹ Voir, par exemple, Kuczerawy A., *Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU : From Concepts to Standards*, Cambridge, Intersentia, 2018, chapitres 1 et 2.

¹²² Pour une analyse plus approfondie, voir Cobbe J. et Singh J., *Regulating Recommending : Motivations, Considerations, and Principles*, *European Journal of Law and Technology*, 10 (3), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3371830.

¹²³ Leerssen P., *Cut Out By The Middle Man : The Free Speech Implications Of Social Network Blocking and Banning In The EU*, *JIPITEC* 6, 2015, pp 99-119, à 99-100, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-6-2-2015/4271>.

Quant aux moteurs de recherche, leur objectif et leur fonction consistent à rendre l'information plus accessible et plus visible. Ils exercent ainsi une influence sur la manière dont les personnes trouvent des informations et des idées et sur le type d'informations et d'idées qu'ils trouvent¹²⁴. Tout cela a permis aux plateformes d'acquérir une « portée discursif » indéniable dans la société¹²⁵.

Depuis 2017, la désinformation en ligne a fait l'objet d'une attention et d'un engagement accrus aux niveaux européen et national. Au niveau européen, plusieurs définitions de travail de la désinformation ont été proposées et progressivement révisées et affinées¹²⁶.

Tableau 2 Définitions de travail de la désinformation

Source	Définition	Année
Rapport sur les désordres de l'information ¹²⁷	Information fausse délibérément créée pour porter préjudice à une personne, un groupe social, une organisation ou un pays.	2017
Rapport final du Groupe d'experts de haut niveau (HLEG) ¹²⁸	Toutes les formes d'informations fausses, inexactes ou trompeuses conçues, présentées et promues pour causer délibérément un préjudice au public ou à des fins lucratives.	2018
Communication ¹²⁹ , Code de bonnes pratiques contre la désinformation ¹³⁰ ,	Les informations dont on peut vérifier qu'elles sont fausses ou trompeuses et qui sont créées, présentées et diffusées dans un but lucratif ou dans l'intention délibérée de tromper le public tout en étant susceptibles de causer un préjudice public.	2018

¹²⁴ Voir d'une façon générale van Hoboken J., *Search Engine Freedom. On the Implications of the Right to Freedom of Expression for the Legal Governance of Web Search Engines*, Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2012, <https://dare.uva.nl/search?identifier=df2041ce-167d-4e00-9a06-c3937ec5acca>.

¹²⁵ Laidlaw E.B., *Regulating Speech in Cyberspace : Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 204, <https://www.cambridge.org/core/books/regulating-speech-in-cyberspace/7A1E83C71D0D67D13756594BE3726687>.

¹²⁶ Une analyse des approches nationales dépasse le cadre de ce chapitre, mais pour un aperçu et une analyse détaillés, voir Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA), *Notions of disinformation and related concepts*, 2020, <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/01/ERGA-SG2-Report-2020-Notions-of-disinformation-and-related-concepts.pdf>.

¹²⁷ Wardle C. & Derakhshan H., *Les désordres de l'information : vers un cadre interdisciplinaire pour la recherche et l'élaboration des politiques*, Conseil de l'Europe DGI 9, 2017, p. 20, <https://rm.coe.int/0900001680935bd4>.

¹²⁸ *A multi-dimensional approach to disinformation*, rapport du Groupe d'experts de haut niveau sur les fausses informations et la désinformation en ligne, mars 2018, p. 11, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>.

¹²⁹ Communication de la Commission européenne, *Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne*, COM(2018) 236 final, Bruxelles, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>.

¹³⁰ *Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation*, 2018, p. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>.

Source	Définition	Année
Plan d'action contre la désinformation ¹³¹		
Plan d'action européen pour la démocratie ¹³²	Des contenus faux ou trompeurs diffusés avec l'intention de tromper ou dans un but lucratif ou politique et susceptibles de causer un préjudice public.	2020
Orientations visant à renforcer le code de bonnes pratiques contre la désinformation ¹³³	Les différents phénomènes qu'il convient d'aborder, tout en reconnaissant clairement les différences importantes qui existent entre eux. La désinformation dans ce sens comprend la désinformation au sens strict, la mésinformation, ainsi que les opérations d'influence et l'ingérence étrangère dans l'espace de l'information, notamment de la part d'acteurs étrangers, lorsque la manipulation de l'information a pour effet de causer un préjudice public important.	2021

Le tableau ci-dessus donne un bref aperçu des tentatives les plus marquantes de définition de la « désinformation » dans les milieux réglementaires et politiques européens. Ce tableau retrace l'évolution rapide et l'affinement progressif de la définition. Un premier constat révèle que l'on s'est éloigné du critère distinctif portant sur l'intention de nuire. Inclus initialement dans le rapport sur les désordres de l'information et dans le rapport final du HLEG, ce critère s'avérait problématique car il est dénué de toute base étymologique, ce qui aurait posé des difficultés au regard de la preuve (à savoir comment prouver l'intention de nuire). Les définitions ultérieures mettent l'accent sur l'intention de tromper et la possibilité de causer un « préjudice public ». D'autres définitions mettent l'accent sur les préoccupations récurrentes concernant le gain économique (par exemple les pièges à clic) ou les motivations politiques et l'ingérence (étrangère) dans les processus démocratiques et électoraux.

Le constat le plus pertinent de ces approches conceptuelles est sans doute que le terme a un caractère général. Il recouvre une multitude d'expressions diverses qui répondent à des motivations différentes, sont diffusées par divers vecteurs et présentent des niveaux d'impact différents¹³⁴.

¹³¹ Commission européenne et la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, Communication conjointe, Plan d'action contre la désinformation, JOIN36 final, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036>.

¹³² Communication de la Commission européenne relative au plan d'action pour la démocratie européenne, COM(2020) 790 final, Bruxelles, 2020, p. 18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020DC0790>.

¹³³ Orientations de la Commission européenne visant à renforcer le code européen de bonnes pratiques contre la désinformation COM(2021) 262 final, Bruxelles, 2021, p. 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52021DC0262>.

¹³⁴ Pour une visualisation claire de tout ce que recouvre le terme désinformation/fake news, voir European Association for Viewers' Interests (EAVI), *Au-delà des "Fake News"- 10 types de nouvelles trompeuses*, infographie, <https://eavi.eu/beyond-fake-news-10-types-misleading-info/>.

Compte tenu de la persistance des préoccupations concernant les éventuels effets néfastes de la désinformation, il est important de disséquer ce terme et d'identifier les préjudices spécifiques avant d'élaborer des réponses appropriées. Tous les effets ne sont pas préjudiciables et tous les préjudices ne sont pas illicites. En réalité, la plupart d'entre eux ne sont pas illicites, c'est pourquoi il ne faut pas confondre « préjudiciable » et « illégal ». Comme le précise la proposition de DSA, « [l]es parties prenantes s'accordent généralement à dire que les contenus " préjudiciables " (mais pas, ou du moins pas nécessairement, illégaux) ne devraient pas être définis dans le cadre de la législation sur les services numériques et ne devraient pas être soumis à des obligations de retrait, dans la mesure où il s'agit d'un domaine délicat présentant de lourdes implications pour la protection de la liberté d'expression¹³⁵. » À la lumière de ce constat, nous allons à présent explorer le contexte réglementaire et politique plus large de la DSA en vue d'établir de quelle manière la désinformation est traitée.

4.2.2. Le cadre réglementaire et politique élargi

La proposition de DSA ne comporte aucune référence au Conseil de l'Europe ou à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹³⁶. Ces omissions peuvent étonner au vu des multiples références du projet à l'importance de la liberté d'expression (garanties). Il est, certes, logique d'inscrire la DSA dans le cadre du droit communautaire et d'expliquer sa cohérence avec les instruments et initiatives communautaires existants et en cours. Néanmoins, étant donné la concordance entre les cadres réglementaires et politiques de l'UE et du Conseil de l'Europe, les approches des deux organisations sont indéniablement pertinentes l'une pour l'autre.

4.2.2.1. Le Conseil de l'Europe

Au fil des années, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une importante jurisprudence qui offre une protection solide du droit à la liberté d'expression¹³⁷. En ce qui concerne la désinformation, plusieurs déclarations¹³⁸ mettent notamment l'accent sur un

¹³⁵ Proposition de DSA, p.10.

¹³⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950 (dans sa version modifiée par les protocoles n° 11, 14 et 15, complétée par les protocoles n° 1, 4, 6, 7, 12, 13 et 16), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

¹³⁷ Voorhoof D. et al et McGonagle T. (Ed. Sup.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists : Case-law of the European Court of Human Rights*, 6^e édition, IRIS Thèmes, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2021, <https://rm.coe.int/iris-themes-vol-iii-2020-edition-en-28-april-2021-/1680a24eee>.

¹³⁸ Pour une analyse détaillée d'un plus vaste éventail de références spécifiques pertinentes, voir van Hoboken J., Appelman N., Ó Fathaigh R., Leerssen P., McGonagle T., van Eijk N. & Helberger N., *The legal framework on the dissemination of disinformation through Internet services and the regulation of political advertising*, rapport établi pour le ministère de l'Intérieur et des Relations au sein du Royaume des Pays-Bas, Amsterdam, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam, 2019, chapitre 4, (ci-après, « étude IViR sur la désinformation et la publicité politique »), https://www.ivir.nl/publicaties/download/Report_Disinformation_Dec2019-1.pdf.

engagement ferme à renforcer le débat public et, en particulier en ce qui concerne les élections, sur la reconnaissance du fait que « des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique¹³⁹. » La qualité, l'exactitude et la fiabilité des informations en période électorale sont d'une importance cruciale pour un électorat éclairé¹⁴⁰. La Cour établit également que « l'article 10 de la Convention en tant que tel ne met pas obstacle à la discussion ou à la diffusion d'informations reçues, même en présence d'éléments donnant fortement à croire que les informations en question pourraient être fausses. En juger autrement reviendrait à priver les personnes du droit d'exprimer leurs avis et opinions au sujet des déclarations faites dans les mass médias et ce serait ainsi mettre une restriction déraisonnable à la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention¹⁴¹. »

Sur la base de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté ces dernières années des recommandations aux États membres sur des sujets tels que le pluralisme des médias et la transparence de leur structure d'actionariat, les rôles et responsabilités des intermédiaires d'internet, et les conséquences des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme¹⁴². En mai 2021, le Comité directeur sur les médias et la société de l'information (CDMSI) a adopté une note d'orientation sur les meilleures pratiques en matière de cadres juridiques et procéduraux efficaces pour les mécanismes d'autorégulation et de corégulation de la modération de contenus¹⁴³.

Les projets et les travaux normatifs en cours du Comité des ministres portent notamment sur la garantie d'un environnement favorable à la pratique d'un journalisme de qualité à l'ère numérique, l'impact des technologies numériques sur la liberté d'expression, la communication électorale et la couverture médiatique des campagnes électorales¹⁴⁴. On note en particulier les travaux en cours du Comité d'experts sur l'environnement des médias et la réforme sur « les principes de gouvernance des médias et de la communication » afin de faire face au passage des canaux établis aux réseaux sociaux et aux risques connexes tels que la manipulation de l'opinion publique, le manque de confiance du public et le désordre de l'information¹⁴⁵. »

Ce qui précède démontre un engagement étendu et approfondi sur les différentes dimensions de la désinformation par le biais d'une série d'axes complémentaires, plutôt qu'un engagement frontal dans un seul et unique instrument normatif. L'ampleur et la profondeur de cet engagement pourraient fournir des orientations utiles pour les

¹³⁹ *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, par. 42, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

¹⁴⁰ *Orlovskaya Iskra c. Russie*, n° 42911/08, par. 110, 21 février 2017. Voir également la discussion de *Brzeziński c. Pologne*, n° 47542/07, 25 juillet 2019, et autres jurisprudences pertinentes, dans l'étude IViR sur la désinformation et la publicité politique, p. 53.

¹⁴¹ *Salov c. Ukraine*, n° 65518/01, Cour européenne des droits de l'homme 2005-VIII (extraits), par. 113.

¹⁴² Pour un aperçu des textes adoptés, voir <https://www.coe.int/fr/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts>.

¹⁴³ Voir <https://rm.coe.int/content-moderation-en/1680a2cc18>.

¹⁴⁴ Pour plus de détails sur ces thèmes et activités, voir <https://www.coe.int/fr/web/freedom-expression/committees>.

¹⁴⁵ Source : <https://rm.coe.int/msi-ref-2020-05-draft-recommendation-on-principles-media-and-com-gover/1680a31dd8>.

initiatives réglementaires et politiques de l'UE sur des questions similaires, notamment au regard de la volonté déclarée de la DSA de sauvegarder le droit à la liberté d'expression¹⁴⁶.

4.2.2.2. L'Union européenne

Le cadre réglementaire et politique de l'UE comprend divers instruments qui abordent différents aspects de la désinformation en fonction de leurs objectifs respectifs¹⁴⁷. L'engagement le plus explicite et le plus détaillé en matière de désinformation se trouve dans le Code d'auto-régulation de bonnes pratiques contre la désinformation. Ce Code de bonnes pratiques a été approuvé et signé par les représentants de plusieurs plateformes en ligne, opérateurs de services de réseaux sociaux et agences de publicité (ci-après les signataires) fin septembre 2018¹⁴⁸. Cette initiative a été prise dans le cadre d'un dispositif renforcé de mesures de l'UE pour combattre la désinformation en ligne, avec notamment (à peu près au même moment) la communication de la Commission intitulée « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne » (avril 2018)¹⁴⁹, et le Plan d'action contre la désinformation (décembre 2018)¹⁵⁰.

Les principaux objectifs du Code de bonnes pratiques sont les suivants :

- garantir la transparence des contenus sponsorisés, en particulier de la publicité politique, restreindre les options de ciblage de la publicité politique et réduire les recettes des vecteurs de désinformation ;
- assurer une transparence accrue sur le fonctionnement des algorithmes et permettre la vérification par des tiers ;
- faciliter la découverte et l'accès des utilisateurs à différentes sources d'information représentant des points de vue divergents ;
- mettre en place des mesures visant à identifier et à fermer les faux comptes et à s'attaquer au problème des robots automatiques ;
- permettre aux vérificateurs de faits, aux chercheurs et aux pouvoirs publics de surveiller en permanence la désinformation en ligne.

¹⁴⁶ Pour une analyse plus approfondie, voir Barata J., *The Digital Services Act and its Impact on the Right to Freedom of Expression : Special Focus on Risk Mitigation Obligations*, Plataforma por la Libertad de Información, n.d., <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>.

¹⁴⁷ Voir Van Hoboken et al, *The legal framework on the dissemination of disinformation through Internet services and the regulation of political advertising, final report*, chapitre 5, 2019, https://www.ivir.nl/publicaties/download/Report_Disinformation_Dec2019-1.pdf. Voir également chapitre 3 de cette publication.

¹⁴⁸ Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation, 2018, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹⁴⁹ Commission européenne, *Lutter contre la désinformation en ligne: une approche européenne*, COM(2018) 236 final, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>.

¹⁵⁰ Commission européenne et la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, Communication conjointe, Plan d'action contre la désinformation, JOIN36 final, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52018JJC0036>.

Le Code de bonnes pratiques présente une liste d'engagements détaillés, qui s'articulent autour de cinq grands axes : A. Contrôle des placements de publicité, B. Publicité à caractère politique et publicité engagée, C. Intégrité des services, D. Responsabilisation des consommateurs, E. Responsabilisation de la communauté de la recherche. Chaque signataire choisit les engagements les plus pertinents pour sa propre entreprise - en fonction des services proposés et des actions menées¹⁵¹.

L'évolution la plus récente et la plus significative du point de vue de la DSA est le processus de renforcement du Code de bonnes pratiques contre la désinformation. L'un des principaux objectifs est d'en faire un instrument de corégulation pour lequel l'approche envisagée par la DSA pour traiter les risques systémiques liés à la désinformation (qui fait l'objet du prochain paragraphe) jouera un rôle majeur. Les programmes visant à renforcer le Code de bonnes pratiques impliquent de traiter un certain nombre de questions horizontales : engagements renforcés pour atteindre les objectifs du Code, extension du champ d'application, participation élargie, engagements sur mesure, (soutien renforcé à l') Observatoire européen des médias numériques, système d'alerte rapide. Les questions spécifiques qui doivent être abordées de manière détaillée sont les suivantes : l'examen des placements publicitaires, la publicité à caractère politique et la publicité engagée, l'intégrité des services, la responsabilisation des utilisateurs, la responsabilisation de la communauté de recherche et de vérification des faits, et le suivi du Code.

4.3. Présentation de l'approche fondée sur le risque de la DSA pour lutter contre la désinformation

Dans ce contexte, il convient maintenant de se pencher sur l'approche de la modération des contenus fondée sur les risques adoptée par la DSA. Cette approche, précisée dans la section 4 de la DSA, vise à lutter contre les contenus en ligne préjudiciables, mais licites. Elle prévoit une application différenciée tout en ayant une portée globale. Trois éléments en particulier méritent d'être examinés de plus près, à savoir : à qui ce dispositif s'applique-t-il, quelles sont les exigences requises et pourquoi a-t-il été intégré ?

La DSA impose des obligations de vigilance renforcées aux « très grandes plateformes en ligne » (VLOP), c'est-à-dire à celles qui fournissent des services à au moins 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels dans l'Union européenne¹⁵². Bien que cela concerne les « géants du numérique » actuels, tels que Facebook, Twitter et YouTube (Google), la loi semble tenir compte de l'évolution et de l'expansion rapide des plateformes en ligne en prévoyant un processus permanent d'examen et de vérification. En particulier, le coordinateur pour les services numériques¹⁵³ doit vérifier les bénéficiaires actifs mensuels

¹⁵¹ Pour un aperçu de la mise en œuvre du Code de bonnes pratiques, voir <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹⁵² DSA, article 25, par. 1. L'article fournit également une méthodologie pour calculer ce nombre (voir article 25 par. 2 - 4).

¹⁵³ Voir chapitre 3 de cette publication.

des plateformes en ligne au moins deux fois par an, et attribuer (ou retirer) le statut VLOP en conséquence¹⁵⁴.

Mais quelles sont les exigences et les implications d'un tel statut ? En vertu de l'article 26(1) de la DSA, les VLOP doivent recenser, analyser et évaluer au moins une fois par an « tout risque systémique important trouvant son origine dans le fonctionnement et l'utilisation faite de leurs services au sein de l'Union¹⁵⁵. » Cette évaluation des risques doit être spécifique et différenciée en fonction des services qu'elles fournissent, et doit inclure les « risques systémiques » spécifiés¹⁵⁶. Outre la diffusion de contenus illicites et « tout effet négatif pour l'exercice des droits fondamentaux »¹⁵⁷, l'évaluation doit porter sur :

- (c) la manipulation intentionnelle de leur service, y compris via l'utilisation non authentique ou l'exploitation automatisée de leur service, avec un effet négatif avéré ou prévisible sur la protection de la santé publique, des mineurs, du discours civique, ou des effets avérés ou prévisibles en lien avec les processus électoraux et la sécurité publique.

Cette liste n'est pas exhaustive, et d'autres risques systémiques peuvent être spécifiquement évalués ; toutefois, c'est ce dernier élément qui est le plus pertinent pour la désinformation¹⁵⁸. Bien que la formulation semble assez large, il existe des restrictions importantes qui peuvent limiter son application. En particulier, l'évaluation des risques ne porte que sur les manipulations « intentionnelles » des services et semble s'appliquer aux réseaux et campagnes de désinformation coordonnés. Outre le critère d'intention requis, l'évaluation des risques ne s'applique qu'aux manipulations ayant des effets négatifs avérés ou prévisibles sur des catégories de préjudice désignées - notamment la santé publique et le discours civique - et sur des piliers démocratiques tels que les élections et la sécurité publique¹⁵⁹. Ainsi, l'évaluation des risques est à la fois un produit de son époque et une tentative de prendre en compte certaines préoccupations majeures au sein de l'UE et au-delà de ses frontières, notamment l'« infodémie » liée au COVID, la falsification des élections et les campagnes de désinformation concertées visant des groupes vulnérables de la société.

Alors que l'évaluation des risques envisagée par l'article 26, paragraphe 1, est largement tournée vers l'extérieur, l'article 26, paragraphe 2, impose un examen interne aux VLOP. En particulier, les VLOP doivent « tenir compte » de la manière dont leurs modèles commerciaux et leurs caractéristiques de conception - telles que les systèmes de modération des contenus, de recommandation et de publicité - influencent tout risque systémique visé au paragraphe 1¹⁶⁰. Cela couvre notamment « la diffusion potentiellement rapide et à grande échelle de contenus illicites et d'informations incompatibles avec leurs

¹⁵⁴ DSA, article 25, par. 4.

¹⁵⁵ DSA, article 26, par. 1.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ DSA, article 26, par.1, al. a) et b), respectivement.

¹⁵⁸ La désinformation peut également donner lieu à des « effets négatifs » pour l'exercice de la liberté d'expression et, notamment, du « droit du public à des informations adéquates » (voir *Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1)*, requête n° 6538/74 (Cour européenne des droits de l'homme, 26 avril 1979), par. 66).

¹⁵⁹ DSA, article 26, par. 1, al. c)

¹⁶⁰ DSA, article 26, par. 2.

conditions générales¹⁶¹. » Tout en étant suffisamment large pour englober les contenus que les plateformes en ligne veulent éviter sur leurs pages, comme la nudité ou les spams, ce dernier élément peut également s'appliquer à tout discours « légal mais affreux », tel que la désinformation.

Enfin, il convient de se demander quelle est, en soi, la raison d'être de ces obligations d'évaluation des risques. Les considérants de la proposition nous fournissent un aperçu à cet égard. Ils notent que les VLOP « sont utilisées d'une manière qui a une influence considérable [...] sur la formation de l'opinion publique et du discours » et soulignent les préoccupations sociétales pouvant être causées par leurs modèles économiques souvent axés sur la publicité, ainsi que par leurs choix de conception¹⁶². La nécessité de gouverner les « nouveaux gouverneurs¹⁶³ » est également invoquée : « En l'absence d'une réglementation et de mesures d'application efficaces, elles peuvent fixer les règles du jeu, sans identifier ni atténuer efficacement les risques et le préjudice sociétal et économique qu'elles sont susceptibles de causer¹⁶⁴. »

Il y a plusieurs points à retenir des éléments de définition résumés ci-dessus, notamment en ce qui concerne la désinformation. Tout d'abord, l'accent mis sur les « très grandes » plateformes semble instaurer une corrélation entre l'audience et le risque. Les plateformes mondiales telles que Facebook et Twitter peuvent permettre une diffusion plus vaste et plus rapide de la désinformation. Cependant, des campagnes de désinformation ont également vu le jour sur des réseaux plus petits ou des réseaux de particulier à particulier, qui ne sont pas soumis aux obligations d'évaluation des risques de leurs homologues de plus grande taille¹⁶⁵. Or, ces campagnes de désinformation peuvent également causer de nombreux préjudices ; leur impact peut être considérable, même si leur portée est limitée, par exemple au sein de ce que l'on appelle les chambres d'écho ou les bulles de filtrage, notamment chez les conspirationnistes convaincus. La priorité accordée par la DSA à l'évaluation et à l'atténuation des risques pour les très grandes plateformes est compréhensible, mais elle ne concerne qu'un type particulier de risques systémiques.

Ensuite, l'évaluation des risques répond aux demandes appelant à se focaliser davantage sur le contexte que sur le contenu¹⁶⁶. C'est ce qui ressort de l'intégration de l'intention sous-jacente et des effets négatifs de la manipulation en ligne dans la troisième catégorie de risque systémique. Toutefois, il reste à voir comment les VLOP

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² DSA, considérant 56.

¹⁶³ Voir Klonick K., *The New Governors: The People, Rules and Processes Governing Online Speech*, Harvard Law Review 131 (1598), https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/04/1598-1670_Online.pdf.

¹⁶⁴ DSA, considérant 56.

¹⁶⁵ EU DisinfoLab, avis : *How the Digital Services Act (DSA) Can Tackle Disinformation*, 2021, p. 2, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services/F2164131_en.

¹⁶⁶ Mozilla EU Policy, *Mozilla position paper on the EU Digital Services Act*, 2021, p. 6, <https://blog.mozilla.org/netpolicy/files/2021/05/Mozilla-DSA-position-paper-.pdf/>. Sur l'importance du contexte dans la modération des contenus en général, voir Land M.K. & Hamilton R.J., *Beyond Takedown: Expanding the Toolkit for Responding to Online Hate*, in (Dojcinovic P., éd.) *Propaganda, War Crimes Trials and International Law: From Cognition to Criminality* 143Routledge, 2020, et York J.C. et Zuckerman E., *Moderating the Public Sphere* dans (Jørgensen R.F. éd.) *Human Rights in the Age of Platforms*, MIT Press, 2019.

peuvent évaluer les risques particuliers - et le contexte spécifique - survenant dans les différents États membres de l'Union européenne, où les sources et les cibles de la désinformation peuvent varier.

Enfin, il est avéré que les campagnes de désinformation évoluent rapidement tout en s'adaptant¹⁶⁷, ce qui peut constituer un défi pour la procédure d'évaluation des risques annuelle - et non pas continue ou *ad hoc* - et rigide. Toutefois, le processus ne fait qu'imposer des seuils minimaux ; dès lors que cela leur semble opportun, les VLOP sont libres de procéder à des évaluations supplémentaires des risques et d'élargir les types de « risques systémiques » à évaluer. Il reste à savoir si elles le feront et dans quelle mesure.

4.4. Atténuation des risques

Contrairement à la formulation plus rigide de l'étape d'identification des risques systémiques, la DSA adopte une approche, plus souple et sous l'angle de la corégulation, de la manière dont il convient d'atténuer ces risques. Les principales caractéristiques - notamment la formulation contraignante et permissive, et les différents acteurs concernés -, sont exposées ici avant d'examiner comment ces mesures peuvent s'appliquer à la désinformation.

Les mesures d'atténuation sont définies à l'article 27 du Règlement, qui dispose que les VLOP « mettent en place des mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces, adaptées aux risques systémiques spécifiques identifiés en application de l'article 26¹⁶⁸. » Si l'obligation de mettre en place des mesures d'atténuation est obligatoire, la liste des mesures énumérées pour remplir cette obligation n'est ni contraignante, ni exhaustive. En outre, les mesures relèvent d'une conception large de l'« atténuation » et prévoient l'adaptation des processus décisionnels, des caractéristiques de conception telles que les systèmes de modération des contenus, de publicité ou les fonctionnalités de service, le renforcement des dispositifs de détection des risques systémiques, la mise en place d'une coopération avec des signaleurs de confiance et d'autres plateformes en ligne sur la base des codes de conduite et de protocoles de crise, ainsi que des mesures ciblées destinées à limiter l'affichage et la portée des publicités diffusées sur la plateforme¹⁶⁹.

L'article 27 assigne également un rôle d'atténuation des risques à d'autres acteurs, notamment au Comité européen des services numériques (composé des coordinateurs pour les services numériques)¹⁷⁰ et à la Commission européenne. L'article 27, paragraphe 2 dispose que le Comité, en coopération avec la Commission, publie des rapports exhaustifs

¹⁶⁷ ¹⁶⁷ Concernant l'utilisation de réseaux de particulier à particulier de taille restreinte pour diffuser des discours de type « légal mais affreux », voir Bevensee E. et Rebellious Data LLC, *The Decentralized Web of Hate: White Supremacists are Starting to Use Peer-to-Peer Technology. Are we Prepared?*, 2020, <https://rebelliousdata.com/wp-content/uploads/2020/10/P2P-Hate-Report.pdf>.

¹⁶⁸ DSA, article 27, par. 1.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ DSA, articles 47 et 48.

qui identifient et évaluent d'une part, les risques systémiques les plus importants et récurrents signalés par les VLOP ou identifiés via d'autres sources, et d'autre part, les bonnes pratiques pour les VLOP en vue de l'atténuation des risques systémiques identifiés¹⁷¹. Ces rapports doivent être publiés une fois par an¹⁷².

En outre, la Commission « peut publier des orientations générales sur l'application du paragraphe 1 par rapport à des risques spécifiques, notamment en vue de présenter les meilleures pratiques et de recommander des mesures possibles¹⁷³. Bien que la force juridique ou l'effet contraignant de ces orientations ne soient pas clairs et que le champ d'application semble très large quant aux « risques spécifiques » pouvant être traités, il convient de relever deux réserves. La première impose à la Commission de tenir « dûment compte des conséquences possibles des mesures sur les droits fondamentaux de toutes les parties concernées consacrés dans la Charte¹⁷⁴. » L'importance ou la conséquence de cette exigence dépendra du niveau de rigueur de l'engagement de la Commission. En revanche, l'exigence de « tenir dûment compte » n'est pas imposée aux VLOP et n'est pas incluse dans le rapport annuel du Comité en vertu de l'article 27, paragraphe 2. La deuxième réserve prévoit que « [d]ans le cadre de l'élaboration de ces orientations, la Commission organise des consultations publiques¹⁷⁵. » La nature précise de ces consultations publiques (leur nombre, le rôle que doit jouer le retour d'information du public, etc.) reste floue. Cependant, cette disposition crée une procédure supplémentaire de participation et de surveillance du public, et peut garantir que les personnes affectées par le processus d'évaluation des risques de la DSA auront l'occasion d'être entendues.

Ces dispositions présentent un certain nombre d'aspects pertinents pour la désinformation. Tout d'abord, en matière d'atténuation des risques, la DSA envisage une approche de corégulation dans laquelle de multiples parties prenantes jouent des rôles différenciés en fonction de leurs compétences et de leurs responsabilités. Cependant, contrairement à de nombreux cadres de corégulation et d'autorégulation antérieurs, tels que le Code de bonnes pratiques (évoqué ci-dessus), la DSA va plus loin en exigeant certains objectifs (l'adoption de « mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces ») tout en laissant une certaine souplesse dans les moyens employés pour les atteindre. En ce sens, l'article 27 déplace la priorité en mettant davantage l'accent sur la fin que sur les moyens, sur le résultat que sur le processus. Cependant, alors que les VLOP restent, à l'heure actuelle, libres de décider quelles mesures elles mettront en place – et notamment si elles seront mises en place au niveau mondial ou seulement dans certaines régions ou certains États –, les exigences en termes de caractère raisonnable, de proportionnalité et d'efficacité peuvent limiter le niveau de souplesse et de latitude que la formulation pourrait laisser entendre.

Ensuite, l'exigence selon laquelle les mesures d'atténuation doivent être « adaptées aux risques systémiques spécifiques identifiés en application de l'article 26 » peut contraindre les VLOP à explorer de nouvelles voies et à partager les meilleures

¹⁷¹ DSA, article 27, par. 2.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ DSA, article 27, par. 3.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

pratiques pour faire face à ces risques, notamment la diffusion de la désinformation sur leurs plateformes, avec une réactivité et une fermeté inédites. La désinformation constitue un défi complexe et nuancé, mais la nécessité impérieuse de lutter contre ses effets sur le discours public et les piliers démocratiques s'est massivement imposée aux États, tout en suscitant une certaine confusion. Le fait d'imposer des exigences d'atténuation pour traiter efficacement les risques systémiques - notamment les menaces que fait peser la désinformation sur le discours civique, la santé publique, les processus électoraux et la sécurité publique - place également la résolution du problème entre les mains des VLOP et, ce faisant, permet d'exploiter l'ingéniosité et l'efficacité du secteur privé.

Enfin, le partage des bonnes pratiques pour atténuer les risques systémiques - dans les rapports annuels du Comité et les orientations générales publiées par la Commission - peut amplifier les effets de l'approche fondée sur le risque de la DSA au-delà des frontières de l'Europe. De nombreux États suivent de près le processus de rédaction et ne manqueront pas de s'inspirer des mesures d'atténuation envisagées, des meilleures pratiques partagées et des orientations générales publiées. De même, les petites plateformes et les réseaux de particulier à particulier, qui ne sont pas soumis aux mêmes obligations de diligence, peuvent également consigner les meilleures pratiques et chercher à les mettre en œuvre pour atténuer les risques sur leurs plateformes. Compte tenu de la portée potentielle des mesures d'atténuation, il est essentiel que les VLOP, le Comité et la Commission examinent l'impact éventuel de toute mesure envisagée sur les droits fondamentaux.

4.5. Assurer le contrôle et la transparence

La DSA complète son approche fondée sur le risque par des dispositions consacrées au suivi, au contrôle et à la transparence. Deux dispositions méritent en particulier d'être examinées de plus près, à savoir les exigences en matière d'audit et de rapports, énoncées respectivement aux articles 28 et 33¹⁷⁶.

En vertu de l'article 28, les VLOP sont soumises à des audits annuels pour évaluer le respect, entre autres, de leur obligation de procéder à l'évaluation des risques systémiques et d'adopter des mesures d'atténuation pour combattre ces derniers¹⁷⁷. En outre, les audits évalueront le respect de tout engagement pris par les VLOP dans le cadre de codes de conduite et de protocoles de crise¹⁷⁸. Pour se conformer à cette disposition, plusieurs critères doivent être respectés. En particulier, les audits doivent être réalisés par

¹⁷⁶ Il existe d'autres éléments - notamment les dispositions portant spécifiquement sur les systèmes de recommandation ainsi que sur l'accès aux données et le contrôle des données - mais nous avons choisi de nous concentrer uniquement sur ces deux exigences, car elles découlent des exigences d'identification et d'atténuation évoquées précédemment.

¹⁷⁷ DSA, article 28, par. 1, al. a). Ces obligations, énoncées aux articles 26 et 27, relèvent du chapitre III de la DSA auquel l'article 28, par. 1, al. a) fait explicitement référence.

¹⁷⁸ DSA, article 28, par. 1, al. b). Le code de conduite est visé aux articles 35 et 36 (Code de conduite) et les protocoles de crise à l'article 37.

des organisations indépendantes des VLOP concernées, possédant une expertise reconnue dans les domaines de la gestion des risques, des capacités ainsi que des compétences techniques, et dont « l'objectivité et l'éthique professionnelle sont avérées, notamment sur la base de l'adhésion à des codes de conduites ou à des normes appropriées¹⁷⁹. » En termes de résultats, les organisations doivent produire des rapports d'audit qui comprennent (au minimum) une description des éléments spécifiques vérifiés, ainsi que la méthodologie appliquée, une description des principales conclusions tirées de l'audit, et un avis d'audit sur le respect ou non par la VLOP de ses obligations et engagements¹⁸⁰. L'avis doit comporter un classement soit positif, soit positif et assorti de commentaires, soit négatif¹⁸¹.

