



Transparence et responsabilité en matière d'algorithmes des services numériques

IRIS Spécial

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel



Observatoire européen de l'audiovisuel
European Audiovisual Observatory
Europäische Audiovisuelle Informationsstelle



IRIS Spécial 2023-2

Transparence et responsabilité en matière d'algorithmes des services numériques

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2023

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du Département Informations juridiques

Équipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais, Analystes juridiques et Amélie Lacourt, Eric Munch, Justine Radel – Analystes juridiques juniors

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs (par ordre alphabétique)

Mark D. Cole, Christina Etteldorf, Sandra Schmitz, Jörg Ukrow

Traduction

Nathalie Sturlèse, Erwin Rohwer

Relecture

Aurélie Courtinat, Udo Lücke, 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

Organisation partenaire ayant contribué à l'ouvrage

Institut du droit européen des médias (EMR)
Franz-Mai-Straße 6
66121 Sarrebruck, Allemagne
Tél.: +49 681 906 766 76
Fax: +49 681 968 638 90
emr@emr-sb.de
www.emr-sb.de

Maquette de couverture – ALTRAN, France

Veillez citer cette publication comme suit :

Cappello M. (Ed.), *Transparence et responsabilité en matière d'algorithmes des services numériques, IRIS Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, décembre 2023

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2023

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.

Transparence et responsabilité en matière d'algorithmes des services numériques

Mark D. Cole, Christina Etteldorf, Sandra Schmitz, Jörg Ukrow

Avant-propos

Vous souvenez-vous de la réponse de la machine lorsque vous lui avez soumis le problème ? Elle disait : « Cela ne mérite aucune explication. » La machine n'a pas dit qu'il n'existait aucune explication, ni qu'elle ne pouvait en trouver aucune. Elle refusait tout simplement de fournir une quelconque explication.

Isaac Asimov, *Conflit évitable*

En 2020, pendant la pandémie de COVID, nous avons publié un rapport sur le nouveau monde de l'intelligence artificielle (IA). À cette occasion, nous nous étions penchés, entre autres, sur le problème de la « boîte noire », c'est-à-dire le manque de transparence sur les modalités de fonctionnement et de prise de décision des systèmes d'intelligence artificielle. En substance, cela signifie ni plus ni moins qu'une machine prend des décisions affectant la vie des gens hors de tout contrôle humain et de toute connaissance des raisons qui motivent ces décisions. Pour reprendre les termes d'Isaac Asimov, *cela ne mérite aucune explication*.

Il n'y a pas lieu d'*expliquer* ici l'importance des systèmes algorithmiques pour la société en général, ni la nécessité de les réglementer. Néanmoins, il ne saurait y avoir de régulation (tout au moins de régulation efficace) si l'objet réglementé et ses activités ne sont pas transparents. Il en va de même pour la responsabilité en matière d'algorithmes. La transparence est une condition préalable à l'évaluation de l'impact réel des systèmes algorithmiques sur les individus et la société, et à l'application des nouvelles dispositions visant à instaurer une responsabilité à l'égard de l'utilisation des algorithmes. C'est pourquoi ce numéro d'IRIS *Spécial* se penche sur la pertinence de la « transparence » en tant que concept réglementaire.

Après un premier chapitre d'introduction, les auteurs retracent les travaux normatifs du Conseil de l'Europe, exposent le cadre juridique de l'UE en soulignant l'importance de la législation sur les services numériques (DSA), analysent divers développements internationaux, présentent quelques études de cas au niveau national, et examinent les structures institutionnelles au regard des dispositions de la DSA. En conclusion, les auteurs esquissent les perspectives en la matière et fournissent, en annexe, un glossaire dans lequel le lecteur trouvera une explication sommaire des termes utilisés dans ce numéro d'IRIS *Spécial*.

Cette publication reflète le travail de l'Institut du droit européen des médias de Sarrebruck, en Allemagne, avec Mark D. Cole et Christina Etteldorf comme auteurs principaux, ainsi que Jörg Ukrow pour le rapport national et Sandra Schmitz pour l'annexe. Je les remercie tous chaleureusement pour leur engagement personnel

Strasbourg, décembre 2023

Maja Cappello

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Table des matières

1	Introduction	1
2	Les travaux normatifs du Conseil de l'Europe	4
2.1	Algorithmes et droits humains	4
2.1.1	Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données	4
2.1.2	Étude sur les incidences des technologies numériques avancées sur la notion de responsabilité	7
2.2	Recommandations et déclarations du Conseil de l'Europe	8
2.2.1	Recommandation (2020)1 sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme	9
2.2.2	Recommandation (2022)13 sur les effets des technologies numériques sur la liberté d'expression	10
2.2.3	Recommandation (2022)11 sur les principes de gouvernance des médias et de la communication	11
2.3	Une convention du Conseil de l'Europe sur l'IA est en préparation	12
3	Le cadre réglementaire de l'Union européenne	15
3.1	Le socle des droits fondamentaux	15
3.2	Amplification des références aux données et aux algorithmes dans le droit dérivé de l'UE	18
3.2.1	Le Règlement P2B et la Directive sur les droits des consommateurs	19
3.2.2	Approches liées aux médias	23
3.2.3	Règles axées sur les données	25
3.2.4	Autres réglementations pertinentes axées sur les contenus	28
3.2.5	Perspectives : émergence d'une législation européenne en matière d'IA	31
4	Une avancée majeure au niveau de l'UE : la législation sur les services numériques	35
4.1	Une nouvelle norme pour la transparence en ligne : la législation sur les services numériques de l'UE	35
4.1.1	La transparence dans la DSA	36
4.1.2	Transparence de la publicité sur les plateformes en ligne	39
4.1.3	Transparence des systèmes de recommandation	42
4.1.4	Transparence de la modération des contenus : rapports et base de données de l'UE	44

4.2	Une nouvelle étape vers la transparence de l'utilisation des données en ligne : la législation européenne sur les marchés numériques	46
-----	--	----

5 Développements à l'extérieur du Conseil de l'Europe et de l'UE et en droit national..... 53

5.1	Développements au niveau international.....	53
5.1.1	L'approche de l'OCDE.....	53
5.1.2	L'approche de l'UNESCO.....	56
5.2	La démarche de l'UE n'a été précédée que par de rares initiatives de régulation des plateformes.....	58
5.2.1	Allemagne : nouvelles règles sur les intermédiaires des médias et obligations de transparence dans le traité inter-Länder sur les médias	59
5.2.2	Autres exemples.....	66
5.3	La situation dans les pays non-membres de l'UE	69
5.3.1	Royaume Uni	69
5.3.2	États-Unis d'Amérique.....	71

6 Structures institutionnelles et contrôles 74

6.1	La Commission européenne et la DSA.....	74
6.2	Contrôles prévus dans les États membres de l'UE.....	78
6.3	Rôle des ONG, des chercheurs universitaires et autres acteurs	81

7 Conclusion et perspectives..... 83

8 Annexe : La terminologie relative aux algorithmes de A à Z 87



1 Introduction

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

À la suite du développement et de la généralisation des applications avancées telles que ChatGPT, l'intelligence artificielle (IA) est devenue un thème récurrent dans les débats actuels, que ce soit entre particuliers ou au niveau institutionnel, dans le cadre des projets en cours visant à encadrer cette technologie. Les débats visent notamment à identifier les domaines dans lesquels l'IA peut (ou non) être mise en œuvre, ainsi que les objectifs qu'on peut (ou non) lui assigner et, en particulier, dans quelle mesure l'IA peut (ou non) déterminer les activités et les décisions de la société. Ces questions sont apparues depuis quelques temps déjà en lien avec des dispositifs similaires, mais moins « intelligents » que l'IA : les systèmes algorithmiques et autres processus (de prise de décision) automatisés. Ces systèmes font depuis longtemps partie intégrante de l'environnement en ligne et, en particulier, des modes de consommation, de communication et d'information au niveau des médias et de la formation de l'opinion. Dans le débat actuel, toutes ces questions prennent une nouvelle acuité. Sont également concernées les approches réglementaires existantes, qui ont été introduites précisément dans le but de résoudre progressivement les différents problèmes liés à l'utilisation des algorithmes. C'est pourquoi la présente édition d'IRIS *Spécial* vise à présenter les nombreuses approches réglementaires existantes au regard de l'utilisation croissante des systèmes algorithmiques, en particulier dans le cadre de la diffusion de contenus en ligne. À cet égard, cette publication se concentre sur l'importance de la « transparence » en tant que concept réglementaire de plus en plus présent dans la législation relative à l'environnement numérique. La transparence peut être considérée comme une première étape, voire une condition préalable, pour pouvoir évaluer l'impact réel des systèmes algorithmiques sur les citoyens et la société et appliquer de nouvelles règles visant à responsabiliser les entreprises qui mettent en œuvre ces algorithmes. En vertu de cette approche, les dépoyeurs de systèmes algorithmiques doivent contribuer, en fournissant des informations relatives au fonctionnement du système et à son impact sur l'utilisateur des services proposés par ces entreprises, à renforcer les droits des utilisateurs et le bon fonctionnement d'un marché très concurrentiel, actuellement dominé par quelques grands opérateurs.

Pour aborder de quelle manière le « droit contraignant » - au-delà des recommandations politiques concernant l'éthique des systèmes algorithmiques - traite d'ores et déjà la question de la transparence et de la responsabilité en matière d'algorithmes, il convient de se pencher en premier lieu sur le nouveau règlement sur les



services numériques (DSA)¹ de l'UE. Entré en vigueur en 2022, ce nouveau règlement est pour une part déjà applicable et le deviendra pleinement en février 2024. Il représente un tournant dans le régime réglementaire appliqué aux services en ligne des intermédiaires. Ce tournant se situe moins au niveau du développement technologique sous-jacent, même si celui-ci connaît une accélération fulgurante, qu'au niveau de la nouvelle norme des approches réglementaires qui en découle. La DSA réaffirme à plusieurs reprises que la transparence est un concept clé qui est à la base de la régulation des plateformes. Toutefois, ce n'est pas le premier acte législatif par lequel l'UE impose des obligations de transparence aux fournisseurs concernés. L'UE n'est d'ailleurs pas la seule à avoir élaboré une législation et des normes en la matière. Par conséquent, même si la date de « concrétisation » de la DSA coïncide avec la publication de ce numéro d'IRIS *Spécial*, il ne se limite pas à analyser ce texte et l'environnement réglementaire de l'UE, mais expose également tous les travaux pertinents du Conseil de l'Europe en la matière au cours de la dernière décennie. Par ailleurs, les récents développements au niveau international liés à des organisations telles que l'OCDE et l'UNESCO sont également présentés afin d'illustrer l'émergence d'un consensus croissant sur l'importance de la transparence en lien avec les systèmes algorithmiques.

Si la pertinence de la transparence pour établir la responsabilité des algorithmes semble être établie, les modalités et la portée de sa mise en œuvre font l'objet de débats récurrents, notamment au regard des futures règles d'ordre général concernant l'IA. Il est donc indispensable de clarifier la signification des notions et des termes clés utilisés dans ces débats. C'est pourquoi nous proposons en annexe de cette publication un lexique alphabétique où les lecteurs pourront trouver une définition sommaire des termes utilisés dans cet IRIS *Spécial* ainsi que dans les débats sur la réglementation. Il ne s'agit pas d'un glossaire officiel, ni de définitions juridiques (lorsqu'elles existent), mais d'un simple guide destiné aux lecteurs qui ne sont pas encore familiarisés avec la thématique abordée ici.

Nous espérons qu'avec cette ressource accompagnant la lecture des différents chapitres, ce numéro d'IRIS *Spécial* pourra atteindre son objectif. Il offre un large aperçu des règles en vigueur et en discussion en matière de transparence des données et de fonctionnement des plateformes, notamment en ce qui concerne l'utilisation de systèmes algorithmiques. La transparence n'est pas seulement un outil de régulation, elle peut également être reliée à un socle de droits fondamentaux dans le cadre de la réglementation des technologies, comme en attestent les travaux du Conseil de l'Europe. Tout en visant la protection des droits des utilisateurs, les obligations de transparence imposées aux entreprises peuvent néanmoins entrer en conflit avec les droits des entreprises, tels que les secrets d'affaires, qui doivent également être pris en compte. À cet égard, le Conseil de l'Europe s'est toujours efforcé de trouver le juste équilibre.

¹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (Règlement sur les services numériques), JO L 277, 27 octobre 2022, p. 1–102, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>



Concernant les travaux de l'UE, il semble prématuré d'analyser l'impact de la DSA au regard des mesures de transparence et de responsabilisation pour les systèmes algorithmiques. Il est en effet trop tôt pour procéder à une évaluation finale de ce nouveau règlement, mais un bilan des objectifs prévus au moment de sa mise en œuvre peut s'avérer utile pour en comprendre l'impact potentiel. Bien qu'il s'agisse d'un objectif encore fluctuant qu'il conviendra de suivre attentivement, nous aimerions profiter de l'occasion pour exposer dans quelle mesure la DSA contribuera à renforcer la transparence et la connaissance au niveau de l'utilisation des systèmes algorithmiques, notamment dans le cadre de la diffusion de contenus et, plus globalement, en ce qui concerne les modalités d'application de la responsabilisation des fournisseurs à l'égard de l'usage et des résultats des systèmes algorithmiques dans le cadre de leurs services.

À cet égard, il est intéressant de noter que, jusqu'à présent, seules quelques tentatives ont eu lieu au niveau national pour inclure des règles spécifiques sur une certaine forme de responsabilité concernant l'utilisation de systèmes algorithmiques dans le secteur des médias. Certaines de ces initiatives législatives en étaient encore au stade de projet lorsque la DSA a été proposée par la Commission, ou sont issues de systèmes juridiques comportant des outils comparables à ceux instaurés au niveau de l'UE, mais dont l'objectif et la fonction sont radicalement différents, raison pour laquelle ils n'ont pas été intégrés dans la présente analyse. Il existe toutefois une exception notable dans l'UE, à savoir l'Allemagne, où des règles assez détaillées ont été mises en place dès 2020, notamment en raison de l'impact des nouveaux acteurs et de leurs systèmes sur le marché des médias. Lorsque les *Länder* allemands ont adopté le traité inter-*Länder* sur les médias, qui remplace l'ancienne réglementation sur la radiodiffusion, ils ont étendu le champ d'application du traité aux intermédiaires des médias. Le nouveau traité a instauré des obligations de transparence et de non-discrimination pour cette nouvelle catégorie de fournisseurs. En dépit des questions concernant la compatibilité de cette approche nationale avec le droit communautaire, en particulier lorsque des obligations similaires sont inscrites dans un règlement de l'UE, les dispositions spécifiques de ce traité sont appliquées par les autorités compétentes depuis un certain temps déjà, raison pour laquelle elles sont présentées de façon détaillée dans la présente publication.

Enfin, les structures chargées de l'application de la loi et les différents stades d'intervention des autorités dans le contrôle du respect de la DSA entre le niveau européen et le niveau national constituent une nouvelle variante du système exécutif à plusieurs niveaux au sein de l'UE et sont donc expliqués en détail ci-après. Le travail des autorités concernées pour garantir la transparence que les règles matérielles de la DSA visent à établir sera décisif et dépendra de ces nouvelles structures et de leur efficacité. Sur la base des observations faites dans les chapitres consacrés au Conseil de l'Europe (2), au cadre juridique de l'UE (3), à l'importance de la DSA et de la DMA (4), au développement international au-delà du Conseil de l'Europe et de l'UE et dans les différents États (5), et aux structures institutionnelles concernant la DSA (6), la publication conclut en formulant quelques perspectives (7). L'annexe se trouve au chapitre 8.



2 Les travaux normatifs du Conseil de l'Europe

Christina Etteldorf, Institut du droit européen des médias (EMR)

Le Conseil de l'Europe (CdE) a inscrit la question des algorithmes et des développements concernant l'intelligence artificielle (IA) en tête de ses priorités, en particulier ces derniers temps. Cette démarche repose sur la reconnaissance de l'impact sociétal et des défis qui accompagnent l'utilisation des systèmes algorithmiques dans de nombreux secteurs et domaines d'application. Pour être en mesure de réagir à de tels défis, en particulier au regard de la sauvegarde des droits fondamentaux, le Conseil de l'Europe consacre depuis un certain temps ses travaux au sein de plusieurs comités d'experts à l'exploration scientifique des divers aspects du sujet et à l'élaboration d'approches de gouvernance par le biais de recommandations et de lignes directrices à l'intention de ses États membres.

2.1 Algorithmes et droits humains

La protection de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme, ainsi que leur jouissance effective par les citoyens, sont au cœur de la mission du Conseil de l'Europe. Par conséquent, l'établissement de normes dans le domaine des algorithmes (et plus généralement de l'IA) est étroitement lié à l'impact potentiel de l'utilisation de ces technologies sur le libre exercice des droits de l'homme tels qu'ils sont définis dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)², et à la manière dont les droits de la convention ont été interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1.1 Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données

Une première étude majeure a été réalisée par le Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (Comité MSI-NET) en 2017 sur les dimensions des droits humains dans les

² Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'amendée par les protocoles n° 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les protocoles n° 4, 6, 7, 12, 13 et 16, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FRA.



techniques de traitement automatisé des données. Cette étude analyse l'impact des algorithmes sur les droits de l'homme ainsi que les implications réglementaires qui en découlent³. Outre les préoccupations générales liées à l'opacité et à l'imprévisibilité des algorithmes, qui peuvent porter atteinte à tous les droits de l'homme ou compromettre leur jouissance effective, l'étude a mis en lumière des risques pour certains droits fondamentaux spécifiques. Sont notamment menacés le droit à un procès équitable et à une procédure régulière (par ex. algorithmes utilisés dans la prévention de la criminalité ou dans les systèmes de justice civile et pénale), le respect de la vie privée et la protection des données (par ex. algorithmes utilisés pour le suivi, le profilage en ligne et la publicité ciblée en ligne)⁴, la liberté de réunion et d'association (par ex. profilage et contrôle d'une foule de manifestants par le biais de données collectées sur les réseaux sociaux), le droit à un recours effectif (par ex. algorithmes utilisés dans les mécanismes de réclamation pouvant entraîner la suppression automatisée de contenus), la non-discrimination (par ex. lorsque les variables individuelles utilisées dans les algorithmes de traitement de mégadonnées servent d'indicateurs pour des décisions automatisées fondées sur des catégories protégées telles que la race, le genre ou l'âge), les droits sociaux et l'accès aux services publics (par ex. les méthodes algorithmiques de recrutement ou de notation sociale) et le droit à des élections libres (par ex. algorithmes ou publicités politiques influant sur le choix des électeurs).

En ce qui concerne la liberté d'expression, notamment le droit de recevoir et de communiquer des informations, l'étude a mis en évidence des risques de préjudice non seulement pour les individus, mais aussi pour l'environnement médiatique en tant que tel. L'objectif inhérent à l'article 10 de la CEDH est de garantir un débat public pluraliste, ce qui peut être menacé par certains usages spécifiques des algorithmes. À titre d'exemple, l'étude fait référence aux algorithmes des moteurs de recherche qui, en raison de leur importance dans l'écosystème des contenus médiatiques et de l'information, peuvent entraver l'exercice et la formation libres et indépendants de l'opinion par la fragmentation du débat public ou la création de chambres d'écho. Ce peut être le cas s'ils sont programmés de manière tendancieuse ou s'ils affichent des résultats arbitraires, c'est-à-dire s'ils favorisent ou excluent certains contenus ou certains fournisseurs. Des inquiétudes similaires sont exprimées en ce qui concerne la personnalisation des informations (qui sont présentées par exemple dans les fils d'actualité, les publicités et les systèmes de recommandation de contenus) par les plateformes de réseaux sociaux, qui pourrait conduire à des bulles de filtres contrevenant à l'article 10 de la CEDH. De même, la restriction des contenus par des systèmes de modération (semi-)automatisés

³ Étude du Conseil de l'Europe DGI(2017)12, *Algorithmes et droits humains, Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires*, 2017, <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-fr/1680795681>.

⁴ Sur ce point particulier, les *Lignes directrices sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel à l'ère des mégadonnées* du Conseil de l'Europe du 23 janvier 2017 <https://rm.coe.int/lignes-directrices-sur-la-protection-des-personnes-a-l-egard-du-traite/16806f06d1>, définissent d'ores et déjà un cadre général pour l'application de règles appropriées.



fonctionnant souvent sur la base de paramètres opaques peut être en infraction avec l'article 10 de la CEDH⁵.

À ce propos, il convient de noter que l'existence de bulles de filtres, boucles de rétroaction ou chambres d'écho entravant effectivement la liberté d'expression, constituant une menace pour un paysage médiatique pluraliste et pouvant même nuire à l'État de droit et à la démocratie n'est pas patente. Leur existence fait l'objet d'une vive controverse et le principal argument contestant les effets allégués consiste à affirmer que les utilisateurs s'informent généralement à partir de différentes sources et, partant, de manière libre et diversifiée⁶. Toutefois, l'absence de preuves (actuelles) de telles entraves ainsi que l'existence (actuelle) de certaines habitudes des utilisateurs, qui évoluent en permanence, ne permettent pas d'éliminer la crainte de préjudices potentiels qui pourraient résulter, par exemple, d'un algorithme tendancieux utilisé par un moteur de recherche occupant une position dominante sur le marché. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de publics vulnérables, tels que les mineurs, qui peuvent ne pas avoir les compétences requises en matière d'éducation aux médias ou ne pas s'intéresser à une actualité pluraliste pour être suffisamment vigilants ou capables de contrer les informations tendancieuses⁷. C'est justement ce potentiel de nuisance que les législateurs doivent garder en tête pour pouvoir le contrer et qui a également conduit le Conseil de l'Europe à porter une attention particulière à cette question. À cet égard, il convient de rappeler les contraintes très strictes que la Cour européenne des droits de l'homme impose, en cas d'atteinte à l'article 10 de la CEDH, à l'existence d'un cadre légal ayant une incidence sur la liberté d'expression et le débat public en tant que tels⁸. La Cour exige que la conception de ces cadres légaux soit fondée sur des critères clairs et prévisibles⁹. Dans cette optique, il est problématique que les plateformes ne partagent que quelques rares données sur le mode de fonctionnement des systèmes algorithmiques utilisés et que, partant, les effets de ces derniers ne soient pas transparents pour les utilisateurs et la communauté de chercheurs¹⁰. Il est donc difficile pour les législateurs de procéder à une évaluation solide¹¹. En ce qui concerne en particulier les aspects relatifs à la garantie du

⁵ Pour un exposé approfondi, voir également Helberger *et al.*, « *A freedom of expression perspective on AI in the media - with a special focus on editorial decision making on social media platforms and in news media* », *European Journal of Law and Technology*, 2020, vol. 11, n° 3, <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/752/1019>.