La délivrance d'un avis d'audit négatif a deux conséquences notables, la première pour l'organisme d'audit et la seconde pour la VLOP concernée. Tout d'abord, le rapport d'audit doit comporter des « recommandations opérationnelles sur les mesures spécifiques pour se mettre en conformité¹⁸². » Ensuite, dès réception d'un tel rapport, les VLOP doivent tenir « dûment compte de toute recommandation opérationnelle qui leur est adressée en vue de prendre les mesures nécessaires à leur mise en œuvre¹⁸³. » En particulier, les VLOP doivent - dans un délai d'un mois à compter de la réception des recommandations - adopter un rapport de mise en œuvre des recommandations d'audit énonçant ces mesures ou, si elles ne mettent pas en œuvre les recommandations, indiquant les motifs pour lesquels elles ne le font pas et exposant les mesures alternatives qu'elles ont éventuellement prises pour se mettre en conformité¹⁸⁴.

La DSA prévoit également un renforcement des « obligations en matière de rapports de transparence » pour les VLOP en vertu de l'article 33. Les VLOP doivent mettre à la disposition du public et transmettre au coordinateur pour les services numériques et à la Commission les éléments suivants en lien avec l'approche fondée sur le risque décrite ci-dessus :

- (a) un rapport exposant les résultats de l'évaluation des risques au titre de l'article 26 ;
- (b) les mesures connexes d'atténuation des risques définies et mises en œuvre au titre de l'article 27 ;
- (c) le rapport d'audit mentionné à l'article 28, paragraphe 3 ;
- (d) le rapport de mise en œuvre des recommandations d'audit mentionné à l'article 28, paragraphe 4¹⁸⁵.

Ces obligations en matière de rapports de transparence s'appliquent au moins une fois par an et dans les 30 jours suivant l'adoption du rapport de mise en œuvre des

¹⁷⁹ DSA, article 28, par. 2.

¹⁸⁰ DSA, article 28, par. 3.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² DSA, article 28, par. 3, al. f).

¹⁸³ DSA, article 28, par. 4.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ DSA, article 33, par. 2.

recommandations d'audit¹⁸⁶. Des exceptions sont prévues lorsque, par exemple, une VLOP considère que la publication des informations susmentionnées pourrait mener à la divulgation d'informations confidentielles, entraîner d'importantes vulnérabilités pour la sécurité de son service, porter atteinte à la sécurité publique ou nuire aux bénéficiaires¹⁸⁷. Toutefois, la VLOP peut simplement supprimer ces informations des rapports publics ; les rapports complets (non expurgés) doivent être transmis au coordinateur pour les services numériques et à la Commission, accompagnés d'un exposé des motifs pour lesquels ces informations ont été retirées des rapports publics¹⁸⁸.

Dans leur ensemble, les exigences en matière d'audit et de transparence prévoient un examen et un contrôle externes de la conformité des VLOP avec leurs obligations en matière d'évaluation des risques et de mesures d'atténuation. Il s'agit d'un élément essentiel pour garantir que les VLOP remplissent leurs obligations d'identifier et d'éradiquer les risques systémiques de leurs plateformes - notamment la désinformation - et qu'elles le fassent d'une manière qui soit mesurée, évaluée et soumise à un contrôle indépendant par les auditeurs, le coordinateur pour les services numériques, la Commission et, qui plus est, le public. La nécessité d'une surveillance et d'une transparence accrues est connue depuis longtemps¹⁸⁹ et ces mécanismes constituent une étape importante à cet égard. En outre, les obligations de transparence à plusieurs niveaux obligent les VLOP à ne pas se contenter de « faire ce qu'il faut », mais à montrer également comment elles le font dans les délais impartis et de manière raisonnée.

Toutefois, il subsiste un certain nombre d'incertitudes quant à la manière dont ces mécanismes fonctionneront dans la pratique. Tout d'abord, alors que l'audit indépendant est devenu la norme dans des domaines préalablement exemptés de tout contrôle réglementaire, tels que le secteur financier et la protection des données¹⁹⁰, il n'est pas garanti qu'il existe encore des organismes d'audit possédant le niveau requis d'expertise et d'objectivité (avérées). Compte tenu du poids potentiel de l'avis d'audit et des recommandations opérationnelles, ces organismes d'audit peuvent avoir un impact significatif sur les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et le droit à la non-discrimination. Au regard de ce rôle prépondérant, il serait judicieux de clarifier davantage les qualifications requises à l'égard des organismes d'audit.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ DSA, article 33, par. 3.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Voir, de manière générale, Conseil des droits de l'homme de l'ONU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 2011, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf. En ce qui concerne spécifiquement la transparence des plateformes en ligne, voir *The Santa Clara Principles on Transparency and Accountability in Content Moderation*, 2018, <https://www.santaclaraprinciples.org/>.

¹⁹⁰ L'UE a imposé des obligations d'audit aux entités d'intérêt public telles que les banques par un règlement en 2014 (Règlement n° 537/2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0537&from=EN>. Le Règlement général sur la protection des données (RGPD), adopté en 2016, prévoit une surveillance sous la forme d'audits de protection des données en vertu de l'article 58 (Règlement 2016/679), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>.

Par ailleurs, si les mesures susmentionnées offrent une meilleure visibilité de la « boîte noire » des plateformes en ligne et permettent de superviser le processus d'évaluation des risques - de l'évaluation proprement dite à la mise en œuvre des recommandations d'audit, en passant par les mesures d'atténuation appliquées - les délais prévus sont toutefois extrêmement courts. Ce point est particulièrement frappant si l'on considère le délai accordé aux VLOP pour adopter un rapport de mise en œuvre des recommandations d'audit exposant les « mesures nécessaires » prises pour appliquer les recommandations opérationnelles reçues : elles disposent d'un mois maximum pour le faire¹⁹¹. Compte tenu de l'ampleur et de la portée potentielles des audits, et de toute recommandation qui en découle, cela peut affecter la qualité des mesures mises en œuvre et le succès de l'opération.

Enfin, malgré les exigences en matière de rapports offrant une plus grande transparence et un meilleur aperçu du fonctionnement interne des VLOP, les mécanismes contraignants en cas de non-respect des obligations restent rares. À titre d'exemple, les VLOP doivent indiquer les raisons pour lesquelles elles n'appliquent pas les recommandations opérationnelles, mais aucune pénalité n'est prévue si les VLOP choisissent de n'appliquer que quelques-unes, voire aucune, des recommandations. En ce sens, la DSA évolue sur un fil ténu entre le renforcement des obligations de diligence imposées aux VLOP (remédiant aux défaillances antérieures des approches de corégulation et d'autorégulation) et le postulat (peut-être erroné) que les VLOP s'acquitteront de ces nouvelles responsabilités en toute bonne foi.

4.6. Une affaire risquée ? L'approche fondée sur le risque dans la pratique

Comme nous l'avons vu précédemment, la désinformation s'est avérée difficile à définir, à prévenir, à atténuer et à combattre pour les États et les plateformes de médias sociaux. C'est dans ce contexte épineux que l'approche fondée sur le risque de la DSA a été introduite. Alors que par de nombreux aspects, l'approche fondée sur le risque tente de combler les lacunes des approches précédentes, les points de friction sont apparus encore plus clairement après la présentation de la proposition. Ces questions non résolues devront être examinées et traitées afin de garantir une approche unifiée et globale de la lutte contre la désinformation en ligne.

La première question - et sans doute la plus basique - consiste à savoir si la désinformation doit être traitée par la DSA. La Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (commission LIBE) est en désaccord sur ce point : dans un projet d'avis publié en mai 2021, la commission LIBE propose une série d'amendements, dont la suppression des dispositions définissant l'approche fondée sur le risque¹⁹². La commission LIBE fait valoir que ces amendements

¹⁹¹ DSA, article 28, par. 4.

¹⁹² Projet d'avis de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures à l'intention de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur la proposition de règlement du

sont nécessaires pour protéger la liberté d'expression et garantir que la DSA ne s'applique qu'à la diffusion de contenus « illégaux » et non pas « préjudiciables »¹⁹³. En ce qui concerne l'article 26, qui définit l'approche fondée sur le risque, la commission LIBE se dit préoccupée par le fait que ses exigences « vont bien au-delà des contenus illégaux lorsqu'il est question de simples "effets néfastes" vaguement décrits »¹⁹⁴. Des préoccupations similaires sont exprimées au sujet des exigences en matière d'audit indépendant visées à l'article 28¹⁹⁵. Les amendements proposés par la commission LIBE font état de la nécessité d'un examen plus approfondi du champ d'application et des objectifs de la DSA, en particulier en matière de discours « légal mais affreux » tel que la désinformation.

Si l'approche fondée sur le risque passe le cap des négociations et du débat en cours, une autre question ne manquera pas de se poser, à savoir si un juste équilibre a pu être trouvé entre l'approche adoptée et les exigences de fond présentées dans la proposition. Certaines organisations de la société civile ont applaudi la DSA pour ses « tentatives de trouver un équilibre délicat en limitant la suppression de contenu - qui pourrait empiéter sur la liberté d'expression - aux seuls contenus illégaux, tout en veillant à ce que l'ensemble des incidences sur nos droits fondamentaux soient traitées par une procédure d'évaluation et d'atténuation des risques¹⁹⁶. » Mais au-delà de l'approche générale, certaines organisations ont fait part de leurs préoccupations concernant certains points, notamment :

- (a) le flou entourant les « risques systémiques » de l'article 26 et la caractérisation « raisonnable » et « proportionnée » de l'article 27 ;
- (b) la limitation de l'évaluation des risques aux « manipulations du service » (externes) à l'exclusion des risques posés par les choix de conception (internes) des plateformes ;
- (c) le pouvoir d'appréciation laissé aux plateformes en ligne (et à la Commission européenne) pour décider de quelle manière atténuer les risques systémiques¹⁹⁷.

Ces quelques points de friction parmi d'autres méritent d'être dûment pris en compte, étudiés et analysés de façon approfondie afin que l'approche fondée sur le risque soit à la hauteur de ses ambitions et réponde aux attentes, notamment en surmontant certains obstacles majeurs auxquels se sont heurtées les tentatives précédentes de lutte contre la désinformation en ligne.

Parlement européen et du Conseil relatif à un marché unique des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE
COM, 0825, 2021, amendements 21-24, 28, 29, 91-93, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PA-692898_FR.pdf.

¹⁹³ *Ibid.* amendement 91, *Justification*, p. 68.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 68-69.

¹⁹⁵ *Ibid.*, amendement 102, p. 74-75.

¹⁹⁶ *Avaaz Position Paper on the Digital Services Act, Disinformation and Freedom of Speech*, 2021, p. 1, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services/F2164159_en.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 9-12. Voir également Article19, *At a glance : Does the EU Digital Services Act protect freedom of expression*, 11 février 2021, <https://www.article19.org/resources/does-the-digital-services-act-protect-freedom-of-expression/>.

Bien qu'une approche fondée sur le risque pour identifier les risques systémiques, les endiguer et y remédier soit une nouveauté dans la régulation des discours en ligne et dans la lutte contre la désinformation en ligne, on peut néanmoins puiser des conseils utiles et des exemples édifiants quant à la manière dont ces mécanismes de diligence fonctionnent en pratique dans des secteurs comparables tels que la finance et la protection des données¹⁹⁸. Ces secteurs connaissent une situation similaire, dans la mesure où ils font l'objet d'un contrôle public - et sont soumis à des obligations de diligence - visant à surveiller leur « boîte noire » par le biais d'audits et d'évaluations de l'impact sur les droits de l'homme. Ces expériences peuvent s'avérer utiles dans la réflexion menée sur la portée et le périmètre des articles 26 et 28, ainsi que sur les pièges à éviter¹⁹⁹.

Par ailleurs, on peut également s'inspirer du droit, de la politique et de la pratique à l'échelle internationale en matière de droits de l'homme pour les modalités concrètes de conception et de mise en œuvre des mécanismes de diligence. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme - principales normes internationales en la matière - sont complétés (et transposés) dans le cadre européen par la Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les droits de l'homme et les entreprises. Certains concepts clés ont également été reconvertis pour une application spécifique dans l'environnement en ligne dans la recommandation CM/Rec(2018)2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les rôles et responsabilités des intermédiaires d'internet. Ces textes de référence soulignent l'importance de la sensibilisation à mener dans ce secteur dynamique et soulignent en particulier la nécessité d'être lucide quant à la pertinence de la DSA pour traiter la désinformation dans un environnement réglementaire et politique particulièrement complexe.

4.7. Conclusion

La régulation des contenus en ligne soulève des préoccupations majeures en ce qui concerne les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, la non-discrimination et le droit à un recours efficace. Elle s'est avérée particulièrement difficile à mettre en œuvre pour les contenus de type « légal mais affreux », tels que la désinformation, qui peuvent avoir des répercussions d'une grande ampleur sur le public ou les fondements démocratiques.

¹⁹⁸ À cet égard, voir Mozilla Mornings, *Unpacking the DSA's risk-based approach*, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=tEDJ3nx88MM>.

¹⁹⁹ Le secteur financier, par exemple, a exprimé certaines inquiétudes quant à l'absence de concurrence et l'existence de conflits d'intérêts. Voir, par exemple, Prettner C., Ruby-Sachs E., Lehrich J. et Palstra N., *Don't throw out the Digital Services Act's key accountability tools*, Euractiv, 2021, <https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/dont-throw-out-the-digital-services-acts-key-accountability-tools/>, et Clarke A. *Reforming Audit in the Public Interest*, Luminare, 2020, <https://luminaregroup.com/posts/blog/reforming-audit-in-the-public-interest>.

C'est dans cette trame complexe que la proposition de DSA a été présentée. Ce chapitre s'est concentré sur l'approche fondée sur le risque de la DSA pour lutter contre la désinformation. Cette proposition constitue une avancée en raison de son approche réglementaire différenciée, globale et nuancée, qui apparaît clairement à plusieurs égards, comme le souligne le présent chapitre. Tout d'abord, la DSA impose des exigences accrues aux VLOP sur la base de leur audience et de leur portée, qui reflètent leur capacité à causer un préjudice public ou à y contribuer. Ensuite, l'approche est globale en ce sens qu'elle repose à la fois sur la prévention et l'intervention, la prescription et la souplesse. Si les VLOP sont tenues d'identifier, d'atténuer et de divulguer les risques systémiques répertoriés sur leurs plateformes, elles bénéficient à cet égard d'une certaine souplesse. Enfin, l'approche fondée sur le risque est nuancée dans la mesure où ses dispositions portent non seulement sur les risques systémiques (externes), mais aussi sur le rôle des modèles d'entreprise (internes) et des choix de conception.

Il subsiste toutefois un certain nombre de questions, notamment quant à savoir si la désinformation et d'autres contenus préjudiciables mais légaux devraient être totalement exclus de la DSA. Cela soulève une autre question concernant la manière de gérer les risques liés à la désinformation qui ne sont pas des risques « systémiques » au sens de la proposition de DSA. Les réponses à ces deux questions doivent nécessairement être ancrées dans le droit à la liberté d'expression. Les partisans de l'approche définie dans la DSA font valoir qu'il s'agit d'une avancée significative en termes d'identification et de prévention des risques, de garantie d'une plus grande transparence et d'un meilleur contrôle, et de dépassement de la « boîte noire » de la modération des contenus par les entreprises privées. Il reste à voir si les choses évolueront dans ce sens.

Au-delà de la liberté d'expression

Le droit d'auteur constitue une exception à la liberté d'expression et d'information et mérite un chapitre distinct. Cette exception repose sur un motif majeur : en tant que société, nous voulons protéger le travail et les moyens de subsistance des auteurs et autres forces créatives, techniques et financières qui produisent pour nous des films, des livres, de la musique, etc.

*L'Union européenne régleme le droit d'auteur par le biais d'un ensemble de règles comprenant notamment la directive récemment adoptée sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (DSM). Bien que la DSA comporte des règles affectant les modalités d'application du droit d'auteur, en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*, la Directive DSM est réputée prévaloir sur la DSA. Mais une fois de plus, ce n'est pas si simple.*

*Dans le chapitre suivant, **Elenora Rosati** présente une analyse détaillée de l'articulation entre les règles européennes en matière de droit d'auteur et la DSA.*

5. La législation sur les services numériques et l'application du droit d'auteur : le cas de l'article 17 de la Directive DSM*

*Eleonora Rosati, Université de Stockholm***

5.1. Introduction

Fin 2020, la Commission européenne a dévoilé sa proposition de législation sur les services numériques²⁰⁰ (ci-après, la proposition de DSA). Une fois adoptée, la DSA pourrait confirmer les principes fondamentaux du régime d'exemption de responsabilité applicables à certains fournisseurs de services de la société de l'information (ci-après, FSI), ainsi que l'interdiction de la surveillance générale, tels qu'ils figurent actuellement, respectivement, aux articles 12 à 14 et 15 de la Directive sur le commerce électronique²⁰¹. Elle pourrait également confirmer la suppression de toute mesure visant à décourager les comportements proactifs des FSI, conformément à son approche de « bon samaritain », et renforcer l'équité, la transparence et la responsabilité en ce qui concerne les pratiques de modération de certains services numériques.

* Cette contribution est basée sur la présentation que l'auteur a faite lors du webinaire . « Nouvelle législation sur les services numériques : un changement de paradigme ? » le 27 mai 2021, dans le cadre de la série de webinaires de l'Observatoire européen de l'audiovisuel.

** Professeur de droit de la propriété intellectuelle et directrice de l'Institut de la propriété intellectuelle et du droit du marché. L'auteur souhaite remercier l'Observatoire européen de l'audiovisuel pour son invitation à contribuer à sa série de webinaires et à l'IRIS Spécial. Les opinions exprimées ici, ainsi que toute erreur ou omission, sont uniquement attribuables à l'auteur. Courriel : eleonora.rosati@juridicum.su.se

²⁰⁰ Commission européenne, 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 (« proposition de DSA »), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

²⁰¹ 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, JO L 178, 17.7.2000, pp. 1-16 (« directive e-commerce »), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

À première vue, la proposition de DSA et le cadre européen du droit d'auteur, y compris la directive de 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique²⁰² (ci-après, la Directive DSM), appartiennent formellement à deux mondes distincts : le considérant 11 et l'article 1, paragraphe 5, de la proposition de DSA indiquent expressément que celle-ci s'applique sans préjudice des règles de l'UE dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Il s'ensuit, entre autres choses, que la Directive DSM et le régime prévu à son article 17 devraient être considérés comme une *lex specialis* par rapport à la DSA (une fois adoptée), étant donné qu'ils concernent spécifiquement les infractions au droit d'auteur et qu'ils s'appliquent à un sous-ensemble de plateformes en ligne, à savoir les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (ci-après les FSPC)²⁰³.

Cela étant dit, il serait cependant à la fois superficiel et erroné de penser que la DSA n'affectera pas l'interprétation et l'application de l'article 17 de la Directive DSM. La forme que prendra la DSA sera d'une grande importance pour déterminer, entre autres, quand le régime de l'article 17 s'applique en premier lieu, à qui et de quelle manière²⁰⁴.

La présente contribution est structurée comme suit : la section 1 présente le contexte de la Directive DSM et de la proposition de DSA et souligne l'imbrication de leurs origines respectives ; la section 2 donne un aperçu de la structure et du contenu de l'article 17 de la Directive DSM ; la section 3 examine des exemples relatifs à l'article 17 – y compris la notion de FSPC, le mécanisme de responsabilité spécifique prévu au paragraphe 4, l'applicabilité de l'exemption de responsabilité et le mécanisme de plainte et de recours du paragraphe 9 – afin d'illustrer comment certaines dispositions de la DSA pourraient être engagées et affecter substantiellement l'interprétation et l'application de ces éléments de la disposition sur le droit d'auteur.

5.1.1. Les origines communes de la Directive DSM et de la DSA

La Directive DSM constitue une avancée ambitieuse dans le cadre plus large de l'harmonisation du droit d'auteur dans l'UE, qui se compose de plusieurs Directives et règlements adoptés sur une période de 30 ans²⁰⁵. Dans ce contexte, l'article 17 est – sans

²⁰² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130, 17.5.2019, pp. 92-125, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

²⁰³ Proposition de DSA, exposé des motifs, p. 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=FR>.

²⁰⁴ Voir également la discussion in Quintais J.P. et Schwemer S.F., « The interplay between the Digital Services Act and sector regulation : how special is copyright ? », 2021, https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3841606.

²⁰⁵ La première directive sur le droit d'auteur a été adoptée en 1991 : Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO L 122, 1991, pp. 42-46, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A31991L0250>. L'acquis de l'UE en matière de droit d'auteur peut être consulté ici : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/copyright-legislation>.

exagération – un jalon à part entière, avec plusieurs points de tangence avec la proposition de DSA.

5.1.1.1. De la stratégie pour un marché unique numérique à la Directive DSM

À la suite de la consultation publique de 2014 sur la révision des règles de l'UE en matière de droit d'auteur²⁰⁶, la Commission européenne, sous la houlette de son président Jean-Claude Juncker, a en 2015 dévoilé sa stratégie pour un marché unique numérique en Europe²⁰⁷. Ce processus a notamment abouti à la publication d'une proposition de nouvelle Directive sur le droit d'auteur en 2016²⁰⁸. Finalement adoptée en 2019, la Directive DSM est justifiée par de nombreux arguments, notamment par la nécessité apparue de :

- Contribuer à la réalisation et au fonctionnement du marché intérieur par l'établissement de conditions de concurrence équitables pour les œuvres protégées par le droit d'auteur et les autres objets protégés, ainsi que pour les services connexes ;
- Assurer un niveau élevé de protection des titulaires de droits et des droits d'auteur et droits voisins, afin de stimuler l'innovation, la créativité, l'investissement et la production de nouveaux contenus ;
- Poursuivre des objectifs culturels, y compris la sauvegarde de la diversité culturelle, tout en mettant en valeur l'héritage culturel commun européen ;
- Remédier aux incertitudes d'interprétation causées par le progrès technologique et veiller à ce que la législation sur le droit d'auteur ne constitue pas une entrave excessive à ce progrès ;
- garantir le bon fonctionnement et l'équité des marchés des œuvres protégées par le droit d'auteur et des autres objets protégés ; et
- moderniser certains aspects de l'acquis de l'UE en matière de droit d'auteur afin de tenir compte de l'évolution technologique et des nouveaux canaux de distribution des contenus protégés dans le marché intérieur.

Au regard des dispositions de la Directive DSM considérées individuellement, certains des motifs énumérés ci-dessus sont plus ou moins pertinents et/ou plus importants que d'autres pour justifier l'intervention législative de l'UE. En ce qui concerne plus particulièrement la disposition de l'article 17 (voir ci-dessous au point 5.2), l'objectif de parvenir à une situation d'équité dans le cadre du marché du droit d'auteur et des contenus protégés et des recours – ce que l'on appelle dans le jargon spécialisé « l'écart

²⁰⁶ Commission européenne, « Rapport sur les réponses à la consultation publique de la Commission européenne sur la révision des règles du droit de l'Union européenne relative au droit d'auteur », 2014.

²⁰⁷ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », /* COM/2015/0192 final */,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>.

²⁰⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD),
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>.

de valeur » ou « le transfert de valeur » – a été la principale justification de l'intervention législative (voir également le considérant 61 du préambule de la Directive DSM).

La notion d'« écart de valeur »/« transfert de valeur » fait référence à un décalage entre la valeur que certaines plateformes de contenus numériques mis en ligne par les utilisateurs retireraient de l'exploitation de contenus protégés, et les recettes reversées aux titulaires de droits concernés. Le motif avancé pour expliquer l'existence de ce décalage est l'application apparemment incohérente des règles relatives à l'exemption de responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement en vertu de l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique (voir ci-dessous au point 5.1.1.2). Les incertitudes qui en résultent ont vraisemblablement conduit certaines plateformes de contenus mis en ligne par les utilisateurs à affirmer qu'elles n'auraient aucune responsabilité, y compris sur le plan juridique, relatives à l'hébergement et à la mise à disposition de contenus protégés par des tiers (œuvres protégées par le droit d'auteur et autres objets protégés) par le biais de leurs services. En conséquence, d'une part, les titulaires de droits ne seraient pas indemnisés de manière appropriée pour l'exploitation des contenus dont ils détiennent les droits et, d'autre part, la concurrence sur le marché serait faussée²⁰⁹. Ce raisonnement est repris dans le considérant 61 du préambule de la Directive DSM, qui reconnaît, en premier lieu, l'importance croissante des services de partage de contenus en ligne dans le marché de plus en plus complexe du contenu en ligne. Les FSPC, tels que définis à l'article 2 (voir ci-dessous au point 5.3.1), sont devenus une source majeure d'accès au contenu en ligne. D'un côté, ils permettent un accès plus large aux œuvres culturelles et créatives, offrent aux industries concernées la possibilité de développer de nouveaux modèles commerciaux, et favorisent la diversité et la facilité d'accès aux contenus. De l'autre côté, ils posent néanmoins des problèmes lorsque des contenus protégés sont mis en ligne sans l'autorisation préalable des titulaires de droits. Le même considérant 61 admet également l'incertitude juridique qui entoure la question de savoir si les FSPC accomplissent des actes relevant du droit d'auteur et s'ils devraient ainsi obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour les contenus mis en ligne par leurs utilisateurs sans que ces derniers soient titulaires des droits en question, sans préjudice de l'application des exceptions et limitations prévues par le droit de l'UE. Cette incertitude affecte en outre la capacité des titulaires de droits à obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation faite par les FSPC des œuvres et autres objets sur lesquels ils détiennent des droits.

²⁰⁹ Fédération internationale de l'industrie phonographique, « Global Music Report 2018 – Annual State of the Industry », 2018, pp. 26-27, <https://www.fimi.it/kdocs/1922703/gmr-2018-ilovepdf-compressed.pdf>. Plus récemment, Fédération internationale de l'industrie phonographique, « Global Music Report 2021 – Annual State of the Industry », 2021, p. 40, https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/03/GMR2021_STATE_OF_THE_INDUSTRY.pdf.

5.1.1.2. De la Directive sur le commerce électronique à la DSA en passant par la CJUE

La Directive sur le commerce électronique a été adoptée en 2000, sur proposition de la Commission européenne²¹⁰. Elle a notamment introduit, dans l'ordre juridique de l'UE, des exemptions de responsabilité qui ne s'appliquent qu'aux activités des FSI qui sont « d'un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le fournisseur de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées » (considérant 42). La Directive sur le commerce électronique interdit aux États membres d'imposer des obligations générales de surveillance aux FSI (article 15), tout en précisant qu'une surveillance spécifique est autorisée (considérant 47) et que des obligations d'agir avec les précautions raisonnablement attendues afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites peuvent également être imposées (considérant 48).

Au fil du temps, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la CJUE) a été amenée à clarifier l'interprétation des règles d'exemption de responsabilité, notamment le régime d'hébergement de l'article 14 et l'interdiction de la surveillance générale prévue à l'article 15. En ce qui concerne le premier point, la Cour a estimé que le « rôle actif » qui entraînerait la levée de la protection découlant de l'exemption de responsabilité de l'hébergeur devrait être tel que le fournisseur ait connaissance ou contrôle les informations mises à disposition par les utilisateurs de son service²¹¹. La protection de l'exemption de responsabilité n'est pas accessible à un fournisseur d'hébergement qui « au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données »²¹².

En ce qui concerne l'article 15, la CJUE a toujours soutenu que l'article 15 de la Directive sur le commerce électronique ne s'appliquait qu'aux obligations générales de contrôle et ne concernait pas celles qui seraient « applicables à un cas spécifique »²¹³.

²¹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (1999/C 30/04), <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/28f57798-cdc4-4888-9963-709156ca799b/language-fr>.

²¹¹ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [113] et [116], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4AE027C5620E99132A924DA30F58EDA9?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=837313>.

²¹² *Google France*, C-236/08 à C-238/08, EU:C:2008:389, au [114], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83961&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=837938> ; *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [123]. Voir aussi *SNB-REACT*, C-521/17, EU:C:2018:639, au [52], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204736&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=838197>.

²¹³ *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, au [34], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=844450>. Voir également : Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar in *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:458, au [41]-[42], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214686&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=844450> ; *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [139] ; *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, au [87],

Dans l'ensemble, le droit européen permet d'imposer aux fournisseurs d'hébergement des devoirs spécifiques de précaution et des obligations spécifiques de surveillance et de filtrage²¹⁴. Il permet également que des ordonnances sur requête, y compris de blocage²¹⁵, soient émises à l'encontre des intermédiaires, conformément – en ce qui concerne le droit d'auteur – à l'article 8, paragraphe 3 de la Directive InfoSoc²¹⁶, et à l'article 3 de la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle²¹⁷, afin de mettre un terme aux infractions existantes et d'en empêcher de nouvelles²¹⁸. Toujours en ce qui concerne le droit d'auteur, dans les affaires *Scarlet* C-70/10²¹⁹ et *Netlog* C-360/10²²⁰, la CJUE a abordé la question de la possibilité d'émettre des ordonnances de requête qui imposeraient à un fournisseur de services de la société de l'information une obligation de filtrage pour empêcher la mise à disposition de contenus illicites. Ces arrêts ont un champ d'application restreint et un contenu spécifique ; la CJUE n'a jugé incompatible avec le droit de l'UE dans ces affaires que le système de filtrage imposé à un fournisseur qui : (1) filtrerait les informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services ; (2) s'appliquerait indistinctement à tous ces utilisateurs ; (3) interviendrait à titre préventif ; (4) fonctionnerait exclusivement à ses propres frais ; et (5) se prolongerait sur une durée illimitée, pendant laquelle il serait en mesure d'identifier les fichiers électroniques contenant du matériel protégé par le droit d'auteur, en vue d'empêcher que ces œuvres soient mises à la disposition du public sans licence. Dans l'affaire *Ziggo* C-610/15²²¹, la CJUE a jugé que la responsabilité relative aux actes non autorisés de communication au public au titre de l'article 3 de la Directive InfoSoc était engagée au moins en cas de connaissance réelle ou supposée. En ce sens, les opérateurs de plateformes à but lucratif ont un devoir de diligence raisonnable *ex ante* et sont soumis à un système de notification et de retrait *ex post*, qui comprend également une obligation de prévenir les infractions de même nature, par exemple par le biais de nouvelles mises en ligne du même contenu.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183363&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=844735>.

²¹⁴ Voir également récemment *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, au [47].

²¹⁵ Expressément admis dans *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=844925>.

²¹⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167, 22.6.2001, p. 10-19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02001L0029-20190606>.

²¹⁷ Rectificatif à la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO L 157, 2004, JO L 195, 2004, p. 16-25, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/48/corrigendum/2004-06-02/oj>.

²¹⁸ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [141], reprenant les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2010:757, au [182],

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62009CC0324>.

²¹⁹ *Scarlet*, C-70/10, EU:C:2011:771,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=845785>.

²²⁰ *Netlog*, C-360/10, EU:C:2012:85,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=119512&doclang=fr>.

²²¹ *Ziggo*, C-610/15, EU:C:2017:456, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&T,F&num=c-610-15>.

Cette conclusion est conforme à l'arrêt *L'Oréal C-324/09*, dans lequel la CJUE a détaillé les obligations d'un « opérateur économique diligent »²²².

Tout comme la résolution contenant les recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques - améliorer le fonctionnement du marché unique²²³, la proposition de DSA s'inscrit dans la continuité des principes et des règles contenus dans la Directive sur le commerce électronique et mentionnés ci-dessus. Les dispositions des articles 12 à 15 de la Directive sur le commerce électronique sont reprises et confirmées dans le projet de règlement. La proposition de DSA est également présentée comme une confirmation de la jurisprudence de la CJUE relatives aux articles 12 à 15 de la Directive sur le commerce électronique²²⁴. En ce qui concerne plus particulièrement les exemptions de responsabilité (voir ci-dessous au point 5.3.3), il est précisé qu'elles existent « pour tout type de responsabilité » (considérant 17), mais aussi que la DSA ne s'applique « qu'aux services intermédiaires » (considérant 6), quel que soit leur lieu d'établissement (intra ou extracommunautaire). Cela dit, la proposition de DSA vise également à introduire plus d'équité, de transparence et de responsabilité dans les politiques de modération des contenus des services numériques²²⁵. Elle prescrit également des responsabilités accrues pour certains services numériques, avec des obligations spécifiques pour les « très grandes plateformes » (chapitre III, section 4). En outre, en s'appuyant notamment sur la Communication de 2017 Lutter contre le contenu illicite en ligne et sur l'approche du « bon samaritain » qui y est prévue²²⁶, la DSA vise également à supprimer les éléments susceptibles de décourager les comportements proactifs adoptés volontairement par les FSI (article 6)²²⁷, régit le contenu des notifications (article 14), introduit des obligations de transparence (articles 13 et 23), et propose un cadre pour le traitement des signaleurs de confiance (article 19). Comme nous le verrons au point 5.3, tous ces aspects seront également pertinents dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article 17 de la Directive DSM.

²²² *L'Oréal, C-324/09*, EU:C:2011:474, au [120]-[124].

²²³ Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique (2020/2018(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0272_FR.html.

²²⁴ Proposition de DSA, exposé des motifs, p. 4.

²²⁵ Proposition de DSA, exposé des motifs, p. 1-2.

²²⁶ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre le contenu illicite en ligne – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », COM, 2017, 555 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0555>.

²²⁷ Cela est également conforme à la jurisprudence, qui a reconnu qu'« il est plus efficace, d'un point de vue économique, d'imposer aux intermédiaires de prendre des mesures pour empêcher les infractions commises par le biais de leurs services que de demander aux titulaires de droits d'agir directement contre les contrevenants », *Cartier International AG & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors* [2014] EWHC 3354 (Ch), 2014, au [251].

5.2. Structure et contenu de l'article 17 de la Directive DSM

L'article 17 est une disposition longue et complexe qui vise les FSPC en tant que type particulier de FSI. La directive définit un FSPC comme « le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléchargés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives » (article 2, paragraphe 6) ; voir ci-dessous au point 5.3.1).

Dans l'ensemble, la disposition part d'une double hypothèse : premièrement, que les FSPC effectuent bien des activités protégées par le droit d'auteur (considérant 64 et article 17, paragraphe 1). Ils sont donc tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits concernés ; deuxièmement, que la directive doit remédier à l'incertitude juridique entourant le régime de responsabilité des FSPC. Ce dernier point est également nécessaire pour favoriser le développement du marché des licences entre titulaires de droits et FSPC, de manière à ce que les accords de licence soient équitables et assurent un équilibre raisonnable entre les parties. Si les titulaires de droits doivent recevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres ou autres objets protégés, conformément au principe de la liberté contractuelle, ils ne sont pas tenus d'accorder une autorisation ou de conclure des accords de licence.