⁶ Voir l'analyse documentaire détaillée et l'évaluation analytique du débat dans Arguedas/Robertson/Fletcher/Nielsen, *Echo Chambers, Filter Bubbles, and Polarisation: a literature Review*, Reuters Institute, 2022, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-01/Echo_Chambers_Filter_Bubbles_and_Polarisation_A_Literature_Review.pdf.

⁷ Voir à ce sujet Bodó *et al.*, « *Interested in Diversity* », *Digital Journalism*, 2019 7:2, p. 206-229, <https://doi.org/10.1080/21670811.2018.1521292>.

⁸ Voir *Association Ekin c. France*, n° 39288/98, par. 58, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64160>.

⁹ Voir *Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10, par. 57, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115401>.

¹⁰ Voir à ce sujet Commission européenne, Direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies, Parcu, Brogi, Verza *et al.*, *Study on media plurality and diversity online - Final report*, Office des publications de l'Union européenne, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/529019>, p. 82, figure A1, où les plateformes sont classées en fonction de leur capacité à divulguer clairement la manière dont les contenus sont sélectionnés, classés et recommandés.

¹¹ Voir sur ce point et sur la problématique générale Parcu *et al.*, *Pluralism of news and information in curation and indexing algorithms*, 2023, <https://informationdemocracy.org/wp-content/uploads/2023/08/Report-on-Pluralism-Forum-on-ID.pdf>.



pluralisme, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un environnement médiatique pluraliste est essentiel au sein d'un système démocratique¹² et que l'État est l'ultime garant¹³ du pluralisme au niveau de l'information. Il existe de nombreuses inquiétudes quant au fait que les algorithmes mettent en danger à divers égards la diversité des médias et de l'information¹⁴. Il s'avère également problématique que les critères de fonctionnement des systèmes algorithmiques dans les différents domaines soient souvent opaques (du fait de l'absence de cadres juridiques harmonisés), que les données soient difficilement disponibles et que, de ce fait, les répercussions effectives soient difficiles à cerner et à mesurer (sachant que même la manière dont la diversité doit être mesurée dans le contexte algorithmique n'est pas évaluée de façon homogène)¹⁵. Mais quoiqu'il en soit, on présume que les répercussions potentielles peuvent avoir un impact significatif¹⁶.

2.1.2 Étude sur les incidences des technologies numériques avancées sur la notion de responsabilité

Une étude de suivi menée en 2019 par le Comité d'experts du Conseil de l'Europe sur les dimensions des droits de l'homme dans le traitement automatisé des données et les différentes formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT) s'est penchée sur les incidences (au sens large) des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité sous l'angle des droits humains¹⁷. Outre le fait que ce rapport dresse les mêmes constats que l'étude précédente en matière de risques pour les droits humains, il met également en évidence d'autres problèmes, tels que l'exercice irresponsable du pouvoir conféré par le numérique grâce aux technologies numériques avancées. Des problèmes ont notamment été identifiés en lien avec l'absence de tout

¹² En établissant le principe qu'il ne peut y avoir de démocratie sans pluralisme, Cour européenne des droits de l'homme, *Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, par. 95, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-94076>

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, n° 17207/90, para. 38, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62411>.

¹⁴ Voir par exemple Heitz/Rozgonyi/Kostic, « *AI in Content Curation and Media Pluralism* dans Wagner/Haas, *Spotlight on Artificial Intelligence and Freedom of Expression – A Policy Manual* », Vienne: OSCE, 56-70, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/213723/1/RFoM#SAIFE_Policy_Manual.pdf.

¹⁵ *Ibid.*, 106 ; voir également Stark/Stegmann, *Are Algorithms a Threat to Democracy? The Rise of Intermediaries: A Challenge for Public Discourse*, 2020, <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/05/Governing-Platforms-communications-study-Stark-May-2020-AlgorithmWatch.pdf>.

¹⁶ Commission européenne, *Study on media plurality and diversity online* (n 10), p. 86 ; voir également Mazzoli/Tambini, *Hiérarchisation des Contenus - Des contenus d'intérêt public plus accessibles en ligne*, étude du Conseil de l'Europe, DGI(2020)19, Conseil de l'Europe, 2020, <https://rm.coe.int/prems-013621-fra-2018-prioritisation-uncovered-web-a4/1680a13487>.

¹⁷ Étude du Conseil de l'Europe DGI(2019)05, *Étude sur les incidences des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité sous l'angle des droits humains*, préparée par le Comité d'experts sur les dimensions des droits de l'homme dans le traitement automatisé des données et des différentes formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT), 2019, <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-fr/168097d9c6>.



contrôle humain ou la privatisation cachée de décisions relatives aux intérêts publics, étant donné que les systèmes d'IA reflètent toujours les valeurs et les priorités de leur modèle sous-jacent et de ses développeurs, et non pas les valeurs partagées par la population ou les valeurs démocratiques et constitutionnelles que les droits de l'homme défendent. Par ailleurs, l'étude met en évidence les effets négatifs d'un profond déséquilibre de pouvoir entre les systèmes algorithmiques et les utilisateurs : alors que les premiers sont capables de « classer et noter » les usagers et, à partir de là, d'influencer leurs comportements, les usagers ne sont généralement pas en mesure de comprendre et d'explorer la complexité des écosystèmes de données dans lesquels les systèmes algorithmiques évoluent.

2.2 Recommandations et déclarations du Conseil de l'Europe

Les études présentées ci-dessus ont, d'une part, analysé les éventuelles menaces liées aux algorithmes et autres technologies de pointe, dont l'IA, pour les droits humains, et d'autre part, formulé un certain nombre de conclusions pour le cadre réglementaire. Il est notamment établi que « [l']application d'un cadre relatif aux droits de l'homme est primordiale car elle offre, outre des garanties de transparence et responsabilité, l'assurance que tous les droits sont effectivement pris en compte dans les systèmes décisionnels automatisés tels que les algorithmes¹⁸. » Les questions de gouvernance et/ou de réglementation des algorithmes relèvent de la sphère publique. Par conséquent, c'est aux États qu'il incombe d'élaborer des mécanismes complets et effectifs garantissant la responsabilité algorithmique et cette tâche ne devrait pas être laissée aux mains des seuls acteurs privés. Cette responsabilité doit également inclure la définition des domaines où l'utilisation des algorithmes est totalement exclue. Les études préconisent donc une intensification de la recherche, un suivi plus étroit des développements technologiques, la promotion de la sensibilisation et du débat public, et l'élaboration de mécanismes de certification et d'audit, ainsi que de normes et de lignes directrices. Même s'il n'existe pas de modèle unique de responsabilité juridique pour les différentes technologies, leurs fonctions et leurs domaines d'application, la mission de protection des droits de l'homme incombant aux États requiert *a minima* la mise en œuvre de mécanismes, d'instruments et d'institutions de gouvernance efficaces et légitimes¹⁹.

¹⁸ Étude du Conseil de l'Europe DGI(2017)12 (n 3), p. 47-48.

¹⁹ Étude du Conseil de l'Europe DGI(2019)05 (n 17), p. 78 et suivantes.



2.2.1 Recommandation (2020)1 sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme

En réponse à cette injonction, la Recommandation (2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme²⁰ du Conseil de l'Europe a formulé une série de lignes directrices à l'intention des États et des acteurs des secteurs public et privé afin de promouvoir un environnement juridique sécurisé dans lequel les droits de l'homme et l'innovation puissent prospérer. Ces lignes directrices couvrent divers aspects propres aux systèmes algorithmiques²¹ en encourageant les États à développer des cadres législatifs et réglementaires pertinents et à promouvoir l'éducation aux médias et au numérique. Outre des recommandations plus générales concernant des mesures législatives transparentes, responsables et inclusives, un examen permanent, la participation démocratique et la sensibilisation du public, ainsi que la mise en œuvre de cadres institutionnels appropriés, l'accent est mis sur la transparence, la responsabilité et les recours effectifs dans la mise en œuvre des systèmes algorithmiques : les États devraient définir des niveaux appropriés de transparence applicables à la passation de marchés publics, à l'utilisation, à la conception et aux critères et méthodes de traitement de base des systèmes algorithmiques mis en œuvre par eux-mêmes ou à leur intention ou par des acteurs du secteur privé. Les cadres législatifs relatifs à la protection de la propriété intellectuelle ou du secret d'affaires ne devraient pas empêcher une telle transparence, pas plus que les États ou les parties privées ne devraient chercher à les exploiter à cette fin.

La recommandation (2020)1 préconise une approche fondée sur le risque en ce qui concerne les niveaux de transparence à garantir : ils devraient être aussi élevés que possible et proportionnels à la gravité des incidences négatives sur les droits de l'homme. L'utilisation de systèmes algorithmiques dans les processus décisionnels, qui présentent des risques élevés pour les droits de l'homme, devrait s'accompagner de normes particulièrement exigeantes en matière d'explicabilité des procédures et extrants. Cela implique également que l'ensemble des processus de sélection ou des décisions prises ou assistées par des systèmes algorithmiques soient identifiables et traçables en tant que tels, lors de la première interaction et d'une manière claire et accessible. De plus, le dispositif garantissant la transparence devrait être complété par la mise en place de moyens efficaces pour contester les dispositions et les décisions concernées, de mécanismes de contrôle adéquats et de recours effectifs incluant des procédures judiciaires et non judiciaires. Par ailleurs, les acteurs du secteur privé devraient veiller à ce que l'emploi de systèmes algorithmiques susceptibles d'avoir des impacts importants sur les droits de l'homme soit porté à la connaissance de toutes les parties concernées et

²⁰ Recommandation CM/Rec(2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme, adoptée par le Comité des Ministres le 8 avril 2020, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e1124.

²¹ On entend par systèmes algorithmiques des applications qui, au moyen souvent de techniques d'optimisation mathématique, effectuent une ou plusieurs tâches comme la collecte, le regroupement, le nettoyage, le tri, la classification et la déduction de données, ainsi que la sélection, la hiérarchisation, la formulation de recommandations et la prise de décision.



du grand public « dans un langage clair, courant et simple et dans un format accessible ». Cela implique des informations adéquates sur la nature et la fonctionnalité des systèmes algorithmiques ainsi que sur les possibilités pour les utilisateurs de gérer les paramètres. Afin de garantir la contestabilité, la recommandation souligne la nécessité de prévoir des recours effectifs. Il convient de garantir l'accessibilité des personnes chargées d'effectuer les contrôles et la possibilité de contacts directs, tout en veillant à ce que des systèmes de règlement des litiges (y compris des mécanismes de recours collectif en ligne et hors ligne) soient en place pour garantir un examen impartial et indépendant. Les obligations de transparence imposées aux acteurs privés ne portent toutefois pas uniquement sur les algorithmes eux-mêmes, mais s'étendent également à la transparence des réclamations reçues à ce sujet et aux suites qui leur sont données.

Alors que la Recommandation (2020)¹ s'inscrit dans un cadre élargi pour aborder la gouvernance de l'environnement algorithmique quels que soient les domaines d'application, la Déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les capacités de manipulation des processus algorithmiques est axée sur un aspect plus spécifique du problème et sur les risques potentiels connexes²². Elle repose sur un postulat qui revêt un intérêt particulier au regard des médias : en raison de l'utilisation de technologies numériques de pointe, en particulier de techniques de micro-ciblage fondées sur des algorithmes, les citoyens risquent de ne plus être en mesure de se forger une opinion ni de prendre des décisions indépendamment des systèmes automatisés. Ils peuvent même faire l'objet de manipulations, non seulement dans leurs choix économiques, mais aussi dans leurs comportements sociaux et politiques. La déclaration appelle donc les États membres à tenir compte de la capacité des systèmes algorithmiques à utiliser des données personnelles et non personnelles pour classer et micro-cibler les citoyens, identifier les vulnérabilités individuelles et exploiter des connaissances prédictives précises. Cela peut nécessiter la mise en place de cadres protecteurs supplémentaires relatifs aux données, qui dépassent les principes actuels de la protection des données à caractère personnel.

2.2.2 Recommandation (2022)¹³ sur les effets des technologies numériques sur la liberté d'expression

Tout en soulignant l'importance d'aligner les cadres nationaux sur la Recommandation (2020)¹ et la Déclaration subséquente susmentionnées, la Recommandation (2022)¹³ du Comité des Ministres sur les effets des technologies numériques sur la liberté d'expression, qui a été préparée au sein du Comité d'experts sur la liberté d'expression et les technologies numériques (Comité MSI-DIG), aborde également les questions de

²² Déclaration du Comité des Ministres sur les capacités de manipulation des processus algorithmiques (Decl(13/02/2019)1), adoptée par le Comité des Ministres le 13 février 2019, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168092dd4c.



transparence et de responsabilité en matière d'algorithmes²³. Elle est principalement axée sur les répercussions des politiques internes des intermédiaires d'internet et de leur mise en œuvre sur la liberté d'expression et sur les moyens d'y remédier en termes de réglementation. Les intermédiaires d'internet devraient notamment faire preuve d'une transparence adéquate dans la conception et l'application de leurs conditions d'utilisation et de leurs principales politiques. Cela concerne en particulier les informations sur la suppression, la recommandation, l'amplification, la promotion, la rétrogradation, la monétisation et la diffusion de contenus. Lorsqu'il existe des craintes légitimes que leurs politiques puissent conduire à une discrimination, les intermédiaires d'internet devraient fournir des informations qui permettent à des tiers indépendants d'évaluer si leurs politiques sont mises en œuvre sans discrimination, notamment en communiquant les ensembles de données utilisés pour l'entraînement des systèmes automatisés, afin d'identifier et de corriger les causes des biais algorithmiques.

En ce qui concerne l'obligation de rendre des comptes et de prévoir des recours, les États devraient veiller à ce que les particuliers et les fournisseurs d'informations dont la liberté éditoriale est menacée par l'application des conditions d'utilisation des intermédiaires d'internet (qui appliquent régulièrement des processus basés sur des algorithmes) puissent engager des recours effectifs. Bien que le texte ne place pas explicitement cette question dans le cadre des systèmes de recommandation qui, pilotés par des algorithmes, affichent ou masquent certains contenus pour certains utilisateurs, il convient de mentionner qu'il vise à endiguer ce risque dans une certaine mesure en spécifiant que les États peuvent contraindre les intermédiaires d'internet à promouvoir des contenus d'intérêt public selon des modalités qui doivent être claires, non discriminatoires et définies de manière transparente.

2.2.3 Recommandation (2022)11 sur les principes de gouvernance des médias et de la communication

Pour finir, la Recommandation (2022)11 du Comité des Ministres sur les principes de gouvernance des médias et de la communication²⁴ comble le fossé entre les principes fondamentaux de la Recommandation (2020)1 et les exigences en matière de liberté d'expression spécifiées dans la Recommandation (2022)13. Il convient de noter que le terme de « gouvernance des médias et de la communication » s'entend au sens large et couvre également les solutions technologiques telles que la conception de systèmes algorithmiques. De même, le terme « plateformes » est explicitement lié à leur fonction

²³ Recommandation CM/Rec(2022)13 du Comité des Ministres aux États membres sur les effets des technologies numériques sur la liberté d'expression, adoptée par le Comité des Ministres le 6 avril 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a6172d en particulier les points 3 et 4.

²⁴ Recommandation CM/Rec(2022)11 du Comité des Ministres aux États membres sur les principes de gouvernance des médias et de la communication, adoptée par le Comité des Ministres le 6 avril 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a61713.



de mise en relation des utilisateurs dans des marchés multifaces en s'appuyant sur des systèmes algorithmiques. Préparée par le Comité d'experts sur l'environnement et la réforme des médias (Comité MSI-REF), la Recommandation (2022)¹¹ énonce tout d'abord les principes de procédure dont les États membres devraient tenir compte lors de l'examen de leur cadre national de gouvernance à la lumière de l'article 10 de la CEDH. Le premier principe de ces recommandations exige la transparence et la responsabilité de la gouvernance des médias et de la communication afin de permettre un contrôle public des décisions et de l'activité de l'État et du secteur privé, tout en garantissant qu'elle soit accessible et compréhensible. Cette exigence de transparence ne concerne pas uniquement la gouvernance, mais l'ensemble du paysage des médias et de la communication. Pour ce qui est des principes de fond, les États membres doivent assurer la transparence de la production des contenus (principe n° 9) et de la modération des contenus (principe n° 12). La transparence à cet égard implique notamment d'informer le public de l'utilisation de systèmes algorithmiques pour la production de contenus et des biais qui peuvent en résulter, et de modérer, en fonction des risques et dans le respect des droits de l'homme, les contenus diffusés par les plateformes.

Le principe n° 13 est spécifiquement dédié à la limitation des risques liés à l'organisation, à la sélection et à la hiérarchisation de contenus par algorithmes : la gouvernance des médias et de la communication doit respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales lors de la conception, de la mise en œuvre et du déploiement continu des systèmes algorithmiques utilisés pour la diffusion de contenus. Cela implique d'améliorer la transparence et l'explicabilité de ces systèmes algorithmiques, ainsi que la responsabilité de ceux qui les développent et les mettent en œuvre. Conformément à ce qui est suggéré dans la Recommandation (2022)¹³ en matière de liberté d'expression, la promotion des contenus d'intérêt général est considérée comme une possibilité d'atténuation des risques. En vue d'améliorer l'exposition à la diversité, les États membres sont invités à encourager les plateformes à proposer d'autres formes de personnalisation compatibles avec l'intérêt général et à renforcer le rôle des médias de service public dans l'offre de services personnalisés.

Contrairement au concept horizontal de la DSA de l'UE (voir ci-dessous), qui spécifie uniquement que les utilisateurs doivent pouvoir configurer les systèmes de recommandation, la recommandation sectorielle (médias et communication) indique d'ores et déjà une orientation possible dans le respect des droits fondamentaux (à savoir l'intérêt public et la diversité). Le fait de garantir l'explicabilité des systèmes algorithmiques est en fait considéré comme un outil permettant de responsabiliser les utilisateurs (principe n° 15).

2.3 Une convention du Conseil de l'Europe sur l'IA est en préparation

Les travaux du Conseil de l'Europe sur la responsabilité et la transparence en matière d'algorithmes sont « en cours », c'est-à-dire en cours d'élaboration sur la base des études, des déclarations et des recommandations présentées ci-dessus. Cela s'applique en



particulier aux travaux du Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI, 2019-2021), désormais remplacé par le Comité sur l'intelligence artificielle (CAI). Même si la terminologie utilisée à cet égard est davantage axée sur l'IA, les algorithmes et l'IA se recoupent largement sur le plan thématique, ce qui explique sans doute pourquoi ils sont également regroupés en un seul dossier dans le pôle d'activité « Gouvernance de l'internet » du Conseil de l'Europe. Cela vient notamment du fait que, d'une part, un algorithme (qui, techniquement parlant, n'est qu'une instruction automatisée) est un composant essentiel de l'intelligence artificielle et de l'apprentissage automatique, et que d'autre part, ces termes sont souvent utilisés comme synonymes dans le débat politique, social et, en partie, juridique, pour décrire les problèmes sans avoir à les différencier en termes techniques.

Si un risque spécifique est inhérent à un algorithme, les problèmes connexes se retrouvent souvent dans les systèmes d'IA élaborés sur la base de cet algorithme. Il n'est donc pas étonnant qu'une étude du CAHAI en 2020 sur la future réglementation des systèmes d'IA aborde également des aspects tels que la personnalisation des contenus par le biais des moteurs de recherche, des fils d'actualité sur les réseaux sociaux ou des systèmes de recommandation, et les attribue à l'utilisation sous-jacente de l'IA tout en soulignant les risques y afférents pour le débat social et politique, l'accès aux informations et l'influence sur les électeurs²⁵. Les propositions relatives à un futur cadre réglementaire pour l'IA, dans lesquelles le CAHAI recommande tout particulièrement de prévoir des dispositions en matière de robustesse, de sécurité, de cybersécurité, d'auditabilité et, ce qui revêt « une importance capitale », de transparence, d'explicabilité et de responsabilité²⁶, viennent donc s'inscrire dans le cadre de la régulation des algorithmes.

Sur la base des travaux préliminaires du CAHAI, le CAI est désormais chargé du projet ambitieux d'élaborer un instrument juridiquement contraignant sur le développement, la conception et l'application de l'intelligence artificielle, fondé sur les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit. La Convention [cadre] sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit envisagée est en cours de rédaction. Il s'agit d'une convention ouverte à la ratification non seulement des États membres du Conseil de l'Europe, mais aussi d'autres pays, et qui pourrait donc constituer un premier accord international de base sur les principes fondamentaux relatifs à l'IA. Un projet de travail consolidé a été rendu public (après un projet zéro révisé en janvier 2023²⁷) le 7 juillet

²⁵ Compilation de contributions DGI (2020)16, *Vers une régulation des systèmes d'IA, Perspectives internationales sur l'élaboration d'un cadre juridique pour les systèmes d'Intelligence Artificielle (IA) fondé sur les normes du Conseil de l'Europe dans le domaine des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit*, 2020, <https://rm.coe.int/prems-107420-fra-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17b>.

²⁶ CAHAI, *Éléments potentiels d'un cadre juridique sur l'intelligence artificielle, fondés sur les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit*, 3 décembre 2021, CAHAI(2021)09rev, <https://rm.coe.int/cahai-2021-09rev-fr-elements/1680a6d90e> n° 30.

²⁷ CAI, *Projet zéro révisé de Convention [cadre] sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit*, 6 janvier 2023, CAI(2023)01, <https://rm.coe.int/cai-2023-01-fr-projet-zero-reviser-de-convention-cadre-public/1680aa1942>.



2023²⁸, qui ne préjuge en rien du résultat final des négociations au sein du Comité. Le projet contient notamment une série de principes à appliquer lors de la conception, du développement, de l'utilisation et de la mise hors service de « systèmes d'intelligence artificielle », entendus au sens large²⁹ comme « tout système algorithmique ou toute combinaison de tels systèmes utilisant des méthodes de calcul dérivées de statistiques ou d'autres techniques mathématiques et qui génère du texte, du son, une image ou un autre contenu ou soit assiste, soit remplace la prise de décision humaine. » En particulier, les parties (qui ratifieront la Convention) prendront les mesures appropriées pour veiller à ce que des mécanismes de contrôle adéquats ainsi que des exigences de transparence adaptées aux contextes et aux risques spécifiques soient en place (article 7) et prendront les mesures nécessaires pour garantir l'obligation de rendre des comptes et d'assurer la responsabilité pour les violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 8). Ces mesures permettront de veiller à ce que soient respectées les obligations pertinentes en matière de droits de l'homme et de non-discrimination liées à la mise en œuvre des systèmes d'IA (article 5). L'objectif est que toute personne puisse prendre des décisions éclairées, sans être indûment influencée ou manipulée par l'utilisation de systèmes d'IA, et que l'IA ne soit pas utilisée pour porter atteinte à l'intégrité, à l'indépendance et à l'efficacité des institutions et processus démocratiques (article 6).