Conformément à l'article 17, paragraphe 2, l'autorisation obtenue par les FSPC doit couvrir les actes accomplis par les FSPC eux-mêmes, c'est-à-dire au moins les activités décrites à l'article 17, paragraphe 1, et les actes des utilisateurs de leurs services. En ce qui concerne ces derniers, l'autorisation couvre les mises en ligne relevant du champ d'application de l'article 3 de la Directive InfoSoc, pour autant que les utilisateurs n'agissent pas à titre commercial ou que leur activité ne génère pas de revenus significatifs. L'article 17, paragraphes 4 à 6, introduit à la fois un régime de responsabilité spécifique pour les FSPC qui n'ont pas obtenu l'autorisation des titulaires de droits concernés conformément à l'article 17, paragraphe 2, et une limitation du régime de l'article 17 en faveur de certains FSPC (voir ci-dessous au point 5.3.2).

L'article 17, paragraphe 3, prévoit que, étant donné qu'un FSPC effectue un acte de communication/mise à disposition au public, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la Directive sur le commerce électronique ne s'applique pas aux situations couvertes par l'article 17. L'exclusion de l'exemption de responsabilité de l'hébergement est nuancée : premièrement, elle ne s'applique qu'aux FSPC ; deuxièmement, comme indiqué, l'exclusion ne concerne que les situations couvertes par l'article 17 (voir ci-dessous au point 5.3.3).

Selon l'article 17, paragraphe 7, la coopération entre FSPC et titulaires de droits ne doit pas conduire à empêcher la mise à disposition par les utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur et/ou aux droits voisins, y compris – mais pas uniquement (l'œuvre, l'objet protégé ou des parties de ceux-ci peuvent ne pas être protégés initialement, par exemple parce que la durée de protection a expiré ou que les conditions donnant lieu à protection ne sont pas remplies) – dans les cas où ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation. Les États membres sont tenus d'introduire ou de maintenir dans leur

législation des exceptions ou des limitations au profit des utilisateurs qui téléchargent et mettent à disposition du contenu qu'ils ont eux-mêmes généré sur les services des FSPC et permettant (i) la citation, la critique, la revue et (ii) l'utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche.

L'article 17, paragraphe 8, dispose que l'application de l'article 17 ne doit pas entraîner d'obligation générale de surveillance. Bien qu'il ne soit pas fait expressément référence à l'article 15, paragraphe 1 de la Directive sur le commerce électronique, c'est cette disposition qui est pertinente pour l'interprétation de l'article 17, paragraphe 8. Cela est confirmé à la fois par le développement législatif de l'article 17 et par le fait que la directive se fonde notamment sur les règles établies par la Directive sur le commerce électronique et les complète (considérant 4 et article 1, paragraphe 2 ; voir ci-dessous au point 5.3.2).

L'article 17, paragraphe 9, exige des États membres qu'ils imposent aux FSPC de mettre en place un dispositif de traitement des plaintes et de recours efficace et rapide, à la disposition des utilisateurs de leurs services en cas de litige portant sur le blocage de l'accès à des œuvres ou autres objets protégés qu'ils ont téléchargés ou sur leur retrait. L'obligation qui en résulte pour les FSPC doit en tout état de cause respecter le principe de la libre prestation de services de l'UE, y compris le principe du pays d'origine prévu à l'article 3 de la Directive sur le commerce électronique, le cas échéant (voir ci-dessous au point 5.3.4).

Enfin, conformément à l'article 17, paragraphe 10 (et au considérant 71), la Commission est tenue, à compter du 6 juin 2019 et en coopération avec les États membres, d'organiser des dialogues entre parties intéressées afin d'examiner les meilleures pratiques pour la coopération entre FSPC et titulaires de droits. Après consultation des FSPC, des titulaires de droits, des organisations d'utilisateurs et des autres parties prenantes concernées, et compte tenu des résultats des dialogues entre parties intéressées, la Commission doit émettre des orientations sur l'application de l'article 17, s'agissant en particulier de la coopération visée au paragraphe 4. Les orientations de la Commission relatives à l'article 17 ont été publiées le 4 juin 2021²²⁸.

5.2.1. Contestation de l'article 17 par la Pologne

En adoptant l'article 17, le législateur européen a cherché à établir un équilibre entre la protection du droit d'auteur et, notamment, la liberté d'expression/d'information des utilisateurs. Toutefois, selon la Pologne, le cadre qui en résulte favoriserait indûment la première par rapport à la seconde. En conséquence, cet État membre a introduit un

²²⁸ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Orientations relatives à l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », Bruxelles, COM, 2021, 288 final (orientations de la Commission sur l'article 17), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1625142238402&uri=CELEX%3A52021DC0288>.

recours (C-401/19²²⁹) devant la CJUE contre le Parlement et le Conseil, demandant l'annulation de l'article 17, paragraphe 4, point b), et de l'article 17, paragraphe 4, point c), *in fine* (c'est-à-dire de la partie contenant le libellé suivant : « ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b) ») de la directive. Dans le cas où la Cour constaterait que les dispositions contestées ne pourraient être supprimées de l'article 17 sans modifier substantiellement les règles contenues dans les autres dispositions de l'article, la Pologne demande à la Cour d'annuler l'article 17 dans son intégralité.

Le recours de la Pologne est fondé sur une prétendue violation du droit à la liberté d'expression et d'information tel que garanti, entre autres, par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²³⁰ (ci-après, la Charte). Plus précisément, la Pologne a fait valoir que le fait d'imposer aux FSPC une obligation de faire leurs meilleurs efforts pour assurer l'indisponibilité d'œuvres et d'autres objets protégés, pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires (article 17, paragraphe 4, point b)), et pour empêcher la mise à disposition à l'avenir d'œuvres ou d'autres objets protégés, pour lesquels les titulaires de droits ont soumis une notification suffisamment motivée (article 17, paragraphe 4, point c)), oblige ces fournisseurs de services – afin d'éviter toute responsabilité – à procéder à une vérification automatique préalable (filtrage) des contenus mis en ligne par les utilisateurs, et rendent donc nécessaire l'introduction de mécanismes de contrôle préventif. De tels mécanismes porteraient atteinte à l'essence du droit à la liberté d'expression et d'information et ne respecteraient pas l'exigence selon laquelle les limitations imposées à ce droit doivent être proportionnelles et nécessaires.

Dans ses conclusions du 15 juillet 2021, l'avocat général Saugmandsgaard Øe invite la CJUE à se prononcer en faveur de la compatibilité de l'article 17 avec la Charte et à ne pas l'annuler²³¹. Plus précisément, si l'avocat général a considéré que le droit à la liberté d'expression et d'information « est indéniablement pertinent en l'occurrence »²³², il a conclu que cette atteinte est autorisée conformément à l'article 52 de la Charte. Il a également considéré que l'article 17, paragraphes 7 à 9, contient « des garanties

²²⁹ *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-401/19 (en cours), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244201&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=713484>.

²³⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326, 26.10.2012, pp. 391-407, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

²³¹ Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-401/19, EU:C:2021:613, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244201&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=2716252>. Pour un résumé et une analyse des conclusions, voir Rosati E., « AG Øe advises CJEU to rule that Article 17 is COMPATIBLE with the EU Charter of Fundamental Rights and should not be annulled », 2021, <https://ipkitten.blogspot.com/2021/07/ag-e-advises-cjeu-to-rule-that-article.html>.

²³² Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-401/19, au [72].

significatives pour protéger les utilisateurs des services de partage contre les mesures de blocage abusives ou arbitraires de leurs contenus »²³³.

Au moment de la rédaction du présent article, l'affaire est toujours en cours devant la CJUE.

5.3. En quoi la relation entre l'article 17 et la DSA est-elle particulière ?

En dépit du fait que la Directive DSM et son article 17 doivent être formellement considérés comme une *lex specialis* vis-à-vis de la proposition de DSA, la réalité est – comme cela a été indiqué – que les lacunes dans la conception et l'application de cette disposition devront être comblées par l'application de la *lex generalis* telle que définie par la DSA, une fois adoptée. Les exemples présentés ci-dessous aux points 5.3.1, 5.3.2.1, 5.3.3 et 5.3.4 le démontrent. La discussion au point 5.3.2.2 concerne une situation dans laquelle le caractère de *lex specialis* de l'article 17 implique que le régime adopté dans cet article devrait au contraire prévaloir sur le régime général de la DSA.

5.3.1. La notion de FSPC : établissement, accessibilité, et ciblage de l'UE

Pour relever de la notion de FSPC, les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies : premièrement, le fournisseur en question doit être un FSI ; deuxièmement, il doit stocker et donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, ce qui constitue son objectif principal ou l'un de ses objectifs principaux ; troisièmement, le fournisseur doit organiser et promouvoir ce contenu à des fins lucratives. La notion de FSPC est évidemment complexe et soulève plusieurs questions²³⁴.

Une interrogation porte sur le fait de savoir s'il est nécessaire qu'un FSPC soit établi dans un État membre de l'UE pour relever du champ d'application de la disposition, comme c'est le cas pour d'autres dispositions de la Directive DSM²³⁵. Un FSPC est notamment un « service de la société de l'information », c'est-à-dire – conformément à l'article 2, paragraphe 5 – un service au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la

²³³ Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-401/19, au [157].

²³⁴ Voir la discussion dans Rosati E., « Copyright in the Digital Single Market – Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive », 2019/790, Oxford University Press, Oxford, pp. 315-324.

²³⁵ Il s'agit, expressément, des articles 5, 8 et 15 et, implicitement, de l'article 6 de la directive DSM.

Directive 2015/1535²³⁶. Cette directive définit à son tour le « service » comme toute prestation normalement fournie contre rémunération (qui, en tout état de cause, ne doit pas nécessairement être payée directement par l'utilisateur final²³⁷ ou l'ensemble des utilisateurs du service²³⁸) à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. Il n'y a pas d'exigence expresse qu'un FSPC soit établi dans l'UE pour qu'il relève du champ d'application de l'article 17. On peut donc se demander si la simple accessibilité du service du fournisseur dans l'UE suffit à déclencher l'application de la disposition.

Au vu des règles contenues dans la proposition de DSA, l'établissement et/ou le ciblage du public de l'UE semblent également requis. Mais au moment de la rédaction du présent article, la CJUE n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question du ciblage dans le contexte spécifique du droit de communication au public. Elle a cependant jugé le ciblage nécessaire dans le contexte du droit de distribution, de la protection juridique des bases de données (*sui generis*) et dans le domaine du droit des marques²³⁹. Sur la base du considérant 8 et de l'article 11 de la proposition de DSA, le ciblage du territoire de l'UE pourrait être établi sur la base des circonstances en cause, telles que l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie généralement utilisée dans un certain État membre, la possibilité d'y commander des produits ou des services, ou l'utilisation d'un domaine de premier niveau national. Le ciblage d'un certain État membre pourrait également être établi au vu de la disponibilité d'une application dans le magasin d'applications national concerné, de la présence de publicité locale ou dans la langue de cet État membre, ou sur la base de la gestion des relations avec la clientèle, par exemple si un service clientèle est assuré dans la langue généralement utilisée dans cet État membre.

²³⁶ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, JO L 241, 2015, pp. 1-15, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj>.

²³⁷ *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980, au [45], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190323&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482490>, s'appuyant sur *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, au [41], et *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335, au [36], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190323&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482490>. Voir aussi les Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar in *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:692, au [36], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=230875&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482629>.

²³⁸ *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, au [46], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221791&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482722>. Voir également les Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar dans *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:336, au [38], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482722>, faisant référence à *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, aux [28]-[29], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157524&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1482961>.

²³⁹ *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, aux [27]-[29], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124189&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483358> ; *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642 ; aux [42] et [45], <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=128651&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1483486> ; *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, aux [61]-[64].

5.3.2. Le mécanisme de responsabilité spécifique de l'article 17, paragraphe 4

Comme nous l'avons vu, les titulaires de droits ne sont pas obligés d'autoriser les FSPC à entreprendre les actes visés par l'article 17, paragraphe 1. L'article 17, paragraphe 4, prévoit que, dans le cas où l'autorisation du titulaire des droits n'a pas été obtenue, les FSPC peuvent être responsables du stockage et de la mise à disposition du public des contenus téléchargés par les utilisateurs, lorsque ceux-ci incluent des œuvres de tiers protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés. Les utilisateurs peuvent également être tenus pour responsables, à moins qu'ils n'aient obtenu une autorisation de plein droit de la part des titulaires de droits concernés ou qu'ils puissent se prévaloir d'une exception ou d'une limitation, en particulier – mais pas uniquement – en vertu de l'article 17, paragraphe 7. Cela dit, l'article 17, paragraphe 4, introduit également un régime de responsabilité (directe) atténuée ou, comme l'indique le considérant 66, « un mécanisme de responsabilité spécifique », qui suit un « régime tripartite : licence, blocage ou retrait/obligation d'empêcher une nouvelle mise à disposition²⁴⁰ ». Les conditions cumulatives qui doivent être satisfaites pour que la responsabilité des FSPC ne soit pas engagée dans le cadre de l'exécution d'un acte de communication/mise à disposition du public, lorsqu'aucune autorisation n'a été accordée par le titulaire de droits concerné, sont que les FSPC en question aient :

1. fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation, conformément à l'objectif de la disposition, à savoir favoriser le développement d'un marché des licences (article 17, paragraphe 4, point a) ;
2. fourni leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires (article 17, paragraphe 4, point b)) ; et en tout état de cause
3. agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléchargés dans le futur, conformément à l'article 17, paragraphe 4, point b) (article 17, paragraphe 4, point c)).

Ce paragraphe de l'article 17 a été l'un des aspects les plus discutés de la disposition (voir également ci-dessus au point 5.2.1). Pourtant, ni son libellé ni les orientations de la Commission relatives à l'article 17 n'épuisent toutes les questions ayant trait à son interprétation et à son application. Dans certains cas (voir ci-dessus au point 5.3.2.1), la *lex specialis* devra être complétée par la *lex generalis* ; dans d'autres situations (voir ci-

²⁴⁰ Ginsburg J.C., « A United States perspective on Digital Single Market Directive Article 17 », in Stamatoudi I. – Torremans P. (éd.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, 2^{ème} éd., par.19.22.

dessous au point 5.3.2.2), le caractère de *lex specialis* de l'article 17 signifie que la *lex generalis* ne pourra pas être appliquée.

L'article 17, paragraphe 8, prévoit en outre que les FSPC doivent fournir aux titulaires de droits, à leur demande, des informations adéquates sur le fonctionnement de leurs pratiques en ce qui concerne la coopération visée à l'article 17, paragraphe 4, et, en cas d'accords de licence conclus entre les FSPC et les titulaires de droits, des informations sur l'utilisation des contenus couverts par ces accords. En tout état de cause, les informations en question ne doivent pas nécessairement être détaillées et individualisées pour chaque œuvre ou autre objet protégé (considérant 68). Les orientations en matière de transparence définies par la recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur des mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, notamment la publication d'explications « claires, aisément compréhensibles et suffisamment détaillées » sur les politiques des FSPC en matière de retrait ou de blocage de l'accès à des contenus qu'ils stockent et la publication de rapports réguliers sur leurs activités, devraient également être reprises au niveau national²⁴¹. Tout ceci est conforme aux exigences de l'article 13 de la proposition de DSA.

5.3.2.1. L'article 17, paragraphe 4, point b) à l'ombre de la DSA

La formulation finale de l'article 17, paragraphe 4, point b) vise à répondre aux préoccupations soulevées par la proposition de la Commission européenne concernant l'imposition d'obligations à ceux qui viendraient à être connus sous le nom de FSPC, et la nécessité de les concilier avec l'interdiction de surveillance générale prévue à l'article 15 de la Directive sur le commerce électronique. L'article 17, paragraphe 4, point b), impose des obligations à la fois aux FSPC et aux titulaires de droits. Ces derniers, en particulier, doivent fournir aux FSPC en question toute information pertinente et nécessaire. Tout comme à l'article 17, paragraphe 4, point c), l'obligation prévue au point b) exige que les informations en question soient suffisamment détaillées pour permettre aux FSPC d'intervenir sans devoir se livrer à une surveillance générale.

Dans son arrêt *L'Oréal*, C-324/09, la CJUE a estimé que des demandes (de retrait) « insuffisamment précises et étayées²⁴² » pourraient donner lieu à une obligation pour le fournisseur d'« agir promptement ». La même approche est imposée par l'article 17, paragraphe 4, point b), bien que – conformément à la jurisprudence de la CJUE et contrairement à la proposition de DSA (voir article 14, paragraphe 2, point b)) – il ne soit pas exigé que les notifications contiennent systématiquement une indication de l'URL ou des URL concernés. Le considérant 66 de la Directive DSM précise que l'obligation de retrait ou de blocage qui incombe aux FSPC ne s'applique pas lorsque les titulaires de droits ne fournissent pas les informations pertinentes et nécessaires sur leurs œuvres ou autres objets protégés spécifiques, ou lorsqu'ils ne procèdent à aucune notification en vue

²⁴¹ Commission européenne, Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C(2018) 1177, final, p. 12, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2018/334/oj>. Voir aussi les orientations de la Commission sur l'article 17, p. 16, en particulier concernant l'article 17, paragraphe 4.

²⁴² *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [122].

du blocage de l'accès ou du retrait d'œuvres ou autres objets protégés spécifiques non autorisés. Dans de tels cas, le FSPC destinataire ne serait pas en mesure de faire ses meilleurs efforts pour éviter la disponibilité de contenus non autorisés sur ses services, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle. Dans l'ensemble, conformément aux orientations de la Commission relatives à l'article 17, les informations devraient, au minimum, être exactes en ce qui concerne la propriété des droits sur l'œuvre ou l'objet protégé en question et permettre au FSPC d'appliquer efficacement ses solutions technologiques²⁴³.

Inversement, lorsqu'il reçoit les informations pertinentes et nécessaires, le FSPC en question est tenu de faire ses meilleurs efforts pour assurer, dans les meilleurs délais, l'indisponibilité des œuvres spécifiques et des autres objets protégés identifiés dans les informations fournies par les titulaires de droits. Les FSPC sont libres de décider comment se conformer à une telle obligation de résultat. Toute technologie permettant d'atteindre l'objectif qui sous-tend l'obligation est autorisée, dans la mesure où elle est conforme aux exigences de l'article 17, paragraphe 4, point b), et de l'article 17, paragraphes 5 et 7 à 9, ainsi qu'aux principes généraux du droit de l'UE, y compris de proportionnalité. Une approche neutre du point de vue technologique est également recommandée dans les orientations de la Commission relatives à l'article 17. En pratique, les FSPC ne sont pas tenus de mettre en œuvre la solution la plus coûteuse ou la plus sophistiquée dans chaque cas de figure, mais plutôt d'adopter la solution la plus appropriée en fonction des circonstances²⁴⁴. On peut s'attendre à ce que les notifications soumises par les signaleurs de confiance soient examinées et traitées en priorité et sans délai, compte tenu également de la reconnaissance spécifique et expresse que ces sujets ont reçue dans le cadre de l'article 19 de la proposition de DSA²⁴⁵.

Bien qu'aucune obligation de surveillance générale ne puisse être imposée, conformément à l'article 6 de la proposition de DSA, les FSPC sont libres de mettre en œuvre une surveillance générale de leur propre chef, sous réserve, en tout état de cause, du respect de l'article 17, paragraphes 7 et 9, ainsi que du principe de proportionnalité et de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs, également protégée par l'article 11 de la Charte²⁴⁶. L'article 17, paragraphe 5, indique que, pour déterminer si un FSPC a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du principe de proportionnalité, un certain nombre d'éléments sont pris en compte, notamment : le type, l'audience et la taille du service ; le type d'œuvres ou autres

²⁴³ Orientations de la Commission sur l'article 17, p. 14.

²⁴⁴ Orientations de la Commission sur l'article 17, p. 13. Voir cependant les Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-401/19, EU:C:2021:613, aux [60]-[62].

²⁴⁵ Proposant également l'idée d'une prise en compte spécifique des « détenteurs de droits de confiance », et ce avant la publication de la proposition de législation sur les services numériques de la Commission, voir Spindler G., « The Liability system of Art. 17 DSM-Directive and national implementation – Contravening prohibition of general monitoring duties ? » *JIPITEC*, 2019, p. 367, https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5041/theliability_pdf.pdf, et Leistner M., « European copyright licensing and infringement liability under Art. 17 DSM-Directive compared to secondary liability of content platforms in the U.S. – Can we make the new European system a global opportunity instead of a local challenge ? » *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, 2020, pp. 198-201, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3572040.

²⁴⁶ Voir clairement *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, aux [55]-[57].

objets protégés téléversés par les utilisateurs du service ; la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services. Tout ceci suggère que l'évaluation doit être réalisée au cas par cas.

5.3.2.2. Lorsque la *lex est effectivement specialis* : article 17, paragraphe 4, point c)

Un aspect de l'article 17 qui met en évidence le caractère de *lex specialis* de la disposition par rapport à la proposition de DSA est son paragraphe 4, point c). Alors que l'article 14 de la proposition de DSA décrit un simple mécanisme de notification et d'action, l'article 17 prévoit également l'obligation d'empêcher que les contenus illicites soient à nouveau rendus disponibles à l'avenir. Outre le respect des conditions énoncées à l'article 17, paragraphe 4, points a) et b), pour éviter une responsabilité au titre de l'article 17, paragraphe 1, un FSPC doit également agir promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres ou autres objets protégés ou les retirer de ses services, et mettre tout en œuvre pour empêcher leur future mise en ligne, conformément au point b). Le considérant 66 précise que l'obligation prévue à l'article 17, paragraphe 4, point c), n'est pas limitée aux œuvres spécifiques et aux objets protégés pour lesquels les meilleurs efforts ont été faits pour obtenir une autorisation (article 17, paragraphe 4, point a)) et ne suppose pas que les titulaires de droits aient fourni les informations pertinentes et nécessaires à l'avance (article 17, paragraphe 4, point b)).

Le libellé de l'article 17, paragraphe 4, point c) découle de la jurisprudence de la CJUE. L'obligation du point c) exige que l'information en question soit suffisamment détaillée, sans que la notification pertinente soit nécessairement basée sur l'URL (contrairement à ce qui semble être le cas à l'article 14 de la proposition de DSA), de manière à permettre au FSPC d'intervenir sans devoir se livrer à une surveillance générale²⁴⁷. En tout état de cause, toujours conformément à la jurisprudence de la CJUE, l'obligation d'empêcher de nouveaux téléchargements prévue à l'article 17, paragraphe 4, point c), n'est pas nécessairement limitée à un contenu identique à celui pour lequel la notification a été soumise : elle peut également englober un contenu équivalent, dans la mesure où le FSPC destinataire n'est pas tenu de procéder à une évaluation indépendante²⁴⁸.

5.3.3. Applicabilité de l'exemption de responsabilité

L'article 17, paragraphe 3, prévoit que, dans la mesure où un FSPC accomplit un acte de communication/mise à disposition du public, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la Directive sur le commerce électronique (et à l'article 5 de la proposition de DSA) ne s'applique pas aux situations couvertes par l'article 17.

²⁴⁷ *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, au [122].

²⁴⁸ *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, aux [41]-[46].

Conformément au considérant 65 de la Directive DSM, le sens et l'effet de l'article 17, paragraphe 3, sont uniquement d'exclure la possibilité d'appliquer l'exemption de responsabilité des hébergeurs aux FSPC en ce qui concerne les actes relevant du droit d'auteur entrant dans le champ d'application de la disposition. Par conséquent, l'exemption de responsabilité liée à l'hébergement reste potentiellement applicable à d'autres situations juridiques. En tout état de cause, son applicabilité dépendra du fait que le fournisseur en question ne joue pas un « rôle actif » au sens précisé par la jurisprudence de la CJUE (voir ci-dessus au point 5.1.1.2)²⁴⁹.

Il est clair que la DSA telle qu'elle sera finalement adoptée et l'interprétation continue de son exemption de responsabilité par, entre autres, la CJUE, seront pertinentes pour déterminer quand cette protection sera disponible dans les situations qui ne sont pas envisagées par l'article 1. Dans la pratique, il y aura des cas où il sera difficile de conclure que, d'une part, un FSPC joue un « rôle actif » en ce qui concerne le contenu mis en ligne par l'utilisateur en vertu de l'article 17, mais que, d'autre part, compte tenu de la définition même d'un FSPC, il ne joue pas un tel rôle vis-à-vis du même contenu s'il est illicite pour des raisons autres que le droit d'auteur (par exemple, parce que ce contenu ne viole pas seulement les droits d'auteur de tiers, mais est également diffamatoire)²⁵⁰.

L'interprétation avancée ici diffère cependant de celle qui semble être soutenue par la Commission européenne dans sa proposition de DSA (voir ci-dessus au point 5.1.1.2) et par l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans ses conclusions dans l'affaire *YouTube*, C-682/18²⁵¹, dans laquelle il considérait que l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la Directive sur le commerce électronique devait s'appliquer « de manière horizontale, à toute forme de responsabilité »²⁵². Cela étant, l'interprétation proposée est conforme à celle récemment retenue par la CJUE dans l'affaire *YouTube*, C-

²⁴⁹ Voir *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, EU:C:2021:503, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=243241&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1486852>, au [109]. Notant également la relation entre le langage employé par la CJUE dans sa jurisprudence et le langage adopté par les législateurs de l'UE pour l'article 17, voir Frosio G., « Reforming the C-DSM reform : a user-based copyright theory for commonplace creativity », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 717, https://www.researchgate.net/publication/337462257_Reforming_the_C-DSM_Reform_a_User-Based_Copyright_Theory_for_Commonplace_Creativity.

²⁵⁰ Voir également Nordemann J.B., « Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed ? », 2018, Direction générale des politiques internes – Département thématique A : politiques économiques et scientifiques, IP/A/IMCO/2017-08 - PE 614.207, p. 23 ; Rosati E., *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, p. 117-118.

²⁵¹ CJUE, Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *YouTube*, C-682/18, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228712&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1486852>.

²⁵² Conclusions de l'avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe in *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, EU:C:2020:586, au [138] (les italiques sont dans l'original ; à l'heure où nous écrivons, la décision dans ces affaires jointes est en attente). Voir aussi à cet égard dans la littérature spécialisée : Husovec M., *Injunctions Against Intermediaries in the European Union : Accountable but Not Liable ?*, 2017, Cambridge University Press, Cambridge, p. 56, s'appuyant également sur *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, et *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474 ; Angelopoulos C., *European Intermediary Liability in Copyright : A Tort-Based Analysis*, 2017, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, p. 68 ; Riordan J., *The Liability of Internet Intermediaries*, 2016, Oxford University Press, Oxford, par.12.11, par.12.01 et 12.37.

682/18²⁵³. Lorsqu'il finalisera le texte de la DSA, le législateur européen devra tenir compte de cette approche (et s'y conformer) : l'exemption n'est pas applicable à toutes les formes de responsabilité. Au contraire, elle n'est ouverte en principe que dans les situations où le FSPC n'assume pas de responsabilité directe (primaire) ni ne joue un « rôle actif ».

5.3.4. Le mécanisme de plainte et de recours et la protection contre les abus

L'article 17, paragraphe 9, impose aux États membres de veiller à ce que les FSPC mettent en place un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la disposition des utilisateurs de leurs services en cas de litige portant sur le blocage de l'accès à des œuvres ou autres objets protégés qu'ils ont téléversés ou sur leur retrait. Le considérant 70 précise que le mécanisme de plainte et de recours doit servir en particulier – mais pas exclusivement – les utilisateurs qui pourraient bénéficier d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur en ce qui concerne un contenu téléversé auquel l'accès a été bloqué ou qui a été retiré. Les plaintes doivent être examinées sans retard indu et les décisions de bloquer ou retirer un contenu doivent faire l'objet d'un contrôle exercé par une personne physique. Les États membres sont également tenus de veiller à ce que les utilisateurs aient accès à un tribunal ou à une autre autorité judiciaire compétente pour faire valoir l'application d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins.

En dehors de ce qui est énoncé à l'article 17, paragraphe 8 (voir ci-dessus au point 5.3.2), la Directive DSM ne régleme nte pas les obligations de communication d'informations des FSPC et le traitement de ceux qui soumettent des notifications non fondées de manière régulière. Encore une fois, il est probable que la *lex generalis* s'appliquera dans ce domaine. C'est également ce que reconnaissent expressément les orientations de la Commission relatives à l'article 17. Premièrement, les orientations recommandent que, conformément à l'approche retenue dans la proposition de DSA, des rapports réguliers sur les contenus bloqués à la suite de la mise en œuvre d'outils automatisés en réponse aux demandes des titulaires de droits soient fournis par les FSPC, également pour permettre aux États membres de contrôler l'application correcte de l'article 17 et de détecter les abus systématiques²⁵⁴. S'agissant de ces derniers, l'article 20, paragraphe 2, de la proposition de DSA prévoit la suspension temporaire de ceux qui soumettent fréquemment des notifications manifestement infondées, un dispositif qui pourrait également trouver une application dans le cadre de l'article 17.

²⁵³ *YouTube*, C-682/18 et C-683/18, EU:C:2021:503, en particulier au [108].

²⁵⁴ Orientations de la Commission sur l'article 17, p. 23.

5.4. Conclusion

Pour ce qui est du traitement des FSPC, la relation entre la Directive DSM et la proposition de DSA relève d'une relation entre *lex specialis* et *generalis*. La proposition de DSA le reconnaît, tandis que la Directive DSM se fonde expressément sur les règles de la Directive sur le commerce électronique qui seront reprises et intégrées dans la DSA afin de la compléter. Ce serait toutefois faire preuve d'une certaine étroitesse d'esprit que de penser qu'il n'y aurait pas de point de tangence et, potentiellement, d'incertitude interprétative et de contrastes entre ces instruments. En ce qui concerne plus particulièrement l'article 17 de la Directive DSM, la discussion ci-dessus a apporté quelques illustrations de situations dans lesquelles un rapprochement sera susceptible de se produire une fois que la DSA aura été adoptée. Ce rapprochement exigera : (a) de mettre en œuvre les règles de la DSA pour déterminer l'applicabilité même de l'article 17 (point 5.3.1) ou pour préciser la teneur des obligations qu'il prévoit (point 5.3.4) ; (b) de prendre en compte la jurisprudence de la CJUE telle qu'elle est également intégrée dans la DSA (points 5.3.2.1 et 5.3.3) ; ou (c) d'appliquer le régime de la *lex specialis* au lieu de celui de la *lex generalis* (point 5.3.2.2). En somme, la teneur finale de la DSA déterminera, dans une large mesure, la portée de l'article 17 dans ses applications pratiques.

Une poignée de privilégiés aux portes d'internet

Ce qui compte, c'est la taille. Du moins pour ce qui est de l'environnement en ligne. En fait, certaines entreprises ont connu un tel essor qu'elles jouent désormais le rôle de contrôleurs d'accès à internet. Alors que les questions de taille et de position dominante sont habituellement traitées par le biais du droit de la concurrence, la Commission européenne estime que ces entreprises sont trop grandes pour être régies par les seuls outils du droit de la concurrence. La DMA introduit une nouvelle procédure à leur égard : elle définit certaines pratiques qui doivent être considérées comme abusives dès lors qu'elles sont commises par des acteurs prédéfinis, les contrôleurs d'accès.

*Dans le chapitre suivant, **Mark D. Cole** présente de quelle manière ce système fonctionnera et s'articulera avec d'autres instruments réglementaires.*

6. La proposition de législation sur les marchés numériques (DMA) : à propos des contrôleurs d'accès, de l'équité et de la transparence dans l'environnement en ligne

*Mark D. Cole, Institut du droit européen des médias (EMR) et Université du Luxembourg**

6.1. Introduction

« [G]arantir l'innovation, l'équité et la contestabilité du marché, ainsi que les intérêts publics qui vont au-delà de la concurrence ou de considérations économiques » – cet objectif ambitieux a été proposé par la Commission européenne dans le but de façonner l'avenir numérique de l'Europe²⁵⁵. La proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, connu sous le nom de législation sur les marchés numériques (ci-après : proposition de DMA)²⁵⁶ est l'un des principaux instruments visant à réaliser cet objectif.

* L'auteur est professeur de droit des médias et des télécommunications à l'Université du Luxembourg et directeur des affaires académiques de l'Institut du droit européen des médias (EMR). Cette contribution est basée sur le bref exposé de la proposition de législation sur les marchés numériques (LMN) présenté à la conférence de l'OEA « Nouvelle législation sur les services numériques : un changement de paradigme ? » en février 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=eqFLGiTsnFQ>. L'auteur remercie Christina Etteldorf, associée de recherche à l'EMR, pour son aide précieuse dans la préparation de cette contribution.

²⁵⁵ 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2020:67:FIN>.

²⁵⁶ 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Au moment de la rédaction du présent article, des discussions sur la proposition ont déjà eu lieu au sein du Conseil (voir le rapport sur l'état des travaux ST 8807 2021 INIT), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=consil%3AST_8807_2021_INIT) et un projet de rapport de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs a été publié (voir COM(2020)0842 - C9-0419/2020 - 2020/0374(COD), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-692792_FR.html).

Dans ce contexte, il est souvent fait référence à la préservation de « conditions de concurrence équitables » entre les différents concurrents sur le marché des plateformes, ce qui est généralement compris comme une situation dans laquelle chaque participant au marché a les mêmes chances de réussir²⁵⁷. Pour parvenir à ces conditions de concurrence équitables, la DMA adopte une approche très spécifique : elle module les règles applicables en fonction du type et de la taille des plateformes et impose des obligations plus strictes à un petit nombre de très grandes plateformes en ligne qui occupent une position de contrôle d'accès entre les autres entreprises et les clients en tant qu'utilisateurs finaux. Ces obligations portent principalement sur l'ouverture de leurs services, la prévention de la discrimination et la transparence du marché. Il ne s'agit pas ici d'atteindre le même niveau de compétitivité en étendant l'application de règles (existantes ou nouvelles) de la même manière à des acteurs du marché comparables, comme cela a été le cas, par exemple, lors des révisions de la Directive SMA en 2007 et 2018 qui ont aligné les cadres juridiques applicables pour les services linéaires et non linéaires, et, par la suite, en partie, pour les services de partage de vidéos. Appliquant la devise selon laquelle « un grand pouvoir implique une grande responsabilité », la DMA adopte plutôt une approche typique du droit de la concurrence, où certaines conséquences juridiques sont attachées à certains effets qu'une entreprise a sur le fonctionnement d'un marché libre et concurrentiel. Cependant, il est clair dès le départ que la proposition de DMA n'est pas un droit de la concurrence sectoriel qui remplacerait le droit de la concurrence ordinaire de l'UE au sens des articles 101 et suivants du TFUE, et les pouvoirs d'intervention de la Commission européenne qui en découlent. Bien au contraire, ceux-ci continuent d'exister de manière indépendante, mais la DMA complète et renforce le droit de la concurrence en adoptant une approche de politique économique qui ne se limite pas à des marchés et acteurs spécifiques ou à des cas individuels, mais qui traite généralement du cadre nécessaire au fonctionnement de la concurrence dans la portion du marché unique numérique qui concerne les plateformes et certains des services offerts.