Enfin, il convient de souligner que, bien que l'impact des recommandations du Conseil de l'Europe dépende principalement de leur transposition ou de leur répercussion dans le droit et la politique au niveau national, elles ont néanmoins une fonction de signal normatif et, dans le domaine couvert par ce numéro d'IRIS *Spécial*, elles présentent de nombreux points communs avec la réglementation de l'UE présentée ci-dessous. De la sorte, elles peuvent même venir compléter la mise en œuvre de la réglementation de l'UE, en particulier des dispositions de la DSA³⁰.

²⁸ CAI, *Projet de travail consolidé de Convention-cadre sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit*, 7 juillet 2023, CAI(2023)18_FR, <https://rm.coe.int/cai-2023-18-fr-projet-de-travail-consolide-de-convention-cadre/1680abde67>.

²⁹ En adoptant une approche souple, le projet prévoit que les parties à la convention, réunies périodiquement en Conférence des parties (article 23), peuvent, le cas échéant, décider d'interpréter cette définition d'une manière compatible avec les développements technologiques pertinents.

³⁰ Voir à ce sujet, au regard de la Recommandation sur les effets des technologies numériques sur la liberté d'expression, par exemple Helberger/Borchardt/Vaccari, *Free speech in the digital age - a constructive approach*, 20 septembre 2022, <https://alexandraborchardt.com/free-speech-in-the-digital-age-a-constructive-approach/>.



3 Le cadre réglementaire de l'Union européenne

Christina Etteldorf, Institut du droit européen des médias (EMR)

3.1 Le socle des droits fondamentaux

Bien que les approches réglementaires au sein de l'UE se basent généralement sur des dispositifs de régulation du marché et utilisent régulièrement la clause d'harmonisation du marché unique comme base juridique, les valeurs de référence et le périmètre d'action sont également déterminés par les droits fondamentaux. En ce qui concerne les incidences éventuelles de l'usage de systèmes algorithmiques sur les droits fondamentaux, on peut donc s'appuyer en grande partie sur ce qui est énoncé ci-dessus pour comprendre en quoi l'activité du Conseil de l'Europe relève de la nécessité de protéger les droits fondamentaux. Ces droits fondamentaux sont également garantis au sein de l'UE par la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDF)³¹. Dans la mesure où la CDF contient des droits garantis par la CEDH, ils doivent être appliqués conformément à l'interprétation des droits de la Convention en vertu de la clause d'égalité visée à l'article 52(3) de la CDF. Contrairement au droit à la liberté d'expression énoncé à l'article 10 de la CEDH, l'article 11(2) de la CDF consacre explicitement le pluralisme des médias comme un objectif à respecter. Bien que la CDF ne puisse être utilisée en tant que telle comme fondement juridique pour l'action réglementaire de l'UE et qu'il reste à déterminer s'il existe un risque pour le pluralisme des médias et, le cas échéant, quel niveau de risque requiert une intervention du législateur dans le cadre de ses compétences³², la protection du pluralisme et des autres droits fondamentaux garantis par la CDF, en particulier la liberté d'expression et la liberté d'information, doit également être prise en compte dans le cadre de la régulation des algorithmes.

Il en va de même pour la transparence en tant qu'outil de régulation des systèmes algorithmiques. Outre le fait que la transparence est ancrée dans le droit primaire de l'UE

³¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 202 du 7 juin 2016, p. 389-405, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&rid=3>.

³² Voir à ce sujet Cole/Ukrow/Etteldorf, *On the Allocation of Competences between the European Union and its Member States in the Media Sector*, 2021, <https://doi.org/10.5771/9783748924975>, p. 147 et suiv.



à plusieurs niveaux et sous diverses formes³³, elle joue également un rôle crucial dans le cadre de la réglementation du numérique sur fond de droits fondamentaux. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la transparence des algorithmes est une condition préalable à la compréhension de leur fonctionnement (le « problème de la boîte noire »³⁴) et des résultats auxquels ils peuvent aboutir et, en définitive, à l'évaluation, sur la base de cette compréhension, de leur impact sur les droits fondamentaux³⁵.

D'une part, il s'agit donc d'un élément fondamental pour la réglementation (plus poussée) des algorithmes, qui doit être axée sur la nécessité de protéger les libertés et les droits fondamentaux. À cet égard, la transparence des algorithmes est un outil important pour la politique numérique ainsi que pour la recherche scientifique, aux fins d'assurer la protection des personnes et de la société dans son ensemble contre les risques potentiels.

D'autre part, les obligations de transparence doivent également être établies au regard des droits (fondamentaux) des fournisseurs visés par ces obligations. Les entreprises investissent des ressources importantes dans le développement et l'amélioration de leurs algorithmes/systèmes algorithmiques afin de profiter de leurs fonctions, par exemple pour accélérer les processus, réduire les ressources (humaines) ou offrir un service plus attrayant aux utilisateurs. Cela leur confère un avantage concurrentiel qui peut être considérablement affaibli par l'obligation de divulguer des informations sur les fonctionnalités des systèmes algorithmiques utilisés, selon l'étendue des obligations imposées. Ce risque est d'autant plus grand que le modèle commercial du service est intrinsèquement fondé sur l'algorithme, comme par exemple les moteurs de recherche qui fournissent une liste de réponses à une requête de l'utilisateur à partir d'une sélection (et d'un classement) algorithmique des résultats possibles. Le principal conflit peut concerner la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la CDF et la liberté de propriété garantie par l'article 17 de la CDF, qui garantit le libre usage de ses propres biens (y compris la propriété intellectuelle). Cette garantie trouve notamment son expression en droit dérivé dans la Directive Secrets d'affaires³⁶. Un certain nombre de systèmes algorithmiques pertinents dans l'univers des médias sont susceptibles d'être couverts par cette protection des secrets d'affaires³⁷. Toutefois, la Directive Secrets

³³ Pour une analyse plus détaillée, voir Zeitzmann dans Cappello (éd.), « La transparence en matière de propriété des médias », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2021, <https://rm.coe.int/iris-special-2021-02fr-la-transparence-en-matiere-de-propriete-des-med/1680a57d1e>, p. 5 et suiv.

³⁴ Voir à ce sujet de Streef et al, « *Explaining the Black Box – When Law Controls AI* », CERRE *Issue Paper*, février 2020, https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/issue_paper_explaining_the_black_box_when_law_controls_ai.pdf.

³⁵ Voir sur l'explicabilité de l'IA, Cappello M. (éd.), IRIS *Spécial* 2020-2, « L'intelligence artificielle dans le secteur audiovisuel », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2020, <https://rm.coe.int/iris-special-2-2020fr-l-intelligence-artificielle-dans-le-secteur-audi/1680a11e0c>.

³⁶ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JO L 157 du 15 juin 2016, p. 1-18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32016L0943>.

³⁷ L'article 2 de la Directive Secrets d'affaires dispose que l'information classée « secret d'affaires » doit être secrète, avoir une valeur commerciale du fait même qu'elle soit secrète, et faire l'objet de dispositions



d'affaires (article 2(1)b)) et la CDF prévoient des restrictions sous la forme d'obligations de transparence si elles visent à protéger l'intérêt public. Outre la sauvegarde de la concurrence, cet intérêt public comprend notamment la liberté d'expression et d'information ainsi que le pluralisme des médias³⁸. Toute réglementation étant en outre soumise au principe de proportionnalité, elle doit prendre en compte les intérêts contradictoires et se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat.

Les obligations de transparence sont un outil de régulation relativement modéré et sont généralement considérées comme d'une importance particulière dans le contexte des algorithmes et des droits fondamentaux³⁹. Outre leur pertinence pour la législation, la réglementation et la recherche, elles sont également essentielles en tant qu'instrument de responsabilisation des utilisateurs, qui sont les bénéficiaires effectifs des droits fondamentaux côté application. En matière de médias, il s'agit principalement du droit à la liberté d'opinion et à l'accès à l'information, tel qu'énoncé à l'article 11 de la CDF, ainsi que du droit à la protection des données à caractère personnel et de la vie privée, conformément aux articles 7 et 8 de la CDF. En termes de champ d'application, tous ces droits comportent certains aspects de transparence à visée protectrice qui sont également importants dans le contexte des algorithmes. À titre d'illustration, on peut citer l'exemple des systèmes de recommandation personnalisés : la libre formation de l'opinion et l'accès à une information complète peuvent exiger que le destinataire sache clairement pourquoi un certain contenu est affiché, d'où il provient ou qui l'a financé. À cet égard, le droit à la protection des données à caractère personnel implique que l'utilisateur puisse exercer un contrôle sur les opérations de traitement des données sous-jacentes à la recommandation, ce qui suppose qu'il en a effectivement connaissance (transparence). Si les droits fondamentaux énoncent la norme objective à garantir, ils ne fournissent aucune précision sur la manière de l'établir. En revanche, tout ce qui vise à établir quels domaines d'application doivent être soumis à une obligation de transparence (secteurs entiers, applications spécifiques, uniquement les systèmes contribuant à la formation de l'opinion, etc.), qui doit bénéficier de la transparence (l'utilisateur, la société dans son ensemble, les autorités de régulation ou les auditeurs indépendants), de quelle manière elle doit être réalisée (par un contrôle humain, des audits indépendants, la publication d'informations, l'ouverture d'interfaces dans les systèmes, etc.), l'étendue de la transparence (divulgation des paramètres de base, rapports différenciés sur les décisions individuelles, etc.) et qui

raisonnables pour la garder secrète, ce que les entreprises peuvent garantir en adoptant des accords de confidentialité, notamment en interdisant l'ingénierie inverse dans leurs accords de licence, ou en limitant le nombre de licences possibles. Voir à ce sujet Huseinzade, « *Algorithm Transparency: How to Eat the Cake and Have it Too* », *European Law Blog*, 27 janvier 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/01/27/algorithm-transparency-how-to-eat-the-cake-and-have-it-too/>.

³⁸ CJUE, affaire C-719/18, *Vivendi SA c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, par. 57 et 58, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5F62194AF8904B31DCAFEC269FA18A08?text=&docid=230608&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=567889>.

³⁹ Voir par exemple AlgorithmWatch, *Putting Meaningful Transparency at the Heart of the Digital Services Act*, 2020, https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2020/10/Governing-Platforms_DSA-Recommendations.pdf ; Simoncini/Longo, « *Fundamental Rights and Rule of Law in the Algorithmic Society* », dans Micklitz et al., *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, 2021, p. 25-128, <https://doi.org/10.1017/9781108914857>.



est chargé de contrôler le respect des obligations (utilisateurs, organisations non gouvernementales, autorités de régulation, les candidats eux-mêmes, etc.) relève du droit dérivé, qui est exposé au chapitre suivant.

3.2 Amplification des références aux données et aux algorithmes dans le droit dérivé de l'UE

Dans son discours sur l'état de l'Union en 2020, Ursula von der Leyen, Présidente de la Commission européenne, a proclamé la « Décennie numérique de l'Europe » en mettant l'accent sur différents développements dans un environnement numérique en constante évolution. L'IA est perçue à la fois comme une opportunité ouvrant de nouveaux horizons et comme un risque nécessitant l'application de certaines règles. La conclusion de M^{me} Von der Leyen affirmant que « [n]ous, en Europe, nous voulons un socle de règles qui place l'humain au centre » et que « [l]es algorithmes ne doivent pas être une boîte noire, et [qu']il faut des règles claires si quelque chose tourne mal » a posé les bases du Règlement sur les services numériques (DSA)⁴⁰ et du Règlement sur les marchés numériques (DMA)⁴¹, qui sont entrés en vigueur en 2022, ont commencé à s'appliquer partiellement en 2023 et deviendront pleinement applicables en 2024. Les algorithmes joueront un rôle accru dans les futures réglementations telles que la législation inédite sur l'intelligence artificielle entièrement consacrée à ce sujet. Toutefois, les algorithmes étaient déjà entrés dans la sphère de la réglementation de l'UE auparavant et jouent désormais un rôle croissant au niveau de la législation de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE. La nécessité d'encadrer les algorithmes et leurs effets découle de différentes approches sectorielles et poursuit divers objectifs tels que la protection des consommateurs, la protection de la liberté d'expression et des médias, la sauvegarde d'une concurrence effective, la réalisation d'un marché unique numérique, la protection des données et la garantie de l'État de droit.

Les diverses approches adoptées dans l'UE portent sur différentes formes de transparence des algorithmes⁴² et divergent quant à la question de savoir envers qui la transparence doit être garantie (particuliers à leur demande, grand public par le biais

⁴⁰ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (Règlement sur les services numériques) JO L 277 du 27 octobre 2022, p. 1-102, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>.

⁴¹ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Règlement sur les marchés numériques), JO L 265 du 12 octobre 2022, p. 1-66, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32022R1925>.

⁴² Du point de vue du droit des médias, voir par exemple van Druenen/Helberger/Bastian, « *Know your algorithm : what media organizations need to explain to their users about news personalization* », *International Data Privacy Law*, 2019, vol. 9, n° 4, p. 220-235, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipz011> en ce qui concerne la différenciation entre la transparence des acteurs, de la source, du processus et du résultat au regard des algorithmes utilisés pour la personnalisation des informations.



d'informations accessibles au public, autorités publiques, etc.). Néanmoins, leur point commun réside souvent dans une démarche et des outils réglementaires centrés sur la responsabilité et la transparence dès lors qu'il s'agit de contenus pertinents pour la formation de l'opinion. Les paragraphes suivants décrivent ces différentes approches, qui ont en commun le fait que, tout en étant issues de perspectives sectorielles différentes et en ayant des objectifs différents, elles se recoupent en termes de destinataires des obligations. Il peut donc arriver qu'un fournisseur doive se conformer à différents régimes d'obligations pour un même service.

3.2.1 Le Règlement P2B et la Directive sur les droits des consommateurs

En 2019, avec le règlement sur les relations entre plateformes et entreprises (Règlement P2B)⁴³ et la directive modifiée sur les droits des consommateurs⁴⁴, l'UE a établi pour la première fois des règles générales sur la transparence des systèmes de classement visant à accroître la transparence, l'équité et l'efficacité des recours dans le domaine des services d'intermédiation en ligne.

Le Règlement P2B s'inscrivait dans une approche liée au droit de la concurrence et aux préoccupations correspondantes concernant la situation réelle du marché en ce qui concerne les intermédiaires en ligne et les systèmes de classement : alors que la Directive sur les pratiques commerciales déloyales⁴⁵ oblige les intermédiaires à faire la distinction dans leur système de classement entre les résultats « sponsorisés » et les résultats de recherche « organiques », cette disposition, bien qu'elle constitue un premier pas vers une meilleure compréhension de la part des consommateurs, a été jugée insuffisante pour les entreprises utilisatrices. En raison du manque de transparence des critères sous-jacents et des résultats du classement, cette forme de restriction s'est avérée insuffisante aussi bien pour les entreprises utilisatrices ayant souscrit un contrat payant pour être référencées que pour les entreprises utilisatrices n'ayant pas payé pour un placement spécifique mais

⁴³ 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, JO L 186 du 11 juillet 2019, p. 57-79, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1150>.

⁴⁴ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, JO L 328 du 18 décembre 2019, p. 7-28, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161&qid=1704445496740>.

⁴⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« Directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JO L 149 du 11 juin 2005, p. 22-39, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>.



désireuses d'évaluer les conditions du classement⁴⁶. Ces préoccupations valent également pour les intermédiaires intervenant dans la chaîne de diffusion des contenus en lien avec des médias, tels que les réseaux sociaux, les assistants vocaux ou les moteurs de recherche⁴⁷. Avec ces plateformes intermédiaires, les fournisseurs de médias (entreprises utilisatrices) ignorent souvent quels paramètres déterminent, par exemple, l'intégration et le niveau de priorité de leurs bulletins d'information dans le fil d'actualité d'un réseau social, la recommandation de leurs programmes radio par un assistant vocal en cas de demande par les utilisateurs, ou le classement de leur médiathèque en ligne dans les recherches en ligne.

Il convient de souligner que la transparence des algorithmes dans une relation P2B est différente et implique en particulier des besoins d'information différents par rapport aux relations entre les plateformes et les consommateurs (P2C). C'est sur ce dernier point que se concentre la DSA, par exemple⁴⁸. Le Règlement P2B est ancré dans la relation spécifique existant entre les entreprises. Il dispose à l'article 5 que les fournisseurs de services d'intermédiation et de moteurs de recherche en ligne doivent indiquer de façon claire et transparente les principaux paramètres qui déterminent le classement ou la hiérarchisation des services. Pour les moteurs de recherche en ligne, cette transparence est concrétisée par l'obligation de fournir des informations au moyen d'une description facilement accessible au public, rédigée dans un langage clair et compréhensible. Comme il s'agit essentiellement de la description des algorithmes qui (co)déterminent ce qui s'affiche et selon quelle priorité pour les différents utilisateurs, cette disposition est pertinente à double titre au regard de notre étude. D'une part, elle est intéressante du point de vue des médias et des fournisseurs d'informations, car elle accroît la transparence de leur accessibilité et de leur visibilité, ce qui, au regard de la sauvegarde du pluralisme des médias, facilite l'évaluation de l'impact des plateformes sur la manière dont sont diffusés les contenus⁴⁹. D'autre part, le Règlement P2B comporte des dispositions plus détaillées sur le niveau de transparence et les critères correspondants. Il dispose que la transparence doit porter sur les « principaux paramètres » qui, individuellement ou collectivement, sont « les plus importants pour déterminer le classement ainsi que [sur] l'importance relative de ces principaux paramètres. » Cette limitation de la transparence aux « principaux paramètres » plutôt qu'au fonctionnement détaillé (considérant 27) n'est pas motivée au premier chef par la volonté de prendre en

⁴⁶ Voir Commission européenne, document de travail SWD(2018) 138 final, *Impact assessment*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018SC0138p.14>.

⁴⁷ Voir l'évaluation des paramètres de classement intégrés dans certains moteurs de recherche, assistants vocaux et plateformes de réseaux sociaux, de leur transparence et de leur facilité de gestion, Commission européenne, *Study on media plurality and diversity online* (n 10), p. 75 et suiv. Les auteurs estiment qu'il y a « largement matière à amélioration ».

⁴⁸ Alors qu'un consommateur peut vouloir comprendre pourquoi un contenu lui est recommandé ou affiché, une entreprise utilisatrice peut être davantage intéressée par des données précises sur la pondération de différents paramètres. Voir pour une évaluation détaillée Di Porto/Zuppetta, « *Co-regulating algorithmic disclosure for digital platforms* », *Policy and Society*, 2021 40:2, p. 272-293, <https://doi.org/10.1080/14494035.2020.1809052>.

⁴⁹ Voir sur ce point Cole/Etteldorf, dans Cappello M. (éd.), « Pluralisme des médias et enjeux de la concurrence », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2020, <https://rm.coe.int/iris-special-1-2020fr-pluralisme-des-medias-et-enjeux-de-la-concurrenc/1680a08456> p. 32.



considération les intérêts commerciaux des fournisseurs de services d'intermédiation ou de moteurs de recherche, puisque - en particulier - le Règlement P2B s'applique sans préjudice de la Directive Secrets d'affaires. La justification de cette restriction, déjà mentionnée dans l'analyse d'impact⁵⁰, se trouve à l'article 5, paragraphe 6 du Règlement P2B, qui répond à la crainte que la divulgation à grande échelle des algorithmes de classement ne s'accompagne généralement de tentatives de manipulation des classements (en jouant avec les paramètres utilisés). Les entreprises utilisatrices pourraient être incitées à obtenir un meilleur classement sans nécessairement améliorer la qualité de leurs produits ou services. Par conséquent, l'article 5(6) du Règlement P2B dispose que les fournisseurs ne sont pas tenus de divulguer des informations dont on peut être raisonnablement certain qu'elles auraient pour effet de permettre la manipulation des résultats de recherche. Ce dernier aspect est particulièrement pertinent du point de vue du droit des médias, car il met en évidence l'aspect négatif de la transparence des algorithmes. Une manipulation du classement peut facilement déboucher, dans une certaine mesure, sur une manipulation de l'opinion. De plus, dans le paysage médiatique, la priorité devrait porter, au regard des valeurs démocratiques et des droits fondamentaux, sur le pluralisme et la qualité des contenus présentant un intérêt général et non pas sur des contenus optimisés selon des critères fixés par des entités privées par le biais de leurs algorithmes et répondant à une logique d'ordre essentiellement commerciale.

Or, l'article 5(2) du Règlement P2B vise à garantir que les entreprises utilisatrices soient en mesure de comprendre quel est le principe de fonctionnement des systèmes algorithmiques et de savoir si certains critères jouent un rôle en ce qui concerne, par exemple, les caractéristiques du produit proposé. Ces informations minimales visent à renforcer la prévisibilité et aider les utilisateurs à améliorer la présentation de leurs biens et services⁵¹. La notion de principaux paramètres déterminant le classement (« classement » étant entendu comme une forme de prise de décision algorithmique fondée sur des données) est donc un élément clé, car elle délimite le champ d'application de l'obligation visée. Cependant, ce terme n'est pas explicité dans le règlement et peut concerner de nombreux services différents, en particulier au regard du terme générique de services d'intermédiation, qui peut couvrir, par exemple, les boutiques d'applications ainsi que (en partie) les services de réseaux sociaux dès lors qu'il y a rémunération.

En vue de faciliter la mise en conformité des fournisseurs et de les aider à respecter les exigences prescrites par le règlement, la Commission européenne a publié en 2020 des lignes directrices concernant la transparence en matière de classement⁵². Ces lignes directrices fournissent des informations détaillées sur les modalités d'application concrètes de l'article 5 du Règlement P2B. D'une part, elles définissent la nature et le champ d'application des obligations et d'autre part, elles explicitent la notion de

⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁵¹ Considérants 24 et 26 du Règlement P2B.

⁵² Communication de la Commission Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil, 2020/C 424/01, JO C 424 du 8.12.2020, p. 1-26,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC1208%2801%29>.



paramètres de classement⁵³. Par ailleurs, elles expliquent comment les fournisseurs doivent sélectionner les principaux paramètres. Outre les principes généraux sur les modalités de mise en œuvre du processus de sélection par les fournisseurs (ils peuvent notamment se fonder sur ce qui a précisément motivé la conception de l'algorithme, par exemple la volonté de veiller à ce que les consommateurs trouvent des biens ou services locaux, bon marché, de qualité élevée, etc.), la Commission énumère des considérations spécifiques dont il convient de tenir compte. Les fournisseurs devraient notamment considérer comme paramètres principaux le fait que leurs systèmes algorithmiques reposent ou non (et dans quelle mesure) sur la personnalisation, sur le comportement et l'intention du consommateur, dans quelle mesure ils sont liés à des services accessoires, ou quelles sont les mesures prises, le cas échéant, pour lutter contre les contenus illicites dans les résultats du classement. Dans un chapitre spécifique, les lignes directrices traitent la question de savoir comment empêcher toute manipulation de mauvaise foi du classement. Il est notamment précisé que les fournisseurs ne peuvent pas refuser de divulguer les principaux paramètres au seul motif qu'ils n'ont jamais révélé aucun de leurs paramètres par le passé ou que les informations en question sont commercialement sensibles, mais doivent prouver qu'ils satisfont à tous les critères énoncés dans la directive Secrets d'affaires pour que cette exception s'applique. L'article 5(6) du Règlement P2B, les lignes directrices invitent les fournisseurs à trouver le juste équilibre entre la lutte contre la manipulation et les comportements préjudiciables, d'une part, et la transparence exigée par cette disposition, d'autre part.