Par conséquent, la proposition de DMA ne constitue pas un changement complet de paradigme, mais le fait qu'elle reconnaisse la convergence de ce secteur et la nécessité d'y répondre par des règles plus souples et d'application générale plutôt que par le biais des règles plutôt statiques du droit de la concurrence qui ne peuvent être appliquées qu'en cas de risques concrets pour le marché, constitue une avancée significative. Il s'agit certainement d'un pas dans la bonne direction, mais la DMA ne créera pas à elle seule les conditions de concurrence équitables souhaitées ; d'autres éléments devront contribuer à la réalisation de cet objectif, notamment le droit de la concurrence, comme nous l'avons déjà mentionné, qui sera toujours appliqué dans des cas problématiques spécifiques²⁵⁸,

Cette contribution se concentre toutefois sur la proposition de la Commission.

²⁵⁷ Cambridge Academic Content Dictionary.

²⁵⁸ Et a déjà joué un rôle important dans la sauvegarde de la concurrence dans le secteur des plateformes au cours des 15 dernières années, voir par exemple Commission, décisions du 14.7.2016 dans l'affaire n° 40411, *Google Search* (AdSense) ; du 15.4.2015 dans l'affaire n° 40099, *Google Android* ; du 30.11.2010 dans l'affaire n° 39740, *Google Search* (Shopping). Voir pour plus de détails sur ce sujet Hoepfner, « Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision », 2020,

mais aussi l'autre volet du paquet législatif présenté par la Commission sous la forme du règlement relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques, DSA) et modifiant la Directive 2000/31/CE²⁵⁹. Ce projet d'acte législatif, qui, avec son système gradué d'obligations, suit la même idée de base que la DMA, à savoir que « plus de responsabilité entraîne plus d'obligations », poursuit un objectif différent, mais, conjointement avec les solutions apportées par la politique de concurrence, il contribuera néanmoins à résoudre les problèmes systémiques qui surviennent dans l'économie des plateformes – notamment en raison de ses règles concernant les très grandes plateformes en ligne²⁶⁰. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit sectoriel existe déjà ; il s'applique à l'économie des plateformes et doit rester un élément essentiel d'une architecture réglementaire interdépendante efficace²⁶¹.

La diversité de l'environnement en ligne – des places de marché et des réseaux sociaux aux plateformes d'information et de vidéo, en passant par de nombreuses autres formes d'activité économique – reflète le fait que les activités d'un nombre croissant de secteurs se déploient en ligne ou peuvent être considérées comme des éléments moteurs de cet environnement, ce qui peut constituer un défi lorsqu'il s'agit de choisir entre une approche réglementaire pour chacun de ces secteurs ou une solution horizontale. Lorsqu'il s'agit de contenus contribuant à la formation de l'opinion des citoyens, le secteur des médias (audiovisuels) reste primordial. Les plateformes et autres acteurs en ligne font partie de la chaîne de distribution des médias en jouant le rôle d'intermédiaires de diffusion entre producteurs de contenu et utilisateurs, dont les médias dépendent pour l'accessibilité et la visibilité auprès des utilisateurs. En même temps, ils sont aussi des concurrents des médias, notamment pour l'attention des utilisateurs et les revenus publicitaires. De nombreuses plateformes sont – selon la formulation de la proposition de DMA – des contrôleurs d'accès entre les médias et les tiers (utilisateurs finaux et annonceurs), ce qui signifie qu'elles ne sont pas seulement des intermédiaires mais aussi des acteurs décisifs lorsqu'il s'agit d'assurer l'existence d'un paysage médiatique en ligne sûr, libre et pluraliste, qui constitue une exigence découlant des droits et valeurs fondamentaux des États européens²⁶². Même si l'approche de la proposition de DMA, qui s'inspire du droit de la concurrence, se concentre sur d'autres aspects, il n'en reste pas moins que dans le contexte de l'environnement en ligne et du rôle des contrôleurs d'accès, le droit de la concurrence et les instruments de ce type ont également une

https://www.hausfeld.com/media/npcjrw2k/final_google_-_non_-_compliance_with_google_search_-_shopping_-_stand_15-12-2020_reduced_size.pdf?abstract_id=3700748.

²⁵⁹ 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. L'auteur de cette contribution a publié une analyse détaillée de la proposition de DSA dans Cole M.D., Etteldorf C. et Ullrich C., « Updating the Rules for Online Content Dissemination », 2021, <https://doi.org/10.5771/9783748925934>.

²⁶⁰ Communication de la Commission, « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », (n 255).

²⁶¹ Voir sur ce point Cole M.D., Ukrow J. et Etteldorf C., « On the Allocation of Competences between the European Union and its Member States in the Media Sector », 2021, <https://doi.org/10.5771/9783748924975>, Chapitre D ; les exemples sont (voir ci-dessous) le règlement platform-to-business (P2B) et la directive SMA pour les VSP.

²⁶² Voir à ce sujet Cole M.D., Etteldorf C., Ullrich C., Cross-Border Dissemination of Online Content, <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748906438/cross-border-dissemination-of-online-content?hitid=02&search-click>, pages 53 et suivantes.

fonction de préservation des droits fondamentaux et de la démocratie²⁶³. En outre, en raison de la place essentielle des médias dans les sociétés démocratiques, il convient de prendre en compte l'impact des contrôleurs d'accès sur les médias dans l'accomplissement de leur fonction publique. C'est d'autant plus vrai si l'on considère que les services de médias audiovisuels sont soumis à des règles spécifiques en raison de leur rôle, ce qui explique que la mise en place de la DMA doit respecter ces règles particulières²⁶⁴.

6.2. La DMA en bref

La DMA est un texte législatif ambitieux tant sur le fond que sur la structure de la proposition. Un total de 39 dispositions et 79 considérants visent à créer des « marchés contestables et équitables » dans le secteur numérique, abordant ainsi principalement les aspects de la concurrence en relation avec ce que l'on appelle les « services de plateforme essentiels » (SPE) fournis ou proposés par des « contrôleurs d'accès » qui sont désignés comme tels par la Commission. Cet objectif visé à l'article 1, paragraphe 1, doit être gardé à l'esprit dans le cadre de l'évaluation du champ d'application et des règles proposées, ainsi que de leur interaction avec les autres ensembles de règles applicables au secteur numérique.

Dans ses objectifs, la DMA aborde deux principes qui s'appuient sur le droit de la concurrence actuel. Le principe du marché contestable suppose qu'il n'y ait pas de barrières à l'entrée ou à la sortie, pas de coûts irrécupérables et un accès généralisé au même niveau de technologie, tandis que le principe d'équité est défini de manière moins précise et comporte plusieurs dimensions dans le cadre desquelles des efforts ont été déployés par le biais de la politique récente en matière de concurrence²⁶⁵. La question du

²⁶³ Le cas de la fusion entre Facebook et WhatsApp peut servir d'illustration. Si, lors de l'approbation de la fusion par la Commission en 2014, dans l'affaire COMP/M.7217, qui reposait sur le droit de la concurrence, seuls les aspects économiques du pouvoir de marché avaient logiquement été pris en compte (outre le fait que la situation du marché des applications de messagerie était alors quelque peu différente de la situation de quasi-monopole observée plus récemment), actuellement, dans de nombreuses procédures menées par les autorités des États membres, le pouvoir indéniablement accru de l'entreprise sur le « marché de l'opinion », notamment du fait de l'acquisition de la base d'utilisateurs de WhatsApp, fait également l'objet d'un examen minutieux – ce qui inclut des éléments qui vont au-delà des considérations relatives au droit de la concurrence, voir notamment Etteldorf C., « Data 'Protection' from a Different Perspective : German Competition Authority Targets Facebook's Data Usage », EDPL 2019-2, pages 238 – 245, <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/2/14>.

²⁶⁴ L'auteur de cette contribution a analysé l'impact des propositions de DSA et de LMN sur le secteur de la radiodiffusion du point de vue juridique dans « Overview of the impact of the proposed EU Digital Services Act Package on broadcasting in Europe », 2021, https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2021/06/EMR_Legal-Issue-Paper-DSA-DMA-and-Broadcasting.pdf.

²⁶⁵ Pour plus d'informations sur les théories économiques développées dans les années 1980 par Baumol W.J., Panzar J.C., et Willig R.D., « Contestable Markets : An Uprising in the Theory of Industry Structure »; Reply, in: *The American Economic Review* 73(3), 1983, pages 491-496) voir notamment Amavilah V.H., Baumol, Panzar, et Willig, « Theory of Contestable Markets and Industry Structure : A Summary of Reactions », https://mpra.ub.uni-muenchen.de/41974/1/MPRA_paper_41974.pdf, qui propose des explications et des références complémentaires. Sur le principe d'équité en particulier voir Gerard D., « Fairness in EU

marché équitable consiste essentiellement à préserver les incitations à la réussite des entreprises et à garantir que les consommateurs conservent la possibilité de choisir entre des options concurrentes, en évitant qu'un seul acteur soit en mesure de décider si d'autres peuvent accéder au marché²⁶⁶. Mais la DMA va au-delà de la sauvegarde de la « simple » contestabilité, par exemple en assurant une concurrence non faussée sur les plateformes (article 6 paragraphe 1 (a) et (d) de la DMA) ou en empêchant l'effet de levier du pouvoir sur le marché des SPE vers d'autres marchés (article 5 (f), article 6 paragraphe 1 (b) et (f))²⁶⁷. Les instruments proposés par la DMA ne sont pas destinés en premier lieu à bénéficier aux consommateurs, mais aux autres parties commerciales pour les aider à réussir sur le marché, ce qui profitera, à son tour, aux consommateurs²⁶⁸.

Comme nous l'avons vu, bien qu'elle soit inspirée par la politique de concurrence, la proposition de DMA n'est pas un instrument typique du droit de la concurrence. L'article 1 paragraphe 6 et le considérant 10 qui l'accompagne déclarent explicitement que la DMA poursuit un objectif qui est « complémentaire mais différent » du droit de la concurrence, et ne porte pas atteinte à celui-ci. Par conséquent, et contrairement à ce à quoi on pouvait s'attendre lorsqu'elle avait annoncé à la mi-2020²⁶⁹ la mise en place d'un « outil de concurrence *ex ante* » clairement placé dans le contexte des articles 101 et 102 du TFUE, la Commission n'a pas utilisé l'article 103 ou l'article 352 du TFUE comme base légale pour la proposition de la DMA, mais la clause du marché intérieur de l'article 114 du TFUE. Le point central de cette disposition est l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur et, bien que la garantie d'une concurrence sans entrave en fasse partie, une base distincte est établie pour l'action de l'UE dans ce domaine. Dans le marché intérieur ou marché unique numérique, qui est influencé par un réseau de règles sectorielles applicables à certains types d'acteurs, la Commission a identifié un déséquilibre que le marché n'est pas en mesure de corriger de lui-même par le biais de la concurrence d'autres acteurs, en raison de la gravité du déséquilibre des forces. La réponse à ce défi passe donc par de nouvelles règles, car le droit de la concurrence actuel exige, en vertu de ses règles générales, une analyse **concrète** d'un marché spécifique

Competition Policy : Significance and Implications », *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(4), 2018, pages 211–212.

²⁶⁶ La présidente de la Commission, Ursula von der Leyen, a évoqué de manière imagée les plateformes en affirmant qu'elles ne sauraient devenir « le nouveau Léviathan », discours prononcé lors du sommet web de Lisbonne, 2020,

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/speech_20_2266.

²⁶⁷ Schweitzer H., « The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair : A Discussion of the Digital Markets Act Proposal », 2021. À venir, *ZEUP* (3) 2021, page 8, <https://ssrn.com/abstract=3837341>.

²⁶⁸ Pour une approche similaire, voir également le Royaume-Uni, où la Digital Markets Unit (DMU) nouvellement fondée dispose d'un pouvoir de surveillance plus large qui permet l'application d'instruments au profit des entreprises utilisatrices de plateformes, mais aussi l'application directe de règles de protection des consommateurs à l'encontre de ces derniers, voir Competition and Markets Authority (CMA), Policy paper, « The CMA's Digital Markets Strategy », mise à jour de février 2021, actualisée le 9 février 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authoritys-digital-markets-strategy/the-cmas-digital-markets-strategy-february-2021-refresh>.

²⁶⁹ Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission consulte les parties prenantes sur un éventuel nouvel outil en matière de concurrence », communiqué de presse, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_977.

délimité et la démonstration d'un comportement abusif **concret** d'une entreprise **spécifique** entravant la concurrence sur ce segment. La DMA, à la différence de ces règles, considère la concurrence indépendamment de cas concrets en définissant préalablement pour le secteur en ligne (c'est-à-dire le marché spécifique) des types de comportement devant être considérés comme abusifs s'ils sont le fait d'acteurs prédéfinis, à savoir les contrôleurs d'accès. Cette approche se substitue à une longue analyse et à une évaluation dans le cadre de procédures individuelles engagées par la Commission ou les autorités nationales, dont les réactions sont donc plus rapides. Ces différences d'approche expliquent le recours à l'article 114 du TFUE²⁷⁰, et appellent en même temps à un examen attentif des interrelations avec les autres règles visant à harmoniser le droit sectoriel afin de réaliser le marché unique. Cela est d'autant plus important que la DMA a des liens évidents avec, par exemple, le règlement « platform-to-business » (P2B)²⁷¹, le RGPD²⁷² ou la Directive SMA²⁷³ que la DMA est uniquement censée venir compléter et non remplacer s'agissant du secteur numérique et des plateformes en ligne²⁷⁴.

Après son objet et son champ d'application (chapitre I), la proposition de DMA présente au chapitre II les conditions dans lesquelles les fournisseurs de SPE devraient être désignés comme « contrôleurs d'accès » (voir plus en détail ci-dessous au point 3.2). La section centrale de la proposition de DMA est le chapitre III qui énumère les pratiques qui sont présumées limiter la concurrence sur le marché en réduisant la contestabilité et qui sont donc déloyales. Cette approche ressemble ainsi à la doctrine des infrastructures essentielles du droit de la concurrence, selon laquelle les détenteurs d'infrastructures qui sont essentielles à la fourniture d'autres services et qui ne peuvent être reproduites, ouvrent leurs installations, y compris à leurs concurrents²⁷⁵. Le contrôle et la mise en

²⁷⁰ Schweitzer H. (n 267), page 6.

²⁷¹ 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32019R1150>.

²⁷² 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) (texte consolidé), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>.

²⁷³ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive services de médias audiovisuels) (version codifiée), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

²⁷⁴ Voir à ce propos de Streef A. et Larouche P., « The European Digital Markets Act proposal : How to improve a regulatory revolution », *Concurrences* 2, 2021, pages 46-63.

²⁷⁵ Cette doctrine trouve ses racines dans le droit américain, mais elle est également bien établie dans le droit européen de la concurrence et est aussi particulièrement importante dans le domaine des télécommunications et de la propriété intellectuelle, voir par exemple Garzaniti et al. (éd), *Electronic Communications, Audiovisual Services and the Internet – EU Competition Law & Regulation*, 4^{ème} éd 2020, section 10-294 et suivantes. Voir pour un exemple récent d'application des critères constitutifs de l'affaire Bronner par la CJUE, C-165/19 P – Slovak Telekom, paragraphes 38 et suivants (et l'affaire parallèle C-152/19 P – Deutsche Telekom c. Commission, paragraphes 38 et suivants) et pour les implications éventuelles concernant l'application aux plateformes en ligne, Mandrescu D., « Online platforms and the essential facility doctrine – a status update following Slovak Telekom and the DMA », *Lexxion Competition Blog* du 6.4.2021, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/online-platforms-and-the-essential-facility-doctrine-a-status-update-following-slovak-telekom-and-the-dma/>.

œuvre de ces règles relèvent des États membres, avec la Commission comme organe central de supervision. Dans une démarche singulière, la Commission suggère que ni les autorités nationales ni les États membres ne joueront un rôle décisif dans la configuration de la future structure de surveillance (voir ci-dessous au point 4). En ce qui concerne les pouvoirs concrets, le chapitre IV prévoit des règles pour la réalisation d'enquêtes sur le marché, tandis que le chapitre V ajoute des règles sur la mise en œuvre et l'application de la DMA. La proposition se termine par le chapitre VI et des dispositions générales sur la publication des décisions (article 34), une clarification de la compétence de pleine juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le recours contre les sanctions (article 35), et la possibilité d'adopter des actes d'exécution (article 36) et des actes délégués (article 37), donnant à la Commission encore plus de pouvoirs que ceux qui découlent déjà des dispositions sur la surveillance.

6.3. Un champ d'application large mais limité à peu d'acteurs

6.3.1. Acteurs visés

Étant donné que la DMA – associée à la DSA – vise à organiser l'« espace numérique » dans l'UE pour les décennies à venir²⁷⁶, il est essentiel que le champ d'application personnel couvre tous les services pour lesquels des risques ont été identifiés et que la DMA permettrait de contrer, tandis que tous les services qui ne présenteraient pas de tels risques seraient clairement exclus. Le champ d'application personnel de la DMA a en quelque sorte deux volets : premièrement, elle vise les services de plateforme essentiels (SPE), qui sont énumérés de manière exhaustive à l'article 2, paragraphe 2, et définis ; deuxièmement, ces SPE ne sont concernés par les obligations que s'ils sont offerts par un prestataire qui a le statut de contrôleur d'accès dans ce segment, ce qui est déterminé par une procédure de désignation.

6.3.1.1. Services de plateforme essentiels

La liste des SPE de l'article 2, paragraphe 2 comprend 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 (VSP), les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation, les systèmes d'exploitation, les services d'informatique en nuage et les services de publicité. À première vue, cette énumération exhaustive peut être perçue comme un facteur limitatif dans le cadre d'une approche censée permettre de répondre à de futurs développements technologiques et commerciaux. Toutefois, la proposition mentionne la possibilité de réviser cette liste au

²⁷⁶ Voir Commissaire Thierry Breton dans le communiqué de presse de la Commission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2347.

cas où les développements futurs révéleraient une évolution dans un secteur donné qui s'accompagnerait des mêmes risques que pour les services actuellement couverts ; l'article 17 et l'article 38, paragraphe 2, expliquent en ce sens, de manière simplement déclaratoire, qu'à la suite d'enquêtes sur le marché (facultatives) ou d'évaluations (régulières) du règlement, de nouvelles propositions législatives (dans ce cas, pour modifier la liste des SPE) peuvent être faites²⁷⁷. En outre, les huit types de services déjà mentionnés couvrent une large gamme de services et ont été identifiés dans le cadre d'un processus d'évaluation visant à déterminer les services qui sont offerts par des prestataires occupant une telle position de contrôle d'accès qu'il est très difficile pour d'autres entreprises de rivaliser sur une base comparable²⁷⁸. La Commission a choisi ces services sur la base de plusieurs caractéristiques : économies d'échelle extrêmes ; effets de réseau très importants ; caractère multilatéral de leurs services ; degré considérable de dépendance des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux, entraînant d'éventuels effets de verrouillage des utilisateurs et l'absence de multihébergement ; intégration verticale ; avantages liés aux données²⁷⁹.

Ces caractéristiques très précises ont conduit à l'exclusion de plusieurs marchés, même s'il peut y avoir aussi des dépendances. Du point de vue des médias, le secteur des services de vidéo à la demande, bien qu'il constitue également une partie importante de l'environnement en ligne, n'est délibérément pas inclus dans la liste des SPE en raison de l'absence d'effets de verrouillage (les coûts de changement de fournisseur pour les consommateurs ne sont pas substantiels) et de l'existence d'une concurrence malgré un marché concentré sur quelques fournisseurs tels que Netflix et Disney²⁸⁰. La limitation du champ d'application par le biais d'indications précises figurant dès le départ dans l'acte législatif est importante car les conséquences liées à l'applicabilité de la proposition de la DMA ont un impact significatif sur les droits des entreprises concernées²⁸¹.

S'agissant des SPE visés, les fournisseurs traditionnels de médias audiovisuels au sens de la Directive SMA ne relèveront généralement pas eux-mêmes du champ d'application de la DMA. Toutefois, même s'ils exploitaient également au moins un SPE de ce type, il est peu probable qu'ils remplissent les critères de contrôleur d'accès (voir le point 3.1.2 ci-dessous). L'intérêt pour le secteur audiovisuel tient plutôt au fait que les fournisseurs de services de médias audiovisuels ont recours, voire doivent recourir, aux services visés afin d'être accessibles et visibles dans l'environnement numérique. Cet aspect est également abordé de manière très générale dans la nouvelle disposition de l'article 7 bis de la Directive SMA, qui prévoit la possibilité pour les États membres de prendre des mesures afin d'assurer une visibilité appropriée pour les services de médias

²⁷⁷ Voir à ce propos de Streel et al., « The European Proposal for a Digital Markets Act : A First Assessment », <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/>, page 12.

²⁷⁸ Voir Cole (n 264), page 22.

²⁷⁹ Considérant 2 de la proposition de LMN. Voir l'analyse d'impact accompagnant la proposition de LMN pour une explication détaillée, SWD(2020 363) final, partie 1/2, paragraphes 128-130.

²⁸⁰ À ce sujet, voir plus généralement la discussion du webinaire de l'OEA sur le paquet législatif sur les services numériques, « Les contrôleurs d'accès dans la législation sur le marché unique des services numériques (Digital Services Act Package) : qu'en est-il de la VOD ? », <https://www.youtube.com/watch?v=hlhMwtYQjnU>, minutes 22 et suivantes.

²⁸¹ Voir Cole (n 264), page 25.

audiovisuels d'intérêt général dans le contexte de leur mise à disposition du public. En ce qui concerne l'infrastructure de distribution dans la liste des SPE, les services d'intermédiation en ligne, les moteurs de recherche en ligne et les VSP sont pertinents à cet égard. Ceux-ci ne sont pas définis dans la proposition de DMA elle-même, mais la liste renvoie aux définitions correspondantes du règlement P2B et de la Directive SMA, ce qui permet un ajustement dynamique des lois sectorielles qui aura également un effet sur la future DMA.

L'article 2 du règlement P2B définit au point 2 les « services d'intermédiation en ligne » comme des services de la société de l'information fournis aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles afin qu'elles puissent offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre eux et les consommateurs, ce qui, à première vue, semble pouvoir servir de disposition fourre-tout pour les services en ligne qui ne sont pas spécifiquement visés mais qui sont déjà considérés comme étant proposés dans des circonstances de marché potentiellement problématiques. Bien qu'une telle interprétation permette une plus grande flexibilité pour l'application de la DMA, elle comporte également le risque d'étendre son champ d'application d'une manière non intentionnelle²⁸². En outre, on peut se demander si cette catégorie peut réellement servir à inclure d'autres services ayant une fonction d'intermédiaire et occupant une position clé dans l'environnement numérique en raison de l'exigence d'une relation contractuelle. Ce critère rend quelque peu incertaine la portée concrète de cette catégorie pour le secteur audiovisuel, pour lequel les navigateurs web ou les assistants vocaux pourraient être particulièrement pertinents en tant qu'intermédiaires clés.

En répertoriant également les VSP, la DMA vise un type de service déjà inclus dans les nouvelles dispositions de la Directive SMA révisée de 2018. Alors que la Directive SMA ne leur applique qu'un nombre limité de règles de fond par rapport à la réglementation plus poussée imposée aux fournisseurs de services de médias audiovisuels, un VSP jouissant d'une position de contrôleur d'accès devra se conformer à des obligations (supplémentaires) en vertu de la DMA. En plus des trois services particulièrement importants mentionnés ci-dessus, d'autres services pertinents pour le secteur audiovisuel sont inclus dans la liste. Cela est dû à la complexité de l'environnement numérique qui offre différents canaux pour distribuer et financer les mêmes types de contenu. Par exemple, les « systèmes d'exploitation » comprennent les logiciels d'exploitation des appareils et donc les interfaces des consommateurs portant sur les applications relatives au matériel ou aux logiciels, comme par exemple les appareils de télévision connectés ou les magasins d'applications et les logiciels préinstallés sur les appareils. De même, les services publicitaires sont évidemment particulièrement importants pour le financement des services de médias audiovisuels, du moins lorsqu'il s'agit de modèles commerciaux basés sur la publicité qui peuvent être affectés par les modèles économiques des plateformes, qui souvent ne permettent pas l'intégration de services publicitaires tiers et obligent donc les entreprises utilisatrices à s'appuyer sur les services publicitaires opérés en propre par les intermédiaires. Comme le dit clairement l'exposé des motifs, cette

²⁸² Voir *Cole* (n 264), pages 22 et suivantes.

définition est destinée à inclure les services de publicité qui sont « liés » à l'un des autres SPE, c'est-à-dire qu'elle s'applique également aux services externalisés.

6.3.1.2. Contrôleurs d'accès et critères de contrôle d'accès

La notion de contrôle d'accès a une histoire liée au secteur des médias, bien que son utilisation comme concept central de la proposition de la DMA ne soit pas une tentative de réglementer spécifiquement le secteur des médias. Elle a fait l'objet de discussions dès le début du 20^{ème} siècle en tant que processus par lequel les médias filtrent les informations, ou plutôt le processus d'information, en incluant ou en excluant des sujets, ce qui aboutit à une sorte de mécanisme de goulet d'étranglement. Plus tard, des goulets d'étranglement ont été identifiés dans l'infrastructure de distribution au moyen de laquelle le contenu des médias est mis à disposition de l'utilisateur final, par exemple via les réseaux câblés. La discussion d'aujourd'hui autour du contrôle d'accès ne concerne pas le contrôle de l'information par les médias, mais plutôt le contrôle des médias et de leur contenu par les intermédiaires. D'une certaine manière, le fond de la bouteille a été élargi et le goulet d'étranglement déplacé et rétréci. Toutefois, la DMA ne s'intéresse pas au secteur des médias en particulier, mais plutôt à l'ensemble du secteur numérique dans lequel les « contrôleurs d'accès » constituent un lien essentiel dans la relation entre entreprises utilisatrices et utilisateurs finaux (business-to-consumer [B2C]), mais entretiennent également eux-mêmes des relations juridiques avec les entreprises utilisatrices (platform-to-business [P2B]) et les utilisateurs finaux (platform-to-consumer [P2C]) et agissent en tant qu'infrastructure pour la concurrence entre les différentes entreprises utilisatrices (business-to-business [B2B]). Cependant, une relation de concurrence peut également exister entre les plateformes et les entreprises utilisatrices si la plateforme offre ses propres produits et services similaires (éventuellement par le biais de sociétés affiliées). Toutes ces relations peuvent être affectées de manière problématique si la plateforme atteint une certaine taille ou un certain pouvoir de marché. Ceci décrit la pertinence systémique – un terme qui est utilisé dans la DSA mais qui constitue de fait le concept sous-jacent de la DMA – du contrôleur d'accès dans la relation B2C que la DMA aborde et qui nécessite (et justifie) l'adoption de règles spéciales pour ces fournisseurs.

Afin de n'inclure que les acteurs ayant une importance systémique, la DMA utilise les critères de contrôle d'accès énumérés à l'article 3, paragraphe 1, point a). Un fournisseur de SPE doit remplir trois critères pour être désigné comme contrôleur d'accès :

- a) il a un poids important sur le marché intérieur
- b) il assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux
- 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.

Le paragraphe 2 fixe ensuite des seuils pour chacun de ces critères qui, si le SPE les dépasse tous, font que le SPE est systématiquement considéré comme contrôleur d'accès. Il est alors soumis à une obligation de notification à la Commission dans un délai de trois mois (paragraphe 3) lorsque les critères de poids important, de point d'accès majeur et de

position solide sont évidents. Un poids important sur le marché est présumé si l'entreprise à laquelle appartient le prestataire de SPE a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace Economique Européen (EEE) égal ou supérieur à 6,5 milliards d'euros au cours des trois derniers exercices, ou si la capitalisation boursière moyenne ou la valeur marchande équivalente de l'entreprise à laquelle il appartient s'élevait à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice, et s'il fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres. Les critères relatifs au point d'accès sont présumés remplis si le SPE compte plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice. Enfin, la position solide et durable est liée à ce dernier critère et elle est donc présumée si les seuils d'utilisateurs ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices.

Deux observations doivent être faites dans ce contexte : premièrement, les seuils sont assez élevés, de sorte que seuls quelques acteurs, particulièrement grands et importants, seront couverts par les règles strictes de la DMA. Il faut donc s'attendre à ce que, dans la pratique, le détail des critères ne soit pas déterminant. Dans son analyse d'impact, la Commission part du principe que 10 à 15 fournisseurs seront couverts par la DMA²⁸³. Cela inclura évidemment les « GAFAM » (Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft), ce qui souligne à quel point elle est importante pour le secteur des médias, car les services fournis par les GAFAM (notamment les moteurs de recherche, les magasins d'applications, les services publicitaires) sont des canaux essentiels pour l'industrie audiovisuelle. Au-delà de ces acteurs, l'issue n'est pas encore clairement prévisible. Les grandes plateformes chinoises pourraient ne pas (encore) avoir une présence suffisante sur le marché européen pour satisfaire aux critères, et les petites plateformes qui contrôlent l'accès à des marchés de niche pourraient ne pas atteindre les seuils requis en termes de nombre d'utilisateurs²⁸⁴. Mais quelques fournisseurs de SPE supplémentaires pourraient remplir ces critères²⁸⁵. Deuxièmement, ces seuils doivent être remplis pendant une certaine période, ce qui signifie que les fournisseurs de SPE doivent également être établis sur le marché en tant que contrôleurs d'accès pendant une certaine durée, ce qui exclut les start-ups qui atteignent un haut niveau de succès « du jour au lendemain ». Il convient néanmoins de souligner que la désignation de contrôleur d'accès ne concerne que le SPE spécifique du fournisseur de plateforme qui remplit les critères et ne s'applique pas à tous les SPE ou autres services fournis par une plateforme²⁸⁶.

Toutefois, même si un fournisseur de SPE n'atteint pas les seuils ou ne les atteint pas tous, il peut toujours être désigné comme contrôleur d'accès si la Commission

²⁸³ Analyse d'impact de la LMN, SWD(2020) 363 final, partie 1, paragraphe 148.

²⁸⁴ Cabral et al, « The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts », 2021, ISBN 978-92-76-29788-8, doi:10.2760/139337, JRC122910, p. 9.

²⁸⁵ Selon une première estimation de Caffarra C. et Morton F.C. (The European Commission Digital Markets Act : A translation, 5 janvier 2021, <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>), Oracle et SAP, par exemple, atteindraient vraisemblablement les seuils, tout comme AWS et Microsoft Azure. À l'inverse, selon cette évaluation, Twitter, AirBnB, Bing, LinkedIn, Xbox, Netflix, Zoom et Expedia ne les atteindraient pas à l'heure actuelle, et Booking.com, Spotify, Uber, Bytedance/TikTok, Salesforce, Google Cloud et IBM Cloud en atteindraient certains mais pas d'autres à ce stade.

²⁸⁶ En référence à l'article 3 paragraphe 7 et au considérant 29, voir de Streel A. et al. (n 277), page 13.

conclut, après une évaluation complète, que les critères du paragraphe 1 sont néanmoins tous remplis (article 3, paragraphe 4). Les critères à prendre en compte dans cette évaluation comprennent, par exemple, la taille, y compris le chiffre d'affaires et la capitalisation boursière, le nombre d'entreprises utilisatrices et d'utilisateurs finaux, les barrières à l'entrée découlant des effets de réseau et des avantages liés aux données ainsi que les effets de captivité. Il s'agit donc d'une évaluation davantage qualitative que purement quantitative, ce qui rend le résultat d'une analyse donnée moins prévisible, tant du point de vue des destinataires potentiels que des entreprises utilisatrices et des concurrents.

6.3.2. Procédure de désignation

La procédure de désignation dépend en premier lieu de la question de savoir si un prestataire de SPE atteint les seuils. Comme indiqué ci-dessus, dans ce cas, il est tenu de se notifier et de fournir à la Commission des informations concernant les seuils, ce qu'il doit faire dans les trois mois suivant leur franchissement²⁸⁷. La Commission examine ensuite ces informations sans retard indu, au plus tard dans un délai de 60 jours, et désigne le SPE comme contrôleur d'accès. Toutefois, les fournisseurs ont la possibilité de contester la désignation (éventuelle) à l'avance et indépendamment du fait que les seuils de l'article 3, paragraphe 2, sont effectivement atteints. Dans ce cas, la Commission doit lancer une enquête sur le marché, mais les fournisseurs sont tenus de fournir les informations nécessaires. Le délai prévu pour cette procédure visant à déterminer si une désignation doit avoir lieu ou non sur la base du respect des critères qualitatifs n'est qu'indicatif (cinq mois, conformément à l'article 15, paragraphe 3, en liaison avec l'article 3, paragraphes 4 et 6). La procédure, qui comprend « un dialogue sur les mesures de régulation », entre le régulateur et l'entité visée peut donc conduire à des délais importants (environ 10 mois) jusqu'à l'adoption des mesures, même s'il est évident que le fournisseur concerné est bien un contrôleur d'accès qui atteint les seuils. Ce délai est exacerbé par le fait que le contrôleur d'accès dispose alors de six mois supplémentaires pour se mettre en conformité avec les obligations (article 3, paragraphe 7)²⁸⁸.

Si les seuils ne sont pas atteints, la qualification d'un fournisseur de SPE en tant que contrôleur d'accès dépend d'une procédure de désignation qui est lancée par une enquête sur le marché menée par la Commission. Si la Commission n'intervient pas de son propre chef, les États membres peuvent demander une telle enquête.

Dans tous les cas, une fois qu'un contrôleur d'accès est identifié, la Commission conclut la procédure en l'incluant dans une liste. Dans cette liste, la Commission identifie également l'entreprise à laquelle il appartient et précise les services de plateforme essentiels qui sont fournis par cette même entreprise et qui, individuellement, servent de points d'accès majeurs permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux, comme indiqué au paragraphe 1, point b). Cela permet d'assurer la

²⁸⁸ Voir pour plus de détail sur cet aspect *Cole* (n 264), page 26.

sécurité juridique, en particulier pour les clients professionnels du monde entier, mais aussi de signaler que ces services font l'objet d'une attention particulière.