La directive (UE) 2019/2161 reprend essentiellement les règles relatives à la transparence du classement dans une optique de protection des consommateurs et oblige par conséquent les places de marché en ligne à fournir également des informations aux consommateurs. En ce qui concerne les moteurs de recherche, qui sont différents des services d'intermédiation en général, le Règlement P2B prévoit d'ores et déjà des obligations d'information du public. En outre, la révision de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales implique que la dissimulation des informations relatives aux principaux paramètres de classement, telles qu'elles sont mentionnées dans la directive (UE) 2019/2161, est également classée comme une omission trompeuse et peut donc faire l'objet d'une action en justice de la part des consommateurs.

Le Règlement P2B est entré en vigueur le 12 juillet 2020. Toutefois, l'impact de ce règlement dans la pratique est perçu jusqu'à présent de manière assez critique. Une étude d'évaluation réalisée pour le compte de la Commission européenne fait état d'une « mise en œuvre inégale et insuffisante par les plateformes » et d'une mise en conformité totale avec les exigences qui « reste rare »⁵⁴. Elle estime que le faible niveau de sensibilisation

⁵³ L'annexe I des lignes directrices fournit une (longue) liste d'exemples de paramètres de classement contenant des paramètres d'ordre « technique », tels que la compatibilité d'un service avec les appareils mobiles ou la vitesse de chargement des pages, ainsi que des paramètres davantage « liés au contenu », tels que le balisage de mots clés, la singularité du contenu ou la personnalisation (sur la base de l'historique de recherche ou des paramètres de l'utilisateur), qui sont autant de facteurs possibles de classement.

⁵⁴ Commission européenne, Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, Gineikytė-Kanclerė, Klimavičiūtė, Kudzmanaitė *et al.*, *Study on evaluation of the Regulation (EU) 2019/1150*



et le manque d'application effective de la législation sont les principales raisons expliquant le faible niveau d'efficacité. En ce qui concerne l'article 5 du Règlement P2B en particulier, l'étude révèle qu'à peine un tiers des services d'intermédiation en ligne étudiés (96 sur 290, soit 33,1 %) exposent leurs paramètres de classement de façon transparente. Même dans ce cas, la description des pratiques de classement n'a pu être qualifiée de « bien expliquée » que pour un nombre relativement réduit de plateformes (73 plateformes, soit 25,2 % de l'échantillon total). Sans analyser explicitement l'impact du Règlement P2B, une étude commandée ultérieurement sur le pluralisme et la diversité des médias en ligne se penche sur le paysage médiatique au regard du droit des médias en intégrant les acteurs soumis au Règlement P2B, tels que les moteurs de recherche. Cette étude révèle également qu'il y a « largement matière à amélioration » pour ce qui est de la transparence des systèmes de classement fondés sur des algorithmes⁵⁵. Ces lacunes potentielles en matière d'efficacité doivent être prises en compte lors de l'évaluation des nouvelles règles de la DSA, qui sont entrées en vigueur après le Règlement P2B. De même, la proposition de législation européenne sur la liberté des médias⁵⁶, qui fait même référence au Règlement P2B, devrait être examinée à la lumière du règlement précédent et de son impact concret qui semble limité jusqu'à présent.

3.2.2 Approches liées aux médias

La Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMA)⁵⁷, modifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2018/1808, inclut depuis cette dernière révision des règles pour les plateformes de partage de vidéos (*video-sharing platforms* - VSP) en complément des règles concernant les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires. La définition des VSP décrit déjà (explicitement) les algorithmes comme une caractéristique essentielle possible d'une VSP relevant du champ d'application de la Directive SMA. Le fait que ces plateformes ne produisent pas elles-mêmes de contenus éditoriaux mais déterminent l'organisation de ces contenus « à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement » est précisément la raison pour laquelle les VSP ont été incluses d'emblée dans le champ d'application de la régulation des médias. Ce qui importe, c'est qu'elles exercent une influence considérable sur la capacité des utilisateurs à façonner et

on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (the P2B Regulation) - Final report, Office des publications de l'Union européenne, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2873/29212>.

⁵⁵ Commission européenne, *Study on media plurality and diversity online* (n 10), p. 75 et suiv.

⁵⁶ Proposition de règlement établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur (législation européenne sur la liberté des médias) et modifiant la directive 2010/13/UE, COM/2022/457 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0457>.

⁵⁷ 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 (Directive Services de médias audiovisuels), JO L 77 du 20 mars 2013, p. 20-22, modifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2018/1808, texte consolidé disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32010L0013>.



influencer l'opinion d'autres utilisateurs, outre le fait qu'elles sont en concurrence avec les fournisseurs traditionnels pour attirer les utilisateurs et les partenaires publicitaires⁵⁸. Leur pratique d'agrégation de contenus, qui s'effectue en grande partie par le biais d'algorithmes, justifie qu'on leur impose des règles spécifiques pour le moins similaires à celles qui s'appliquent aux services de médias audiovisuels plus classiques⁵⁹. Les règles matérielles applicables aux VSP en vertu de la Directive SMA ne traitent pas explicitement de la transparence des algorithmes. Néanmoins, elles abordent des processus et des mécanismes qui sont souvent assurés par des algorithmes dans la pratique. Par exemple, en vertu de l'article 28 ter, par.3, alinéas d) à g) de la Directive SMA, les VSP doivent mettre en place des mécanismes de notification « transparents et conviviaux », des systèmes permettant d'expliquer comment sont traitées les notifications, des systèmes de vérification de l'âge des utilisateurs et de classification des contenus, ainsi que des systèmes de contrôle parental. Ce n'est un secret pour personne que les systèmes algorithmiques sont très souvent utilisés, en particulier, pour la modération des contenus sur les grandes plateformes⁶⁰. Les nouvelles techniques de vérification de l'âge, telles que la reconnaissance biométrique, utilisent également des algorithmes⁶¹. L'évaluation des contenus s'effectue d'ores et déjà souvent avec l'aide de l'IA⁶². On ne saurait dire avec certitude si l'exigence générale de transparence pour les différents mécanismes implique qu'un algorithme utilisé dans un tel mécanisme soit également soumis à une obligation de transparence. En tout état de cause, la Directive SMA ne prescrit pas explicitement cette exigence de transparence. Toutefois, si l'on considère la finalité réelle des dispositions, par exemple le fait que les systèmes de signalement et de réclamation doivent être transparents pour les utilisateurs, cette hypothèse est tout à fait défendable.

La proposition de législation européenne sur la liberté des médias n'aborde pas non plus la question de la transparence des algorithmes en tant que telle. Toutefois, l'article 23 du projet constitue une disposition qui pourrait s'avérer pertinente à cet égard. Le paragraphe 1 de cet article dispose que les systèmes et les méthodes de mesure de l'audience doivent respecter les principes de transparence, d'impartialité, d'inclusion, de proportionnalité, de non-discrimination et de vérifiabilité. De plus, le paragraphe 3 du même article impose des audits transparents pour s'assurer que les systèmes de mesure

⁵⁸ Considérant 4 de la Directive (UE) 2018/1808.

⁵⁹ Voir plus en détail Cole/Etteldorf, *Research for CULT Committee - Implementation of the revised Audiovisual Media Services Directive - Background analysis of the main aspects of the 2018 AVMSD revision*, 2022, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)733100](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)733100), p. 23 et suiv.

⁶⁰ Voir également Fernandez/Cole, « *The Use of Algorithmic Decision-Making (ADM) Systems as a 'Quasi-Regulatory Tool' for Content Moderation by Online Platforms and Implications for Fundamental Rights* », dans *University of Luxembourg Law Research Paper Series*, SSRN (à paraître en 2024).

⁶¹ Par exemple, la validation par l'autorité allemande de régulation des médias d'un système biométrique de vérification de l'âge, voir Klein, *IRIS* 2023-1:1/20, <https://merlin.obs.coe.int/article/9627>. Voir également à ce sujet Winder/Marsden/Rotundo, *Automated Content Classification Systems*, 2023, https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0016/252151/ACC-Phase-2-Report.pdf.

⁶² Par exemple, la coopération entre Netflix et le *British Board of Film Classification* (BBFC), dans le cadre de laquelle Netflix assure une classification par âge de tous ses contenus au Royaume-Uni à l'aide d'un algorithme, voir BBC Bews, *Netflix content given age rating by algorithm*, 1^{er} décembre 2020, <https://www.bbc.com/news/technology-55146206>.



de l'audience sont conformes à ces principes. La proposition de législation entend l'expression « systèmes de mesure » au sens large, à savoir l'activité de collecte, d'interprétation ou de traitement de données relatives au nombre et aux caractéristiques des utilisateurs de services de médias, aux fins de décisions concernant l'allocation ou les prix des publicités, ou concernant la planification, production ou distribution connexes de contenus. Chacun sait que le secteur des médias a connu un processus de profonde mutation dans le cadre duquel la collecte et l'analyse des informations sur l'audience sont désormais le plus souvent effectuées par des systèmes algorithmiques⁶³. La mesure de l'audience, qui influe directement sur les budgets et les tarifs publicitaires, est un élément crucial des modèles de financement des services de médias. Cependant, de nouveaux acteurs, en particulier dans le secteur en ligne, fournissent souvent leurs propres outils de mesure sans fournir suffisamment d'informations sur les méthodes utilisées et, partant, sur la représentativité des données collectées. Au-delà des préoccupations existantes en matière de protection des données du point de vue des destinataires⁶⁴, la législation européenne sur la liberté des médias vise à modifier cet état de fait en imposant une obligation de transparence. Sont essentiellement en cause la vérifiabilité et la fiabilité des méthodes de mesure, qui - comme le souligne explicitement le considérant 46 - peuvent également inclure des informations sur la définition des indicateurs mesurés et des paramètres appliqués. En pratique, il s'agit de la transparence des algorithmes qui s'inscrit dans la même logique que les obligations du Règlement P2B et de la DSA (considérant 46).

3.2.3 Règles axées sur les données

Les données sont l'essence même des algorithmes et des systèmes algorithmiques, et de ce fait, les dispositifs juridiques qui les encadrent sont également très pertinents au regard de la transparence et de l'obligation de rendre des comptes. Selon la fonction, la programmation et le domaine d'application, le processus algorithmique peut impliquer l'utilisation de données à caractère personnel et non personnel, ce qui constitue une distinction importante, car en vertu des règles applicables, les données à caractère personnel bénéficient d'un niveau de protection largement supérieur.

Le traitement des données à caractère personnel est souvent au centre de ces systèmes algorithmiques, qui sont particulièrement intéressants à observer du point de vue du droit des médias. Il s'agit notamment de systèmes de recommandation de contenus ou d'agrégateurs d'actualités qui sont basés sur les préférences des utilisateurs et, par conséquent, sur le suivi de leur comportement en ligne. Les mesures de l'audience requièrent au moins une catégorisation des groupes d'audience et, partant, nécessitent

⁶³ Voir à ce sujet Kelly, « *Television by the numbers: The challenges of audience measurement in the age of Big Data* » dans *Convergence*, 2019-25(1), p. 113-132. <https://doi.org/10.1177/1354856517700854>.

⁶⁴ Voir à ce sujet, par exemple, le programme d'évaluation de la CNIL, autorité française de protection des données, sur la mesure de l'audience, <https://www.cnil.fr/fr/solutions-de-mesure-daudience-exemptees-de-consentement-la-cnil-lance-un-programme-devaluation>.



des données concernant l'âge ou le sexe, par exemple. La publicité personnalisée repose explicitement sur ce type de données, tandis que la modération automatisée des contenus traite les données des utilisateurs, ne serait-ce qu'à titre d'effet secondaire. Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁶⁵ et la législation respective des États membres en matière de protection des données, qui complète et transpose en partie le RGPD, constituent le noyau central de la réglementation en matière de protection des données à caractère personnel au sein de l'UE. Le RGPD énonce de nombreux principes et exigences que chaque responsable du traitement des données doit respecter, y compris lorsqu'il utilise des systèmes algorithmiques à cet effet. Outre le principe général de transparence du traitement (article 5(1) du RGPD), ces obligations couvrent des dispositions spécifiques obligeant le responsable du traitement à indiquer de manière exhaustive à la personne concernée quels éléments de ses données font l'objet d'un traitement, à quelle fin, comment et sur quel fondement (articles 13 et 14 du RGPD). Il en va de même pour les informations concernant le traitement algorithmique et sa finalité. Ses explications détaillées à ce sujet peuvent donc être consultées dans le règlement des plateformes en ligne en matière de données. Toutefois, cette transparence porte « uniquement » sur le traitement des données et pas nécessairement sur le fonctionnement du système algorithmique, c'est-à-dire qu'elle concerne le point de départ et la finalité du traitement, mais pas nécessairement la manière dont cette finalité est atteinte. À titre d'exemple, le fournisseur d'un système de recommandation de contenus doit expliquer quel type de données il collecte (par exemple, le sexe, les préférences indiquées, les sites internet consultés, etc.) et à quelle fin (par exemple, pour afficher des contenus pertinents pour l'utilisateur), mais n'est pas tenu d'indiquer pourquoi - sur la base de ces données et de leur agrégation - un contenu spécifique est affiché ni de quel stock de contenus il provient. Le RGPD ne vise pas ce type de protection, car il est davantage axé sur le droit à l'autodétermination de la personne concernée⁶⁶.

Une disposition particulièrement pertinente dans le cadre de notre étude, qui a récemment suscité beaucoup d'intérêt face à l'essor des algorithmes, est énoncée à l'article 22 du RGPD et concerne la prise de décision individuelle automatisée, y compris le profilage. En vertu de cette règle, la personne concernée a le droit (à quelques exceptions près, notamment en cas de consentement explicite) de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire. Pour ce type de traitement, le Comité européen de la protection des données exige une transparence « spécifique » qui nécessite notamment des informations sur la « logique sous-jacente »⁶⁷, comme le prévoit le droit à l'information correspondant à

⁶⁵ 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), JO L 119 du 4 mai 2016, p. 1-88, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

⁶⁶ Pour une évaluation plus détaillée des règles du RGPD dans le contexte des algorithmes et des médias, voir Van Drunen/Helberger/Bastian, *Know your algorithm* (n **Error! Bookmark not defined.**), p. 2020, 222 et suiv.

⁶⁷ Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679 (wp251rev.01) adoptées le 3 octobre 2017, version révisée et adoptée le 6 février 2018, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 10.



l'article 15(1)h) du RGPD. Alors qu'un droit assez large à une explication sur la prise de décision automatisée a déjà été reconnu au niveau national sur la base de cette conception⁶⁸, la CJUE devra bientôt se prononcer sur cette question et sur l'étendue de la transparence qu'elle implique. Le dossier concerne principalement le droit à l'information d'une personne concernée ayant fait l'objet d'un score négatif par un établissement de crédit. Dans ses conclusions présentées le 16 mars 2023, l'avocat général Priit Pikamäe établit que l'obligation de fournir des « informations utiles concernant la logique sous-jacente » doit être comprise en ce sens qu'elle comporte des explications suffisamment détaillées sur la méthode utilisée pour le calcul du score et les raisons qui ont conduit à un résultat déterminé, notamment sur les facteurs pris en considération pour le processus décisionnel et sur leur importance respective à un niveau agrégé⁶⁹. Toutefois, la pertinence de cette disposition pour le secteur des médias doit être évaluée selon le critère des « effets juridiques » produits sur la personne concernée ou l'affectant « de façon similaire ». De tels effets peuvent être facilement établis pour les établissements de crédit qui attribuent un score aux personnes sur la base de certains paramètres, score qui joue ensuite un rôle décisif pour l'obtention d'un prêt bancaire ou la location d'un logement. En matière de recommandation de contenus et de publicité personnalisée, qui conduisent tout au plus à la visualisation (toujours activée par l'utilisateur) de ces contenus ou à l'achat d'un produit, il est plus difficile de faire valoir cet argument. Cela s'avère encore plus difficile si les effets de la prise de décision consistent « uniquement » en l'exercice d'une influence sur la formation de l'opinion ou d'une forme de discrimination sans autres conséquences⁷⁰.

Il existe d'autres règlements traitant des données à caractère non personnel, comme le Règlement (UE) 2018/1807⁷¹, qui concerne essentiellement les exigences en matière de localisation des données, la disponibilité des données pour les autorités compétentes et - de manière comparable aux possibilités de portabilité mentionnées dans le RGPD - le « portage » des données pour les utilisateurs professionnels. Ce règlement aborde la question de la transparence, notamment en matière de portabilité des données et d'interopérabilité, néanmoins le cadre plus global de la proposition de règlement sur les données adoptée fin juin 2023⁷² est plus pertinent au regard de notre étude. Le règlement sur les données, qui porte à la fois sur les données à caractère personnel et

⁶⁸ Voir à propos d'une décision des Pays-Bas, par exemple Gellert/van Beckkum/Zuiderveen Borgesius, *The Ola & Uber judgments*, EU Law Analysis, 28 avril 2021, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-ola-uber-judgments-for-first-time.html>.

⁶⁹ Affaire C-634/21 OQ c. Land Hessen, ECLI:EU:C:2023:220.

⁷⁰ Voir pour une évaluation de cet aspect au regard de la DSA, Gössl, « *Recommender Systems and Discrimination* dans Genovesi/Kaesling/Robbins (éd.), *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*. », *The International Library of Ethics, Law and Technology*, vol. 40. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-34804-4_2.

⁷¹ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, JO L 303 du 28 novembre 2018, p. 59-68.

⁷² COM/2022/68 final, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (Règlement sur les données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0068&qid=1704790946648>.



non personnel, vise à tirer pleinement parti de la valeur des données dans l'économie en veillant à ce qu'un plus grand nombre de parties prenantes aient le contrôle de leurs données et à ce que davantage de données soient disponibles pour l'innovation, tout en préservant les incitations à investir dans la production de données. La transparence joue également un rôle important, en particulier au regard des conditions dans lesquelles les détenteurs de données doivent mettre celles-ci à la disposition des destinataires. Ils conviendront des modalités de partage des données dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, et de manière transparente. En ce qui concerne les mesures de sécurité techniques et organisationnelles à intégrer au processus par les deux parties, le règlement sur les données (considérant 8) préconise d'appliquer des algorithmes spécifiques aux données et d'obtenir des informations précieuses sans transmission des données entre les parties ni copie inutile des données brutes ou structurées. L'accent n'est donc pas mis sur la transparence réelle des algorithmes ou des techniques, mais sur l'échange des données, dans le cadre duquel il convient de protéger en particulier les secrets d'affaires et l'innovation.

Une approche similaire en faveur des développeurs de systèmes est également appliquée par le Règlement sur la gouvernance des données⁷³ qui, contrairement au Règlement sur les données, ne fait pas référence à l'utilisation économique d'ensembles de données dans des systèmes de produits interconnectés, mais à l'échange volontaire et altruiste de données entre les acteurs au sein de l'Union européenne. Dans ce règlement adopté récemment, la transparence en matière d'échange de données joue également un rôle important. En particulier au regard de l'article 20, il existe des obligations détaillées en matière d'enregistrement et de déclaration pour toute organisation altruiste en matière de données reconnue. Même si elles ne sont pas énoncées en lien avec les algorithmes, ces dispositions visent une fois de plus à faciliter la compréhension - en l'occurrence, la position globale d'une organisation altruiste en matière de données spécifique - des procédures et des acteurs par les utilisateurs.

3.2.4 Autres réglementations pertinentes axées sur les contenus

Les questions relatives à la transparence des algorithmes se posent différemment lorsque des obligations sont imposées par la loi et que les destinataires ne peuvent remplir ces obligations qu'avec l'aide de systèmes algorithmiques⁷⁴. De telles obligations se retrouvent dans le droit dérivé récent qui met l'accent sur la lutte contre les contenus illicites dans l'environnement numérique. À titre d'exemple, la directive DSM sur les droits

⁷³ Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (Règlement sur la gouvernance des données), JO L 152 du 3 juin 2022, p. 1-44, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32022R0868>.

⁷⁴ Voir également à ce sujet Lennartz/Kraetzig, « *Filtering fundamental rights: DSM, DSA and algorithms in digital architectures* », *VerfBlog*, 2022/10/05, <https://dx.doi.org/10.17176/20221005-230853-0>.



d'auteur⁷⁵ impose aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne d'adopter des mesures appropriées contre l'utilisation frauduleuse des contenus (obligations de filtrage⁷⁶), le règlement sur la lutte contre les contenus terroristes en ligne⁷⁷ impose aux services d'hébergement des obligations d'ordre technique et liées aux contenus pour lutter contre les contenus terroristes, et la proposition de règlement sur la lutte contre les contenus pédopornographiques⁷⁸ prévoit des obligations très controversées de filtrage du contenu des communications pour détecter tout matériel relatif à des abus sexuels sur enfants (surveillance des forums de discussion)⁷⁹. La mise en œuvre de toutes ces obligations peut conduire à des restrictions sur le contenu des médias et des communications, et constitue donc une question sensible au regard des droits fondamentaux.

Il convient de noter que la directive DSM sur le droit d'auteur ne prévoit pas d'exigences de transparence ni d'autre nature à l'égard des systèmes techniques qu'elle n'impose pas explicitement, mais qui sont néanmoins implicitement requis en raison de la référence aux « normes du secteur » auxquelles les fournisseurs doivent se conformer pour lutter contre la mise à disposition de contenus illicites. Le règlement sur la lutte contre les contenus terroristes en ligne encourage explicitement, dans son considérant 25, le recours à des outils automatisés afin de se conformer aux obligations incombant aux intermédiaires dans la lutte contre les contenus terroristes en ligne. Il prévoit également des obligations de transparence, notamment à l'article 7 : les fournisseurs de services d'hébergement sont non seulement tenus de fournir une explication pertinente sur le fonctionnement des mesures spécifiques de lutte contre la diffusion des contenus terroristes, y compris le recours à des outils automatisés, mais doivent également publier des rapports de transparence spécifiques. Afin d'éviter le retrait de matériel ne constituant pas un contenu à caractère terroriste, les fournisseurs sont explicitement tenus d'agir dans le strict respect des droits fondamentaux et doivent mettre en place des garanties supplémentaires à cet égard.

En vertu de la proposition de règlement sur la lutte contre les contenus pédopornographiques actuellement en cours d'examen, dans un souci de transparence et

⁷⁵ 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 mai 2019, p. 92–125, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790>.