6.4. Obligations et interdictions ou « ce qu'il faut faire et ne pas faire » pour les contrôleurs d'accès

Les articles 5 à 7 de la proposition de DMA contiennent un certain nombre d'obligations très spécifiques auxquelles les contrôleurs d'accès doivent se conformer concernant, d'une part, leur comportement à l'égard des entreprises utilisatrices de leurs services et, d'autre part, les droits accordés aux utilisateurs finaux, y compris les clients des entreprises utilisatrices des services des contrôleurs d'accès. Ces obligations peuvent être classées en fonction des problèmes auxquels elles s'attaquent : remédier à un manque de transparence sur le marché (de la publicité), empêcher « l'enveloppement » des plateformes²⁸⁹, favoriser la mobilité des entreprises utilisatrices et des clients, empêcher les pratiques déloyales²⁹⁰.

6.4.1. Aspects structurels

En ce qui concerne la structure des obligations, il a été et il est encore souvent fait référence, dans les discussions, à une liste noire, une liste grise et une liste blanche. Cela remonte à une liste de « pratiques déloyales » figurant dans un document préparatoire de la Commission qui avait fait l'objet d'une divulgation et qui comprenait une liste noire et une liste grise, mais faisait également référence à une liste blanche, qui restait à établir. Étant donné que la proposition ne reprend finalement pas cette terminologie²⁹¹ ou cette structure, il est préférable de s'abstenir d'utiliser ces termes et d'aborder les dispositions des articles 5 et 6 de la proposition de DMA pour ce qu'elles sont : des dispositions qui visent les contrôleurs d'accès et énumèrent certaines « choses à faire et à ne pas faire » en termes de pratiques commerciales. Toutefois, la distinction entre les obligations prévues aux articles 5 et 6 doit être prise en compte et clarifiée avant d'examiner de plus près certaines des obligations qui présentent un intérêt particulier pour le secteur des médias (audiovisuels).

²⁸⁹ À cet égard, le terme « enveloppement » désigne le fait pour un fournisseur de plateforme de se lancer sur le marché (pas nécessairement connexe) d'une autre plateforme ou d'un autre fournisseur de services où se trouvent des groupes d'utilisateurs comparables ; en combinant ses propres fonctionnalités avec les nouvelles fonctionnalités du marché cible, il peut provoquer un verrouillage du second marché : ses utilisateurs s'adressent à lui de manière exclusive et s'éloignent de la plateforme historique.

²⁹⁰ Cette catégorisation a été proposée par de Streel et al. (n 277), page 19.

²⁹¹ Voir sur les explications possibles Georgieva Z., « The Digital Markets Act Proposal, of the European Commission : Ex-ante Regulation, Infused with Competition Principles », <https://www.europeanpapers.eu/fr/europeanforum/digital-markets-act-proposal-european-commission-exante-regulation>.

L'article 5 prévoit des « obligations incombant aux contrôleurs d'accès » tandis que l'article 6 se réfère à des « obligations susceptibles d'être précisées incombant aux contrôleurs d'accès ». Indépendamment de la nature concrète des obligations en question, l'article 7, paragraphe 1, souligne que les mesures mises en œuvre par le contrôleur d'accès pour assurer le respect des obligations doivent être efficaces pour atteindre l'objectif de l'obligation pertinente des deux dispositions. Les articles 5 et 6 sont également traités de la même manière en ce qui concerne une éventuelle suspension des obligations que les contrôleurs d'accès peuvent demander à titre exceptionnel (article 8), la mise à jour des règles par le biais d'actes délégués (article 10), l'interdiction du contournement (article 11) ainsi que pour les pouvoirs d'exécution de la Commission, comme on peut le voir avec la procédure d'enquête sur le marché (articles 15 et 16) et les mesures de surveillance (en particulier les articles 22 à 25) et de sanction (articles 26 et 27). Bien que les deux dispositions soient directement contraignantes, c'est-à-dire qu'elles doivent être respectées à l'issue de la période de six mois suivant la désignation et que des sanctions peuvent être prises en cas de non-respect, la différence réside dans le fait qu'en ce qui concerne les obligations de l'article 6, la Commission est habilitée à adopter des actes d'exécution pour certaines obligations conformément à l'article 36 de la proposition de DMA et a la possibilité de définir, dans une décision spécifique visant un contrôleur d'accès, la manière dont une obligation doit être remplie. Les considérants 29 et 33, mais aussi le considérant 58, suggèrent ici une procédure impliquant les contrôleurs d'accès dans la définition de ces mesures par le biais d'un « dialogue sur les mesures de régulation à prendre » qui vise à « faciliter le respect du présent règlement par les contrôleurs d'accès et en accélérer la bonne mise en œuvre ». Cependant, la DMA elle-même est floue en ce qui concerne le rôle des contrôleurs d'accès dans ce « dialogue » ainsi que de la procédure dans laquelle celui-ci s'inscrit. On peut déjà s'interroger sur le bien-fondé d'une telle procédure, car, après tout, les dispositions de l'article 6 sont déjà le résultat d'une évaluation au cas par cas de la Commission établissant que les mesures mises en œuvre (ou éventuellement prévues) par le fournisseur concerné ne sont probablement pas suffisantes. La distinction semble motivée par l'idée que, pour certaines obligations, les mesures à prendre peuvent dépendre du contrôleur d'accès en particulier (et du service spécifique qu'il offre) et peuvent être différentes par rapport à d'autres, ou que les conséquences de l'obligation ne sont pas aussi explicites ou évidentes que pour les obligations visées à l'article 5. Dans le même temps, ce niveau d'intervention supplémentaire pourrait en pratique entraîner un retard dans l'application de la législation. Il convient donc de bien réfléchir, dans le cadre du processus législatif à venir, à la question de savoir si une obligation figure ou non à l'article 5 ou 6 de la DMA, et si ces articles pourraient être complètement fusionnés et la souplesse recherchée par la Commission garantie par d'autres moyens.

En dehors de ce cas de figure, les obligations individuelles contenues dans les dispositions ne suivent pas un ordre particulier²⁹². Dans les deux dispositions, les obligations sont formulées soit comme des devoirs d'agir (permettre, fournir), soit comme des devoirs de s'abstenir d'un comportement donné. Toutefois, cela ne signifie pas pour

²⁹² Voir à ce sujet des propositions alternatives de référencement, Monti G., « The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement », TILEC Discussion Paper 2021-004, page 3.

autant que les obligations de s'abstenir se limitent à interdire certains comportements, car pour certaines des dispositions concernées, des mesures actives peuvent être nécessaires pour atteindre le niveau de conformité requis par l'obligation elle-même et par les précisions apportées dans les considérants respectifs. En outre, pour ces deux dispositions, la proposition de DMA prévoit la possibilité de préciser les obligations au moyen d'actes délégués (article 37, concernant les articles 5 et 6) et de l'adoption de dispositions d'exécution (article 36, concernant l'article 6). L'objectif est de maintenir la liste des obligations à jour en répondant aux pratiques qui pourraient surgir à l'avenir et qui auraient un impact négatif sur le marché équivalent à celui des pratiques déjà couvertes.

La Commission a la possibilité de suspendre totalement ou partiellement un SPE d'une obligation pendant une certaine période (article 8) et/ou d'exempter un contrôleur d'accès d'une obligation spécifique pour des raisons impérieuses d'intérêt public, y compris des questions de moralité, de santé et de sécurité (article 9).

6.4.2. Gros plan sur quelques-unes des obligations

Pour créer un marché équitable et contestable, la DMA prévoit un large éventail d'obligations différentes qui abordent cet objectif sous différents angles. En particulier, les contrôleurs d'accès doivent s'abstenir de fusionner des données personnelles provenant des services essentiels avec celles tirées d'autres services. Les contrôleurs d'accès ne doivent pas empêcher leurs clients professionnels de se plaindre auprès des autorités de contrôle. Ils n'ont par ailleurs plus le droit d'empêcher les utilisateurs de désinstaller des logiciels ou des applications préinstallés ou d'accéder à des services qu'ils auraient achetés en dehors de la plateforme du contrôleur d'accès. Les contrôleurs d'accès ne doivent pas utiliser les données obtenues des entreprises utilisatrices pour leur faire concurrence. Ils ne doivent pas non plus être autorisés à conditionner l'utilisation de leurs services à l'inscription à un autre de leurs services. De plus, ils doivent permettre aux entreprises clientes de proposer leurs services et produits également par le biais de services intermédiaires tiers à des prix différents et de promouvoir leurs offres et de conclure des contrats avec leurs clients en dehors de la plateforme du contrôleur d'accès. Les contrôleurs d'accès doivent fournir aux entreprises qui font de la publicité sur leur plateforme un accès à leurs outils de mesure de performance et aux informations (par exemple sur les prix) nécessaires pour permettre aux annonceurs et aux éditeurs de mener leur propre examen indépendant de leur portefeuille publicitaire sur le service du contrôleur d'accès. Cela inclut les données générées par l'utilisation de la plateforme par les clients professionnels. En outre, des situations spécifiques sont définies, dans lesquelles les contrôleurs d'accès doivent permettre à des tiers d'interagir avec les propres services du contrôleur d'accès, en d'autres termes d'assurer l'interopérabilité. L'examen de ces différentes obligations met en évidence l'importance de plusieurs d'entre elles pour les fournisseurs de services de médias audiovisuels, tant du point de vue des concurrents du contrôleur d'accès que de celui des entreprises utilisatrices qui recourent à ses services.

La publicité en ligne représente un élément particulièrement important pour le refinancement de la production de contenus et elle présente donc un intérêt direct pour le pluralisme des médias. Son fonctionnement a été très opaque dans le passé. Google et Facebook, qui forment un « quasi-duopole » dans le domaine de la recherche et de l’affichage publicitaire²⁹³, sont les contrôleurs d’accès dans ce domaine, et ils ne peuvent être contournés par les entreprises utilisatrices. Bien qu’il existe différents modèles économiques dans les médias audiovisuels – outre les services en clair basés sur les revenus publicitaires, également les modèles de refinancement basés sur les abonnements – et que, par conséquent, certaines des obligations applicables aux contrôleurs d’accès soient plus ou moins pertinentes en fonction du modèle, l’information sur la publicité est cruciale pour tous. Les dispositions pertinentes de la proposition de DMA à cet égard sont les articles 5(g) et 6, paragraphe 1, point g), qui concernent tous deux l’accès à l’information sur le fonctionnement des chaînes de valeur de la publicité en ligne et visent donc à assurer la transparence et à corriger le déséquilibre de l’information qui prévaut sur le marché de la publicité. L’article 5(g) oblige les contrôleurs d’accès à communiquer aux annonceurs et aux éditeurs auxquels ils fournissent des services publicitaires, à leur demande, des informations relatives au prix payé par l’annonceur et l’éditeur, ainsi qu’au montant ou à la rémunération versés à l’éditeur, pour la publication d’une annonce donnée et pour chacun des services publicitaires concernés fournis par le contrôleur d’accès. Le considérant 42 précise que les informations ne doivent être fournies que « dans la mesure du possible », compte tenu de la grande complexité de la chaîne de valeur publicitaire²⁹⁴. L’article 6, paragraphe 1, point g), ajoute à cela la transparence sur les performances de la publicité en donnant aux entreprises utilisatrices l’accès aux outils de mesure de la performance du SPE (ou de l’agence de publicité à laquelle il ferait appel, conformément au considérant 53), ce qui doit leur permettre de décider des changements éventuels qu’elles souhaiteraient mettre en œuvre pour améliorer leur efficacité. Ces obligations constituent des instruments essentiels pour remédier au déséquilibre existant en matière d’information dans le domaine de la publicité programmatique auquel les services de médias sont confrontés.

Un autre déséquilibre qui touche le secteur des médias est abordé par les articles 5(a) et 6, paragraphe 1, point a), à savoir celui du contrôle de larges quantités de données. Le fait de se connecter en parallèle à plusieurs services et de se servir de la « porte d’entrée » d’un compte utilisateur auprès d’un SPE pour simplifier le recours à d’autres services, donnant ainsi à ces entreprises l’accès à un large éventail de données de leurs utilisateurs, place les autres fournisseurs de services dans une position défavorable²⁹⁵. La question de l’accumulation des données a donc fait l’objet d’intenses discussions du point de vue de la législation sur la protection des données, mais elle a également été reprise par les autorités de la concurrence en raison de ses implications pour les concurrents et

²⁹³ UK Competition and Markets Authority, « Online platforms and digital advertising market study », 2020, <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

²⁹⁴ Voir sur ce sujet Knapp D., « Le pluralisme des médias sous l’angle économique : médias algorithmiques – nouvelles réflexions pour la pluralité des médias », in: Cappello M. (Ed.), *Pluralisme des médias et enjeux de la concurrence*, IRIS Spécial, Observatoire européen de l’audiovisuel, Strasbourg, 2020, pages 13-22.

²⁹⁵ Pour plus de détails, voir Cole M.D. (n 264), pages 30 et suivantes.

les utilisateurs finaux²⁹⁶. La DMA a réagi à un besoin urgent de clarification des pratiques abusives en matière d'accumulation de données, telles que les ont identifiées plusieurs autorités de la concurrence des États membres, en inscrivant des interdictions dans un règlement permettant d'assurer une cohérence à l'échelle de l'UE une fois entré en vigueur. L'article 5(a) interdit aux contrôleurs d'accès de combiner des données à caractère personnel provenant du SPE avec des données à caractère personnel provenant de tout autre service proposé par le contrôleur d'accès ou par des tiers sans un consentement librement accordé par l'utilisateur. L'article 6, paragraphe 1, point a), tient davantage compte du point de vue des entreprises utilisatrices en interdisant aux contrôleurs d'accès d'utiliser, en concurrence avec les entreprises utilisatrices, toutes données non disponibles publiquement qui sont générées par les activités de ces entreprises utilisatrices, y compris par leurs utilisateurs finaux, ce qui signifie que les entreprises utilisatrices ne peuvent pas se voir interdire d'utiliser leurs propres données.

Enfin, il convient également d'examiner brièvement les dispositions visant à contrecarrer le déséquilibre créé par les effets de verrouillage sur les plateformes, qui peuvent également constituer un problème pour le pluralisme. L'article 6, paragraphe 1, point h) introduit une obligation de portabilité des données qui exige des contrôleurs d'accès de permettre aux entreprises et aux utilisateurs finaux de « prendre leurs données » avec eux lorsqu'ils changent de fournisseurs de services pour aller vers d'autres fournisseurs offrant des services comparables pour lesquels les données (déjà existantes) continuent d'être pertinentes. Au-delà des dispositions de la législation sur la protection des données relatives à la portabilité des données (article 20 du RGPD), la portabilité doit être facilitée par un « accès continu et en temps réel » aux données, tant pour les entreprises que pour les utilisateurs finaux. Une obligation similaire, également en termes techniques puisqu'elle concerne à nouveau « un accès effectif, de haute qualité, continu et en temps réel », découle de l'article 6, paragraphe 1, point i), qui oblige le contrôleur d'accès à fournir gratuitement aux entreprises utilisatrices les données agrégées ou non agrégées qui sont fournies ou générées dans le cadre de l'utilisation des SPE concernés par ces entreprises utilisatrices et utilisateurs finaux se servant des produits et services qu'elles fournissent. Toutefois, les limites du RGPD doivent être respectées s'il s'agit de données personnelles, c'est-à-dire que l'utilisateur final conserve le droit de disposer de ses données, de sorte que son consentement peut être requis. Cela renforce clairement la position concurrentielle des entreprises utilisatrices des plateformes vis-à-vis de ces dernières et améliore leurs possibilités de retour sur investissement. L'article 5(f) cherche aussi à contrecarrer les effets de verrouillage en empêchant leur intensification : il est interdit aux contrôleurs d'accès d'obliger les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs finaux à s'inscrire ou à s'enregistrer auprès d'un SPE.

Dans l'ensemble, les dispositions contribuent à créer au moins une infrastructure appropriée pour un environnement en ligne favorable à la diversité, dans lequel les utilisateurs peuvent choisir parmi une variété de services sans obstacles majeurs.

²⁹⁶ *Etteldorf* (n 263), pages 243 et suivantes.

6.5. Mise en œuvre : une approche centralisée

En ce qui concerne la supervision et la mise en œuvre du règlement proposé, la DMA retient une approche centralisée, avec la Commission européenne comme acteur principal. À cet égard, elle diffère de la DSA²⁹⁷. Pour garantir une adoption et une actualisation appropriées des règles, la proposition de DMA confie à la Commission, d'une part, plusieurs pouvoirs pour effectuer des enquêtes sur le marché (articles 15 à 17), en particulier pour la désignation d'un service de plateforme essentiel en tant que contrôleur d'accès, ainsi que des enquêtes sur le non-respect systématique des obligations, sur les nouveaux services de plateforme essentiels et sur les nouvelles pratiques, et, d'autre part, des pouvoirs de réglementation et d'exécution. Ces pouvoirs comprennent la possibilité de demander des renseignements, de mener des entretiens, d'effectuer des inspections sur place au cours de l'enquête, d'ordonner des mesures provisoires, de rendre obligatoires les engagements pris par le contrôleur d'accès, de contrôler ces mesures et obligations et, enfin, de rendre une décision constatant un manquement et d'imposer des amendes ou astreintes sous certaines conditions. Grâce à ces pouvoirs, c'est bien à la Commission que revient la fonction centrale de supervision de la DMA.

Les autorités des États membres, pour leur part, ne jouent aucun rôle dans ce dispositif. Et pour ce qui est des États membres eux-mêmes, le comité habituel qui accompagne les règlements habilitant la Commission à adopter des actes délégués est créé en tant que comité consultatif en matière de marchés numériques, conformément aux règles établies par le règlement (UE) n° 182/2011²⁹⁸. Il est composé de représentants des États membres et émet des avis sur certaines décisions individuelles de la Commission, mais il n'est pas doté de pouvoirs réglementaires. En outre, la proposition de la DMA prévoit la possibilité pour trois États membres ou plus de demander à la Commission d'ouvrir une enquête sur le marché conformément à l'article 33 relatif à la désignation de (nouveaux) contrôleurs d'accès.

Il convient de rappeler que la proposition de DMA ne change rien aux instruments du droit de la concurrence existants et que les autorités nationales conservent donc la possibilité d'appliquer le droit national de la concurrence à ces fournisseurs indépendamment des règles de la DMA. Cependant, il n'est pas facile de savoir si cette situation sera susceptible d'engendrer des conflits et comment ceux-ci seront résolus, étant donné que la DMA constituera une règle ultérieure par rapport au régime établi du droit de la concurrence²⁹⁹. De plus, outre le droit de la concurrence, les règles nationales, en particulier celles qui ont pour objet de servir des intérêts publics tels que la

²⁹⁷ Sur le dispositif de la proposition de DSA, voir Cole M D., Etteldorf C., Ullrich C., « Updating the Rules for Online Content Dissemination » (n 259), pages 202 et suivantes.

²⁹⁸ Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, JO L 55, 28.2.2011, pages 13–18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32011R0182>.

²⁹⁹ Fernández C., « A New Kid on the Block : How Will Competition Law Get along with the DMA ? », *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(4), 2021, pages 271-272, fait valoir la nécessité d'une coordination approfondie et d'une amélioration de la proposition de LMN à cet égard. Un point de vue différent est présenté par Schweitzer H. (n 267), page 13.

sauvegarde du pluralisme des médias (voir article 1, paragraphe 5, de la proposition de DMA), restent applicables.

Cette approche centralisée ressemble à ce que l'on connaît, par exemple, du règlement de l'UE sur les concentrations ou du mécanisme unique relatif à la surveillance bancaire³⁰⁰. La dimension internationale du problème à l'origine de la proposition de DMA et le fait qu'il s'agisse d'un règlement font qu'une approche centralisée apparaît la plus adaptée. Toutefois, la proposition de DSA et le RGPD illustrent tous deux le fait qu'un règlement ne plaide pas nécessairement en faveur d'une supervision centralisée. L'argument de la Commission est que seuls quelques grands acteurs sont concernés, et que dans la mesure où ceux-ci proposent leurs services dans toute l'UE, il est logique de les confier à un seul régulateur comme point de contact. Le dialogue sur les mesures de régulation à prendre, qui est envisagé à certains endroits comme nous l'avons vu, sera plus facile à mettre en œuvre que s'il devait être coordonné par plusieurs autorités nationales. Même si chacune d'entre elles est de nature différente, une approche conjointe par les autorités compétentes de tous les États membres peut être coordonnée, par exemple par le Comité européen de la protection des données ou le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels. Certains auteurs font valoir les aspects économiques et financiers : le contrôle de la conformité peut être coûteux et nécessiter une analyse minutieuse de données à grande échelle ou un examen direct de la manière dont les algorithmes sont conçus, et il est peu probable que les régulateurs nationaux soient individuellement en mesure de mener à bien ces tâches³⁰¹. La direction générale de la concurrence met déjà en œuvre les règles de concurrence de l'UE dans le cadre des procédures de contrôle des concentrations et des procédures antitrust et « a globalement [...] fait bon usage de ses pouvoirs d'exécution », comme l'a récemment indiqué la Cour des comptes européenne dans un rapport spécial, tout en notant que « des améliorations s'imposent toutefois dans plusieurs domaines »³⁰². Cependant, comme nous l'avons expliqué à plusieurs reprises ci-dessus, la DMA n'est pas un instrument de droit de la concurrence. Qu'elle soit mise en place au niveau national ou par la Commission au niveau de l'UE, une nouvelle unité devra être créée et dotée de ressources. Une coordination avec les autorités nationales, en particulier les autorités chargées de la concurrence et de la protection des données, sera donc nécessaire, ne serait-ce qu'en raison des chevauchements entre la DMA et ces domaines et de l'exigence d'assurer une certaine homogénéité et cohérence et, plus généralement, d'aboutir à une approche coordonnée de l'environnement des plateformes³⁰³.

³⁰⁰ Voir sur ce sujet Monti G. (n 38), pages 4 et suivantes.

³⁰¹ Monti G. (n 38), page 5.

³⁰² « Contrôle des concentrations dans l'UE et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée », rapport 24/2020, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20_24/SR_Competition_policy_FR.pdf.

³⁰³ Georgieva Z. (n 291).

6.6. Conclusion

La proposition de la DMA est un instrument ambitieux, vraisemblablement nécessaire et très attendu pour reprendre le contrôle du marché des plateformes qui se caractérise par une concentration sans précédent et le pouvoir de marché de quelques acteurs en raison d'effets de réseau inhabituels. De toute évidence, comme elle entraîne une interférence importante avec les modèles économiques actuels de ces fournisseurs qui, à l'avenir, seront considérés comme des contrôleurs d'accès, il est probable que la procédure législative à venir donnera lieu à de longues discussions et controverses. En laissant de côté le débat sur le caractère opportun des différents éléments de la proposition de DMA, un aspect très important à prendre soigneusement en considération est la nécessité de bien intégrer tous les éléments du paquet législatif sur les services numériques avec les instruments existants au niveau de l'UE et au niveau national.

La DMA pourrait être en mesure de combler les lacunes du cadre réglementaire vis-à-vis des particularités des plus grandes plateformes en ligne et de la nature cruciale des services qu'elles offrent, qui conditionnent la possibilité pour d'autres prestataires de proposer leurs services aux utilisateurs finaux. Il s'agira d'un instrument plus puissant, certainement plus rapide et plus souple que le droit de la concurrence existant – puisqu'il s'appliquera *ex ante* avant qu'une défaillance du marché n'apparaisse ou ne soit ancrée, et sans qu'il soit nécessaire de prouver un comportement déloyal sur le marché dans un cas spécifique – mais là encore, il conviendrait d'examiner si ses procédures peuvent être alignées sur ce domaine déjà éprouvé, en coopération avec et entre les autorités nationales et la Commission.

La proposition de DMA est particulièrement remarquable parce qu'elle indique clairement que l'Union européenne n'est pas disposée à laisser sans réponse les questions relatives aux marchés les plus importants pour les entreprises et les citoyens dans notre monde numérique. Elle le fera en se fondant sur les valeurs et les principes sur lesquels l'UE – et ses États membres – sont construits. Ce faisant, la DMA pourrait devenir un autre « modèle de référence » de la réglementation des plateformes – comme ce fut le cas avec le RGPD – et avoir un impact dans le monde entier une fois qu'elle sera en place et appliquée correctement au sein de l'UE.

Quid du champ d'application ?

Les lecteurs habituels de nos publications seront sans doute étonnés par le fait suivant : alors que le champ d'application de la DMA et de la DSA inclut les plateformes de partage de vidéos telles que YouTube et autres, il exclut les plateformes de vidéo à la demande (VOD) telles que Netflix, Amazon Prime ou Disney+. Les services de VOD restent en effet soumis aux obligations de la Directive SMA, car ils impliquent une responsabilité éditoriale, ce qui n'est pas le cas des intermédiaires soumis à la DSA.

Or, la notion de contrôleur d'accès au marché pourrait très bien s'appliquer à la position de certains acteurs dans l'arène de la VOD. On est donc en droit de se poser la question suivante : les services de VOD devraient-ils entrer dans le champ d'application de la DMA ?

Dans le chapitre suivant, Oliver Budzinski se penche sur le contexte économique du contrôle d'accès dans le secteur audiovisuel et évalue les problèmes et les solutions possibles.

7. Le « contrôle de l'accès » dans le secteur audiovisuel : contexte économique, concurrence et réglementation

Oliver Budzinski, Université de technologie d'Ilmenau

7.1. Introduction

Dans le contexte de l'initiative actuelle de l'Union européenne visant à réglementer les services en ligne avec la proposition de paquet législatif sur les services numériques³⁰⁴, le terme de « contrôleur d'accès » a pris une importance nouvelle. Il est à la fois mis en avant dans la proposition de législation sur les marchés numériques et – depuis lors – dans la littérature académique discutant des propositions de régulation des grandes entreprises du secteur technologique³⁰⁵. Toute réglementation des activités commerciales

* Professeur de théorie économique, directeur de l'Institut d'économie, Institut des médias et de la communication mobile, Université technologique d'Ilmenau, Allemagne, courriel : oliver.budzinski@tu-ilmenau.de. Je remercie Sophia Gaenssle, Maja Cappello et Francisco Cabrera pour leurs précieux commentaires sur une version antérieure de cet article.

³⁰⁴ Le paquet législatif sur les services numériques se compose de deux initiatives législatives visant à moderniser la réglementation applicable aux services numériques dans l'UE : la législation sur les services numériques proprement dite (DSA) et la législation sur les marchés numériques (DMA). Voir la 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN> ; et la 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, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

³⁰⁵ Pour le débat académique – tant économique que juridique – sur la DSA et la LMN, voir entre autres Cabral, L. et al., « The Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts », Luxembourg : Union Européenne 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337> ; Bentata, P., « Regulating Gatekeepers : Predictable Unintended Consequences of the DMA for Users' Welfare », 2021, <https://ssrn.com/abstract=3804067> ; Podszun, R., Bongartz, P. et Langenstein, S., « Proposals on how to Improve the Digital Markets Act », Document d'orientation en vue de la session d'information sur la législation sur les marchés numériques de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) du Parlement européen du 19 février 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571> ; Vezzoso, S., « The Dawn of Pro-Competition Data

sur les marchés fait toujours l'objet d'un raisonnement à la fois économique et juridique. Le raisonnement économique vise à identifier (i) les conditions dans lesquelles les incitations aux comportements de contrôle d'accès sont générées, et (ii) les effets du contrôle de l'accès sur le bien-être des consommateurs et de la société. La dimension juridique se préoccupe (i) de la codification par la loi des règles s'appliquant aux marchés affectés par le contrôle d'accès et aux contrôleurs d'accès (les entreprises) ainsi que (ii) de l'application de ces règles. Dans un système réglementaire sain, la loi représente l'économie sous-jacente dans le sens où les stratégies commerciales réduisant le bien-être sont contrecarrées par la loi (ce qui encourage donc indirectement celles qui favorisent le bien-être). Par conséquent, la réglementation du contrôle de l'accès doit tenir compte de l'économie du contrôle de l'accès dans l'intérêt du bien-être social.

Cette contribution porte sur l'économie du contrôle de l'accès dans le secteur audiovisuel. Le contenu audiovisuel est de plus en plus consommé en ligne, les jeunes générations utilisant déjà principalement les services en ligne, tandis que les générations plus âgées se concentrent encore sur les canaux traditionnels (télévision traditionnelle gratuite, par câble ou par satellite). Néanmoins, la perte de vitesse de la télévision traditionnelle au profit des services en ligne s'observe dans pratiquement toutes les tranches d'âge, bien qu'à des degrés divers³⁰⁶. Les services en ligne dans le secteur audiovisuel comprennent la diffusion sur internet de la télévision traditionnelle ainsi que de nouveaux types de services tels que les services de médias audiovisuels à la demande³⁰⁷ (par exemple Netflix, Amazon Prime, Disney+, DAZN, HBO Max, etc.) et les plateformes de partage de vidéos de type place de marché³⁰⁸ (par exemple YouTube,

Regulation for Gatekeepers in the EU », 2021, <https://ssrn.com/abstract=3772724> ; Geradin, D., « What Is a Digital Gatekeeper ? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Markets Act ? », 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788152> ; Leistner, M., « The Commission's Vision for Europe's Digital Future : Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A Critical Primer », 2021, <https://ssrn.com/abstract=3789041> ; De Streef, A. et al., « The European Proposal for a Digital Markets Act : A First Assessment », Cerre 2021 ; <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/> ; Kerber, W., « Taming Tech Giants With a Per-Se Rules Approach ? The Digital Markets Act from the 'Rules vs. Standard' Perspective », *Concurrences*, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861706.

³⁰⁶ Voir pour un examen et un résumé des développements récents en Allemagne Lindstädt-Dreusicke, N. et Budzinski, O., « The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube », *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107>, et plus généralement Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets », *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³⁰⁷ Selon l'article 1, paragraphe 1, point g) de la directive sur les Services de médias audiovisuels (directive SMA), un « service de médias audiovisuels à la demande » (c'est-à-dire un service de médias audiovisuels non linéaire) est un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias ». Voir Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels) (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

³⁰⁸ Selon l'article 1, paragraphe 1), point a) bis) de la directive SMA, un « service de plateformes de partage de vidéos » est un service tel que défini aux articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service

TikTok, Facebook, Dailymotion, etc.)³⁰⁹. Une différence majeure entre la télévision traditionnelle qui est « simplement » diffusée en ligne et la plupart des services de streaming en ligne spécialement conçus à cet effet est la linéarité du programme : alors que la télévision traditionnelle propose des programmes avec des créneaux horaires fixes, la plupart des services de streaming offrent une vidéo non linéaire à la demande, c'est-à-dire que les consommateurs peuvent décider à quel moment regarder quels contenus³¹⁰. Des études récentes montrent que la télévision linéaire et les services de streaming non linéaires se font concurrence en proposant des types de contenus comparables et en cherchant à atteindre au moins partiellement les mêmes consommateurs (et les mêmes annonceurs si le service est financé par la publicité)³¹¹. La question de savoir si les plateformes de partage de vidéos sont en concurrence avec la télévision traditionnelle et les services de médias audiovisuels à la demande a fait l'objet d'une controverse, car celles-ci sont censées proposer des contenus très différents, attirant des consommateurs différents et/ou répondant à des objectifs de consommation variés³¹². Au lieu de films, de séries et de longs métrages, les consommateurs de services de plateformes de partage de vidéos regardent surtout des vidéos plus courtes (en particulier des vidéos musicales et des tutoriels), du contenu non commercial (vidéos de chats ou humoristiques, etc.) et du contenu commercial provenant de stars des médias sociaux (y compris des vidéos de déballage de produits, du contenu sur le style de vie et la beauté, et des jeux vidéo ou des sports électroniques)³¹³. Toutefois, des études récentes montrent que, malgré ces

ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE, et dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement ».

³⁰⁹ À propos de la catégorisation des modèles économiques, voir, entre autres, Lindstädt-Dreusicke, N. et Budzinski, O., « The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube », *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107>. Il convient de noter que les modèles économiques évoluent et que des modèles mixtes ainsi que des innovations de modèles sont possibles ; les modèles économiques peuvent également évoluer vers une convergence, rendant ainsi les classifications obsolètes. Il en va de même pour la classification alternative en service de diffusion de vidéos au détail ou de partage de vidéos de type place de marché.

³¹⁰ À noter que certains types de contenu, comme les retransmissions en direct d'événements sportifs, auront également un créneau horaire fixe dans les catalogues de streaming en ligne.

³¹¹ Voir Prince, J. et Greenstein, S., « Measuring Consumer Preferences for Video Content Provision via Cord-Cutting Behavior », *Journal of Economics & Management Strategy* 26(2), 2017, 293-317, <https://doi.org/10.1111/jems.12181> ; McKenzie, J. et al., « Experimental Evidence on Demand for 'On-demand' Entertainment », *Journal of Economic Behavior and Organization* 161, 2019, 98-113, <https://doi.org/10.1016/j.jebo.2019.03.017> ; Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets », *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³¹² Pour un résumé récent de la controverse, voir Budzinski, O. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Antitrust Policy in Video-on-Demand Markets : The Case of Germany », *Journal of Antitrust Enforcement* 8(3), 2020, 606-626, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa001>.

³¹³ Sur le caractère commercial et professionnel du contenu audiovisuel lié aux stars des médias sociaux, voir Budzinski, O. et Gaenssle, S., « The Economics of Social Media (Super-)Stars : An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube », *Journal of Media Economics*, 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228> ; Gaenssle, S. et Budzinski, O., « Stars in Social Media : New

différences, les plateformes de partage de vidéos exercent une pression concurrentielle réelle tant sur la télévision traditionnelle que sur les services de médias audiovisuels à la demande³¹⁴. Aussi, la présente analyse ne fera pas de distinction entre les sous-marchés du secteur audiovisuel. Nous ferons plutôt référence aux services de streaming vidéo ou de services de vidéo à la demande (VOD) pour couvrir à la fois les plateformes de partage de vidéos et les services de médias audiovisuels à la demande.

7.2. La concurrence et les contrôleurs d'accès dans l'économie numérique : l'économie sous-jacente

En ce qui concerne les marchés des médias, le contrôle de l'accès a longtemps été associé à deux questions principales : (i) le pouvoir des bureaux éditoriaux de sélectionner ce que le public de la télévision, de la radio et des journaux (imprimés) a la possibilité de voir, écouter et lire, et (ii) le pouvoir des agences (pour la plupart) gouvernementales d'attribuer des fréquences rares pour la transmission de radios et de télévisions gratuites³¹⁵. Le contrôle de l'accès se réfère donc, dans ce sens, à la capacité d'inhiber ou de favoriser le flux ou la circulation de l'information, de sorte qu'il en résulte un type spécifique de pouvoir de marché³¹⁶. Ce pouvoir de marché se manifeste par la capacité de déterminer (imparfaitement) quels contenus parviennent ou non jusqu'à l'attention potentielle d'un large public, ou en d'autres termes : « les "gatekeepers" (...) contrôlent l'accès à l'audience sur les marchés des médias »³¹⁷. Il convient de noter que les deux questions mentionnées ci-dessus concernant le contrôle traditionnel de l'accès sur les marchés des médias ont, dans une large mesure, disparu avec l'ère du numérique : internet permet à tout un chacun de publier ses contenus (du moins du point de vue technique) et la numérisation a réduit la dépendance aux fréquences rares pour atteindre le public. Cette évolution a alimenté le doute quant à la pertinence de la question du contrôle de l'accès sur les marchés des médias numériques³¹⁸.

Light Through Old Windows ? », *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694> ; Gaenssle, S., « Attention Economics of Instagram Stars : #Instafame and Sex Sells ? », *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.

³¹⁴ Voir Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets », *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³¹⁵ Voir, entre autres, l'étude de Heinderyckx, F. et Vos, T., « Reformed Gatekeeping », *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306>.

³¹⁶ Voir Heinderyckx, F. et Vos, T., « Reformed Gatekeeping », *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306>.

³¹⁷ Gaenssle, S. et Budzinski, O., « Stars in Social Media : New Light Through Old Windows ? », *Journal of Media Business Studies*, 18(2), 2021, 79-105, p. 90, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>.

³¹⁸ Voir Heinderyckx, F. et Vos, T., « Reformed Gatekeeping », *Communication & Media* 11(38), 2016, 29-46, <https://dx.doi.org/10.5937/comman11-10306> ainsi que Gaenssle, S. et Budzinski, O., « Stars in Social Media : New Light Through Old Windows ? », *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>. Bien qu'ils ne soient pas d'accord avec l'idée qu'il n'y a pas

Mais le constat empirique montre que plusieurs entreprises jouent clairement un rôle de contrôle d'accès, en ce sens qu'elles contrôlent effectivement l'accès au public, aux consommateurs ou à d'autres groupes pertinents d'acteurs du marché³¹⁹.

- Google Search domine le marché des moteurs de recherche (horizontale) dans de nombreux pays, avec des parts de marché souvent supérieures à 80 %, voire 90 %. En outre, le groupe Alphabet-Google contrôle des parts importantes des flux d'information interentreprises sur les marchés de la publicité en ligne³²⁰.
- Quiconque souhaite utiliser ou vendre des applications pour smartphones est de facto obligé d'utiliser les places de marché de l'App Store d'Apple pour les appareils Apple (100 %) et de GooglePlay pour les appareils Android (parts de marché souvent supérieures à 90 %), ce qui donne à ces fournisseurs de places de marché le pouvoir sur (i) les applications que les utilisateurs peuvent utiliser et (ii) le flux d'information sur les ventes, les réponses des utilisateurs et les autres données transmises aux créateurs d'applications³²¹.
- Le groupe Facebook (y compris Instagram et WhatsApp) contrôle dans une très large mesure la circulation de l'information sur les services de réseaux sociaux, bien que le développement de TikTok puisse remettre en question cette position³²².

de problème de contrôle de l'accès sur les marchés des médias numériques, les auteurs font référence aux travaux qui mettent en avant ce point de vue.

³¹⁹ Voir, entre autres, sur les affaires suivantes, Crémer, J., de Montjoye, Y.A. et Schweitzer, H., *Competition Policy for the Digital Era*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2019, <http://dx.doi.org/10.2763/407537> ; Marsden, P. et Podszun, R. (2020), *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*. Berlin : Konrad-Adenauer-Stiftung, <https://www.kas.de/documents/252038/7995358/Restoring+Balance+to+Digital+Competition+%E2%80%93+Sensible+Rules%2C+Effective+Enforcement.pdf/7cb5ab1a-a5c2-54f0-3dcd-db6ef7fd9c78?version=1.0&t=1601365173489> ; Bougette, P., Budzinski, O. et Marty, F., « Exploitation abusive et abus de dépendance économique : que pouvons-nous apprendre d'une approche d'organisation industrielle ? » *Revue d'Économie Politique* 129(2), 2019, 261-286, <https://www.cairn.info/revue-d-economie-politique-2019-2-page-261.htm?contenu=article> ; Budzinski, O., Grusevaja, M. et Noskova, V., « The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection », *Market and Competition Law Review* 5(1), 2021, 43-80, <https://doi.org/10.34632/mclawreview.2021.10008>.

³²⁰ Voir Commission européenne, *Affaire AT.39740 – Google Shopping*, Bruxelles 2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

³²¹ Voir Geradin, D. et Katsifis, D., « The Antitrust Case Against the Apple App Store », Document de travail du TILEC n° DP2020-039, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3583029> ; Marty, F. et Pillot, J., « Cooperation, Dependence, and Eviction : How Platform-to-business Coopetition Relationships Should Be Addressed in Mobile Telephony Ecosystems », in : D. Bosco et M. Gal (éd.), *Challenges to Assumptions in Competition Law*, Cheltenham : Elgar 2021, 2-22 ; Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Wettbewerb und Antitrust in Unterhaltungsmärkten », in : O. Budzinski, J. Haucap, A. Stöhr et D. Wentzel (éd.), *Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien – Schnittstellen und Hintergründe*, Berlin : DeGruyter, 2021, à venir.

³²² Voir Podszun, R., « Regulatory Mishmash ? Competition Law, Facebook and Consumer Protection », *Journal of European Consumer and Market Law* 8(2), 2019, 49-52, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/8.2/EuCML2019010> ; Buiten, M. C., « Exploitative Abuses in Digital Markets : Between Competition Law and Data Protection Law », *Journal of Antitrust Enforcement* 9, 2021, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041> ; Budzinski, O., Grusevaja, M. et Noskova, V., « The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection », *Market and Competition Law Review* 5(1), 2021, 43-80, <https://doi.org/10.34632/mclawreview.2021.10008> ; Kerber, W. et Zolna, K., *The German Facebook Case : The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law*, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3719098>.



- Avec sa place de marché en ligne, Amazon contrôle notamment le flux d'information vers les vendeurs présents sur la place de marché, mais aussi - grâce à cet avantage informationnel - les produits que sa branche de vente au détail propose et ceux qui sont laissés aux vendeurs de la place de marché. Au moyen de sa fonction de recherche et de son classement, l'entreprise influence également de manière significative les offres qui sont portées à l'attention des consommateurs³²³.

Les trois premiers exemples de cette liste (non exhaustive et proposée à titre d'illustration) sont clairement liés à des positions dominantes sur le marché, qu'il est plus difficile de définir s'agissant d'Amazon Marketplace en raison de l'ambiguïté du marché pertinent en cause (les boutiques en ligne opèrent-elles sur des marchés différents de ceux des boutiques physiques si elles vendent des biens à peu près similaires ?). Cela est tout à fait conforme à la théorie économique traditionnelle, selon laquelle une concurrence efficace devrait empêcher l'accumulation d'un pouvoir de contrôle de l'accès. Cependant, l'ère du numérique et le modèle particulier des services en ligne ont également alimenté le développement de nouvelles théories économiques. Trois courants de théories spécifiques liées à la numérisation et au commerce en ligne ont notamment émergé³²⁴ :

- L'économie de plateforme³²⁵ : les services en ligne peuvent présenter des caractéristiques de plateforme, définies comme (i) la gestion de deux ou plusieurs groupes de clients distincts (ii) qui sont interconnectés par des effets de réseau indirects (iii) impliquant des coûts de transaction empêchant une auto-coordination directe entre groupes de clients. Les médias hors ligne et en ligne sont susceptibles de présenter des caractéristiques de plateforme s'ils sont au moins partiellement financés par la publicité³²⁶. La télévision commerciale financée par la publicité présente un exemple dans lequel la société de télévision gère les deux groupes de clients que sont les téléspectateurs et les annonceurs. Pour les annonceurs, la valeur d'une émission de télévision augmente avec le nombre de téléspectateurs (total ou parmi certains groupes cibles), ce qui représente un effet de réseau indirect positif du groupe client téléspectateurs vers

³²³ Voir Budzinski, O. et Köhler, K.H., « Is Amazon The Next Google? » *ORDO*, 66(1), 2015, 263-288 ; Khan, L.M., « Amazon's Antitrust Paradox », *The Yale Law Journal*, 126(3), 2017, 710-805.

³²⁴ Voir pour un aperçu de l'économie industrielle moderne des entreprises des médias Budzinski, O. et Kuchinke, B.A., « Industrial Organization of Media Markets and Competition Policy », in : M.B. von Rimscha (éd.), *Management and Economics of Communication*, Berlin : DeGruyter 2020, 21-45.

³²⁵ Voir, entre autres, Armstrong, M., « Competition in Two-sided Markets », *The RAND Journal of Economics* 37(3), 2006, 668-691 ; Caillaud, B. et B. Jullien. « Chicken & Egg : Competition among Intermediation Service Providers », *The RAND Journal of Economics* 34(2), 2003, 309-328. ; Evans, D.S. et R. Schmalensee ; « The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses », in : R.D. Blair et D.D. Sokol (éd.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Oxford : Oxford University Press 2015, 404-447 ; Haucap, J. et T. Stühmeier, « Competition and Antitrust in Internet Markets », in : J.M. Bauer et M. Latzer (éd.), *Handbook on the Economics of the Internet*, Cheltenham : Edward Elgar 2016, 183-210 ; Rochet, J.-C. et J. Tirole, « Platform Competition in Two-sided Markets », *Journal of the European Economic Association* 1(4), 2003, 990-1029.

³²⁶ Voir Anderson, S.P. et J.J. Gabszewicz, « The Media and Advertising: A Tale of Two-sided Markets », *Handbook of the Economics of Art and Culture* 1, 2006, 567-614.



le groupe client annonceurs³²⁷. Il en va de même pour les contenus en ligne financés par la publicité (comme le streaming vidéo sur YouTube). Toutefois, sur les marchés des médias, le caractère de plateforme n'est pas intrinsèque comme c'est le cas sur les marchés dans lesquels l'économie de plateforme était appliquée dès l'origine (par exemple, les systèmes de paiement ou les services de mise en relation). Il s'agit plutôt d'un modèle économique délibérément choisi. Spotify, par exemple, exploite un modèle de plateforme (la version de base financée par la publicité) en parallèle avec un modèle de vente au détail classique (la version premium financée par l'abonnement et le paiement des utilisateurs). Ainsi, l'économie de plateforme n'explique pas tous les éléments des marchés des médias en général et des marchés du streaming VOD en particulier. Alors qu'une plateforme de partage de vidéos ressemble à une plateforme au sens économique, un service de médias audiovisuels à la demande, sans publicité et par abonnement, adopte un modèle de vente au détail plus traditionnel (achat de droits de diffusion auprès de fournisseurs en amont et vente de services de streaming à un groupe de clients – les téléspectateurs – qui paient directement au moyen d'un prix forfaitaire mensuel). Les implications notables de l'économie de plateforme comprennent, entre autres, une structure de prix asymétrique où le groupe de clients qui génère le plus fort effet de réseau indirect est tarifé très bas (voire à un prix nul), tandis que l'autre groupe de clients est tarifé considérablement plus haut et génère les revenus de la plateforme. En outre, les effets de réseau indirects représentent des économies d'échelle du côté de la demande, de sorte que – en association avec d'autres facteurs comme les effets de réseau directs³²⁸ – les marchés de plateformes peuvent tendre vers une structure de marché oligopolistique étroite, avec parfois une entreprise dominant le marché (comme dans les exemples ci-dessus de Google Search ou du groupe Facebook). Ainsi, les plateformes peuvent favoriser l'émergence de contrôleurs d'accès en raison de l'augmentation du pouvoir de marché horizontal.

- L'économie des données³²⁹ : l'une des différences les plus marquées entre les marchés des médias hors ligne et en ligne concerne la mise à disposition et l'utilisation commerciale des données personnalisées des utilisateurs. Ces données comprennent (i) des données d'enregistrement simples (comme les

³²⁷ L'effet positif n'est pas aussi clair dans l'autre sens : les téléspectateurs apprécient-ils davantage de publicité ?

³²⁸ Voir Katz, M.L. et Shapiro, C., « Network Externalities, Competition, and Compatibility », *The American Economic Review* 75(3), 1985, 424-440 ; Katz, M.L. et Shapiro, C., « Systems Competition and Network Effects », *Journal of Economic Perspectives* 8(2), 1994, 93-115.

³²⁹ Voir, entre autres, Acquisti, A., C.R. Taylor et L. Wagman, « The Economics of Privacy », *Journal of Economic Literature* 54(2), 2016, 442-492, <http://dx.doi.org/10.1257/jel.54.2.442> ; Budzinski, O. et Kuchinke, B.A., « Industrial Organization of Media Markets and Competition Policy », in : M.B. von Rimscha (éd.), *Management and Economics of Communication*, Berlin : DeGruyter 2020, 21-45 ; Hirshleifer, J., « Privacy : Its Origin, Function, and Future », *The Journal of Legal Studies* 9(4), 1980, 649-664 ; Kerber, W., « Digital Markets, Data, and Privacy : Competition Law, Consumer Law and Data Protection », *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 11(11), 2016, 856-866 ; Posner, R.A., « The Economics of Privacy », *American Economic Review* 71(2), 1981, 405-409 ; Taylor, C.R., « Consumer Privacy and the Market for Customer Information », *The RAND Journal of Economics* 35(4), 2004, 631-650 ; Hermalin, B.E. et Katz, M.L., « Privacy, Property Rights and Efficiency : The Economics of Privacy as Secrecy », *Quantitative Marketing and Economics* 4(3), 2006, 209-239.

adresses électroniques, les noms, le sexe, l'âge, les informations sur le lieu de résidence, les informations sur le compte/paiement, etc.), (ii) des données comportementales avancées (comme les historiques individuels de navigation, de recherche et d'achat, les messages, les commentaires, les évaluations/« j'aime », etc.) et (iii) des données dérivées obtenues en regroupant les données personnalisées simples et avancées avec d'autres informations, notamment des comparaisons avec des individus similaires. L'analyse de ces données permet d'obtenir des modèles de consommation individuels plus ou moins précis, à partir desquels il est possible de déduire des hypothèses raisonnables sur les préférences des consommateurs individuels. Ces modèles de consommation hypothétiques dérivés et ces projections sur les préférences jouent un rôle important dans les modèles économiques basés sur les données. Ils peuvent être exploités avec profit pour, premièrement, personnaliser les produits et services en fonction de la préférence supposée de l'utilisateur. Les services de streaming en particulier personnalisent les services de recherche et de recommandation (généralement basés sur des algorithmes), de sorte que les utilisateurs trouvent facilement les contenus qu'ils sont susceptibles d'apprécier (listes de recherche classées individuellement en réponse du système à une demande de recherche) et reçoivent des recommandations sur d'autres contenus qu'ils sont susceptibles d'apprécier (listes de recommandation individuelles proactives)³³⁰. Cela accroît à la fois la satisfaction des consommateurs et le temps qu'ils consacrent à visionner des contenus – ce qui augmente leur fidélité, leur consentement à payer, la fourniture de données personnalisées, etc. Deuxièmement, les résultats des analyses de données complexes peuvent être vendus à des tiers intéressés. Les services de streaming vendent les résultats des analyses de données par exemple à des entreprises qui souhaitent diriger leur publicité vers des groupes cibles spécifiques (publicité ciblée)³³¹ ou à des entreprises en amont comme les producteurs de contenu (qui souhaitent en savoir plus sur les goûts et les comportements des consommateurs de streaming). Troisièmement, les données personnalisées peuvent être utilisées pour appliquer une discrimination tarifaire basée sur les données à un niveau individuel. Cependant, à notre connaissance, les services de streaming ne recourent actuellement pas de manière importante à une discrimination tarifaire basée sur les données. Des caractéristiques notables de l'économie des données comprennent, entre autres, l'importance du flux vertical d'information le long de la chaîne d'approvisionnement et les incitations à le biaiser. Dans ce contexte, le contrôle de l'accès apparaît comme la capacité de

³³⁰ Une analyse approfondie du « service de recherche et de recommandation » en tant que bien commercial est proposée par Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services », à venir in : S. Baumann (éd.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham : Elgar 2021.

³³¹ Dans ce cas de figure, l'économie de plateforme et l'économie des données se rejoignent. Alors que l'économie de plateforme se concentre sur l'effet de réseau indirect de la captation du public vers le modèle du consentement à payer des annonceurs, l'économie des données envisage le même phénomène comme une vente d'information (à savoir où et comment atteindre les consommateurs ciblés) à une tierce partie (indirectement, si le service de streaming fournit également le service de placement des publicités en conséquence).



contrôler les flux d'information (verticaux) et les incitations à les biaiser pour en tirer profit - et pas nécessairement par le biais d'un pouvoir de marché horizontal traditionnel ou de tendances à la domination du marché horizontal uniquement. Les effets du contrôle de l'accès apparaissent beaucoup plus tôt dans le cadre de l'intégration verticale mais ils sont évidemment aggravés par la concentration du marché.

- L'économie de l'attention³³² : en fin de compte, le secteur audiovisuel est en concurrence pour attirer l'attention des téléspectateurs – comme beaucoup d'autres services en ligne et hors ligne. Si l'attention est rare, en revanche, l'offre d'information sur internet constitue en elle-même une situation fondamentale de surcharge d'information. Ainsi, l'économie de l'attention implique que, si la mise sur le marché d'un contenu ne se heurte souvent pas à des obstacles (technologiques) particuliers, le fait d'attirer et de conserver l'attention (la constitution d'un public) représente la barrière à l'entrée la plus importante³³³. Seule une fraction du contenu audiovisuel retient suffisamment l'attention du consommateur pour être pris en compte dans la prise de décisions en matière de consommation, et un nombre encore plus restreint de contenus connaît un véritable succès. Cette situation est encore aggravée par un effet d'auto-renforcement du succès des contenus : divers effets de réseau propulsent quelques contenus vers une consommation de type « superstar »³³⁴. Ainsi, les consommateurs ne perçoivent qu'une petite partie du portefeuille de contenus réellement disponibles et, par conséquent, la transparence de facto du marché est faible. Les consommateurs ont besoin d'un dispositif d'aide qui pré-organise les contenus afin de faire face à la surcharge d'information – mais ils ne sont qu'imparfaitement en mesure d'évaluer la qualité de ces outils. En particulier, avec leurs systèmes de recherche et de recommandation basés sur des algorithmes, les services de streaming présélectionnent ce qui est porté à l'attention de l'utilisateur – une version moderne du rôle incombant aux bureaux éditoriaux

³³² Voir, entre autres, Falkinger, J., « Limited Attention as a Scarce Resource in Information-Rich Economies », *The Economic Journal* 118(532), 2008, 1596-1620 ; Anderson, S.P. et A. de Palma, « Competition for Attention in the Information (Overload) Age », *The RAND Journal of Economics* 43(1), 2012, 1-25 ; Taylor, G., « Scarcity of Attention for a Medium of Abundance », in : M. Graham et W.H. Dutton (éd.), *Society and the Internet : How Networks of Information and Communication are Changing Our Lives*, Oxford University Press 2014, 257-271 ; Che, Y.-K. et Mierendorff, K., « Optimal Dynamic Allocation of Attention », *American Economic Review* 109(8), 2019, 2993-3029, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.20171000> ; Boik, A., Greenstein, S.M. et Prince, J., « The Empirical Economics of Online Attention », Kelley School of Business, document de recherche n° 22427, 2017, <http://www.nber.org/papers/w22427.pdf> ; Gaenssle, S., « Attention Economics of Instagram Stars : #Instafame and Sex Sells ? », *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.

³³³ Voir Budzinski, O. et Gaenssle, S., « The Economics of Social Media (Super-)Stars : An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube », *Journal of Media Economics* 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228> ; Gaenssle, S., « Attention Economics of Instagram Stars : #Instafame and Sex Sells ? », *Ilmenau Discussion Papers* 27(150), 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861486>.

³³⁴ S'agissant du contenu en ligne, voir Budzinski, O. et Gaenssle, S., « The Economics of Social Media (Super-)Stars : An Empirical Investigation of Stardom and Success on YouTube », *Journal of Media Economics* 31(3-4), 2020, 75-95, <https://doi.org/10.1080/08997764.2020.1849228> ; Gaenssle, S. et Budzinski, O., « Stars in Social Media : New Light Through Old Windows ? », *Journal of Media Business Studies* 18(2), 2021, 79-105, <https://doi.org/10.1080/16522354.2020.1738694>.



dans le monde des médias traditionnels, mais sur la base de critères de sélection sensiblement différents³³⁵. Les conséquences majeures de l'économie de l'attention sont, entre autres, que la pré-organisation des flux d'information et la présélection des contenus sont des éléments nécessaires dans une société riche en informations. Toutefois, cela nécessite un certain contrôle des flux d'information et, en conjonction avec les aptitudes imparfaites des consommateurs à évaluer la qualité de ces fonctions, cela génère inévitablement un certain pouvoir de contrôle de l'accès (c'est-à-dire une certaine possibilité de biaiser le flux d'information en fonction de son intérêt propre sans que le consommateur s'en aperçoive), indépendamment du pouvoir de marché³³⁶. La concentration des contenus portés à l'attention des consommateurs est d'un côté limitée par la personnalisation et l'individualisation des services de recherche et de recommandation (qui élargissent l'éventail de contenus proposés en tête de liste sur l'ensemble des utilisateurs) mais, d'un autre côté, elle est favorisée par les effets de « superstar » de certains contenus et par le désir des consommateurs de disposer d'un guichet unique et d'un accueil unique, c'est-à-dire d'éviter la gestion fastidieuse d'abonnements multiples à divers services de diffusion en streaming.

La discussion suivante sur les effets du contrôle de l'accès sur les marchés de la VOD s'appuie sur ces éléments théoriques.

7.3. Concurrence et contrôle de l'accès sur les marchés du streaming

Actuellement, les marchés de la VOD se caractérisent par une concurrence intense et l'arrivée fréquente de nouveaux entrants sur le marché³³⁷. Ainsi, les structures de marché

³³⁵ Voir Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services », à venir in : S. Baumann (éd.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham : Elgar 2021 ; Belleflamme, P. et Peitz, M., « Ratings, Reviews, Recommendations and the Consumption of Cultural Goods », in : R. Towse et T. Navarrete Hernández (éd.), *Handbook of Cultural Economics*, 3^{ème} édition, Cheltenham : Elgar 2020, 466-473.

³³⁶ Si l'écart par rapport à ce que seraient des résultats de recherche et de recommandation optimaux est suffisamment faible, les consommateurs ne remarqueront pas de dégradation de la qualité et ne quitteront pas le service. En outre, la sensibilité des consommateurs (élasticité de la demande de recommandations) variera d'une personne à l'autre. Voir Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services », à venir in : S. Baumann (éd.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham : Elgar 2021.

³³⁷ Voir Aguiar, L. et Waldfogel, J., « Netflix : Global Hegemon or Facilitator of Frictionless Digital Trade ? », *Journal of Cultural Economics* 42(3), 2018, 419-445, <https://doi.org/10.1007/s10824-017-9315-z> ; Lindstädt-Dreusicke, N. et Budzinski, O., « The Video-on-demand Market in Germany – Dynamics, Market Structure and the (Special) Role of YouTube », *Journal of Media Management and Entrepreneurship* 2(1), 2020, 108-123, <http://dx.doi.org/10.4018/JMME.2020010107> ; Budzinski, O. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Antitrust Policy in Video-on-Demand Markets : The Case of Germany », *Journal of Antitrust Enforcement* 8(3), 2020, 606-626, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa001> ; Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « The Battle of

plus sclérosées de la télévision traditionnelle ont été bouleversées par une vague de concurrence nouvelle provenant des différents types de services de streaming en ligne. Cette intensification de la pression concurrentielle et cette revitalisation de la concurrence dans le secteur audiovisuel sont les bienvenues du point de vue du bien-être social. Toutefois, l'absence d'un acteur dominant unique sur le marché, contrairement à ce qui se passe sur les marchés des moteurs de recherche ou des services de réseaux sociaux, implique-t-elle automatiquement qu'il n'existe pas de pouvoir de contrôle de l'accès sur les marchés de la VOD/du streaming ? Si la réflexion économique sous-jacente se limite à l'économie des plateformes, le pouvoir de marché horizontal devient en effet primordial pour le pouvoir de contrôle de l'accès qui peut entraîner des abus anticoncurrentiels. Ce n'est que si la concurrence entre plateformes n'est pas viable que l'une d'entre elles risque en fin de compte de dominer. En d'autres termes, ce n'est que si les caractéristiques des marchés du streaming favorisent suffisamment la taille des plateformes que le contrôle de l'accès par un pouvoir de marché horizontal est susceptible d'apparaître. D'un côté, il n'est pas évident et probablement peu probable que les effets de réseau directs et indirects soient suffisamment puissants pour alimenter une dynamique menant inévitablement à la domination d'une plateforme de streaming à long terme. De l'autre, une préférence potentiellement forte pour le guichet et l'accueil uniques, ainsi que des éléments stratégiques tels que des incompatibilités artificielles entre plateformes et des coûts de transfert délibérément élevés pourraient favoriser un processus de concentration vers la domination d'une seule plateforme de streaming (à long terme, car cela ne s'annonce manifestement pas pour le moment). En outre, lorsqu'il s'agit de biens numériques, les distances et la géographie n'entraînent plus de coûts importants, de sorte que la pertinence de marchés régionaux séparés est réduite – sauf pour ce qui est des barrières linguistiques et culturelles, qui subsistent³³⁸. Par conséquent, il est compréhensible que, selon un point de vue centré sur la plateforme, toute préoccupation pertinente ou urgente liée au contrôle de l'accès sur les marchés du streaming soit rejetée.

Pendant, les réflexions modernes de l'économie des données et de l'économie de l'attention changent la perspective. Selon elles, le pouvoir de marché horizontal aggrave certainement les problèmes liés au contrôle de l'accès, néanmoins les effets de ce contrôle sont susceptibles d'apparaître de manière significative bien en-deçà de tout seuil habituel de domination du marché. L'économie des données met en évidence le rôle de l'intégration verticale comme condition suffisante pour que le contrôle de l'accès puisse engendrer un effet négatif sur le bien-être³³⁹. Dès lors que les services de streaming

of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets », *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26(137), 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3569553>.

³³⁸ Voir Gaenssle, S. et al., « Conquering the Box Office: Factors Influencing Success of International Movies in Russia », *Review of Network Economics* 17(4), 2019, 245-266, <https://doi.org/10.1515/rne-2019-0017>.

³³⁹ Voir également les travaux récents de théorie économique concernant le moment où les incitations au verrouillage et/ou à l'autopréférence interviennent : Bourreau, M. et Gaudin, G., « Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias », 2018, <https://ssrn.com/abstract=3290617> ; Crawford, G.S., Lee, R.S., Whinston, M.D. et Yurukoglu, A., « The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets », *Econometrica* 86(3), 2018, 891-954, <https://doi.org/10.3982/ECTA14031> ; De Cornière, A. et Taylor, G., « A Model of Biased Intermediation », *The Rand Journal of Economics* 50(4), 2019, 854-882, <https://doi.org/10.1111/1756-2171.12298> ; Hagiu, A., Teh, T.-H. et Wright, J., « Should Platforms be Allowed to

sont associés aux producteurs de contenu en amont, ils sont incités à abuser de leur position de contrôle d'accès. Ces abus peuvent consister en des stratégies de verrouillage telles que le fait de refuser aux contenus concurrents en amont l'accès aux services de streaming (exclusion des concurrents en amont ou déréférencement de leurs contenus), une stratégie particulièrement efficace contre les concurrents marginaux et atypiques sur les marchés des contenus en amont. Un effet similaire peut être obtenu au moyen de conditions d'accès discriminatoires, y compris leurs variantes basées sur les données, comme le blocage de la transmission des données de vente ou des informations sur les clients aux concurrents des producteurs de leurs propres contenus en amont³⁴⁰.

Un dispositif quelque peu plus élégant concerne l'autopréférence, ou l'utilisation de systèmes de recherche et de recommandation pour orienter le public vers ses propres contenus ou des contenus connexes et l'éloigner des contenus de ses concurrents les plus immédiats. La concurrence d'autres services de streaming limite les possibilités de ce type de comportement de contrôle d'accès, mais seulement dans une certaine mesure. Pour que les consommateurs réagissent réellement au biais que présentent les services de recherche et de recommandation, il faudrait qu'ils prennent conscience de la réduction marginale de la qualité des résultats de recherches et des recommandations (c'est-à-dire de leur moindre adaptation à leurs préférences) lorsque ces services deviennent biaisés pour des raisons d'autopréférence. Toutefois, selon l'économie de l'attention, il est peu probable que les consommateurs aient une vision claire des choses dans une situation de surabondance d'information. Dans le contexte de la VOD, les consommateurs se rendront compte que les performances laissent à désirer lorsqu'ils ne seront pas satisfaits des résultats de leurs recherches (c'est-à-dire s'ils ne trouvent pas ce qu'ils recherchent) et/ou du contenu recommandé. Cependant, ils ne seront souvent pas à même de savoir si de meilleurs résultats se cachent parmi les centaines ou les millions de titres moins bien classés si le contenu recommandé leur convient suffisamment. Il est donc vraisemblable qu'un certain biais soit toujours possible – et de plus en plus probable en fonction du degré d'intégration verticale et de l'affaiblissement des forces de la concurrence. Néanmoins, une certaine intégration verticale (ou des contrats verticaux donnant la priorité à des fournisseurs de contenu spécifiques) apparaît nécessaire pour créer des incitations à s'engager de manière rentable dans un contrôle de l'accès anticoncurrentiel. Par conséquent, si l'on s'écarte d'une vision purement centrée sur la plateforme pour retenir une perspective plus globale de l'économie moderne, une image moins optimiste

Sell on their Own Marketplaces ? », document de travail, 2020, http://andreihagiu.com/wp-content/uploads/2020/08/DualModePlatform_20200818.pdf ; Padilla, J., Perkins, J. et Piccolo, S., « Self-Preferencing in Markets with Vertically-Integrated Gatekeeper Platforms », *CSEF document de travail* 582, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3701250> ; Marty, F., « Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing », GREDEG document de travail, 2021, <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/GREDEG-WP-2021-20.pdf>.

³⁴⁰ Voir Salop, S.C., « Invigorating Vertical Merger Enforcement », *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994 ; Bougette, P., Budzinski, O. et Marty, F., « Exploitation abusive et abus de dépendance économique : que pouvons-nous apprendre d'une approche d'organisation industrielle ? », *Revue d'Économie Politique* 129(2), 2019, 261-286, <https://www.cairn.info/revue-d-economie-politique-2019-2-page-261.htm?contenu=article> ; Stöhr, A. et al., « Happily Ever After ? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry », *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

se dessine quant à l'absence ou à la probabilité de l'exercice d'un pouvoir de contrôle de l'accès dans le secteur audiovisuel.

Comme nous l'avons déjà souligné au début de cette section, la concurrence est à l'heure actuelle dynamique et intense sur les marchés de la VOD. Toutefois, certains faits récents en matière de fusions et d'acquisitions sont susceptibles d'avoir une incidence sur le pouvoir de contrôle de l'accès sur les marchés du streaming et dans le secteur audiovisuel dans son ensemble :

- Les mégafusions horizontales comme Disney/Fox (autorisée en 2018) ont déclenché un processus de concentration au niveau des marchés en amont du secteur audiovisuel³⁴¹. Ce conglomérat médiatique est également actif au niveau du streaming/VOD de la chaîne d'approvisionnement (Disney+, Hulu).
- Après la fusion de Comcast et de NBCU au début des années 2010, la fusion verticale de l'entreprise de télécommunications AT&T et du géant du contenu Time Warner (autorisée en 2018) a créé une autre entreprise verticalement intégrée qui couvre l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement, de la production de contenu (WarnerMedia) aux fournisseurs d'accès internet/câble (AT&T), en passant par le streaming/la distribution télévisuelle (HBO Max, Turner Networks)³⁴². Sur le marché télévisuel aux États-Unis, l'emploi de stratégies de verrouillage en matière de diffusion était donc déjà observable³⁴³.
- De plus, les principaux services de streaming s'efforcent également de parvenir à davantage d'intégration verticale. Outre les efforts déployés en amont par les services de streaming (investissement dans leurs propres productions), Amazon semble sur le point d'acquiescer les studios MGM en 2021³⁴⁴.
- Toujours en 2021, les deux plus grands diffuseurs privés français, TF1 et M6, ont annoncé une fusion afin de répondre à la course à la concentration dans le secteur audiovisuel et à l'essor des services de streaming en formant un « champion national ». Cette annonce est en ligne avec les appels en faveur d'alliances de radiodiffuseurs commerciaux à l'échelle européenne³⁴⁵.
- Encore en 2021, AT&T-Time Warner prévoit de poursuivre son expansion avec l'acquisition de Discovery (contenu, chaînes de télévision et services de streaming)³⁴⁶.

³⁴¹ Voir Stöhr, A. et al., « Happily Ever After ? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry », *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

³⁴² Voir Salop, S.C., « Invigorating Vertical Merger Enforcement », *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994 ; Salop, S.C., « The AT&T/Time Warner Merger : Judge Leon Garbled Professor Nash », *Journal of Antitrust Enforcement* 6, 2018, 459-469, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny016> ; Stöhr, A. et al., « Happily Ever After ? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry », *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

³⁴³ Voir Stöhr, A. et al., « Happily Ever After ? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry », *World Competition* 43(1), 2020, 135-162, p. 145, 154, 160.

³⁴⁴ Voir CPI, « Amazon Nears Deal to Buy MGM Studios For \$9B », <https://www.competitionpolicyinternational.com/amazon-deal-to-buy-mgm-studios-for-9b-nearly-done/>.

³⁴⁵ Voir CPI, « French Broadcasters Merge to Compete with US Netflix », <https://www.competitionpolicyinternational.com/french-broadcasters-merge-to-compete-with-us-netflix/>.

³⁴⁶ Voir CPI, « AT&T, Discovery Agree to Merger of CNN », <https://www.competitionpolicyinternational.com/att-discovery-agree-to-merger-of-cnn/>.

Le dynamisme de ce processus d'intégration horizontale et verticale risque fort d'accroître considérablement la probabilité, la portée et les incitations à faire usage du pouvoir de contrôle d'accès de manière anticoncurrentielle.