⁷⁶ Voir par ex. l'essai critique de Schwemer/Schovsbo, « *What is Left of User Rights ? -Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of the Article 17 Regime* » dans Torremans (éd.), *Intellectual Property Law and Human Rights*, 4^e édition 2020, chapitre 18, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3507542.

⁷⁷ 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, JO L 172 du 17 mai 2021, p. 79-109, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0784>.

⁷⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles en vue de prévenir et de combattre les abus sexuels sur enfants, COM/2022/209 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM%3A2022%3A209%3AFIN>.

⁷⁹ Voir pour une vue d'ensemble et une évaluation des aspects problématiques Quintel, « *Renewed Concerns About Compliance of the Proposed 'Regulation to Prevent and Combat Child Sexual Abuse' with Essence of Right to Data Protection: The Council Legal Service Opinion* », *European Data Protection Law Review* 2023, pp. 173 - 183, <https://doi.org/10.21552/edpl/2023/2/12>.



de responsabilité et en vue de permettre une évaluation, les fournisseurs de services d'hébergement, les fournisseurs de services de communications interpersonnelles accessibles au public, les fournisseurs de services d'accès à l'internet, les autorités de coordination et le centre européen chargé de prévenir et de combattre les abus sexuels sur enfants devraient être tenus de collecter, d'enregistrer et d'analyser des informations, sur la base d'une collecte anonyme de données à caractère non personnel, et de publier des rapports annuels sur leurs activités dans le cadre du projet de règlement. Les technologies que les fournisseurs sont tenus d'installer et d'utiliser pour se conformer à une injonction de détection doivent être assorties de certaines garanties telles que la limitation du traitement de données ou le contrôle humain. Ils doivent également informer les usagers de l'utilisation de ces technologies, même si l'exigence de transparence et l'obligation d'établir des rapports réguliers peuvent être allégées si cela risque de réduire l'efficacité des mesures prises pour exécuter les injonctions de détection. Ces quelques exemples nous montrent clairement que, dans les différents domaines sectoriels, des normes différentes s'appliquent en matière de transparence des systèmes algorithmiques (et des systèmes automatisés) dans le cadre de la modération des contenus.

La proposition de règlement sur la publicité à caractère politique constitue une autre approche réglementaire importante qui est actuellement en cours de procédure législative⁸⁰. Bien qu'il ne concerne pas les contenus illicites, ce règlement devrait ajouter une nouvelle strate d'obligations de transparence pour les fournisseurs de services. Les articles 5 à 11 et 14 de la proposition énoncent des règles visant à garantir que les services de publicité à caractère politique soient fournis de manière transparente. Les fournisseurs de services de publicité à caractère politique doivent notamment garantir la transparence de toute publicité à caractère politique selon des règles détaillées (étiquetage en tant que telle, identité du parraineur, avis de transparence exhaustif expliquant les objectifs et le contexte, etc.). Ils doivent mettre en place des systèmes de signalement des publicités à caractère politique ne respectant pas les exigences réglementaires et sont soumis à certaines obligations de déclaration et de transmission aux autorités compétentes. Néanmoins, ce qui est plus intéressant au regard de notre étude, ce sont les règles encadrant le ciblage et l'amplification de la publicité à caractère politique (article 12). Concrètement, ces pratiques se font régulièrement au moyen d'algorithmes. Les techniques de ciblage ou d'amplification qui impliquent le traitement de données à caractère personnel dans le cadre de la publicité à caractère politique sont interdites, sauf si elles reposent sur un consentement explicite ou se réfèrent à la publicité au sein d'un parti ou d'un cadre similaire.

En premier lieu, cela signifie que des restrictions doivent être mises en œuvre dans ce type d'algorithmes publicitaires. Par ailleurs, dans les cas où la publicité à caractère politique personnalisée est autorisée (par exemple, lorsque le consentement a été donné), les fournisseurs doivent se conformer à d'autres obligations de transparence

⁸⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, COM/2021/731 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52021PC0731>.



telles que l'adoption et la mise en œuvre d'un règlement interne décrivant clairement et simplement leurs techniques de ciblage et d'amplification. Ils doivent notamment tenir un registre de l'utilisation du ciblage ou de l'amplification, des mécanismes, techniques et paramètres pertinents appliqués ainsi que de la ou des sources de données à caractère personnel utilisées. En même temps que l'annonce publicitaire à caractère politique, le fournisseur doit transmettre des informations supplémentaires sous forme d'avis de transparence pour permettre à la personne concernée de comprendre la logique sous-jacente et les principaux paramètres de la technologie employée et si des données de tiers et des techniques analytiques additionnelles ont été utilisées. L'annexe II de la proposition de règlement définit de façon plus concrète le degré de transparence des algorithmes en indiquant que ces informations doivent indiquer les groupes spécifiques de destinataires ciblés, y compris les paramètres utilisés pour déterminer les destinataires à l'intention desquels la publicité est diffusée, avec le même niveau de détail que celui utilisé pour le ciblage. De plus, il convient de spécifier les catégories de données à caractère personnel utilisées pour le ciblage et l'amplification, les objectifs, les mécanismes et la logique du ciblage et de l'amplification, de même que les paramètres d'inclusion et d'exclusion et les raisons du choix de ces paramètres. Au regard du concept très large qui sous-tend cette proposition de règlement, qui couvre non seulement la publicité « authentique » des partis politiques lors des campagnes électorales, mais aussi, le cas échéant, l'engagement politique d'acteurs non politiques, si ces règles sont adoptées, elles pourraient avoir un impact encore plus important sur le secteur des médias que celui qui a déjà été mentionné⁸¹.

3.2.5 Perspectives : émergence d'une législation européenne en matière d'IA

Comme nous l'avons déjà mentionné au sujet des travaux du Conseil de l'Europe, l'IA et les algorithmes, en tant que composants de base indispensables de l'IA, sont étroitement liés, de telle sorte qu'on ne saurait passer sous silence la proposition de législation sur l'IA⁸², toujours en cours de négociation entre les organes législatifs de l'UE. Cette proposition vise à établir des règles harmonisées pour la mise sur le marché, la mise en service et l'utilisation des systèmes d'IA au sein de l'UE. En substance, elle adopte une approche multisectorielle en interdisant certains systèmes d'IA qui présentent un risque inacceptable, tels que la notation sociale, en imposant des obligations plus strictes à l'IA à

⁸¹ Voir plus en détail Cole/Etteldorf, *Implementation of the revised Audiovisual Media Services Directive* (n 59), p. 45 et suiv.

⁸² Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.



haut risque, telle que l'identification biométrique, et en instaurant essentiellement une obligation de transparence pour les systèmes d'IA à risque faible⁸³.

La proposition initiale de la Commission définissait un système d'IA comme un logiciel développé à l'aide d'une ou plusieurs des technologies et approches énumérées en annexe et capables, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, de générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions qui influencent l'environnement avec lesquels il interagit. Cette définition assez rigide, reposant sur des normes techniques fixes dans un secteur en constante évolution, a été fortement modifiée par les positions du Parlement européen et du Conseil de l'UE⁸⁴. L'un des points de discussion concerne d'ores et déjà la question de savoir si, et dans quelle mesure, les systèmes d'IA générative seront également couverts par le champ d'application de la législation sur l'IA. Toutes les positions convergent néanmoins sur le fait que la transparence des systèmes d'IA est considérée comme l'axe central du règlement.

Le premier domaine concerné est l'IA à haut risque, qui, selon le Parlement, inclut notamment le prélèvement arbitraire de données biométriques sur les réseaux sociaux pour créer des bases de données de reconnaissance faciale (cf. l'affaire *Clearview AI*). Ces systèmes devront être soumis à un grand nombre d'obligations strictes, notamment l'enregistrement dans une base de données de l'UE, une obligation d'évaluation *ex ante* de la conformité et des risques, la mise en place d'un contrôle humain, la cybersécurité, la robustesse technique et des règles sur les données d'entraînement. En particulier, la base de données de l'UE devrait, conformément aux positions du Parlement et du Conseil, inclure également des informations sur le déploiement de tout système d'IA concerné, permettant ainsi aux chercheurs d'en suivre l'impact de plus près. Les dispositions relatives à la gouvernance des données jouent également un rôle décisif, car elles prévoient que les jeux de données d'entraînement, de validation et de test doivent être soumis à une sorte d'évaluation de conformité pour éviter tout dysfonctionnement risquant d'entraîner des discriminations ou des conclusions erronées.

L'article 13 dispose que les systèmes d'IA à haut risque doivent être conçus et développés de manière à ce que leur fonctionnement soit suffisamment transparent pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats du système et de l'utiliser de manière appropriée. À cet égard, la législation sur l'IA tend à concevoir la transparence au sens de « capacité d'interprétation ». Conformément à la position du Parlement, il est établi qu'« on entend par « transparence » le fait que, au moment où le système d'IA est mis sur le marché, tous les moyens techniques disponibles conformément à l'état de la technique généralement reconnu sont utilisés pour garantir que les résultats du système d'IA sont interprétables par le fournisseur et l'utilisateur. L'utilisateur [doit être] en mesure de comprendre et d'utiliser correctement le système d'IA en connaissant généralement le

⁸³ Pour un premier aperçu analytique, voir « Veale/Zuiderveen Borgesius, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act - Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach* », *Computer Law Review International* 2021 22:4, pp. 97-112. <https://doi.org/10.9785/crl-2021-220402>.

⁸⁴ Voir le synopsis sur 3 colonnes du trilogue en cours, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/272920/AI%20Mandates.pdf>.



fonctionnement du système d'IA et les données qu'il traite, ce qui lui permet d'expliquer les décisions prises par le système d'IA à la personne concernée. » Un type et un niveau adéquats de transparence permettent de veiller au respect des obligations pertinentes, à savoir l'exigence d'une évaluation par les fournisseurs. Tout système d'IA doit être accompagné d'une notice d'utilisation dans un format numérique approprié ou autre, contenant des informations concises, complètes, exactes et claires, qui soient pertinentes, accessibles et compréhensibles pour les utilisateurs. Cette notice inclut, le cas échéant, les spécifications relatives aux données d'entrée, ou toute autre information pertinente concernant les jeux de données d'entraînement, de validation et de test utilisés, compte tenu de la destination du système d'IA.

Probablement plus intéressantes au regard du droit des médias⁸⁵, les dispositions du titre IV relatives aux systèmes d'IA comportant certains risques limités méritent qu'on s'y attarde. En vertu de la proposition initiale (article 52), les obligations de transparence s'appliquent aux systèmes destinés à interagir avec les humains (tels que les *chatbots*), dotés d'un système de détection des émotions ou de catégorisation biométrique qui leur permet d'assigner des personnes physiques à des catégories (sociales) spécifiques, ou capables de générer ou de manipuler des contenus (hypertrucage). Si, par exemple, un système d'IA est utilisé pour générer ou manipuler des images ou des contenus audio ou vidéo pouvant être perçus à tort comme authentiques, il doit être soumis à une obligation de signalement informant les utilisateurs que les contenus sont générés par des moyens automatisés, sous réserve d'exceptions à des fins légitimes (par exemple, application de la loi, liberté d'expression). Toutefois, cette disposition a été largement remaniée dans les positions du Parlement et du Conseil. Par exemple, en ce qui concerne l'hypertrucage, le Parlement veut s'assurer que les informations soient fournies « de manière appropriée, claire, visible et en temps utile », en indiquant également le nom de la personne physique ou morale qui a généré ou manipulé les contenus. Le Parlement européen propose également de préciser le terme « divulgation », qui signifie que les contenus « sont étiquetés d'une manière qui signale clairement leur caractère non authentique aux personnes auxquelles ils sont destinés » en s'appuyant pour cela sur l'état de la technique généralement reconnu et les normes harmonisées et spécifications pertinentes. Le Parlement apporte également quelques précisions sur l'exception prévue au titre de la liberté d'expression en spécifiant que pour tout contenu « manifestement créatif, satirique, artistique ou fictif, de jeux vidéo et de travaux ou programmes analogues », l'obligation de transparence se limite à la divulgation de l'existence de tels contenus générés ou manipulés d'une manière claire et visible appropriée qui n'entrave pas l'affichage de l'œuvre.

Il convient donc de différer toute analyse globale de la législation sur l'IA au regard de son impact sur la transparence des algorithmes jusqu'à ce que le texte final soit officiellement publié. Bien qu'au moment de la rédaction de cet IRIS Spécial, un accord final entre les organes législatifs n'ait pas encore été conclu, l'importance du nouvel ensemble de règles était clairement prévisible. Les législateurs de l'UE sont parvenus à un

⁸⁵ Concernant l'importance spécifique de l'IA dans le secteur audiovisuel, voir Cappello M. (éd.), *L'intelligence artificielle dans le secteur de l'audiovisuel* (note 35).



compromis sur la législation sur l'IA le 9 décembre 2023⁸⁶, mais d'autres discussions intenses et controversées ont eu lieu pour savoir si le travail textuel reflétant l'accord politique recevrait le soutien nécessaire de la part des institutions⁸⁷. Finalement, l'acceptation provisoire du projet de texte par le Coreper a eu lieu le 2 février 2024 et ce document a été rendu public⁸⁸. Le vote en commission du Parlement européen était prévu pour la mi-février et, une fois que toutes les versions linguistiques seront disponibles, l'acte devrait être adopté en avril 2024 par la plénière du Parlement européen et, peu après, par le Conseil, avant d'être publié au Journal officiel et de pouvoir entrer en vigueur.

⁸⁶ Voir communiqué de presse du Conseil de l'UE, Législation sur l'intelligence artificielle: le Conseil et le Parlement parviennent à un accord sur les premières règles au monde en matière d'IA, 09.12.23, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>; European Parlement européen, Communiqué de presse, *Loi sur l'intelligence artificielle : accord sur des règles globales pour une IA digne de confiance*, 9 décembre 2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20231206IPR15699/loi-sur-l-intelligence-artificielle-accord-sur-des-regles-globales> ; Commission européenne, Communiqué de presse IP 23/6473, *La Commission salue l'accord politique obtenu sur le règlement concernant l'intelligence artificielle*, 9 décembre 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_6473. Voir aussi Radel-Cormann, IRIS 2024-1:1/9, <https://merlin.obs.coe.int/article/9934>.

⁸⁷ Pour plus d'informations voir par exemple Volpicelli, EU countries strike deal on landmark AI rulebook, 2 février 2024, <https://www.politico.eu/article/eu-countries-strike-deal-ai-law-act-technology/>.

⁸⁸ E.g. through some of the persons closely involved in the negotiations, see <https://www.kaizenner.eu/post/aiact-part3> et lien direct [https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/](https://download-files.wixmp.com/ugd/88fe02_277c24b6d3f244bd86093d16c8573417.pdf?token=eyJhbGciOiJIUzI1NiIsInR5cCI6IkpXVCJ9.eyJpc3MiOiJ1cm46YXBwOmU2NjYzMGU3MTRmMDO5MGFhZWExZjE0OWIzYjY5ZTMylmIiwic3ViIjoidXl1OmFwcDplNjY2MzBINzE0ZjA0OTBhYWVhMmYxNDliM2I2OWUzMiIsImF1ZCI6IjEzcm46Y2VydmljZTpmaWxLLmRvd25sb2Fkl0smlhdCI6MTcwNzY5OTkyMiwic29udGkiOiJmMzkyZTl0YjZkM2YyNDRIZDg2MDkzZDE2Yzq1NzMTM0MTcucGRmln1dXSwiZGlzLjlp7ImZpbGVuYW1lIjoilOUIBIC0gVHJpbG9ndWUgLSBD3lLcGVyLnBkZiIsInR5cGUlOiJhdHRhY2htZW50In19.xBYh2z1BpVOiKFE7ehrS0NjGdNgexLLfYRcZMp7KFY0, see also <a href=).



4 Une avancée majeure au niveau de l'UE : la législation sur les services numériques

Christina Etteldorf, Institut du droit européen des médias (EMR)

Le paquet législatif sur les services numériques (DSA) que la Commission européenne a proposé en 2020⁸⁹ constitue une évolution majeure dans la réglementation de l'UE sur l'environnement en ligne. Les deux volets de ce paquet - la législation sur les services numériques (DSA) et la législation sur les marchés numériques (DMA) - ont été publiés et sont entrés en vigueur à l'automne 2022, avec un calendrier d'application différent en 2023 et en 2024. Ils instaurent un grand nombre de nouvelles règles en matière de transparence.

4.1 Une nouvelle norme pour la transparence en ligne : la législation sur les services numériques de l'UE

La DSA deviendra pleinement applicable en tant que nouveau cadre de réglementation des plateformes en février 2024 et constituera un ensemble de règles exhaustives, horizontales et directement contraignantes au niveau de l'UE. Ce cadre repose sur trois piliers : le maintien des exemptions conditionnelles de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires, des règles relatives à des obligations de diligence spécifiques adaptées à certaines catégories spécifiques de fournisseurs, et des règles relatives à la mise en œuvre et à l'exécution du règlement. Les aspects relatifs au cadre exécutif et institutionnel mis en place à cet effet sont présentés au chapitre 6, tandis que le présent chapitre se penche sur les obligations de diligence prévues par la DSA en ce qui concerne la transparence (des algorithmes). Les obligations de diligence sont indépendantes de la question de l'exemption de responsabilité, ce qui donne lieu à certaines attentes en matière de responsabilité des fournisseurs⁹⁰. Il convient de noter, au regard de l'analyse précédente de la législation sectorielle, que la DSA s'entend « sans préjudice » des règles

⁸⁹ Pour une vue d'ensemble, voir Cappello M. (éd.), « Décrypter la législation sur les services numériques (DSA) », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2021, <https://rm.coe.int/iris-special-2021-01fr-decrypter-la-legislation-sur-les-services-numer/1680a4d2ba>.

⁹⁰ Voir considérant 41 de la DSA, dernière phrase.



de l'UE présentées ci-dessus (article 2(4) de la DSA). Cela signifie que, fondamentalement, ces règles et la DSA s'appliquent indépendamment les unes des autres sans établir concrètement de rapport de primauté, même si la mise en œuvre pratique peut donner lieu à certains recouvrements⁹¹.

4.1.1 La transparence dans la DSA

Comme l'indique le titre du chapitre III de la DSA, les obligations de diligence visent à garantir un environnement en ligne sûr et transparent. En vertu des différentes dispositions, cette transparence doit s'exercer non seulement à l'égard des utilisateurs (consommateurs et entreprises utilisatrices), mais aussi de la société dans son ensemble, notamment les organismes de recherche et les autorités de régulation. L'élargissement des destinataires au-delà des seuls utilisateurs peut constituer une étape importante pour traiter plus efficacement les différents risques dans l'environnement en ligne⁹². Le concept de transparence est inhérent à presque toutes les dispositions et la portée de ses exigences augmente en fonction de la nature et de la taille du service. Il suit ainsi l'approche globale graduelle de la DSA.

La première mesure de transparence instaure l'obligation pour tous les types de services intermédiaires de désigner des points de contact et des représentants légaux. Il s'agit d'établir, de manière claire et facilement identifiable, un point de contact unique pour les utilisateurs et les autorités de régulation dans les structures souvent complexes des plateformes. L'article 14 de la DSA constitue une avancée significative en ce qu'il clarifie les limites du règlement intérieur dans l'environnement des services en ligne. En vertu de cette disposition, tous les prestataires de services intermédiaires sont tenus de fournir et de tenir à jour un certain nombre d'informations dans leurs conditions générales⁹³. Ces informations concernent non seulement des questions d'ordre général telles que les politiques et procédures appliquées aux fins de la modération des contenus, mais aussi les mesures et les outils utilisés à cette fin, y compris la prise de décision fondée sur des algorithmes et les modalités de réexamen par un être humain. De plus, le règlement intérieur de leur système interne de traitement des réclamations doit être communiqué. Toutes ces informations doivent être mises à la disposition du public dans un format facilement accessible et lisible par une machine. Pour les services s'adressant

⁹¹ Critique sur les aspects de cohérence et de coordination du point de vue de la Directive SMA et autres références, Cole/Etteldorf, *Future Regulation of Cross-Border Audiovisual Content Dissemination*, 2023, <https://doi.org/10.5771/9783748939856>, p. 92 et suiv., 106 et suiv.

⁹² Voir par exemple Strowel/De Meyere, « *The Digital Services Act: transparency as an efficient tool to curb spread of disinformation on online platforms?* », *JIPITEC* 2023 14:1, p. 66-83, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-14-1-2023/5708>. En conclusion, les auteurs soulignent néanmoins que des questions subsistent concernant la surcharge d'informations pour les régulateurs et l'efficacité de l'application prochaine de la DSA.

⁹³ En ce qui concerne en particulier l'usage des algorithmes dans la modération des contenus, voir Martínez, « *Platform regulation, content moderation, and AI-based filtering tools: Some reflections from the European Union* », *JIPITEC* 2023 14:1, p. 21-225, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-14-1-2023/5716>; Fernandez/Cole, *The Use of Algorithmic Decision-Making (ADM) Systems* (note 60).



principalement à des mineurs ou utilisés majoritairement par ce public, cette dernière exigence implique que les informations doivent être présentées d'une manière compréhensible pour les mineurs. Les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne (VLOP) et de très grands moteurs de recherche (VLOSE)⁹⁴ doivent même fournir un résumé des conditions générales en plusieurs langues. L'objectif de transparence visé à l'article 14 est clairement axé sur la transparence à l'égard des utilisateurs. Les utilisateurs doivent être en mesure de comprendre - tant du point de vue du destinataire que de celui du créateur - comment le contenu est traité, dans quelle mesure des processus automatisés sont utilisés et quelles sont les options dont disposent les utilisateurs pour se défendre contre les résultats des procédures en œuvre. Toutefois, il convient de souligner que cette approche prône la transparence en matière de localisation et de modalité d'intégration des algorithmes dans les systèmes du fournisseur de services, mais ne couvre pas explicitement la transparence concernant le fonctionnement de ces algorithmes.

Les dispositions spécifiques relatives aux VLOP et aux VLOSE prévoient des obligations de transparence supplémentaires et plus strictes à leur égard. En particulier, la transparence doit être assurée dans le cadre de l'évaluation des risques et des exigences en matière d'atténuation des risques. Sans entrer dans le détail de chacune des obligations, à certains égards assez souples et formulées de manière ouverte en ce qui concerne leur importance au regard de la transparence (en particulier en matière d'algorithmes), il convient de souligner que la DSA impose aux VLOP et aux VLOSE de procéder à une évaluation des risques pour les contenus diffusés par l'intermédiaire de leurs services. Ils doivent évaluer les menaces que représentent, entre autres, les contenus illicites ou qui pèsent sur l'exercice des droits fondamentaux. Cela implique un examen de la conception de leurs systèmes de recommandation et autres systèmes algorithmiques concernés, y compris pour la modération des contenus et la publicité, en vue de traiter cette question (article 34(2, points a, b et d de la DSA).