En résumé, la double occurrence de l'intégration verticale et du contrôle de la captation du public (c'est-à-dire de son attention) favorise le pouvoir de contrôle d'accès dans le secteur audiovisuel. Cela est inévitable dans une certaine mesure, car un dispositif d'aide à la pré-organisation des contenus est nécessaire pour les consommateurs de vidéos dans un monde de surcharge d'information où l'attention constitue un bien rare. Étant donné qu'un certain pouvoir de contrôle est inévitable dans les services de streaming numériques, les incitations à l'utiliser à des fins d'autopréférence et pour orienter à son profit l'attention des consommateurs deviennent déterminantes. L'intégration verticale génère automatiquement de telles incitations dès qu'elle inclut le stade du marché des services de streaming (et elle augmente encore si le stade du marché des fournisseurs d'accès à internet est également concerné). Dans ce cas, la possibilité et les incitations à exercer un contrôle de l'accès de manière anticoncurrentielle sont rassemblées. La concentration du marché, à n'importe quel stade de la chaîne d'approvisionnement, accentue encore le problème.

7.4. Conséquences réglementaires pour les marchés du streaming audiovisuel d'un point de vue économique

Les services de médias audiovisuels à la demande ne sont pas inclus dans le champ du paquet législatif sur les services numériques³⁴⁷, alors même que, d'un point de vue économique, comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, un pouvoir en matière de contrôle d'accès est susceptible d'exister sur les marchés audiovisuels numériques et de générer des effets économiques pertinents. Mais que se passerait-il si ce dispositif s'appliquait à ces services ? Dans cette section, je reprends certaines idées réglementaires du paquet législatif sur les services numériques et j'analyse dans un scénario hypothétique si elles pourraient servir de modèles pour atténuer les problèmes de contrôle d'accès sur les marchés du streaming vidéo. L'examen de l'économie du contrôle d'accès dans le secteur audiovisuel révèle deux préoccupations majeures : premièrement, l'autopréférence et deuxièmement, l'intégration verticale (en particulier si elle inclut soit le stade du marché des services de streaming, soit le stade du marché des fournisseurs d'accès à internet). Ces deux problématiques ne supposent pas que l'entreprise jouisse d'une position dominante sur un marché pertinent.

³⁴⁷ Voir Article 2(2) DMA.

7.4.1. L'autopréférence

Le paquet législatif sur les services numériques aborde la question de l'autopréférence. Un fournisseur de services de plateforme essentiel (défini aux articles 2 et 3 de la DMA) est tenu de s'abstenir de pratiques d'autopréférence (article 6, paragraphe 1, point d) de la DMA) et les « très grands » services en ligne sont tenus de garantir une certaine transparence quant aux principaux paramètres utilisés par leurs systèmes de recommandation (article 29 de la DSA)³⁴⁸. En outre, le paquet législatif sur les services numériques est conçu pour capturer « uniquement » les plus grands services en ligne, essentiellement les sociétés dites GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft), en fixant des seuils de taille absolue, notamment en ce qui concerne les indicateurs³⁴⁹.

Il est intéressant de noter que, ce faisant, le paquet législatif sur les services numériques s'éloigne de concepts tels que la domination sur un marché pertinent exactement délimité³⁵⁰. Compte tenu de l'analyse effectuée dans le présent article, il est également opportun d'aller au-delà des concepts traditionnels de domination lorsqu'il s'agit du contrôle de l'accès dans le secteur audiovisuel (voir point 7.3). Cependant, de manière générale, le paquet législatif sur les services numériques retient une notion du contrôle de l'accès qui est principalement motivée par l'économie de plateforme et qui s'écarte donc du concept de contrôle d'accès communément retenu dans les médias (voir point 7.2). Par conséquent, même si le paquet législatif sur les services numériques devait s'appliquer aux services de médias audiovisuels à la demande, au moins une partie des acteurs ayant un pouvoir de contrôle d'accès dans le secteur audiovisuel échapperaient encore à la nouvelle réglementation. D'un point de vue économique, il est quelque peu étonnant que l'article 2, paragraphe 2 de la DMA mentionne les « services de plateformes de partage de vidéos » mais pas les services de streaming vidéo en général. Compte tenu de l'étroite interaction concurrentielle entre ces types de services (voir point 7.1), le fait

³⁴⁸ Mon analyse partant d'un point de vue économique, je m'abstiens d'interprétations juridiques en relation avec le secteur audiovisuel et les services spécifiques de VOD. Voir le chapitre 6 de cette publication par exemple, pour un exercice en ce sens. Voir aussi Podszun, R., Bongartz, P. et Langenstein, S., « Proposals on how to Improve the Digital Markets Act », Document d'orientation en vue de la session d'information sur la législation sur les marchés numériques de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) du Parlement européen du 19 février 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571> ; Vezzoso, S., « The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU », 2021, <https://ssrn.com/abstract=3772724> ; Geradin, D., « What Is a Digital Gatekeeper ? Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Markets Act ? » 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788152> ; Leistner, M., « The Commission's Vision for Europe's Digital Future : Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A Critical Primer » 2021, <https://ssrn.com/abstract=3789041>.

³⁴⁹ Voir, entre autres, Cabral, L. et al., « The Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts », Luxembourg : Union européenne 2021, p.9, <http://dx.doi.org/10.2760/139337>.

³⁵⁰ Voir pour un point de vue économique critique sur la dépendance excessive à la définition des marchés, entre autres, Farrell, J. et Shapiro, C., « Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers : An Economic Alternative to Market Definition », *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10(1), 2010, 1-40, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf> ; Kaplow, L., « Market Definition and the Merger Guidelines », *Review of Industrial Organization* 39(1-2), 2011, 107-125, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-011-9305-9> ; Kaplow, L., « Market Definition, Market Power », *International Journal of Industrial Organization* 43(C), 2015, 148-161, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.05.001>.

de faire référence à certains acteurs d'un marché mais pas aux autres (qui, en fin de compte, se différencient surtout par leur modèle commercial) paraît douteux d'un point de vue économique et semble être motivé par une approche axée sur l'économie des plateformes (qui néglige potentiellement les enseignements tirés de l'économie des données et de l'attention). En accord avec les autres analyses économiques, une interdiction sans équivoque des comportements autopréférentiels des contrôleurs d'accès (peu importe la façon dont ils organisent leur activité et indépendamment des concepts traditionnels de domination du marché) pourrait être justifiée d'un point de vue économique³⁵¹.

Une autre approche intéressante concerne les règles visant à lutter contre la discrimination des utilisateurs professionnels des plateformes dans le paquet législatif sur les services numériques (articles 5 et 6 de la DMA). Toutefois, en raison de la complexité des classements des recommandations de recherche reposant sur des algorithmes, une règle de non-discrimination dans ce sens général pourrait être difficile à appliquer *ex ante* (dans le style d'une réglementation sectorielle) et son application pourrait plutôt reposer sur une intervention *ex post* (dans le style d'une politique de concurrence)³⁵². Il est essentiel que la notion de non-discrimination ne s'étende pas au-delà de la prévention de l'autopréférence, car tout système de classement et de recommandation basé sur des préférences (et, en définitive, tout système non aléatoire) est dans une certaine mesure discriminatoire – par exemple, dans le scénario idéal et le plus souvent bénéfique³⁵³, où il opérerait une discrimination à l'encontre du contenu que les algorithmes estiment moins adapté aux besoins du consommateur.

De la même manière, les exigences de transparence imposées aux services de streaming concernant les paramètres qui régissent les recherches algorithmiques et les classements par recommandation – telles qu'elles sont exposées dans la DSA – seraient ambivalentes d'un point de vue économique si elles s'appliquaient aux services de médias audiovisuels à la demande. Bien qu'ils puissent aider les consommateurs à comprendre ce qui leur est proposé, ces paramètres constituent également des outils permettant une concurrence socialement bénéfique entre les services de VOD. Il ne serait pas opportun que les incitations à améliorer les services de recherche et de recommandation individualisés – une dynamique d'innovation qui pourrait profiter particulièrement aux consommateurs non traditionnels, car c'est sans doute là que se situent les marges d'amélioration restantes – soient compromises par des exigences de transparence (trop) poussées. En particulier, un scénario dans lequel la capacité à bénéficier d'une recherche rapide et de décisions de consommation confortables serait amoindrie par de longues

³⁵¹ Voir, entre autres, Cabral, L. et al., « The Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts », Luxembourg : Union Européenne 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337>.

³⁵² Voir Cabral, L. et al., « The Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts », Luxembourg : Union Européenne 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337> ainsi que Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services », à venir in : S. Baumann (éd.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham : Elgar 2021.

³⁵³ Même dans ce cas, des préoccupations concernant les bulles de consommation culturelle peuvent émerger. Voir Budzinski, O., Gaenssle, S. et Lindstädt-Dreusicke, N., « Data (R)Evolution – The Economics of Algorithmic Search & Recommender Services », à venir in : S. Baumann (éd.), *Handbook of Digital Business Ecosystems*, Cheltenham : Elgar 2021.

interfaces éducatives qu'il faudrait fermer au moyen d'un « clic » serait malvenu du point de vue de l'économie de l'attention. L'aide apportée aux consommateurs confrontés à une surcharge d'information serait alors moindre. Par ailleurs, un plus grand nombre d'options permettant d'influencer la pondération des différents paramètres pour leurs propres classements personnalisés de recherche et de recommandation (sans que les consommateurs soient obligés de les choisir) pourrait éventuellement accroître leur bien-être.

7.4.2. Intégration verticale

Alors que certains des marchés visés par le paquet législatif sur les services numériques sont déjà marqués par la présence de contrôleurs d'accès dominants, le secteur audiovisuel se trouve encore dans une situation de concurrence dynamique. Il est donc important de protéger activement le processus concurrentiel dans ce secteur, au lieu d'attendre qu'un contrôleur d'accès dominant s'y établisse pour ensuite lui imposer un dispositif réglementaire. Il est plus efficace de prévenir les incitations à une utilisation anticoncurrentielle du pouvoir de contrôle d'accès, qui se manifestent par une intégration verticale (couvrant les services de streaming et/ou d'accès à internet), que de réglementer les contrôleurs d'accès dominants, étant données les nombreuses difficultés (mais pas l'impossibilité !) à faire appliquer une interdiction (souhaitable) de l'autopréférence (ainsi que d'autres réglementations). Cela nécessiterait de mettre en place un instrument *ex ante* de contrôle des fusions afin d'éviter que des structures de marché potentiellement anticoncurrentielles n'entravent la capacité du cadre réglementaire à lutter contre le pouvoir lié au contrôle de l'accès. Le paquet législatif sur les services numériques reste largement muet au sujet du contrôle des fusions, notamment en ce qui concerne la prévention et la limitation du pouvoir de contrôle de l'accès³⁵⁴. Ce domaine reste donc clairement en dehors du champ d'application du paquet législatif sur les services numériques.

Pour faire face à la vague actuelle d'intégration verticale dans le secteur audiovisuel (voir point 7.3) qui génère un pouvoir de contrôle de l'accès préoccupant, il y a lieu de renforcer le contrôle des fusions verticales et conglomérales, en particulier dans le secteur audiovisuel (mais aussi de manière générale dans l'économie numérique)³⁵⁵. L'accent mis sur les fusions horizontales et la clémence qui accompagne les regroupements d'entreprises non horizontaux ont pu être justifiés par des considérations d'efficacité s'agissant des marchés traditionnels physiques. Mais dans le monde

³⁵⁴ Voir également Cabral, L. et al., « The Digital Markets Act : A Report from a Panel of Economic Experts », Luxembourg : Union européenne 2021, <http://dx.doi.org/10.2760/139337> ainsi que, plus généralement, sur le rôle majeur du contrôle des concentrations dans la lutte contre le pouvoir de contrôle d'accès en ligne. Budzinski, O., Gaenssle, S. et Stöhr, A., « Outstanding Relevance across Markets : A New Concept of Market Power ? », *Concurrences* 17(3), 2020, 38-43.

³⁵⁵ Voir Salop, S.C., « Invigorating Vertical Merger Enforcement », *The Yale Law Journal* 127(7), 2018, 1962-1994 ; Stöhr, A. et al., « Happily Ever After ? Vertical and Horizontal Mergers in the US Media Industry », *World Competition* 43(1), 2020, 135-162.

numérique en ligne, l'impact anticoncurrentiel de l'intégration verticale peut être beaucoup plus grave, et la question des stades du marché couverts par une intégration verticale est importante. Les stades du marché où l'attention du public est canalisée et dirigée – souvent par des procédés basés sur les données – sont particulièrement sensibles en ce qui concerne la génération d'incitations à des comportements anticoncurrentiels par l'intégration verticale. Un contrôle des fusions plus restrictif, se concentrant sur les incitations au contrôle anticoncurrentiel plutôt que sur les gains d'efficacité marginaux théoriques, serait bénéfique d'un point de vue économique.

Outre l'importance cruciale de l'intégration verticale, un contrôle actif des concentrations visant à prévenir le pouvoir horizontal est également nécessaire, car la concentration du marché exacerbe le pouvoir lié au contrôle de l'accès. La vague actuelle de mégafusions dans le secteur audiovisuel modifie déjà la structure du marché d'une manière qui incite à accroître les comportements de contrôle d'accès.

7.4.3. Résumé

En résumé, la dynamique de la concurrence dans le secteur audiovisuel est sensible et doit être protégée. Le pouvoir lié au contrôle de l'accès est un aspect indissociable des marchés du streaming et il va inévitablement de pair avec une aide à la pré-organisation, utile et nécessaire dans un contexte de surcharge d'information. Par conséquent, il serait néfaste du point de vue du bien-être d'attendre qu'une entreprise dominante fasse « basculer » le marché pour ensuite imposer une réglementation spécifique en matière de contrôle d'accès. Au lieu de cela, le traitement des questions relatives au contrôle de l'accès sur les marchés du streaming vidéo, par exemple en associant (i) des instruments de politique de la concurrence (contrôle des fusions) prévenant l'émergence de structures, problématiques, horizontales et surtout verticales et (ii) une réglementation comportementale du pouvoir de contrôle interdisant l'autopréférence et l'accès discriminatoire aux informations relatives aux ventes et aux clients, offrirait la meilleure chance de préserver une concurrence bénéfique pour la société dans le secteur audiovisuel – y compris sa diversité et les petits acteurs à différents stades du marché. Cela permettrait également de se rapprocher le plus possible de conditions de concurrence équitables. D'un point de vue économique, certaines idées et certains concepts du paquet législatif sur les services numériques pourraient ici servir de modèles. Toutefois, au-delà de cela, l'activation et la revitalisation du contrôle des fusions seraient bénéfiques d'un point de vue économique.

8. Synthèse de la série de webinaires de l'Observatoire consacrés à la DSA³⁵⁶

Ce chapitre présente un bref résumé des débats qui se sont tenus lors de la série d'événements sur la DSA organisés et animés par l'Observatoire européen de l'audiovisuel de février à juillet 2021³⁵⁷.

- « Nouvelle législation sur les services numériques : un changement de paradigme ? », 11 février 2021 ;
- « Transparence de la modération des contenus sur les médias sociaux », 18 mars 2021 ;
- « Les contrôleurs d'accès dans la législation sur les services numériques : qu'en est-il de la VOD ? », 22 avril 2021 ;
- « Droit d'auteur et DSA », 27 mai 2021 ;
- « DSA et lutte contre la désinformation », 1^{er} juillet 2021.

Les résumés ne reflètent que les points essentiels des débats, aussi faut-il replacer les déclarations des intervenants dans leur contexte au vu des enregistrements vidéo disponibles sur le site de l'Observatoire.

Les experts invités à présenter le thème central de chaque séance ont rédigé les différents chapitres de cette publication.

³⁵⁶ Les résumés ont été rédigés par Léa Chochon, analyste junior à l'Observatoire européen de l'audiovisuel.

³⁵⁷ La conférence d'ouverture <https://www.obs.coe.int/en/web/observatoire/-/the-new-digital-services-package-a-paradigm-shift-> et les quatre webinaires <https://www.obs.coe.int/en/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july> ont tous été réalisés par l'équipe d'analystes du Département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel (Francisco Cabrera, Julio Talavera et Sophie Valais) et animés par la responsable du département, Maja Cappello.

8.1. Première approche des nouvelles règles européennes sur les services en ligne et de leur impact sur l'industrie de l'audiovisuel³⁵⁸

8.1.1. Présentation du contexte : la nouvelle législation sur les services numériques

Francisco Cabrera, analyste juridique au sein du département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, a ouvert la conférence en retraçant l'évolution du cadre juridique européen régissant les plateformes en ligne, en commençant par la Directive 2000/31/CE relative sur le commerce électronique (Directive e-commerce). Cette directive a introduit un régime de responsabilité limitée pour les fournisseurs de services internet et n'a pas été révisée depuis plus de 20 ans. Pour des raisons évidentes, elle n'a donc pas été en mesure de suivre l'évolution des nouveaux types de services qui sont apparus depuis lors. Cette législation de l'UE a ensuite été complétée par d'autres outils juridiques, tels que la Directive 2018/1808 de l'UE sur les services de médias audiovisuels (SMA) et la Directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (DSM), cependant aucune de ces deux directives n'a une portée comparable. En 2019, la Commission européenne a lancé le processus d'adoption d'un cadre juridique plus large, qui a débouché sur le paquet législatif sur les services numériques. La nouvelle proposition législative a été présentée en décembre 2020 et se compose de deux règlements : d'une part, la législation sur les services numériques (DSA), qui prévoit des règles de base pour les services intermédiaires offrant une infrastructure de réseau, et des règles complémentaires plus spécifiques pour certaines sous-catégories telles que les fournisseurs d'hébergement, les plateformes en ligne et les très grandes plateformes, et d'autre part, la législation sur les marchés numériques (DMA), qui cible essentiellement les « contrôleurs d'accès » au marché en instaurant notamment l'interdiction d'un certain nombre de pratiques déloyales, l'obligation de mettre en place certaines mesures de manière proactive, des sanctions en cas de non-respect des règles, etc.

³⁵⁸Ce chapitre présente un bref résumé des débats qui se sont tenus lors de la conférence d'ouverture « Nouvelle législation sur les services numériques : un changement de paradigme ? », 11 février 2011, <https://www.obs.coe.int/en/web/observatoire/-/the-new-digital-services-package-a-paradigm-shift->. Le résumé ne reflète que les points essentiels des débats, aussi êtes-vous invités à replacer les propos dans leur contexte : l'enregistrement de la conférence est disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=tEDJ3nx88MM>.

8.1.2. La rubrique des experts : concurrence, responsabilité et articulation entre la DSA, la Directive SMA et la Directive DSM

Dans une première intervention, Mark Cole, professeur de droit des médias et des télécommunications à l'Université du Luxembourg et directeur des affaires académiques de l'Institut du droit européen des médias (EMR), se penche sur les notions de contrôleur d'accès et de concurrence inscrites dans la DMA. Les articles 2 et 3 de la DMA définissent un contrôleur d'accès comme un fournisseur de services de plateforme essentiels, ce qui signifie qu'il a une incidence significative sur le marché intérieur, qu'il sert de point d'accès majeur aux entreprises dans leur interaction avec les consommateurs, et qu'il jouit d'une position solide et durable, ou devrait jouir d'une telle position dans un avenir proche. Cette définition est complétée par des paramètres chiffrés tels que le chiffre d'affaires ou le nombre de clients. Par ailleurs, bien que l'objectif de la DMA soit considéré comme étroitement lié à la concurrence, son fondement juridique est ancré dans le marché intérieur et dans l'article 114 du TFUE. La DMA vise donc à créer un marché concurrentiel et équitable dans le secteur numérique par des mesures visant à le rendre plus transparent et ouvert à tous. Ces mesures comprennent une plus grande transparence sur les données relatives aux plateformes en ligne (par exemple, sur les services de publicité ou les techniques de profilage) et un meilleur accès aux outils de mesure des performances. La DMA prévoit également une augmentation significative des pouvoirs de coercition de la Commission, notamment des compétences en matière de sanction.

La deuxième présentation, assurée par Joan Barata, chercheur associé en responsabilité des intermédiaires à la faculté de droit de Stanford, traite de l'évolution du régime d'exemption de responsabilité, en commençant par le régime de la Directive e-commerce qui, contrairement à la « clause du bon samaritain » de tradition américaine, incite les plateformes à adopter une approche passive de la modération des contenus en ligne afin de faire valoir l'immunité. La DSA a en partie repris ce régime, mais en introduisant d'autres obligations, telles que l'obligation pour les plateformes d'évaluer les risques systémiques qu'elles génèrent et d'adopter certaines mesures d'atténuation applicables aux contenus illicites et préjudiciables. La DSA prévoit également que l'adoption d'une attitude proactive n'entraîne pas automatiquement la perte de l'immunité, ce qui s'apparente à une approche de type « bon samaritain ».

Dans la troisième intervention, Martin Senftleben, professeur en droit de la propriété intellectuelle et directeur de l'Institut du droit de l'information (IViR) à la faculté de droit d'Amsterdam, présente une analyse détaillée des interférences entre la DSA, la Directive SMA et la Directive DSM. En principe, l'article 1, paragraphe 5 de la DSA prévoit que les dispositions de la DSA s'entendent sans préjudice des règles établies par plusieurs législations spécifiques. Cela peut se traduire par une approche de type *lex specialis*, mais de manière complémentaire, ce qui signifie que des interférences spécifiques peuvent exister entre les différents instruments et que des clarifications et des mesures supplémentaires peuvent être introduites par la DSA dans des domaines de réglementation déjà traités par la DSM ou la Directive SMA. C'est notamment le cas de la lutte contre les contenus préjudiciables, domaine dans lequel la DSA prévoit des mesures

telles que des signaleurs de confiance ou des obligations d'évaluation et d'atténuation des risques pour les très grandes plateformes en ligne.

8.1.3. Le forum des parties prenantes : la DSA ou la mise à jour indispensable d'un cadre juridique obsolète

Pour lancer le débat, des représentants de la Commission européenne présentent les principes qui sous-tendent l'approche réglementaire de la DSA. Tout d'abord, la régulation des contenus en ligne doit être conçue de manière à respecter les droits fondamentaux, en particulier la liberté d'expression. Ensuite, il convient de trouver l'équilibre entre les modalités d'exécution privée et publique des règles, en garantissant un niveau suffisant d'exécution publique concernant la manière dont les normes de modération des contenus sont définies et appliquées en ligne. En ce qui concerne ces normes, les représentants précisent que la Directive SMA doit rester le principal cadre de référence pour la modération des contenus préjudiciables, notamment au regard de la protection des mineurs. La DSA entend fournir une structure globale à cet égard et combler certaines lacunes. Trois grandes questions se posent au sujet de l'articulation de la DSA avec d'autres instruments tels que les plans d'action récemment adoptés³⁵⁹ : la coopération entre les autorités en ce qui concerne les contenus illicites en ligne, la transparence globale sur la publicité en ligne, et la promotion des œuvres européennes.

D'une façon générale, tous les représentants des parties prenantes reconnaissent la nécessité d'actualiser le cadre de régulation des plateformes en ligne et accueillent cette démarche favorablement pour diverses raisons. Toutefois, ils soulignent à plusieurs reprises la complexité des dispositions de la DSA, son champ d'application et ses points de tangence avec d'autres instruments juridiques. Les radiodiffuseurs de service public estiment que ce nouveau cadre réglementaire permet une concurrence plus équitable dans l'espace numérique et un environnement en ligne plus responsable et transparent. Ils soulignent également la pertinence de l'interdiction des pratiques déloyales et discriminatoires établie par la DMA, qui vise à protéger les données des radiodiffuseurs publics contre tout abus de la part des entreprises high-tech, tout en pointant la nécessité de délimiter clairement le champ d'application des différentes règles sectorielles de l'UE. Par ailleurs, ils demandent à ce que la DSA protège les contenus professionnels de la radiodiffusion ayant fait l'objet d'un montage, qui sont rigoureusement réglementés au niveau national, en veillant à ce que les plateformes privées ne soient pas en mesure de supprimer de tels contenus, ni de les « re-réguler » selon leurs propres normes commerciales privées. Du côté des créateurs, les représentants des auteurs se préoccupent de l'impact potentiel de la DSA sur la pondération entre la liberté d'expression artistique et la juste valorisation de la propriété intellectuelle. Ils

³⁵⁹ Le Plan d'action pour la démocratie européenne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2250 et le Plan d'action visant à soutenir la relance et la transformation des secteurs des médias et de l'audiovisuel https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2239.

s'interrogent en particulier sur la valeur ajoutée de la DSA par rapport au cadre juridique actuel contre le piratage en ligne, et se demandent si les nouvelles règles relatives aux contrôleurs d'accès permettront une plus grande transparence des données d'audience entre les ayants droit et les plateformes.

Les représentants des radiodiffuseurs privés saluent quant à eux les dispositions relatives à une plus grande transparence des intermédiaires en ligne, au contrôle réglementaire et à la possibilité d'accès des chercheurs aux données des très grandes plateformes. Toutefois, ils relèvent quelques points faibles, tels que les outils de lutte contre le piratage en ligne, qui excluent les microentreprises et les PME de certaines obligations, et le champ d'application limité des dispositions relatives à la traçabilité des fournisseurs tiers (KYBC). Du côté institutionnel, les représentants des autorités de régulation nationales des médias (ARN des médias) demandent une démarcation plus claire, en termes de contrôle et de régulation, entre les types de services qui gèrent le contenu des médias et ceux qui sont davantage en prise avec le marché ; ils pointent également la nécessité d'avoir davantage d'informations en ce qui concerne les coordinateurs de services numériques et leur périmètre d'action.

Les représentants des plateformes en ligne saluent le fait que le régime d'exemption de responsabilité et l'absence d'obligation générale de surveillance aient été maintenus et complétés dans la DSA, ce qui permet d'instaurer une forme d'harmonisation entre les pays de l'UE, ainsi qu'un certain niveau de clarté et de sécurité juridique pour les entreprises. Par ailleurs, ils font part de leur inquiétude quant aux défis que représente la modération des contenus en ligne et soulignent l'importance de la transparence et de la sécurité des utilisateurs dans l'ensemble de l'écosystème, tout en pointant le risque que l'exemption de certaines obligations accordée aux petites plateformes n'entraîne une migration des contenus préjudiciables vers ces plateformes. Les représentants des ARN des médias considèrent que les spécificités de la régulation des contenus exigent une approche adaptée et plaident pour un régime de responsabilité qui aille au-delà du principe du « bon samaritain » et s'apparente davantage à un dispositif gradué.

8.2. Webinaire n° 1 : transparence de la modération des contenus sur les médias sociaux³⁶⁰

8.2.1. Présentation du contexte

Francisco Cabrera, analyste juridique au sein du département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, ouvre la séance en dressant un bilan contrasté de la situation de la liberté d'expression et de l'accès à l'information dans la société actuelle. Pour reprendre les mots de Charles Dickens, c'est la « meilleure époque », en ce qui concerne la possibilité offerte par internet de partager instantanément ses réflexions et ses opinions avec un grand nombre de personnes, « mais aussi la pire » en ce qui concerne le renforcement de la défiance que nous observons actuellement à l'égard des institutions publiques et des médias³⁶¹.

Les services de réseaux sociaux jouent à cet égard un rôle central, car ils permettent à des milliards de personnes d'interagir d'une manière sans précédent ; en même temps, ils peuvent aussi filtrer et classer les informations en fonction de leurs propres politiques internes, dans les limites fixées par le cadre juridique applicable. Au niveau de l'UE, ce cadre juridique repose sur la Directive sur le commerce électronique, complétée par une législation européenne plus spécifique telle que la Directive SMA et la Directive DSM. En complément, la DSA prévoit des obligations de diligence claires pour certains services intermédiaires et des normes plus élevées de transparence et de responsabilité en matière de modération des contenus en ligne.

8.2.2. La rubrique de l'expert : la modération des contenus illicites en ligne par les plateformes

Alexandre de Streel, professeur à l'Université de Namur, co-directeur académique du *Centre on Regulation in Europe* (CERRE), présente les principaux défis de la modération des contenus en ligne et la manière dont la proposition de DSA tente de les relever. Le premier défi consiste à trouver le juste équilibre entre la stimulation de l'innovation et le renforcement de la sécurité sur internet. D'une certaine manière, la DSA y parvient en maintenant un régime d'exemption de responsabilité, ce qui permet l'innovation, et en ajoutant de nouvelles obligations de diligence qui garantissent un internet plus sûr. Le

³⁶⁰ Ce chapitre présente un bref résumé des débats du deuxième webinaire « Transparence de la modération des contenus sur les médias sociaux » du 18 mars 2011, <https://www.obs.coe.int/fr/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Le résumé ne reflète que les points essentiels des débats, aussi êtes-vous invités à replacer les propos dans leur contexte : l'enregistrement de la conférence est disponible sur <https://youtu.be/c0s9nEbEdT0>.

³⁶¹ Voir Trust Barometer 2021 d'Edelman, <https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2021-03/2021%20Edelman%20Trust%20Barometer.pdf>.

deuxième défi, selon Alexandre de Streel, consiste à disposer d'une réglementation qui puisse s'adapter aux différents risques liés aux contenus et aux plateformes en ligne. La DSA propose donc un régime standard, applicable à tous les types de contenus illicites, complété par un ensemble de règles différenciées en fonction de la taille de la plateforme, qui renforcent donc la responsabilité des très grandes plateformes. La question de ces grandes plateformes mondiales mène au troisième défi, à savoir l'application des règles. À cet égard, la proposition de DSA introduit une approche totalement nouvelle dans le secteur numérique en prévoyant d'instaurer le contrôle du respect des règles à l'échelle européenne au niveau de la Commission européenne, et non pas au niveau national.

Ce dernier défi est lié à l'évolution perpétuelle des plateformes qui impose de pouvoir s'adapter et intervenir rapidement pour contrer les contenus illicites, notamment en utilisant pour une part des outils d'intelligence artificielle (IA). La surveillance et l'application des règles de modération des contenus doivent donc prendre la forme d'une sorte d'« écosystème », impliquant non seulement les ARN des médias, mais aussi les plateformes, par le biais d'un certain nombre de mécanismes de conformité internes, et la société civile, par le biais de signaleurs de confiance et de chercheurs agréés qui pourront bénéficier d'une plus grande transparence des données.

En ce qui concerne la nouvelle version « européenne » de la « clause du bon samaritain », l'expert estime qu'elle incite davantage les plateformes à intervenir efficacement et rapidement, à condition toutefois que des instances judiciaires publiques indépendantes (et non les plateformes privées) aient le dernier mot sur ce qui constitue un contenu illicite. Une solution, qui ne figure pas encore dans la proposition, pourrait consister à faire du respect de ces obligations de diligence une condition d'exemption de responsabilité. Enfin, l'expert souligne la nécessité de limiter le champ d'application de la DSA aux contenus illicites et de ne pas y inclure les contenus préjudiciables, ce qui soulèverait un certain nombre de questions et de difficultés supplémentaires en matière de droits fondamentaux.

8.2.3. Le forum des parties prenantes : la modération des contenus du point de vue des plateformes, des consommateurs et des ARN des médias

Les représentants des parties prenantes se penchent sur le fonctionnement et les défis de la modération en ligne en évaluant notamment ce qui peut fonctionner, ce qui doit être amélioré et ce que la DSA peut apporter de positif. Des représentants spécialisés dans les questions de confiance et de sécurité en ligne présentent leurs recommandations sur la mise en œuvre et le développement des mesures de modération en ligne. Il serait pertinent que chaque entreprise, quelle que soit la taille de la plateforme ou sa localisation, mette en place d'emblée son propre système de valeurs, qui se traduirait ensuite dans sa façon de réaliser le produit ou le service et dans la manière dont elle le modère.

Du côté institutionnel, les représentants des ARN des médias expliquent comment ils se préparent aux nouvelles règles de la DSA ainsi qu'à la mise en œuvre des dispositions de la Directive SMA concernant les nouvelles obligations des plateformes de partage de vidéos (VSP). Ils relèvent une similitude entre ces deux instruments, qui proposent chacun un type de réglementation systémique axé non pas sur chaque élément mis à disposition sur ces plateformes, mais sur la manière dont les plateformes traitent systématiquement les contenus. Le rôle des ARN des médias à cet égard sera de superviser le type de mesures de modération adoptées par les plateformes, la manière dont elles sont mises en œuvre, et leur efficacité. Ils font part de leurs inquiétudes quant à la fonction de « coordinateur de services numériques » introduite par la DSA, et de leurs doutes quant à son efficacité au regard de l'extension du champ d'intervention.

Plusieurs représentants reprennent l'idée d'un écosystème de surveillance mentionné par l'expert et estiment que le rôle et les tâches des modérateurs de contenus pourraient être facilités s'ils étaient complétés par des signaleurs de confiance et l'utilisation d'outils d'IA. Certains pensent qu'il faudrait procéder de même pour l'élaboration des normes de modération. Les représentants de la société civile soulignent que le rôle de la société civile est essentiel et devrait être formalisé d'une façon ou d'une autre. Toutefois, ils appellent à la prudence concernant l'utilisation exclusive de l'IA ou le recours à une main-d'œuvre humaine sous-qualifiée, considérant que cela peut entraîner des abus ou des problèmes éthiques en matière de modération. À titre d'exemple, ils citent les résultats d'une étude récente qui montre que des phrases comme « *En tant que femme noire, je suis d'accord avec le commentaire précédent* » a 10 fois plus de chances d'être supprimée que « *En tant que Français, je suis d'accord avec le commentaire précédent* »³⁶².

D'autres risques liés à la modération en ligne sont également évoqués, notamment le fait que si un certain type d'abus ou de contenu préjudiciable a été efficacement modéré sur une plateforme, il risque simplement de se déplacer vers une autre plateforme moins préservée ou modérée. D'autres participants pointent le risque de surmodération, qui consiste à supprimer systématiquement des contenus pour de simples raisons de sécurité afin de se décharger de toute forme de responsabilité. Ils rappellent également que la liberté d'expression doit être garantie en lien avec le droit d'obtenir des informations, afin que chacun puisse se forger une opinion sur la base d'informations correctes.

Les représentants des services de réseaux sociaux soulignent quant à eux que la liberté d'expression est une composante essentielle de leur service, même si elle doit être pondérée avec la nécessité de garantir un certain niveau d'intégrité et de sécurité au sein de la plateforme, d'où la création par certains opérateurs de « normes communautaires ». Celles-ci sont censées être appliquées à l'échelle mondiale, mais doivent également tenir compte du contexte local et du cadre juridique correspondant. En outre, elles doivent être à la fois suffisamment claires pour permettre une prise de décision rapide avec un taux de certitude suffisant, et suffisamment durables pour résister à l'épreuve du temps et à l'évolution des normes sociales. Des représentants spécialisés dans les questions de

³⁶² <https://algorithmwatch.org/en/automated-moderation-perspective-bias/>.

confiance et de sécurité en ligne relayent également la problématique visant à savoir comment trouver des normes qui incarnent les bonnes valeurs à défendre tout en restant indépendantes du pouvoir politique.