Le risque de manipulation des contenus est explicitement mentionné. Cela concerne d'une part la désinformation (campagnes), mais aussi la question de l'hypertrucage, qui se pose en lien avec la transparence des algorithmes et, d'autant plus, avec l'IA⁹⁵. La proposition du Parlement européen au cours de la procédure législative⁹⁶

⁹⁴ Le 25 avril 2023, la Commission européenne a désigné deux très grands moteurs de recherche, Bing et Google Search, et un certain nombre de très grandes plateformes, à savoir Alibaba, AliExpress, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia et YouTube, voir https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-designe-une-premiere-serie-de-tres-grandes-plateformes-en-ligne-et-de-tres-grands-2023-04-25_fr. Amazon (Amazon Store) et Zalando, qui ont également été désignés comme très grandes plateformes en ligne, ont introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal de première instance (affaires T-367/23 et T-348/23) ; Amazon a obtenu gain de cause selon l'ordonnance provisoire rendue par le tribunal.

⁹⁵ Voir plus en détail Fernandez, « *Deep fakes* »: *disentangling terms in the proposed EU Artificial Intelligence Act* » dans UFITA 2021(85)2, p. 392-433, <https://doi.org/10.5771/2568-9185-2021-2>.

⁹⁶ Parlement européen, Amendements du Parlement européen, adoptés par le le 20 janvier 2022, à 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, P9_TA(2022)0014, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_FR.html, article 33a.



d'imposer des obligations d'étiquetage à toutes les plateformes en ligne en ce qui concerne l'hypertrucage n'a pas été retenue dans le texte final de la DSA. Toutefois, cela a été compensé en partie par les obligations d'évaluation des risques assignées aux VLOP et aux VLOSE, qui sont également corrélées avec d'éventuelles mesures d'atténuation des risques. À titre d'exemple, l'article 35(1)k de la DSA prévoit le recours par les fournisseurs de VLOP et VLOSE à un marquage bien visible pour garantir qu'un élément d'information, qu'il s'agisse d'une image, d'un contenu audio ou vidéo généré ou manipulé, qui ressemble nettement à des personnes, à des objets, à des lieux ou à d'autres entités ou événements réels, et apparaît à tort aux yeux d'une personne comme authentique ou digne de foi, est reconnaissable lorsqu'il est présenté sur leurs pages en ligne. De plus, ils doivent mettre à disposition une fonctionnalité facile d'utilisation permettant aux destinataires du service de signaler ce type d'informations pour qu'elles soient étiquetées en conséquence. Cette approche est principalement axée sur l'impact des risques associés à l'hypertrucage sur la vie privée⁹⁷.

Au-delà du droit à la vie privée, les risques que l'hypertrucage, de même que les systèmes algorithmiques en général, font peser sur la formation de l'opinion et, partant, la liberté d'expression et d'information, pourraient néanmoins être (et seront probablement) encadrés à l'avenir en articulant la DSA avec des codes de conduite existants ou en cours d'élaboration. Il convient d'encourager non seulement la mise en place de ces codes de conduite (article 45(1) de la DSA), mais aussi, en cas de risques systémiques, la participation à leur élaboration à l'invitation de la Commission (article 45(2) de la DSA). Ces codes de conduite peuvent également être reconnus comme un instrument réglementaire approprié (article 45(4) de la DSA), ce qui permet à la Commission, en tant qu'autorité de régulation, d'exiger des VLOP et des VLOSE qu'ils s'engagent à respecter ces codes dès lors que des risques ont été identifiés. Par exemple, dans une telle démarche de corégulation, le code de conduite renforcé de l'UE en matière de désinformation⁹⁸ pourrait, comme cela a déjà été annoncé⁹⁹, être approuvé dans le cadre de la DSA et l'extension envisagée des obligations d'étiquetage aux contenus générés par l'IA¹⁰⁰ pourrait ainsi devenir une exigence quasiment légale.

Outre le fait que l'harmonisation et la normalisation juridique des systèmes de notification et de réclamation, par exemple, peuvent être considérées comme une étape supplémentaire vers plus de clarté pour les utilisateurs et, partant, comme une expression de la transparence, ce sont les obligations spécifiques des plateformes en ligne qui instaurent directement la transparence dans une approche axée sur la résolution des

⁹⁷ Voir à ce sujet van Huijstee et al., *Tackling deepfakes in European policy*, étude EPRS, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU\(2021\)690039_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU(2021)690039_EN.pdf).

⁹⁸ Code de bonnes pratiques contre la désinformation de 2018, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/library/2018-code-practice-disinformation> ;

Code de bonnes pratiques renforcé contre la désinformation de 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

⁹⁹ *Press statement of Vice-President Jourova on the meeting with the Code of Practice on Disinformation Signatories*, 26 septembre 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_4645.

¹⁰⁰ Voir la représentation allemande de la Commission européenne, communiqué de presse du 5 juin 2023, https://germany.representation.ec.europa.eu/news/verhaltenskodex-gegen-desinformation-unterzeichner-sollen-arbeit-intensivieren-und-kunstliche-2023-06-05_de.



problèmes. Afin de lutter contre le problème croissant des interfaces truquées et des techniques d'incitation (*nudging*) dans l'environnement en ligne, l'article 25 de la DSA, qui a été ajouté tardivement dans la procédure de trilogue lors de la négociation d'un compromis entre le Conseil et le Parlement, oblige les plateformes en ligne à concevoir les interfaces utilisateur d'une manière spécifique. Les fournisseurs de ces plateformes ne doivent ni concevoir, ni organiser, ni exploiter leurs interfaces en ligne de façon à tromper ou à manipuler les destinataires de leur service ou de toute autre façon propre à altérer ou à entraver substantiellement la capacité des destinataires de leur service à prendre des décisions libres et éclairées. Parmi les exemples courants de ces techniques, citons les fenêtres contextuelles demandant de façon répétée à l'utilisateur d'accepter les cookies ou les appels à indiquer son numéro de téléphone portable à des fins de sécurité, alors que l'utilisateur a déjà notifié son refus, parfois même à plusieurs reprises. Les lignes directrices que la Commission est en droit de publier fourniront probablement davantage de précisions sur les implications concrètes de cette disposition, formulée de manière assez vague, pour les plateformes, en spécifiant notamment quelles techniques doivent être considérées comme manipulatrices et dans quelle mesure. Alors que l'article 25 couvre toute une série de questions, y compris dans le cadre des algorithmes tels que les systèmes de recommandation ou la publicité, les articles 26 et 27 sont consacrés à des questions spécifiques liées à la publicité et aux systèmes de recommandation et sont présentés plus en détail ci-après.

4.1.2 Transparence de la publicité sur les plateformes en ligne

L'article 26 de la DSA répond aux risques liés à la publicité en ligne dès lors qu'il s'agit de messages publicitaires illicites, d'incitations financières en faveur de la publication ou de l'amplification de contenus et d'activités illégales ou autrement préjudiciables en ligne, ou encore de la présentation discriminatoire de publicités ayant une incidence sur l'égalité de traitement et des chances des citoyens¹⁰¹. Les fournisseurs de plateformes en ligne qui présentent de la publicité¹⁰² sur leurs interfaces en ligne doivent veiller à ce que, pour chaque publicité spécifique présentée à chaque destinataire individuel, les destinataires du service puissent de manière claire, précise, non ambiguë et en temps réel identifier qu'il s'agit d'une publicité, pour le compte de qui elle est présentée et qui l'a payée. L'obligation d'étiquetage s'étend aux contenus générés par les utilisateurs, à l'égard desquels les plateformes en ligne, même si elles ne sont pas à l'origine de ces contenus, ont néanmoins des responsabilités au sens où elles doivent fournir une fonction de notification correspondante pour les utilisateurs qui téléversent ces contenus. Ce point

¹⁰¹ Considérant 68. Voir également Cappello M. (éd.), « Publicité en ligne : nouveaux acteurs et risques émergents », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2022, <https://rm.coe.int/iris-special-1-2022fr-publicite-en-ligne/1680a875dc>.

¹⁰² Le terme sur lequel s'appuie la DSA est neutre en ce qui concerne le format, c'est-à-dire qu'il peut être audio, audiovisuel, textuel ou une combinaison de ceux-ci. Voir article 3, point r) de la DSA.



est particulièrement pertinent au regard de l'importance croissante du marketing d'influence¹⁰³. Ces contenus notifiés doivent ensuite être étiquetés en conséquence par les plateformes lors de leur diffusion.

Le profilage, c'est-à-dire la publicité ciblée fondée sur des données à caractère personnel, est interdit lorsqu'il repose sur des catégories particulières de données à caractère personnel (article 9(1) du RGPD), telles que l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la santé ou les données relatives à la vie sexuelle ou à l'orientation sexuelle d'une personne physique¹⁰⁴. Plus pertinente au regard de notre étude, l'obligation de transparence visée à l'article 26(1)d) de la DSA exige des plateformes en ligne qu'elles fournissent des « informations utiles, qui doivent être directement et facilement accessibles à partir de la publicité, concernant les principaux paramètres utilisés pour déterminer le destinataire auquel la publicité est présentée et, le cas échéant, la manière dont ces paramètres peuvent être modifiés. »

D'une part, le règlement vise à rendre la publicité plus transparente et plus prévisible pour l'utilisateur. L'utilisateur est ainsi placé dans une position qui lui permet de fonder sa décision d'achat ou de se forger une opinion en étant mieux informé. Par exemple, cela peut l'aider à prendre conscience qu'un produit lui est présenté non pas en raison de sa forte popularité ou du niveau de satisfaction de la clientèle, mais tout simplement parce qu'il a déjà consulté des produits similaires sur des sites internet ou qu'il a été classé dans un certain groupe cible (en fonction de son âge, de son sexe, de ses loisirs, etc.) et que la rémunération versée pour l'annonce publicitaire couvre ce type de personnalisation. D'autre part, cette disposition vise à responsabiliser l'utilisateur. Les utilisateurs doivent être en mesure de gérer la publicité, ou plus précisément les paramètres sur la base desquels elle est présentée, si la plateforme en ligne offre une telle possibilité de configuration manuelle. Dans ce dernier cas, le fonctionnement des différentes options de réglage doit être expliqué clairement. Toutefois, la mise en œuvre d'une possibilité de configuration manuelle ne fait pas l'objet d'une obligation générale.

En ce qui concerne ces deux aspects, le texte de la DSA proprement dit ne fixe pas de périmètre précis à la transparence ou à la responsabilisation des utilisateurs. Par exemple, en ce qui concerne l'obligation d'information, la question se pose de savoir s'il suffit d'indiquer les paramètres (c'est-à-dire les motifs) pour lesquels une publicité est présentée (c'est-à-dire une juxtaposition de paramètres sources concernant le destinataire et de paramètres cibles de l'annonce publicitaire) ou s'il convient de divulguer en outre la manière dont ces paramètres sont pondérés, et pourquoi une publicité peut être préférée à une autre. En ce qui concerne la possibilité de personnalisation, on est en droit de se demander si cela couvre uniquement l'activation et la désactivation de la publicité

¹⁰³ Voir à ce sujet les obligations similaires imposées aux fournisseurs de services vidéo par le groupe de travail de l'ERGA *Subgroup on consistent implementation and enforcement of the new AVMSD framework*, « *Analysis and recommendations concerning the regulation of vloggers* », 2021, <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/12/ERGA-SG1-2021-Report-Vloggers.pdf>.

¹⁰⁴ Cette interdiction est nettement plus stricte que le RGPD dont les articles 9 et 22 autorisaient jusqu'alors ce type de traitement tout au moins lorsque la personne concernée donnait librement son consentement. Le considérant 69 place cette disposition dans le contexte des menaces possibles pour la société, par exemple les campagnes de désinformation ou la discrimination.



personnalisée, de certains paramètres individuels (par exemple en cochant ou décochant des options dans une liste), de certaines publicités ou de certaines catégories de publicités, ou si cela inclut également la modification de ces éléments et leur extension par le biais des préférences de l'utilisateur, voire même leur pondération, qui est au cœur de la programmation du système algorithmique. Étant donné que l'article 26 de la DSA ne fait référence qu'à la transparence de la gestion des paramètres, sans obliger les plateformes en ligne à fournir un mécanisme permettant aux utilisateurs de modifier systématiquement les paramètres publicitaires (« le cas échéant » uniquement), cette possibilité dépend en tout état de cause du modèle publicitaire des plateformes. En matière d'obligation de transparence, le considérant 68 fait référence aux « principaux paramètres » - à l'instar du Règlement P2B qui utilise ce terme au sens large - et aux « explications judicieuses sur la logique utilisée à cette fin » - à l'instar du RGPD qui utilise ce terme dans le contexte de la prise de décision automatisée. Toutefois, il se fonde apparemment sur une conception moins technique et plus conviviale, en indiquant que ces explications devraient inclure des informations sur la méthode utilisée pour présenter la publicité, par exemple s'il s'agit d'une publicité contextuelle ou d'un autre type de publicité, et, le cas échéant, les principaux critères de profilage utilisés. À l'avenir, cela pourrait être précisé par des normes volontaires établies par les organismes de normalisation européens et internationaux compétents, tout au moins en ce qui concerne les aspects techniques. Conformément à l'article 44(1)h) de la DSA, la Commission consulte le Comité européen des services numériques et soutient et promeut le développement et la mise en œuvre des mesures techniques permettant de satisfaire aux obligations relatives à la publicité contenues dans la DSA. En outre, conformément à l'article 46 de la DSA, la Commission encourage et facilite l'élaboration de codes de conduite volontaires au niveau de l'Union en vue de contribuer à une transparence accrue pour les acteurs de la chaîne de valeur de la publicité en ligne, au-delà des exigences des articles 26 et 39, ce dernier concernant les VLOP et les VLOSE.

L'article 39 de la DSA prévoit une transparence renforcée et définie de manière plus précise pour la publicité en ligne sur les VLOP et les VLOSE. Les fournisseurs de ces services doivent tenir et mettre à la disposition du public, dans une section spécifique de leur interface en ligne, un registre contenant un certain nombre d'informations. Ces informations doivent permettre à l'utilisateur d'évaluer la publicité et de faire des choix éclairés, notamment en ce qui concerne l'origine de la publicité (pour le compte de qui et payée par qui), et le contenu de ce registre doit indiquer clairement qu'il servira principalement à des fins de surveillance pour le grand public, les chercheurs et les autorités de régulation au regard des risques systémiques posés par ces plateformes – outre une liste de toutes les communications commerciales et de la période au cours de laquelle elles ont été présentées, le registre comprend un aperçu des critères selon lesquels les communications commerciales ont été ciblées et de leurs groupes cibles. Le niveau de précision du registre va jusqu'à fournir des données sur la communication commerciale dans les contenus générés par les utilisateurs qui ont été notifiés comme tels. Les VLOP et les VLOSE doivent notamment indiquer si la publicité était destinée à être présentée spécifiquement à un ou plusieurs groupes particuliers de destinataires (groupes cibles) et, dans l'affirmative, les principaux paramètres utilisés à cette fin, y compris, le cas échéant, les principaux paramètres utilisés pour exclure un ou plusieurs de ces groupes particuliers. La transparence est également requise en ce qui concerne le



nombre total de destinataires du service et, le cas échéant, les nombres totaux ventilés par État membre pour le ou les groupes de destinataires que la publicité ciblait spécifiquement. Pour faciliter l'accessibilité de ce registre, les fournisseurs sont tenus de mettre en place des outils de recherche fiables permettant des requêtes multicritères ainsi que des interfaces de programmation d'applications.

Globalement, un tel registre doté des fonctionnalités spécifiées ouvre une nouvelle dimension en matière de transparence dans le cadre de la diffusion de contenus en ligne pour les utilisateurs individuels. Les règles plus strictes pour les VLOP et les VLOSE reposent sur le postulat que d'une part, les services à grande audience présentent des risques pour les particuliers, et que d'autre part, il convient de neutraliser ces risques systémiques avant leur matérialisation. C'est cette approche qui sous-tend les différentes étapes réglementaires de la DSA en général. En ce qui concerne la publicité en particulier, les services qui détiennent une large part de marché disposent non seulement d'une certaine envergure, mais aussi de capacités importantes pour cibler et atteindre les destinataires en fonction de leur comportement, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leurs propres interfaces. Une portée aussi large comporte des risques accrus par le biais de publicités illégales ou de techniques de manipulation et de désinformation, du seul fait de l'échelle du public concerné. L'impact négatif potentiel, réel et prévisible, sur la santé publique, la sécurité publique, le discours civil, la participation politique et l'égalité requiert la mise en place d'obligations plus strictes¹⁰⁵. À cet égard, il convient de noter que grâce à ces registres, les organismes de contrôle (qu'ils soient publics ou privés) pourront se faire une idée générale des critères de ciblage et de diffusion et de la manière dont leur corrélation présente des risques accrus. Cela permettra, par exemple, d'évaluer si une publicité est diffusée auprès de personnes vulnérables ou en situation de vulnérabilité, comme les mineurs. En lien avec les mesures d'évaluation et d'atténuation des risques auxquelles les VLOP et les VLOSE sont soumis en tout état de cause et qui comprennent un audit indépendant ainsi que des obligations d'information plus détaillées à l'égard des autorités de régulation (voir le chapitre 6), ces obligations contribuent à la mise en place d'un environnement publicitaire plus transparent et plus sûr.

4.1.3 Transparence des systèmes de recommandation

Un autre élément essentiel des modèles d'affaires des plateformes en ligne est abordé à l'article 27 de la DSA et concerne la manière dont les informations sont hiérarchisées et présentées sur leur interface en ligne en vue de faciliter et optimiser l'accès à l'information des destinataires du service. Ces systèmes de recommandation concernent, selon le service, divers types de contenus et d'informations, mais ont en commun de s'appuyer sur des suggestions algorithmiques, de classer et de hiérarchiser les informations, de distinguer les contenus par le texte ou par d'autres représentations visuelles, ou d'organiser de toute autre manière les informations fournies par les

¹⁰⁵ Considérant 95 de la DSA.



destinataires¹⁰⁶. Ils peuvent donc avoir un impact significatif sur la formation de l'opinion publique. Pour faire face à ce risque, l'article 27(1) de la DSA instaure des obligations de transparence supplémentaires en vertu desquelles les fournisseurs de plateformes en ligne doivent indiquer dans leurs conditions générales, dans un langage clair et compréhensible, les principaux paramètres utilisés dans leurs systèmes de recommandation. Par ailleurs, ils doivent expliquer toutes les options dont disposent les destinataires du service pour modifier ou influencer ces principaux paramètres.

Bien qu'il n'existe pas de définition spécifique de l'expression « principaux paramètres », l'article 27(2) de la DSA énonce une liste non exhaustive de critères qui sont considérés comme des principaux paramètres et doivent au minimum figurer dans les informations destinées aux utilisateurs. Il s'agit notamment des critères les plus importants pour déterminer les informations suggérées au destinataire du service et des raisons de l'importance relative de ces paramètres. L'obligation de fournir ces informations s'applique également aux situations dans lesquelles la hiérarchisation est basée sur le profilage et le comportement en ligne. Bien que ces spécifications permettent de comprendre à quels éléments s'étend la transparence, elles restent toujours basées sur la notion de principaux paramètres au regard de la personnalisation. La définition des « principaux paramètres » au-delà de ce domaine d'application pourrait être clarifiée si, à l'avenir, des normes volontaires établies par les organismes de normalisation européens et internationaux donnaient plus de détails. En vertu de la DSA, la Commission est chargée de soutenir et d'encourager ces normes en ce qui concerne les interfaces de choix et la présentation des informations sur les principaux paramètres des différents types de systèmes de recommandation (article 44(1) i) de la DSA). Toutefois, les informations sur le fonctionnement des algorithmes de personnalisation ne peuvent être considérées que comme une part minime, voire moins pertinente, des informations qui sont importantes pour susciter la confiance des utilisateurs à l'égard d'un service, ce qui, en définitive, constitue l'un des principaux objectifs des obligations de transparence¹⁰⁷. Les informations concernant les données – ce point est généralement traité dans le cadre de la législation relative à la protection des données – ou la source du contenu utilisé dans les systèmes de personnalisation – question habituellement traitée dans le cadre du droit des médias, mais qui fait actuellement l'objet d'approches d'autorégulation ou de réglementations nationales au niveau de l'UE – peuvent être tout aussi importantes si l'on considère la question globalement, et à cet égard, la DSA n'est qu'un élément s'inscrivant dans un ensemble plus vaste¹⁰⁸. Compte tenu de l'objectif poursuivi par l'article 27 de la DSA et de l'obligation des plateformes en ligne d'assurer cette transparence « en permanence »¹⁰⁹, il peut s'avérer difficile pour les fournisseurs de garantir les informations actualisées requises (les « plus importantes » et celles d'une « importance relative ») si leurs algorithmes de recommandation continuent à se développer de leur propre chef en s'appuyant sur l'apprentissage automatique ou l'intelligence artificielle. Ce type de

¹⁰⁶ Considérant 70 de la DSA.

¹⁰⁷ Van Drunen/Zarouali/Helberger, « *Recommenders you can rely on: A legal and empirical perspective on the transparency and control individuals require to trust news personalization* », *JIPITEC* 2022 13:3, p. 302, 316.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Considérant 70.



systèmes capables d'auto-apprentissage peuvent entraver la clarté et l'intelligibilité des explications, y compris pour les fournisseurs, sur le fonctionnement des systèmes algorithmiques à un moment donné ou dans une situation donnée.

De même que l'article 26 de la DSA, l'article 27(3) de la DSA reprend l'aspect de la responsabilisation des utilisateurs mais, contrairement au domaine de la publicité qui concerne principalement le concept commercial d'une plateforme et, partant, son modèle de financement, sa portée est plus large que l'article 26 de la DSA. En matière de recommandation de contenus, la transparence a une fonction capitale au regard des questions de formation de l'opinion. L'article 27(3) dispose que lorsque plusieurs options sont disponibles pour les systèmes de recommandation qui déterminent l'ordre relatif des informations présentées, les fournisseurs de plateformes en ligne prévoient une fonctionnalité permettant aux destinataires du service de sélectionner et de modifier à tout moment leur option favorite. Cette fonctionnalité est directement et aisément accessible dans la section spécifique de l'interface de la plateforme en ligne où les informations sont hiérarchisées. Toutefois, comme nous l'avons déjà expliqué, il n'y a pas de préconisation concrète concernant les options qui doivent être mises à disposition, ou le degré de latitude accordé aux utilisateurs pour les gérer, ce qui, dans une certaine mesure, laisse aux plateformes le choix du niveau de responsabilisation des utilisateurs à mettre en place.

Une fois de plus, les fournisseurs de VLOP et les VLOSE ont des obligations supplémentaires à cet égard. En vertu de l'article 38 de la DSA, ils doivent proposer au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation qui ne repose pas sur le profilage. Cela concerne tout au moins les principaux paramètres et l'option doit être directement accessible à partir de l'interface en ligne où les recommandations sont présentées¹¹⁰. Les obligations de ces plateformes en matière d'évaluation et d'atténuation des risques (articles 34 et 35) complètent ce dispositif en leur imposant, au cas par cas, d'évaluer et, le cas échéant, d'ajuster la conception de leurs systèmes de recommandation. Cela peut impliquer, par exemple, la mise en place de mesures visant à prévenir et réduire le plus possible les biais qui conduisent à la discrimination de personnes en situation de vulnérabilité¹¹¹.

4.1.4 Transparence de la modération des contenus : rapports et base de données de l'UE

Enfin, l'un des piliers de la DSA consiste en l'obligation de transparence incombant à tous les fournisseurs de services intermédiaires, à l'exception des petites entreprises et micro-entreprises. Les fournisseurs doivent mettre à la disposition du public, dans un format lisible par une machine et d'une manière aisément accessible, au moins une fois par an,

¹¹⁰ Considérant 94.

¹¹¹ Voir également sur les biais et la discrimination dans le cadre des mégadonnées Cappello M. (éd.), « L'intelligence artificielle dans le secteur audiovisuel » (note 35), p. 37 et suiv.



des rapports clairs et facilement compréhensibles sur les éventuelles activités de modération des contenus auxquelles ils se livrent (article 15 de la DSA). Cela inclut explicitement des informations sur « tout recours à des moyens automatisés à des fins de modération des contenus, y compris une description qualitative, une indication des objectifs précis, des indicateurs de la précision et du taux d'erreur possible des moyens automatisés utilisés pour atteindre ces objectifs, et les éventuelles mesures de sauvegarde appliquées. »

Cette obligation de déclaration relève clairement de la transparence en matière d'algorithmes, qui va au-delà des informations que les plateformes doivent fournir dans leurs conditions générales. Cette disposition doit être interprétée principalement au sens d'une transparence externe, accessible à l'ensemble de la société, mais qui, dans la pratique, est susceptible d'être utilisée principalement pour la recherche ainsi qu'à des fins de contrôle et de suivi, ce qui semble être confirmé par le fait que la Commission peut adopter des actes d'exécution pour établir des modèles concernant la forme, le contenu et d'autres détails des rapports, en les adaptant aux besoins des organismes de recherche et/ou de régulation. Pour les fournisseurs de plateformes en ligne, l'obligation de transparence va plus loin (article 24 de la DSA) et s'étend, outre la modération des contenus, aux procédures de résolution des litiges, à l'utilisation abusive des mécanismes de plainte, ainsi qu'au nombre d'utilisateurs actifs, ce dernier étant en premier lieu une source d'évaluation pour la désignation éventuelle de ces plateformes en tant que VLOP ou VLOSE. Ces derniers doivent se conformer à des obligations encore plus strictes en matière de transparence (article 42 de la DSA), qui prévoient notamment des rapports sur une période plus courte (tous les six mois) où doivent également figurer les ressources humaines (y compris leurs qualifications et leurs compétences linguistiques) employées pour la modération des contenus. En ce qui concerne les moyens automatisés, les indicateurs de précision et les informations connexes doivent être ventilés par langue officielle des États membres, ce qui permettra à tous les chercheurs et à toutes les autorités de l'UE d'y accéder facilement. Les VLOP et les VLOSE sont soumis à des obligations d'information particulières vis-à-vis des autorités de régulation en ce qui concerne l'évaluation des risques et les mesures d'atténuation, ainsi que les audits indépendants dont ils font l'objet.

En vertu de la DSA, la Commission doit créer une base de données européenne pour contrôler la transparence de la modération des contenus. Conjointement avec les obligations de déclaration, cette base de données lisible par une machine, qui a été initiée entre-temps (et qui fait l'objet d'un examen détaillé au chapitre 6), devrait être un outil fondamental pour renforcer la transparence dans ce domaine tout en permettant le contrôle de la diffusion des contenus illicites en ligne. En vertu de l'article 24(5) de la DSA, les fournisseurs de plateformes en ligne sont tenus de fournir à la Commission des informations sur leurs décisions et les exposés des motifs lorsqu'ils retirent des informations ou limitent d'une autre manière la disponibilité d'informations et l'accès à des informations. Ces données doivent être téléversées de manière automatisée dans la base de données. Les fournisseurs doivent s'assurer que les informations transmises ne contiennent pas de données à caractère personnel. Afin de maintenir la base de données constamment à jour, les informations doivent être transmises dans un format standard et sans délai dès qu'une décision a été prise, ce qui permet des mises à jour en temps réel



lorsque cela est techniquement possible et proportionné aux ressources de la plateforme en ligne concernée. Le considérant 66 de la DSA mentionne également la nécessité de structurer les informations et de mettre en place une fonction de recherche. Le fonctionnement de la base de données est principalement financé par la redevance de surveillance dont les VLOP et les VLOSE doivent s'acquitter auprès de la Commission conformément à l'article 43 de la DSA.

4.2 Une nouvelle étape vers la transparence de l'utilisation des données en ligne : la législation européenne sur les marchés numériques

En droit de la concurrence, la transparence joue un rôle décisif, en particulier à deux égards : d'une part, sur les marchés équilibrés, la transparence généralisée des pratiques commerciales entre concurrents de même niveau est assez inhabituelle, si ce n'est même indésirable au regard des secrets d'affaires. Or, un manque de transparence, y compris vis-à-vis des consommateurs, peut devenir préjudiciable et faire l'objet de mesures relevant du droit de la concurrence s'il s'avère qu'il s'agit également d'une pratique commerciale déloyale, par exemple en vertu de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Par ailleurs, sur les marchés déséquilibrés ou en présence de relations de dépendance dues à la position dominante d'un acteur du marché, la concurrence peut être entravée par l'opacité des activités de cet acteur dominant, sur lequel les autres acteurs du marché et les consommateurs doivent néanmoins compter en raison de l'absence d'offres alternatives. D'autre part, la transparence est également importante pour les mesures de régulation, puisque seule la transparence des activités concurrentielles d'un acteur du marché permet aux autorités de régulation d'évaluer si elles relèvent d'une infraction aux règles applicables. Ces deux aspects sont d'autant plus importants dans l'environnement en ligne, qui est envahi par des processus algorithmiques souvent opaques et dominé par des entreprises opérant à l'échelle internationale. Alors que l'utilisation d'algorithmes peut également se traduire par une plus grande transparence pour les acteurs du marché, par exemple en termes de possibilités d'analyse et de transparence des prix (ce qui peut entraîner des problèmes de collusion au regard du droit de la concurrence)¹¹², les préoccupations exprimées portent essentiellement sur la préférence algorithmique accordée à certains services, en particulier les propres services des fournisseurs respectifs, dans les systèmes de réseaux connectés (auto-référencement) des fournisseurs dominants.

L'affaire *Google Shopping* est un bon exemple de l'importance de la transparence des algorithmes au regard des deux aspects susmentionnés - droit de la concurrence et son application - au niveau de l'UE¹¹³. Cette affaire peut se résumer comme suit : en

¹¹² Voir à ce sujet OCDE *Algorithms and Collusion* (note 124).

¹¹³ Décision C(2017) 4444 final relative à une procédure d'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (affaire AT.39740 - *Moteur de recherche Google (Shopping)*),



entrant des termes liés à des produits dans la recherche générale du moteur de recherche de Google ainsi que dans la zone distincte de recherche de produits (onglet Shopping), on obtenait l'affichage de produits de plusieurs magasins partenaires avec leurs prix. Dans la recherche générale, ils se trouvaient dans une rubrique spécifique de « contenus sponsorisés » au-dessus des résultats de la recherche en ligne. À la suite de près de sept ans d'enquête, la Commission a établi en 2017 que Google avait enfreint l'article 102 du TFUE en concevant ce mécanisme de manière spécifique. La décision établit que Google détenait une position dominante sur le marché des services en ligne de recherche générale et sur le marché des services en ligne de comparaison de prix. La Commission considère qu'il y a eu abus de position dominante par la conception (basée sur des algorithmes) de l'offre Google Shopping, qui a entraîné une réduction du trafic vers les services de comparaison de prix concurrents et une augmentation du trafic vers le propre service de comparaison de prix de Google. Cet auto-référencement était conçu de telle manière que les services concurrents de comparaison de prix apparaissaient bien dans les résultats de la recherche générale par le biais de liens et de courts extraits du contenu de leurs sites internet (mais sans être mis en évidence dans un encadré en haut de la page de recherche comme pour le propre service de comparaison de Google). Toutefois, ils étaient rétrogradés dans le classement des résultats génériques par l'application de ce que l'on appelle des « algorithmes d'ajustement » (algorithme Panda). Ces algorithmes d'ajustement sont programmés (pour l'expliquer ici de manière simplifiée) pour analyser les caractéristiques d'un site internet et, en particulier, pour attribuer une pertinence moindre et, partant, un classement inférieur aux sites qui ne contiennent pas de « contenu original » - ce qui est régulièrement le cas des services de comparaison de prix et autres services similaires qui ne font que rassembler des contenus de tiers et les présenter de manière comparative. Pour le consommateur qui s'attendait à ce qu'une recherche générique fournisse un affichage neutre de contenus appropriés sur internet, ce (dé)référencement algorithmique n'était pas transparent et l'incitait donc à se fier uniquement au service Google Shopping en tant qu'offre « la plus pertinente » et à ne pas faire défiler les résultats moins bien classés pour trouver d'autres solutions. Selon la Commission, cette situation a privé les services concurrents de la possibilité d'attirer les utilisateurs vers leurs propres offres et a empêché les consommateurs européens de pouvoir réellement choisir entre différents services et de bénéficier pleinement des avantages de l'innovation grâce à la concurrence. Par conséquent, la Commission a infligé une amende de 2,42 milliards d'euros, qui a ensuite été confirmée par le Tribunal de l'Union européenne¹¹⁴. Ce qui est intéressant ici, ce ne sont pas seulement les considérations sur l'auto-référencement algorithmique, mais aussi le fait que Google a dû fournir des informations sur le fonctionnement des algorithmes d'ajustement dans le

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1704987113107&uri=CELEX%3A52018XC0112%2801%29>.

¹¹⁴ Arrêt du 10 novembre 2021, affaire T-612/17 - *Google et Alphabet c. Commission européenne (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250881&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=571248>. Un pourvoi devant la Cour de justice est en cours, affaire C-48/22 P, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62022CN0048&qid=1704987517328>.



cadre de l'enquête de la Commission, c'est-à-dire rendre transparent le fonctionnement du classement pour que la Commission puisse l'évaluer.

Toutefois, cette affaire montre également que le droit de la concurrence n'est nullement en mesure de garantir la transparence des algorithmes de façon générale et implique la nécessité d'établir les pratiques anticoncurrentielles au cas par cas. Il en va différemment pour la DMA : cet instrument entré en vigueur en 2022 est étroitement lié au droit de la concurrence, mais il est axé sur une réglementation *ex ante* du marché unique numérique¹¹⁵. La DMA cherche à garantir la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique, en particulier pour protéger les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux des services de plateforme essentiels fournis par les contrôleurs d'accès contre les pratiques déloyales des grandes et puissantes entreprises. En substance, elle impose aux contrôleurs un certain nombre d'obligations et d'interdictions sous la forme d'un catalogue figurant aux articles 5 à 7 de la DMA. La transparence joue un rôle majeur dans ce catalogue d'obligations, mais concerne en premier lieu les mécanismes qui s'appuient régulièrement sur des algorithmes dans la pratique.

Les restrictions imposées aux contrôleurs d'accès en ce qui concerne la fusion de données à caractère personnel et leur utilisation pour des services publicitaires jouent un rôle crucial et de portée générale. En l'absence de consentement ou de toute autre justification, les contrôleurs d'accès ne sont pas autorisés à traiter les données des utilisateurs finaux utilisant des services tiers dans le cadre de leurs services de publicité en ligne, à fusionner les données des utilisateurs finaux au sein de leurs propres services ou à les utiliser dans le cadre de leurs différents services (article 5(2) de la DMA). En outre, l'article 6(2) interdit aux contrôleurs d'accès d'utiliser, en concurrence avec les entreprises utilisatrices, les données, quelles qu'elles soient, qui ne sont pas accessibles au public, qui sont générées ou fournies par ces entreprises utilisatrices, y compris les données de leurs utilisateurs finaux, dans le cadre de leur utilisation des services de plateforme essentiels des contrôleurs d'accès. Cela concerne toutes les données agrégées et non agrégées, y compris les données concernant les clics, les recherches, les vues et la voix. Cela s'applique tout particulièrement à la publicité personnalisée et aux systèmes de recommandation, en particulier la fourniture de données aux systèmes algorithmiques, qui doivent donc être conservées séparément dans les différents services et ne peuvent pas être générées « de l'extérieur » du service respectif à des fins de personnalisation.

L'importance concrète de ces restrictions ainsi que leur lien avec le droit de la concurrence trouvent leur illustration, par exemple, dans la récente décision emblématique de la CJUE dans l'affaire *Meta Platforms*, qui fait suite à une procédure engagée par l'office fédéral allemand de contrôle de la concurrence¹¹⁶. La Cour établit d'une part, que les autorités de la concurrence ont le pouvoir d'enquêter et de sanctionner

¹¹⁵ Sur cet aspect spécifique de la DMA et sa relation avec le droit de la concurrence, voir Cole dans Cappello M. (éd.), « Décrypter la législation sur les services numériques (DSA) », IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2021, <https://rm.coe.int/iris-special-2021-01en-dsa-package/1680a43e45>, p. 81 et suiv.

¹¹⁶ Arrêt du 4 juillet 2023, affaire C-252/21 - *Meta Platforms Inc. e.a. c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0252&qid=1704989194756>.



une infraction au RGPD dès lors que cette infraction constitue également un abus de position dominante sur le marché. D'autre part, elle fixe des limites claires au traitement et à la fusion de données au sein du groupe Meta en relation avec son service de publicité personnalisée, concernant à la fois la fusion interne de données provenant de différents services Meta, tels que Facebook, Instagram ou WhatsApp, et la fusion de données provenant de « données extérieures à Facebook », telles que les données collectées par des sites internet, des applications ou plugins sociaux de tiers. En particulier, on peut conclure de cette décision que ni les finalités contractuelles, ni l'intérêt légitime ne constituent une justification solide des activités de traitement des données de Meta dans le contexte de la publicité en ligne (personnalisée), qui, en revanche, requièrent le consentement explicite et éclairé des utilisateurs. Il convient de noter que, dans les procédures de l'office fédéral allemand de contrôle de la concurrence, le respect des obligations de transparence figure sur la liste négative des pratiques illicites entraînant des perturbations du marché par Meta. L'impact sur la publicité en ligne et les algorithmes de recommandation, voire les modèles d'affaires, peut d'ores et déjà être observé non seulement par les autorités chargées de la protection des données, qui interdisent à Meta d'effectuer ce type de publicité personnalisée¹¹⁷, mais aussi par l'entreprise elle-même, qui a réagi en annonçant qu'elle s'appuierait à l'avenir sur le consentement ou passerait même à un modèle d'abonnement¹¹⁸.

Outre les nombreuses règles relatives à l'interopérabilité, qui visent à permettre et simplifier l'interaction entre les utilisateurs finaux et les entreprises utilisatrices ou les fournisseurs de services tiers, et le droit à la portabilité des données pour les utilisateurs finaux, y compris l'accès en temps réel à leurs données, les obligations détaillées sur la transparence en matière de publicité sont également pertinentes. L'article 5 (9) et (10) de la DMA dispose que les contrôleurs d'accès doivent fournir, quotidiennement et gratuitement, à chaque annonceur ainsi qu'à chaque éditeur pour lequel ils fournissent des services de publicité en ligne, des informations sur chaque publicité mise en ligne. Cette obligation couvre les informations différenciées sur les prix et les frais payés par

¹¹⁷ Voir la décision de la Norvège : *Datatilsynet*, n° 21/03530-16, 14.07.2023, https://www.datatilsynet.no/contentassets/36ad4a92100943439df9a8a3a7015c19/urgent-and-provisional-measures--meta_redacted.pdf, prononçant une interdiction temporaire du traitement des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale contre Meta. Voir l'analyse détaillée de cette décision et l'évaluation de son impact sur les mécanismes transfrontière d'application de la loi et de coopération de Cole/Kollmann, « *Norwegian DPA Blocks Personalised Advertising on Facebook and Instagram in Urgency Procedure: Another Step towards a Departure from Meta's Business Model?* », *European Data Protection Law Review* 2023, p. 363-370, <https://doi.org/10.21552/edpl/2023/3/14>. Par la suite, le Conseil européen de la protection des données a rendu une décision contraignante dans le cadre de la procédure d'urgence engagée par l'autorité norvégienne sur la base de cette procédure. La Commission a ordonné à l'autorité de contrôle irlandaise de prendre des mesures définitives concernant Meta dans un délai de deux semaines et d'interdire le traitement des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale dans l'ensemble de l'Espace économique européen (EEE) sur la base juridique d'un contrat et de l'intérêt légitime. Voir communiqué de presse du 1^{er} novembre 2023, https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-urgent-binding-decision-processing-personal-data-behavioural-advertising-meta_en.

¹¹⁸ Voir, par exemple, les rapports (très critiques) de noyb, <https://noyb.eu/en/5-years-litigation-meta-apparently-switches-consent-behavioral-ads> et <https://noyb.eu/en/meta-facebook-instagram-move-pay-your-rights-approach>.



l'annonceur, la rémunération correspondante perçue par l'éditeur, ainsi que les mesures quantitatives ayant permis de calculer chacun des prix. Avant tout, le manque de transparence¹¹⁹ dans le cadre des enchères publicitaires en temps réel rend très difficile pour les annonceurs et les éditeurs, en particulier les entreprises de médias qui financent leurs offres en ligne par la publicité, d'évaluer la performance de la publicité et l'adéquation des prix¹²⁰. La divulgation des mesures, qui nécessitera à terme une explication des paramètres de l'algorithme de calcul, est donc une étape décisive vers la transparence de la publicité (algorithmique) – même si ce n'est pas du point de vue du destinataire. Le fait que les informations doivent être fournies quotidiennement est important en raison de la nature fluctuante de l'environnement publicitaire qui exige des évaluations et des réactions rapides. L'article 6(8) de la DMA favorise encore cette transparence en obligeant les contrôleurs d'accès à fournir aux annonceurs et aux éditeurs, à leur demande et gratuitement, un accès aux outils de mesure de performance du contrôleur d'accès respectif et aux données qui leur sont nécessaires pour effectuer leur propre vérification indépendante de l'inventaire publicitaire, notamment les données agrégées et non agrégées. En particulier, en cas de recours à des systèmes algorithmiques ou à l'IA, cela concernera les mesures de performance telles que les données relatives à la précision ou le taux de clics concernant les publicités. Ces données doivent être fournies de manière à permettre aux annonceurs et aux éditeurs d'utiliser leurs propres outils de vérification et de mesure pour évaluer les performances des services de plateforme essentiels fournis par les contrôleurs d'accès.

Mais la DMA vise à instaurer également une plus grande transparence dans l'environnement numérique, au-delà de la publicité en ligne, conformément à l'article 6(10). Selon cette disposition, les contrôleurs d'accès doivent fournir aux entreprises utilisatrices des données agrégées et non agrégées, y compris des données à caractère personnel en cas de consentement, qu'eux-mêmes ou leurs utilisateurs finaux génèrent à l'aide des services de plateforme essentiels concernés. Cette disposition répond à l'évolution préoccupante selon laquelle la grande quantité de données générées sur les plateformes, y compris sur les réseaux multiface, favorise la position dominante des intermédiaires tout en n'offrant qu'un accès très limité, voire aucun accès, aux entreprises utilisatrices, alors qu'elles jouent un rôle majeur dans la génération de ces données par le biais de leurs offres. Par exemple, les boutiques d'applications collectent et analysent de multiples ensembles de données différentes générées par les utilisateurs des applications, dont les fournisseurs ont besoin pour réaliser, développer et améliorer leurs applications, mais n'ont pas accès aux interfaces des applications ; les moteurs de recherche en ligne utilisent l'avantage qu'ils ont sur leurs concurrents en matière de données pour ériger des barrières à l'entrée car, contrairement à leurs concurrents, ils ont accès à une grande

¹¹⁹ Concernant le manque de transparence dans le secteur de la publicité en ligne, voir l'étude de l'autorité britannique de la concurrence et des marchés, *Online platforms and digital advertising*, 2020, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.

¹²⁰ Concernant cet aspect d'un point de vue économique, voir Knapp dans Cappello M. (éd.), *Pluralisme des médias et enjeux de la concurrence*, IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2020, <https://rm.coe.int/iris-special-1-2020fr-pluralisme-des-medias-et-enjeux-de-la-concurrenc/1680a08456>, p. 9, 11 et suiv.



quantité de données sur les recherches, en particulier sur les recherches à longue traîne. Il est à noter que la transparence que l'article 6(10) vise à garantir est définie selon des critères qualitatifs. En particulier, les données doivent être gratuites et leur accès doit être effectif, de haute qualité, continu et en temps réel. Cela nécessitera probablement que les contrôleurs d'accès installent des interfaces ou des outils appropriés pour saisir les données qui entrent dans les systèmes algorithmiques et, éventuellement, les données que les systèmes algorithmiques produisent.