Par ailleurs, ces normes ont également pour objectif de converger vers les thèmes abordés par la DSA en vue de garantir davantage de responsabilité, de transparence et de contrôle sur les plateformes en ligne et leurs activités. En ce qui concerne la version « européenne » de la clause du « bon samaritain », les représentants des médias sociaux considèrent qu'elle constitue un pas dans la bonne direction, car elle permet de prendre des mesures proactives sans perdre automatiquement l'immunité. En ce qui concerne les nouvelles exigences de transparence, les représentants soulignent qu'il existe différents degrés de transparence et que ces exigences n'entraînent pas nécessairement une violation des secrets commerciaux, mais impliquent de réels changements structurels au sein des entreprises. Les représentants des ARN des médias ajoutent pour leur part que cette transparence est essentielle pour que leurs missions de contrôle puissent être menées à bien, tout en sachant qu'elles peuvent nécessiter l'intervention de tiers pour vérifier la véracité des données fournies par les plateformes.

8.3. Webinaire n° 2 : les contrôleurs d'accès dans la législation sur les services numériques : qu'en est-il de la VOD ?³⁶³

8.3.1. Présentation du contexte

Gilles Fontaine, responsable du département Informations sur les marchés au sein de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, ouvre le webinaire en présentant quelques informations sur le secteur de la VOD et sa place dans l'écosystème audiovisuel européen. Les marchés de la VOD se caractérisent par trois types de modèle commercial : la TVOD, qui facture des frais à l'acte, la SVOD, sur la base d'un abonnement mensuel, et l'AVOD, qui s'appuie sur la publicité. La distinction entre ces services n'est pas toujours claire. Par exemple, certains diffuseurs proposent souvent des offres qui incluent à la fois l'accès aux chaînes linéaires et aux contenus à la demande, le tout dans le cadre d'un seul abonnement. En ce qui concerne les modèles de distribution, on distingue quatre grands modèles : les services entièrement *over-the-top* (auto-distribués), les services distribués par un assembleur de programmes télévisuels payants (par ex. un opérateur IPTV) qui conserve la relation avec l'abonné, les services référencés par un opérateur câble ou IPTV,

³⁶³ Ce chapitre présente un bref résumé des débats du deuxième webinaire « Les contrôleurs d'accès dans la législation sur les services numériques : qu'en est-il de la VoD ? » du 22 avril 2011, <https://www.obs.coe.int/fr/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Le résumé ne reflète que les points essentiels des débats, aussi êtes-vous invités à replacer les propos dans leur contexte : l'enregistrement de la conférence est disponible sur <https://youtu.be/hlhMwtYQjnU>.

auquel cas c'est le service VOD qui conserve la relation avec l'abonné, et les services exploités par les opérateurs câble ou IPTV eux-mêmes.

En termes de données du marché, les chiffres disponibles montrent que la SVOD est le segment qui connaît la croissance la plus rapide et commence à s'imposer par rapport à la télévision à péage, tandis que la TVOD est toujours en phase de croissance sans avoir encore atteint le niveau de maturité. Enfin, concernant les principaux acteurs opérant sur ces différents marchés, au niveau européen, les services internationaux se taillent la part du lion tandis qu'au niveau national, les acteurs nationaux peuvent parfois se classer dans le top 3.

8.3.2. La rubrique de l'expert : aspects réglementaires et liés à la concurrence

Oliver Budzinski, professeur de théorie économique à l'Université technologique d'Ilmenau, traite la question de la concurrence sur le marché de la VOD. Selon la plupart des théories économiques, une concurrence efficace est en mesure d'empêcher le contrôle d'accès au marché. On observe actuellement sur les marchés de la VOD une forte concurrence entre les différents services SVOD, mais aussi avec les services AVOD (comme YouTube) et avec la télévision linéaire. L'expert présente ensuite plus en détail les différents facteurs permettant l'émergence d'un contrôle d'accès et comment ces facteurs peuvent se traduire sur les marchés de la VOD : les effets de réseau liés aux plateformes, le modèle économique axé sur les données, l'émergence d'un guichet unique du côté des consommateurs et l'intégration verticale à toutes les étapes du marché. Pour l'instant, les services de VOD présentent des caractéristiques qui ne relèvent que partiellement des trois premiers éléments.

Cependant, on peut d'ores et déjà observer une intégration verticale avec certains grands services de VOD tels que Disney+, Netflix ou Amazon, qui produisent et distribuent des contenus au domicile des consommateurs via internet. La combinaison de cette intégration verticale, comprenant une offre conforme au désir des consommateurs de disposer d'un guichet unique, et de l'utilisation de données personnalisées, notamment via des systèmes de recherche et de recommandation algorithmiques, peut effectivement conduire à des effets de contrôle d'accès, à faire obstacle à l'accès au marché des petites sociétés de production, et à l'auto-référencement, c'est-à-dire la réorientation du public vers ses propres contenus. Par ailleurs, l'expert souligne que, dans la théorie économique moderne, une position dominante sur le marché concerné n'est pas nécessaire pour créer ces effets, il suffit qu'un acteur ait la taille et la pertinence exceptionnelle requises sur le marché dans un écosystème donné. En conclusion, les grands opérateurs intégrés verticalement peuvent être des contrôleurs d'accès sans pour autant dominer le marché.

8.3.3. Le forum des parties prenantes : le marché de la VOD est-il un marché concurrentiel et fortement réglementé sans contrôleurs d'accès ?

Les représentants de la Commission européenne ouvrent le débat en expliquant que les services de VOD ont été exclus du champ d'application de la DSA pour deux raisons : d'une part, le marché de la VOD est déjà fortement réglementé, et d'autre part, la DSA sert un objectif différent et se concentre sur la création d'un cadre de responsabilité solide pour protéger les utilisateurs en établissant un niveau de responsabilité graduel pour les plateformes en ligne, couvrant ainsi un certain nombre de nouveaux acteurs en matière de régulation des médias au niveau de l'UE, tels que les plateformes de partage de vidéos de type YouTube ou Facebook, mais pas les services de VOD. Ces derniers ne sont pas non plus inclus dans le champ de la définition des « contrôleurs d'accès » au sens de la DMA, car ils ne présentent pas les caractéristiques spécifiques des marchés multilatéraux, ni les effets de réseau des contrôleurs d'accès traditionnels au sens de la proposition de règlement. Cela peut s'expliquer par le coût élevé de production des contenus audiovisuels pour les services de VOD, alors que les coûts de changement de fournisseur ne sont pas particulièrement élevés pour les utilisateurs. En outre, le marché de la VOD est un marché très dynamique et concurrentiel sur lequel de nouveaux acteurs peuvent encore apparaître. De plus, la DMA se concentre principalement sur les contrôleurs d'accès opérant sur un marché ayant un niveau élevé de concentration et de fortes barrières à l'entrée, ce qui n'est pas le cas pour la plupart des services VOD, et par ailleurs, en vertu de l'article 17 de la DMA, les services VOD faisant office de contrôleurs d'accès pourront toujours être inclus et considérés comme tels à l'avenir sur la base d'une étude de marché.

De surcroît, on a pu constater, notamment dans le Plan d'action pour les médias et l'audiovisuel (MAAP)³⁶⁴, l'émergence de certaines tendances négatives telles que l'application du modèle *work-for-hire* (louage d'ouvrage) aux auteurs et producteurs européens, ce qui peut conduire à l'enfermement des talents et des producteurs sur une plateforme donnée. Les représentants des auteurs déplorent le fait que, malgré ce constat, aucun remède approprié n'ait été proposé dans le cadre du MAAP et de la DSA. Ils font part de leur inquiétude face à cette nouvelle tendance qui risque de priver les auteurs audiovisuels européens de leurs droits de propriété intellectuelle. Plusieurs participants soulignent le fait que le secteur de la VOD est déjà un secteur fortement réglementé au niveau européen et justifient son exclusion par l'approche *lex specialis*. D'aucuns relèvent en particulier qu'en vertu de la Directive SMA, ils ont déjà une pleine responsabilité éditoriale assortie d'une obligation de rendre compte et que cette responsabilité aurait été réduite s'ils avaient été inclus dans la DSA. D'autres font valoir que la DSA vise à combler un vide juridique en réglementant les intermédiaires en ligne, alors que les services de VOD sont déjà réglementés. Les représentants des radiodiffuseurs privés et des services de VOD soulignent en particulier que le marché de la VOD, en dépit de sa complexité, est un marché plus jeune que celui qui est visé par la

³⁶⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2239.

DMA et que l'entrée de grands *streamers*, comme Disney+ l'an dernier, n'a pas entraîné d'effets d'enfermement ou d'obstacles pour les autres concurrents. Pour leur part, les représentants des services de télécommunications expliquent que, pour eux, cela n'aurait pas de sens d'avoir deux régimes de concurrence parallèles puisque, en tant qu'opérateurs de télécommunications fournissant des services linéaires et non linéaires, ils sont déjà réglementés au titre de fournisseurs de télévision à péage, mais aussi de fournisseurs de services VOD. Les marchés de la VOD et de la télévision à péage constituent un terrain très concurrentiel sur le plan commercial pour la distribution de contenus dans toute l'Europe.

D'autre part, plusieurs participants font valoir que certains services de VOD pourraient correspondre à la qualification de « contrôleurs d'accès ». Les représentants des auteurs expliquent les difficultés rencontrées face aux offres groupées des très grandes plateformes qui pourraient correspondre à la qualification de contrôleurs d'accès, comme Amazon et son offre Amazon Prime, car dans le cadre de ces offres groupées, les organismes de gestion collective des auteurs audiovisuels ont du mal à déterminer un tarif basé sur les revenus générés par les services de VOD. Du côté des producteurs indépendants, certains dénoncent le fait que plusieurs services de VOD se comportent, ou pourraient se comporter dans un avenir très proche, comme des contrôleurs d'accès au sens de l'article 3 de la DMA.

Par ailleurs, la majorité des participants s'accorde pour reconnaître la nécessité d'une plus grande transparence. Les représentants des auteurs font part de la nécessité de développer une sorte d'entreprise ou d'outil pour mesurer la performance d'une œuvre sur les plateformes VOD, à l'instar de ce qui existe déjà dans le secteur du cinéma et de la radiodiffusion. Les producteurs indépendants déplorent le fait que les obligations de transparence de la DMA ne s'appliquent pas également aux services de VOD et ils demandent plus de transparence sur les données et les algorithmes utilisés par les grands *streamers*, ce qui leur permettrait d'obtenir des informations précieuses sur les données de performance d'audience ou sur le fonctionnement des algorithmes de recommandation personnalisée. Les représentants des petites plateformes de VOD expliquent que le fait de partager des données avec les consommateurs et d'obtenir un retour sur leurs intérêts les aide à fournir de meilleurs produits et services à long terme. Ils reconnaissent également qu'il peut être difficile d'obtenir des données sur les algorithmes, mais s'engagent à améliorer ce point avec le temps.

8.4. Webinaire n° 3 : droit d'auteur et DSA³⁶⁵

8.4.1. Présentation du contexte

Maja Cappello, responsable du département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, ouvre la séance en posant la question du droit d'auteur au sein de la DSA. Elle présente brièvement les principaux types de mesures introduites par la DSA pour lutter contre les contenus illicites en ligne, tels que les mécanismes de coopération des signaleurs de confiance permettant aux utilisateurs de signaler les contenus illicites et le principe de références des fournisseurs tiers (KYBC), qui prévoit des obligations de traçabilité des entreprises utilisatrices sur les marchés en ligne afin de détecter les vendeurs de produits illicites. La DSA harmonise également les obligations de diligence pour les plateformes et les services d'hébergement et aide les États membres à faire appliquer la loi en ligne par le biais de mécanismes permettant d'adresser des injonctions aux prestataires de services dans l'ensemble du marché unique.

La diffusion non autorisée de contenus protégés par le droit d'auteur figure parmi les catégories de contenus illicites et la DSA comporte plusieurs points de convergence avec les règles actuelles du droit d'auteur telles qu'elles sont définies par la Directive DSM. L'article 17 de cette directive, dont l'application doit encore (au moment du webinaire) être clarifiée par des lignes directrices de la Commission et qui fait actuellement l'objet d'une affaire pendante devant la CJUE, rend les plateformes de partage de contenus en ligne (OCSP) directement responsables si, dans certaines circonstances, leurs utilisateurs mettent en ligne sans autorisation des œuvres ou des objets protégés par le droit d'auteur. Les débats qui se sont tenus lors de ce webinaire ont permis de clarifier les nouvelles règles de la DSA en lien avec le droit d'auteur et, parallèlement, avec la Directive DSM.

8.4.2. La rubrique des experts : risques et opportunités de la DSA

Eleonora Rosati, professeur en droit de la propriété intellectuelle à l'Université de Stockholm et directrice de l'Institut de la propriété intellectuelle et du droit du marché (IFIM), ouvre le débat en présentant les différents risques et opportunités de la DSA en matière de protection du droit d'auteur. Elle souligne le lien étroit entre l'historique de la DSA et celui de la Directive DSM alors qu'il n'y a pas de relation formelle entre ces deux instruments, puisque le principe de *lex specialis* et les dispositions de l'article 1 de la DSA

³⁶⁵ Ce chapitre présente un bref résumé des débats du troisième webinaire « Droit d'auteur et DSA » du 27 mai 2011, <https://www.obs.coe.int/fr/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Le résumé ne reflète que les points essentiels des débats, aussi êtes-vous invités à replacer les propos dans leur contexte : l'enregistrement de la conférence est disponible sur https://youtu.be/BHGv2UI_OU.

prévoient que ces dernières s'entendent sans préjudice des règles établies par le droit de l'Union sur le droit d'auteur et les droits voisins.

L'experte expose ensuite en détail le régime de responsabilité spécifique et complexe visé à l'article 17 de la Directive DSM, qui repose sur le postulat que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (OCSSP) effectuent certains actes de communication au public de contenus protégés par le droit d'auteur pour lesquels ils doivent obtenir l'autorisation des ayants droit. Toutefois, cet article prévoit également un régime spécial de responsabilité lorsqu'un OCSSP a fait de son mieux pour obtenir une telle autorisation sans y parvenir : en ce cas, il est exempté de responsabilité sous réserve qu'une série d'exigences cumulatives soient remplies, ce qui garantit une forme d'assistance et de protection minimales aux ayants droit. Par ailleurs, la Directive DSM réaffirme que cette disposition ne doit pas entraîner une obligation générale de surveillance, ce qui est conforme à l'article 15 de la Directive sur le commerce électronique.

En ce qui concerne l'articulation et la similarité entre ces deux instruments, la DSA comporte plusieurs dispositions qui serviront à l'application de l'article 17 de la Directive DSM. Par exemple, alors que la Directive DSM ne précise pas les conditions territoriales dans lesquelles un OCSSP relèvera de l'article 17, la DSA adopte une approche ciblée. La DSA inclut des méthodes de calcul permettant de déterminer le nombre de visiteurs uniques mensuels d'un OCSSP, méthodes qui seront également pertinentes pour déterminer l'application du régime de responsabilité plus souple prévu par l'article 17. De plus, elle prévoit un système de régulation par le biais de signaleurs de confiance qui, pour certains commentateurs, pourrait s'avérer nécessaire pour rendre l'article 17 opérationnel. Il est donc important de suivre l'évolution de ces deux instruments.

8.4.3. Le forum des parties prenantes : articulation entre DSA et droit d'auteur, risques, défis et opportunités

Les représentants de la Commission européenne ouvrent la séance en présentant leur point de vue sur l'articulation entre la DSA et la protection du droit d'auteur. La DSA est un instrument horizontal conçu pour encadrer un certain nombre d'aspects majeurs de l'économie numérique et ne traite pas spécifiquement la question du droit d'auteur. Cette règle, qui découle notamment de l'article 1 de la DSA, reflète la volonté politique de ne pas rouvrir la Directive DSM dans le cadre des négociations sur la DSA. Cela signifie que les plateformes en ligne qui traitent des contenus protégés par le droit d'auteur ne sont pas couvertes par le régime de responsabilité de la DSA, mais par le régime spécifique de la Directive DSM tel qu'il est visé notamment à l'article 17 de cette dernière. Dans le même esprit, les représentants des plateformes en ligne rappellent que le processus d'élaboration et de mise en œuvre de la Directive DSM est le résultat d'une négociation très complexe et de longue haleine, et ils mettent en garde contre toute tentative de modification de ses dispositions.

Des représentants du secteur de la création se penchent sur l'impact de la DSA sur la lutte contre les contenus illicites du point de vue de la cybercriminalité. Ils considèrent

que la clause du « bon samaritain » et les obligations de diligence telles qu'elles sont prévues dans la DSA ne constituent pas vraiment un changement majeur dans la lutte contre le piratage en ligne. Ils estiment également que ces obligations devraient être renforcées, ou du moins que leur respect devrait être une condition pour bénéficier de l'exemption de responsabilité. Les obligations en matière de traçabilité des fournisseurs tiers sont particulièrement contraignantes pour les cybercriminels, car elles les obligent à fournir des informations de contact véridiques et vérifiables lors de la souscription d'un hébergement internet ou d'un nom de domaine. Toutefois, ces obligations sont limitées aux places de marché du commerce électronique³⁶⁶. Les représentants des auteurs critiquent également l'étroitesse de leur champ d'application et préconisent son extension à tous les types d'intermédiaires en ligne afin de lutter efficacement contre les contenus illicites et les récidives dans l'environnement numérique. Les auteurs considèrent que ces obligations constituent un outil important pour identifier les contrevenants et les contenus illicites et contribuent à éviter que la compensation pour copie privée ne soit contournée en ligne.

Les représentants des plateformes expriment quelques inquiétudes concernant le processus de mise en œuvre de certains éléments de la directive, tels que le principe des meilleurs efforts prévu à l'article 17, et la manière dont il sera défini par les différents États membres. À cet égard, la DSA apporte quelques éclaircissements et conseils pour les représentants des plateformes quant à l'étendue de leur responsabilité et de leurs obligations, comme par exemple la description de la notification. Concernant le problème de clarté, les représentants des téléspectateurs déplorent le manque de précision de certaines dispositions de la DSA. Ils rappellent que les enjeux sont considérables en ce qui concerne les modalités de transposition de ces dispositions et la manière dont elles seront clarifiées et interprétées par les futures lignes directrices de la Commission et la jurisprudence de la CJUE. Il est donc impératif que les obligations de transparence et de responsabilité, entre autres, soient respectées et explicitées dans un langage clair et simple, car cela renforcera la confiance dans le cadre juridique. Ces exigences de transparence sont accueillies favorablement par les représentants des auteurs, car la transparence est fondamentale pour la visibilité des infractions et permet de mieux lutter contre les contenus illicites en ligne ; cela fournit également aux auteurs des informations essentielles sur l'exploitation de leurs œuvres, ce qui les aide à évaluer les taux de rémunération lors des négociations contractuelles.

En ce qui concerne les droits des utilisateurs, les représentants des téléspectateurs saluent certains éléments positifs de la DSA, tels que le fait qu'elle fasse davantage référence aux droits fondamentaux que d'autres textes législatifs de l'UE, et le potentiel significatif d'amélioration de la transparence et de la responsabilité des décisions prises par les intermédiaires d'internet pour supprimer ou restreindre l'accès aux contenus. Quant aux risques pour les droits des utilisateurs, ils concernent principalement l'impact des mesures proposées sur les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression et les droits à la vie privée et à la protection des données. Le risque de surblocage en lien avec une sorte de « privatisation » de la régulation des contenus en ligne est également souligné, car les outils technologiques n'étant pas en mesure d'évaluer le contexte dans

³⁶⁶ Pour de plus amples informations sur ce sujet, voir le site <https://www.kybc.eu/>.

lequel un contenu est mis en ligne, il leur est impossible de distinguer entre une infraction au droit d'auteur et l'utilisation légale d'un contenu protégé. Par ailleurs, les représentants des utilisateurs estiment que le régime actuel d'exemption de responsabilité incite les plateformes à se dégager de toute responsabilité en bloquant abusivement les contenus en cas d'ambiguïté, et ils regrettent que les garanties contre ce risque ne soient pas suffisamment définies par la DSA. En ce qui concerne le régime de responsabilité, les représentants du secteur de la création vont plus loin et déplorent le fait que la perte de l'immunité soit subordonnée à la preuve d'une collaboration délibérée entre le prestataire de services intermédiaires et le destinataire de ces services à des fins illégales.

8.5. Webinaire n° 4 : DSA et lutte contre la désinformation³⁶⁷

8.5.1. Présentation du contexte

Maja Cappello, responsable du département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, ouvre les débats de ce dernier webinaire avec la question du rôle de la DSA dans le vaste écosystème des dispositifs visant à lutter contre la désinformation. Plusieurs initiatives ont d'ores et déjà été mises en œuvre par la Commission européenne avec, notamment, la communication intitulée « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne »³⁶⁸, le Plan d'action sur la désinformation³⁶⁹ et le Code de bonnes pratiques contre la désinformation³⁷⁰. La proposition de DSA crée à présent un dispositif de sécurité sous forme de corégulation pour les mesures qui seront incluses dans un code révisé et renforcé. Par ailleurs, l'article 35 de la DSA prévoit la mise en place de codes de conduite au niveau de l'UE, en tenant compte notamment des difficultés spécifiques à surmonter pour faire face à différents types de contenus illicites et de risques systémiques en matière de désinformation au sens de l'article 26 de la DSA.

³⁶⁷ Ce chapitre présente un bref résumé des débats du quatrième webinaire « DSA et lutte contre la désinformation » du 1^{er} juillet 2021, <https://www.obs.coe.int/fr/web/observatoire/-/series-of-webinars-from-march-to-july>. Le résumé ne reflète que les points essentiels des débats, aussi êtes-vous invités à replacer les propos dans leur contexte : l'enregistrement de la conférence est disponible sur <https://youtu.be/bPi4ZSA3IEQ>.

³⁶⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>.

³⁶⁹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/action-plan-against-disinformation>.

³⁷⁰ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

8.5.2. La rubrique de l'expert : risques et opportunités pour la lutte contre la désinformation

Tarlach McGonagle, professeur à l'Institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam et professeur en droit des médias et de la société de l'information à l'Université de Leiden, retrace comment les institutions européennes ont traité la question de la désinformation, notamment à la lumière des différentes définitions qui se sont succédées pour appréhender ce phénomène. Un premier rapport commandé par le Conseil de l'Europe³⁷¹ a fourni quelques éléments de définition. Une autre définition a été élaborée ultérieurement à partir du Code de bonnes pratiques de 2018 et de divers instruments de l'UE, et caractérise la désinformation comme des informations dont on peut vérifier qu'elles sont fausses ou trompeuses et qui sont créées, présentées et diffusées dans un but lucratif ou dans l'intention délibérée de tromper le public tout en étant susceptibles de causer un préjudice public destiné à menacer les processus démocratiques politiques et décisionnels, ainsi que les biens publics tels que la protection de la santé ou de la sécurité des citoyens de l'UE³⁷².

Divers autres textes et outils européens, dont le Plan d'action pour la démocratie européenne³⁷³, ont permis de clarifier et d'affiner ces définitions en précisant les modalités de diffusion de la désinformation, les personnes qui en sont à l'origine et les différents types de préjudice qu'elle peut causer. En ce qui concerne les acteurs impliqués dans sa création et sa diffusion, l'expert souligne l'importance de faire preuve de discernement pour les différencier, tout en insistant sur la complexité de leur rôle. Par ailleurs, pour contrer efficacement ce type de désinformation, il convient d'une part, d'adopter des approches réglementaires de grande envergure, et d'autre part, d'investir dans l'écosystème en tant que tel afin de mettre en place des mesures et des structures garantissant la solidité et la résilience du cadre de la liberté d'expression. Certains éléments clés de la DSA, tels que le régime d'évaluation et d'atténuation des risques prévu par ses articles 25 à 27, sont particulièrement importants, notamment pour les très grandes plateformes en ligne au regard de l'ampleur de leur audience, ce qui implique parallèlement un impact potentiellement plus large de la diffusion de la désinformation. L'expert pointe toutefois le risque de créer des angles morts pour d'autres acteurs par lesquels la diffusion de ce type d'information peut se faire de manière très intense et efficace.

³⁷¹Wardle C. et Derakhshan H., *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, 2017, <https://edoc.coe.int/fr/medias/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html>.

³⁷² Pour en savoir plus, voir le site internet de la Commission : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>.

³⁷³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_2250.

8.5.3. Le forum des parties prenantes : lutte contre la désinformation, liberté d'expression et accès aux données

Des représentants de la Commission européenne présentent leur politique et leurs récentes initiatives en matière de lutte contre la désinformation. Une récente enquête d'Eurobaromètre³⁷⁴ montre que la désinformation en ligne est une préoccupation importante et croissante pour les citoyens européens, et que cette préoccupation s'est accentuée avec la crise de la COVID-19. Dans ce contexte, la Commission a mis en place un programme de surveillance de la désinformation en matière de Covid-19 sur les plateformes en ligne signataires du Code de bonnes pratiques. La Commission s'appuie sur les conclusions de ce programme de surveillance pour élaborer des orientations³⁷⁵ visant non seulement à renforcer le code, mais aussi à combler le vide juridique jusqu'à l'adoption de la DSA et renforcer la transparence au niveau de la publicité politique. Plusieurs intervenants expriment leur satisfaction à l'égard des orientations, notamment les représentants des radiodiffuseurs privés, qui estiment qu'elles répondent à une demande croissante de suivi du code sur la base d'indicateurs clés de performance et qu'elles constituent une reconnaissance de l'importance de la transparence en matière de publicité et de l'engagement en faveur d'un système de corégulation. Les représentants des radiodiffuseurs privés soulignent toutefois quelques points qui mériteraient d'être renforcés. Par exemple, ils préconisent davantage de transparence sur les mesures de vérification menées par les ARN des médias, soulignent que les audits indépendants devraient figurer en bonne place sur la liste des autres engagements de la DSA devant figurer dans le code révisé, et réclament des mécanismes de sanction plus stricts.

D'autres défis et risques actuels liés aux activités de vérification des faits et à la désinformation sont également abordés au cours du débat. Les représentants de la Commission font référence à des études montrant que l'efficacité des mesures mises en place par les plateformes dépend de la langue du contenu concerné³⁷⁶. D'autres déplorent le fait que certains vérificateurs de faits ne reçoivent pas de données de masse. D'autre part, les représentants des utilisateurs soulignent que la diffusion de la désinformation est influencée par les algorithmes et les systèmes de recommandation en place, et que les utilisateurs peuvent ne pas avoir conscience du fait qu'ils reçoivent des informations biaisées par celles qu'ils ont précédemment consultées. Par ailleurs, plusieurs participants évoquent l'ampleur croissante de la désinformation et son effet particulièrement néfaste ces dernières années. Toutefois, certains participants mettent également en garde contre le risque de restriction de la liberté d'expression et rappellent que l'expression en ligne relève de la protection du droit international des droits de l'homme, qu'elle soit vraie ou fausse. Seules certaines catégories de discours, comme l'incitation à la haine, devraient

³⁷⁴ <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2183>.

³⁷⁵ Orientations visant à renforcer le Code de bonnes pratiques contre la désinformation, mai 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/OANDA_21_2586.

³⁷⁶ https://secure.avaaz.org/campaign/en/facebook_neglect_europe_infodemic/.

faire l'objet de restrictions. D'autres mettent en garde, en particulier, contre la difficulté à démêler les faits inexacts des opinions et à déterminer qui devrait être chargé de faire la distinction. Il est également important de noter que les fausses informations ne représentent qu'une petite partie des informations disponibles et que la lutte contre ces fausses informations ne doit pas conduire à la suppression des discours légitimes. À cet égard, les représentants de la Commission rappellent que le Code de bonnes pratiques contre la désinformation et les orientations sont totalement fondés sur la protection de la liberté d'expression. C'est précisément pour cette raison qu'ils comportent une grande variété d'outils de lutte contre la désinformation, dont aucun ne concerne la suppression. En outre, les orientations préconisent la transparence et des mécanismes de recours appropriés concernant les mesures prises à l'égard des contenus présumés relever de la désinformation. Sur la question de l'accès aux données, les représentants des radiodiffuseurs privés demandent à ce que les plateformes en ligne s'engagent à réaliser des audits indépendants pour vérifier effectivement les résultats de la surveillance. Pour leur part, les plateformes en ligne soulignent la nécessité de disposer à cet égard d'un dispositif de sauvegarde pour garantir le respect des secrets commerciaux, qui rendrait les données requises accessibles et, dans ce cadre, pourrait permettre des audits indépendants. Certains participants insistent également sur la nécessité d'être vigilant quant à savoir à qui sont confiés les audits et de quelle manière ils sont menés.

En conclusion, les représentants de la Commission rappellent que le Code de bonnes pratiques serait, par la combinaison des articles 26 et 35 de la DSA, élevé au rang de système de corégulation, un code de conduite auquel les plateformes en ligne pourraient adhérer et participer, en particulier lorsqu'elles remplissent l'obligation d'évaluer et d'atténuer les risques. Le renforcement des engagements, l'augmentation du nombre de signataires, l'encouragement d'une forte coopération entre les acteurs et la démonétisation de la désinformation sont autant d'étapes clés à franchir pour rendre ce code plus efficace et la lutte contre la désinformation plus efficiente. D'autres participants soulignent qu'une mesure importante pour lutter contre la désinformation consiste également à garantir un flux constant de sources d'information de qualité et diversifiées. En ce sens, les programmes d'éducation aux médias, mais aussi le financement des médias indépendants et des activités de vérification des faits revêtent une importance cruciale. Les représentants de l'*European Digital Media Observatory (EDMO)*³⁷⁷, créé dans le cadre de la stratégie de la CE pour lutter contre la désinformation en ligne, soulignent le rôle de cette organisation ; en tant que plateforme indépendante centralisée, elle rassemble les parties prenantes et fournit des faits et des outils pertinents contribuant à garantir une approche multidisciplinaire et fondée sur des preuves dans la lutte contre la désinformation en ligne. Les représentants des plateformes indiquent que cette approche multipartite est, d'après leur expérience, un moyen plus efficace de lutter contre la désinformation et qu'ils comptent beaucoup sur le rôle de l'EDMO pour fédérer les parties prenantes.

³⁷⁷ <https://edmo.eu/>.

8.6. Liste des participants

	Nom	Prénom	Organisation	Fonction
1	Barata	Joan	Faculté de droit de Stanford	Chercheur associé en Responsabilité des intermédiaires
2	Budzinski	Oliver	Université technologique d'Ilmenau	Directeur de l'Institut d'économie
3	Burnley	Richard	Union européenne de radio-télévision (UER)	Directeur des affaires juridiques et politiques/Conseiller général
4	Celot	Paolo	EAVI	Secrétaire général
5	Cole	Mark	Institut du droit européen des médias (EMR)	Directeur des affaires académiques
6	Craig	Celene	<i>Broadcasting Authority of Ireland (BAI)</i>	Directeur général adjoint
7	De Streel	Alexandre	Université de Namur	Co-directeur académique au CERRE
8	Despringre	Cécile	Société des auteurs de l'audiovisuel (SAA)	Directrice générale
9	Durand-Vialle	Pauline	Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel (FERA)	Directrice générale
10	El Ramly	Siada	Dot Europe	Directrice générale
11	Estrin	Miriam	Google	Responsable des politiques
12	Giorello	Marco	Commission européenne (DG CONNECT)	Chef d'unité pour le droit d'auteur
13	Gori	Paula	EDMO	Secrétaire générale et coordinatrice
14	Herold	Anna	Commission européenne (DG CONNECT)	Cheffe de l'unité Politique audiovisuelle et des médias

	Nom	Prénom	Organisation	Fonction
15	Herovanu	Miruna	Association des télévisions commerciales en Europe (ACT)	Responsable des affaires européennes
16	Jiménez Martín	Marisa	Facebook	Directrice de la politique publique et directrice adjointe des affaires européennes
17	Kukliš	Luboš	Conseil de la radiodiffusion et de la retransmission de Slovaquie	Président-directeur général
18	Lebret	Alexandra	Club des producteurs européens	Directrice générale
19	Martin	Stéphanie	Société des auteurs de l'audiovisuel (SAA)	Conseillère juridique
20	McCoy	Stan	<i>Motion Picture Association (MPA)</i>	Président et directeur général (EMEA)
21	McGonagle	Tarlach	Institut du droit de l'information (IViR)	Professeur
22	Michalis	Maria	<i>European Alliance of Listeners' and Viewers' Associations (Euralva)</i>	Conseillère en politique audiovisuelle européenne
23	Morrow	Paige	Rapporteuse spéciale des Nations Unies pour la liberté d'opinion et d'expression	Conseillère juridique
24	Pancini	Marco	YouTube	Directeur de la politique publique EMEA
25	Polad	Grégoire	<i>Association of commercial television in Europe (ACT)</i>	Directeur général
26	Putman	Marc	EUROVOD et OUTTV	Président et directeur général
27	Rosati	Eleonora	Institut de la propriété intellectuelle et du droit du marché (IFIM), Université de Stockholm	Professeur de droit de la propriété intellectuelle et directrice
28	Senftleben	Martin	Université d'Amsterdam	Directeur de l'IViR
29	Solar-Bassett	Anna	Vodafone	Politique publique du Groupe

	Nom	Prénom	Organisation	Fonction
30	Souche	Krisztina	Commission européenne (DG CONNECT)	Cheffe de l'unité Convergence des médias et médias sociaux
31	Willner	Charlotte	<i>Trust & Safety Professional Association</i> (TSPA/TSF)	Directrice générale

Observatoire européen de l'audiovisuel

	Prénom	Nom	Fonction
1	Nikoltchev	Susanne	Directrice exécutive
2	Cabrera Blázquez	Francisco Javier	Analyste juridique - Département Informations juridiques
3	Cappello	Maja	Responsable du département Informations juridiques
4	Hindhaugh	Alison	Responsable communication, presse et relations publiques
5	Talavera Milla	Julio	Analyste - Département Informations juridiques
6	Valais	Sophie	Analyste juridique - Département Informations juridiques
7	Chochon	Léa	Analyste junior - Département Informations juridiques
8	Rabie	Ismail	Analyste junior - Département Informations juridiques

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