À cet égard, il convient de mentionner également l'article 6(3) de la DMA, ne serait-ce que brièvement, en raison de son impact indirect sur la transparence en matière d'algorithmes au niveau global. Les contrôleurs d'accès autorisent et permettent techniquement aux utilisateurs finaux de désinstaller facilement toute application logicielle (pré-installée) dans le système d'exploitation et de modifier facilement les paramètres par défaut du système d'exploitation, de l'assistant virtuel (par exemple, les assistants vocaux) et du navigateur internet du contrôleur d'accès, qui dirigent ou orientent les utilisateurs finaux vers des produits ou des services fournis par le contrôleur d'accès. Il ne s'agit pas seulement de l'auto-référencement déjà mentionné, mais aussi de l'orientation de l'utilisateur dans une certaine direction, ce qui influence sa liberté de décision et d'action. Cette situation est comparable à celle des systèmes de recommandation. La principale disposition à cet égard qui, probablement, sera la plus débattue à l'avenir, est en même temps la plus courte de la DMA : l'article 6(5) dispose que les contrôleurs d'accès ne sauraient accorder, en matière de classement ainsi que pour l'indexation et l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par eux-mêmes qu'aux services ou produits similaires d'un tiers. Bien que cela ne s'applique qu'à l'auto-référencement, la deuxième phrase de cette disposition garantit que des « conditions transparentes, équitables et non discriminatoires » sont généralement appliquées lors du classement. L'article 6(5) de la DMA n'est pas réservé à un service de plateforme essentiel spécifique. Cependant, la définition du classement ne précise pas seulement ce que signifie le classement (la priorité relative donnée aux résultats de recherche, aux biens ou aux services, article 2(22) de la DMA) mais énumère également les services procédant à un tel classement (services d'intermédiation en ligne, services de réseaux sociaux en ligne, services de plateformes de partage de vidéos, assistants virtuels, moteurs de recherche en ligne). Cette définition s'applique indépendamment des moyens techniques utilisés, ce qui rend son champ d'application très large. Le considérant 52 de la DMA établit même que le classement devrait couvrir toutes les formes de priorité relative, y compris l'affichage, la notation, la création de liens hypertextes ou les résultats vocaux. Il devrait également inclure les cas où un service de plateforme essentiel ne présente ou ne communique qu'un seul résultat à l'utilisateur final, ce qui s'applique aux résultats de recherche sur internet, aux fils d'actualité des réseaux sociaux, aux recommandations de vidéos, etc. Étant donné que tous ces services sont principalement destinés à la médiation de contenus (de tiers), le classement de ces contenus est souvent l'élément capital du service, comme c'est le cas pour les plateformes de partage de vidéos, voire le pilier central du modèle d'affaires, comme c'est le cas pour les moteurs de recherche. La qualité et le bénéfice commercial d'un tel service sont donc déterminés par la qualité du classement, la pertinence des contenus affichés et le fonctionnement des algorithmes sous-jacents. Les utilisateurs finaux et les entreprises utilisatrices évaluent également la



qualité d'un service sur la base des résultats. Remplacer la conception des systèmes algorithmiques de classement, qui jusqu'à présent était principalement guidée par des intérêts commerciaux, par une logique de transparence, d'équité et de non-discrimination pour répondre à des intérêts d'ordre social et concurrentiel pertinents, implique, d'une part, une forte ingérence dans les modèles d'affaires (avec un risque de manipulation lié à la transparence, comme nous l'avons mentionné plus haut). D'autre part, cela instaure une plus grande clarté en matière de médias et de contenu des informations. Toutefois, l'article 6(5) de la DMA ne contient aucune spécification quant à la signification de la transparence à cet égard. Or, comme le mentionne explicitement le considérant 52 de la DMA, les lignes directrices adoptées en vertu de l'article 5 du Règlement P2B devraient faciliter la mise en œuvre et le contrôle du respect de cette obligation. Par conséquent, un niveau de transparence très élevé en matière d'algorithmes pourrait s'avérer nécessaire dans le cadre de la DMA, ce qui n'a toutefois pas (encore) permis d'instaurer une transparence effective des algorithmes dans la pratique, comme indiqué précédemment, du moins dans le cadre du Règlement P2B. Par ailleurs, l'article 6(5) figure parmi les dispositions faisant l'objet d'un « dialogue » avec la Commission européenne en vue de garantir leur conformité en vertu de l'article 8 de la DMA, ce qui signifie que ces dispositions peuvent être précisées au cas par cas.

À ce jour, la Commission a désigné six contrôleurs d'accès, ainsi que les différents services de plateforme essentiels qu'ils fournissent : Alphabet (Google Ads, Search, Maps, Play, Shopping, système d'exploitation d'Alphabet, Chrome et YouTube), Amazon (Amazon Ads et marketplace), Apple (Appstore, iOS et Safari), ByteDance (TikTok), Meta (Meta Ads, Marketplace, Facebook, Instagram, Messenger, WhatsApp) et Microsoft (Windows PC OS et LinkedIn)¹²¹. D'ici mars 2024, ils devront se conformer à la liste complète des obligations et interdictions prévues par le DMA.

¹²¹ Voir communiqué de presse du 6 septembre 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_4328.



5 Développements à l'extérieur du Conseil de l'Europe et de l'UE et en droit national

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

5.1 Développements au niveau international

5.1.1 L'approche de l'OCDE

Si l'on considère les développements internationaux relatifs au projet de régulation des systèmes algorithmiques, notamment en matière de transparence, on constate que parallèlement au Conseil de l'Europe, certaines organisations internationales ont également contribué au débat de manière significative. À cet égard, il convient de mentionner en premier lieu l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Cet organisme international, qui regroupe 38 États répartis en Amérique du Nord, en Europe, en Amérique du Sud et dans la région Asie-Pacifique, a pris part très tôt aux débats concernant l'impact des nouvelles technologies sur les droits humains. La contribution de l'OCDE s'est traduite, entre autres, par ses lignes directrices sur la protection de la vie privée adoptées en 1980¹²², qui ont précédé la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe de 1981¹²³ sur le même thème. Ces principes non contraignants ont été élaborés dans le cadre de la mission de l'OCDE, laquelle consiste à fixer des normes internationales qui sont ensuite reprises soit par des organismes sous forme de normes juridiquement contraignantes, soit par les États membres de l'OCDE et d'autres États.

¹²² Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0188>.

¹²³ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=108>, accès direct : <https://rm.coe.int/1680078b39>.



Ces dernières années, les algorithmes et leur impact sur la société ont été au centre des préoccupations de l'OCDE. Dans un premier temps, les discussions ont porté sur le droit de la concurrence, en particulier sur la question de savoir dans quelle mesure les algorithmes peuvent être source de collusion et comment traiter, à cet égard, les nouveaux développements techniques en termes de réglementation¹²⁴. Ce débat est toujours d'actualité, mais il s'est élargi et intègre désormais d'autres thèmes tels que les pratiques unilatérales (par ex. l'exclusion du fait des algorithmes ou l'abus de position dominante sur le marché). À titre d'exemple, en juin 2023, l'OCDE a organisé une table ronde pour discuter des théories en matière de préjudices algorithmiques et déterminer si le droit de la concurrence existant était suffisant pour traiter ce type d'affaires. Au cours des débats, le rôle des autorités de la concurrence et leur champ de compétence pour enquêter sur les algorithmes ont également été abordés¹²⁵.

L'engagement précoce et déterminé de l'OCDE sur la question de l'IA est d'une importance capitale au regard de la responsabilité et de la transparence en matière d'algorithmes. Dès mai 2019, les pays de l'OCDE ont adopté au sein du Conseil de l'OCDE la Recommandation sur l'intelligence artificielle¹²⁶, qui constitue la première norme intergouvernementale sur l'IA et a servi de base aux principes du G20 en matière d'IA¹²⁷ adoptés en juin 2019. Actuellement, les 38 États membres de l'OCDE et huit autres États non-membres se sont inscrits sur la liste des « adhérents », ce qui signifie qu'ils s'engagent à suivre ces recommandations juridiquement non contraignantes dans leur approche de l'IA et de sa réglementation.

La recommandation vise à stimuler l'innovation et renforcer la confiance dans l'IA en promouvant la gestion responsable d'une IA digne de confiance tout en garantissant le respect des droits de l'homme et des valeurs démocratiques. Elle s'articule autour de deux grandes sections, la première énonçant les principes d'une approche responsable à l'appui d'une IA digne de confiance (principes de l'IA), et la seconde traitant des politiques nationales et de la coopération internationale à l'appui d'une IA digne de confiance. L'un des cinq grands principes de l'IA énoncés dans la recommandation de l'OCDE prône la transparence et l'explicabilité et, bien que s'inscrivant plus largement dans le cadre de l'IA, porte essentiellement sur la transparence en matière d'algorithmes. En vertu de ce principe, les acteurs de l'IA doivent s'engager à assurer la transparence et une divulgation responsable des informations liées aux systèmes d'IA. À cet effet, ils doivent fournir des informations pertinentes, adaptées au contexte et à l'état de l'art, afin, notamment, de favoriser une compréhension générale des systèmes d'IA, d'informer les parties prenantes de leurs interactions avec les systèmes d'IA, de permettre aux personnes concernées par un système d'IA d'en appréhender le résultat et de permettre aux personnes subissant les

¹²⁴ OCDE, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

¹²⁵ OCDE, *Concurrence algorithmique - Note de référence*, 2023, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)3/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)3/fr/pdf).

¹²⁶ OCDE, Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle, OECD/LEGAL/0449, 2019, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

¹²⁷ Principes du G20 en matière d'IA, 2019, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/L/1066.pdf>.



effets néfastes d'un système d'IA de contester les résultats sur la base d'informations claires et facilement compréhensibles sur les facteurs, ainsi que sur la logique ayant servi à la formulation par l'algorithme de prévisions, de recommandations ou de décisions. L'accent mis sur les systèmes de recommandation, qui englobent les systèmes de recommandation pilotés par l'IA, souligne l'importance des principes de l'OCDE en matière d'IA dans le cadre des médias.

Au-delà de l'établissement de principes de fond, qui s'appuient sur une base élargie pour fixer le cadre général au sein duquel il convient de développer les politiques et la réglementation en matière d'IA, la recommandation intègre également des mesures pratiques d'une grande utilité. Non seulement la deuxième section prévoit d'autres développements au niveau international auxquels l'OCDE devrait contribuer, mais elle formule également des mesures très concrètes au niveau structurel : l'Observatoire des politiques d'IA de l'OCDE (OECD.AI)¹²⁸, récemment créé, est chargé de mettre en pratique les principes de l'OCDE en matière d'IA et de suivre l'évolution des politiques au niveau national¹²⁹. Récemment, l'Observatoire a publié une synthèse faisant le point sur les actions des États quatre ans après l'adoption des recommandations¹³⁰. Par ailleurs, l'Observatoire est un forum d'élaboration de la politique en matière d'IA qui réunit les États et les parties prenantes dans le but de façonner une IA digne de confiance.

L'OCDE.AI fournit notamment des ressources et des outils d'évaluation destinés à aider les acteurs de l'IA à développer et utiliser des systèmes et des applications d'IA dignes de confiance qui respectent les droits de l'homme tout en étant équitables, transparents, explicables, robustes, sûrs et sécurisés. Ce catalogue de ressources, qui peut être consulté en fonction des différents objectifs des outils conformément aux principes de l'OCDE en matière d'IA, fonctionne selon un processus de dépôt ouvert, dans le cadre duquel les outils sont déposés directement par les organisations ou les personnes qui les ont conçus, ainsi que par des tiers. Ils sont ensuite vérifiés par le Secrétariat de l'OCDE afin de garantir leur exactitude et leur objectivité. Il existe un processus semestriel de révision et de mise à jour au cours duquel les organisations sont encouragées à soumettre de nouvelles initiatives et à mettre à jour les initiatives existantes. En l'absence de mise à jour par les concepteurs, les initiatives concernées sont retirées du catalogue pour garantir le caractère évolutif et actualisé du référentiel¹³¹. De plus, l'outil de classification des systèmes d'IA de l'OCDE, élaboré par OECD.AI, aide les décideurs politiques, régulateurs, législateurs et autres à identifier les caractéristiques des systèmes d'IA pour mieux évaluer les opportunités et les défis correspondants du point de vue de l'action

¹²⁸ Pour plus d'informations, voir <https://oecd.ai/fr/about/what-we-do>.

¹²⁹ Pour une vue d'ensemble des travaux au regard du principe de transparence et d'explicabilité, voir <https://oecd.ai/fr/dashboards/ai-principles/P7>.

¹³⁰ OCDE, *The state of implementation of the OECD AI Principles four years on*, octobre 2023, <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/835641c9-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F835641c9-en&mimeType=pdf> ; voir la présentation générale des politiques et stratégies nationales en matière d'IA sur <https://oecd.ai/fr/dashboards/overview>.

¹³¹ Disponible sur : <https://oecd.ai/en/catalogue/overview>.



publique¹³². En ce qui concerne les principes de transparence et d'explicabilité, par exemple, ce dispositif fournit une liste de points à prendre en compte dans l'évaluation des risques qui doit être menée pour les instruments d'IA¹³³.

5.1.2 L'approche de l'UNESCO

L'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) est également un acteur important sur la scène internationale pour les questions liées aux nouveaux développements technologiques. L'UNESCO est une organisation des Nations Unies qui vise à contribuer à la paix et à la sécurité dans le monde en promouvant la coopération entre les États, notamment dans les domaines éponymes, à savoir l'éducation, la science et la culture, ainsi que la communication et l'information. Son action couvre également le droit fondamental à la liberté d'expression et la manière dont il est inscrit dans la réglementation (des médias). Forte d'une envergure internationale relayée par les 194 États membres, l'UNESCO contribue à l'élaboration de normes pour l'action politique, par exemple en adoptant des lignes directrices et des recommandations qui ne sont pas juridiquement contraignantes, mais qui s'adressent aux États et autres parties prenantes dans le cadre de la réglementation. La manière dont l'UNESCO a traité le rôle actuel des entreprises de réseaux sociaux dans la diffusion des opinions et les responsabilités qui en découlent est une parfaite illustration de son action. L'UNESCO a publié tout récemment un recueil complet de recommandations sur le thème de la gouvernance des plateformes numériques en préconisant un certain nombre de mesures incombant aussi bien aux États qu'aux plateformes¹³⁴.

Publié en 2023, ce document énonce cinq grands principes qui sont ensuite expliqués en détail. En contextualisant ces principes, les lignes directrices invitent les plateformes à respecter les normes relatives aux droits de l'homme, y compris lorsqu'elles utilisent des moyens automatisés, par exemple pour la modération des contenus et, en particulier, à garantir la transparence sur « les outils, les systèmes et les processus... y compris en ce qui concerne les décisions algorithmiques et les résultats qu'elles produisent »¹³⁵. En outre, la transparence est considérée comme un « principe général commun »¹³⁶. Le principe 3 est donc formulé de la manière la plus générale possible : « Les plateformes sont transparentes¹³⁷. » Plus spécifiquement, il est précisé que la transparence s'étend aux outils ayant « une incidence sur la collecte de données, la publicité ciblée, ainsi que sur le partage et le classement, et/ou la suppression de

¹³² *OECD Framework for the Classification of AI systems*, Documents de travail de l'OCDE sur l'économie numérique n° 323, 2022, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/cb6d9eca-en.pdf?expires=1697544403&id=id&accname=quest&checksum=66614B7110CDE4C1A2A317CF91B46686>.

¹³³ *Ibid.*, p. 43.

¹³⁴ UNESCO, *Principes pour la gouvernance des plateformes numériques : préserver la liberté d'expression et l'accès à l'information - une approche multipartite*, 2023, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387359>.

¹³⁵ *Ibid.*, disposition 30, b) et c), p. 24-25.

¹³⁶ *Ibid.*, disposition 47, p. 29.

¹³⁷ *Ibid.*, Principe 3, p. 48.



contenus, en particulier de contenus liés aux élections », sans toutefois nécessairement inclure le codage en vertu duquel ces outils fonctionnent¹³⁸. Le principe 5, selon lequel « [l]es plateformes doivent rendre des comptes aux parties prenantes¹³⁹ », présente un intérêt similaire en élargissant clairement aux plateformes l'obligation de rendre des comptes en ce qui concerne l'utilisation de systèmes automatisés et leurs résultats¹⁴⁰. La nécessité d'agir dans ces deux domaines s'appuie sur une précédente analyse commandée par l'UNESCO sur ces deux outils de gouvernance¹⁴¹.

La transparence constitue également un pilier de l'instrument sur l'intelligence artificielle adopté dès 2021 par l'UNESCO. S'appuyant sur les travaux existants avec la volonté de créer « un instrument normatif international sur l'éthique de l'intelligence artificielle »¹⁴², l'UNESCO a adopté la Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle¹⁴³ le 23 novembre 2021. Tout d'abord, il convient de noter que cette recommandation applique une approche plus large de l'éthique en matière d'IA, qui ne se limite pas à l'élaboration de règles contraignantes, mais donne des orientations sur ce qu'est une utilisation appropriée des outils d'IA. Par conséquent, les recommandations visent à « ... guider les actions des individus, des groupes, des communautés, des institutions et des entreprises du secteur privé afin de garantir la prise en compte de l'éthique à tous les stades du cycle de vie des systèmes d'IA »¹⁴⁴. Ce document élabore en détail des domaines concrets d'action politique sur la base d'un certain nombre de valeurs et de principes. Les valeurs concernées sont les droits de l'homme, l'impact environnemental, la diversité et la justice, tandis que les principes comprennent la proportionnalité et l'innocuité, la sécurité, l'équité, la durabilité, la protection de la vie privée, la surveillance humaine, la transparence et l'explicabilité, la responsabilité et l'obligation de rendre des comptes, ainsi que l'éducation et les approches multipartites.

La transparence est formulée comme une condition préalable à une protection efficace des droits de l'homme et au fonctionnement efficace de la réglementation en matière de responsabilité, tandis que le manque de transparence est considéré comme une entrave à la possibilité de contester les décisions (négatives) résultant de l'utilisation des systèmes d'IA¹⁴⁵. L'étendue réelle de la transparence telle qu'elle est définie dans les principes est formulée de manière large : les utilisateurs doivent être « pleinement informés lorsqu'une décision est fondée sur des algorithmes d'IA ou prise par ceux-ci », ce qui implique de connaître les raisons pour lesquelles une décision spécifique a été prise et de pouvoir contacter « un membre du personnel de l'entreprise du secteur privé ou de l'institution du secteur public habilité » pour demander éventuellement une correction du

¹³⁸ *Ibid.*, disposition , p. 59.

¹³⁹ *Ibid.*, Principe 5, p. 55.

¹⁴⁰ *Ibid.*, disposition 128, p. 56.

¹⁴¹ Puddephatt, *Laissons entrer le soleil : transparence et responsabilité à l'ère numérique*, UNESCO 2021, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377231_fre.

¹⁴² UNESCO, Conférence générale, 40^e session, 40 C/Résolution 37, 2019.

¹⁴³ UNESCO, *Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle*, 2022, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_fre.

¹⁴⁴ *Ibid.*, n° 8 b), p. 15.

¹⁴⁵ *Ibid.*, n° 37, p. 22 ; cf. également n° 39.



résultat¹⁴⁶. Le principe de redevabilité, tel qu'il est formulé dans la recommandation au regard de la « responsabilité éthique » s'entend comme l'attribution de cette responsabilité (et des obligations y afférentes) à chaque acteur du cycle de vie d'un système d'IA en fonction du rôle qu'il a joué dans l'utilisation dudit système. Par conséquent, différentes garanties procédurales doivent être mises en œuvre conformément à la recommandation, telles que des mécanismes de contrôle, une évaluation *ex ante* de l'impact éventuel, des audits *ex post*, etc.¹⁴⁷.

5.2 La démarche de l'UE n'a été précédée que par de rares initiatives de régulation des plateformes

Les États membres de l'UE devront ajuster leurs dispositifs nationaux ou adopter de nouvelles réglementations au regard des structures institutionnelles requises pour la mise en œuvre et l'application de la DSA. Par ailleurs, ils devront renouveler cette démarche lorsque la législation sur l'IA entrera en vigueur en imposant des réponses institutionnelles au niveau national. Or, il n'y a eu que très peu de réglementations spécifiques aux systèmes algorithmiques dans les États membres avant la publication de la proposition de DSA et les premières mesures prises au niveau national pour anticiper la version finale de la DSA. Seule exception notoire au sein de l'UE, la République fédérale d'Allemagne, où les *Länder* responsables de la régulation des médias ont adopté un traité inter-*Länder* sur les médias régissant également les « intermédiaires des médias ». Ces derniers sont tenus de veiller à ce qu'en cas de recours à des systèmes algorithmiques, ceux-ci soient appliqués de manière non discriminatoire et équitable. Par conséquent, la première partie de ce chapitre est consacrée à l'exemple allemand dont elle propose une présentation détaillée. Suivent ensuite d'autres exemples de règlements et de dispositifs de contrôle institutionnels qui ont été instaurés dans d'autres États membres, certaines de ces mesures étant très récentes.

¹⁴⁶ *Ibid.*, n° 38, p. 22.

¹⁴⁷ *Ibid.*, n° 42 et 43, p. 23.



5.2.1 Allemagne : nouvelles règles sur les intermédiaires des médias et obligations de transparence dans le traité inter-Länder sur les médias¹⁴⁸

5.2.1.1 Introduction

Le traité inter-Länder sur les médias (*Medienstaatsvertrag* - MStV)¹⁴⁹ des Länder allemands, qui disposent de la compétence législative en matière de régulation des médias en République fédérale d'Allemagne, a instauré de nouvelles mesures à l'égard des « intermédiaires des médias ». Les obligations spécifiques de ces intermédiaires, qui sont désormais intégrées à la réglementation, sont entrées en vigueur le 7 novembre 2020. Elles sont restées une spécificité allemande pendant un certain temps, mais la DSA, qui réglemente les plateformes au niveau de l'UE, a changé la donne. Toutefois, l'approche réglementaire de l'UE est basée sur une logique de marché intérieur et non pas de diversité ou de pluralisme des médias - comme le sont les dispositions du traité inter-Länder sur les médias.

Les intermédiaires des médias qui détiennent une part de marché importante (comme par exemple Google, Facebook et X) jouent un rôle crucial de contrôleurs d'accès en ce qui concerne la diffusion des informations sur internet et, partant, la formation de l'opinion publique. Pour des raisons essentiellement économiques, les fournisseurs de services intermédiaires entretiennent une certaine opacité quant à la nature et aux fonctionnalités des systèmes algorithmiques qu'ils utilisent, ce qui les place hors de portée de tout contrôle externe. Cette situation crée une asymétrie tri-directionnelle de l'information : envers les utilisateurs, à savoir les entreprises utilisatrices (B2B) et les particuliers (B2C), et envers les instances de contrôle et de régulation - ce phénomène est appelé communément le problème de la boîte noire¹⁵⁰.

Dans ce contexte, les nouvelles dispositions du traité inter-Länder sur les médias visent à garantir le pluralisme des opinions par le biais d'un certain nombre d'obligations en matière de transparence. Les dispositions de l'article 93 du MStV doivent être considérées comme des règles supplémentaires et parallèles aux exigences de transparence du droit de l'UE visées aux articles 12 à 14 du RGPD¹⁵¹ et aux articles 15, 24

¹⁴⁸ Le chapitre sur l'Allemagne a été rédigé par Jörg Ukrow, Institut du droit européen des médias (EMR).

¹⁴⁹ Traité inter-Länder sur les médias (*Medienstaatsvertrag*) dans la version du troisième traité portant modification du traité inter-Länder sur les médias en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2023, disponible sur https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze_Staatsvertraege/Medienstaatsvertrag_MStV.pdf. Une version anglaise non officielle d'une ancienne version (du 14/28 avril 2020 et sans les amendements de 2023) est disponible sur https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze_Staatsvertraege/Interstate_Media_Treaty_en.pdf.

¹⁵⁰ Voir Schwartmann, Hermann & Mühlenbeck, *Transparenz bei Medienintermediären*, Leipzig 2020, p. 11.

¹⁵¹ Voir Schwartmann, Hermann & Mühlenbeck, *Transparenz bei Medienintermediären*, Leipzig 2020, pp. 11, 96 et suiv.



et 27 de la DSA. Elles ne se substituent pas aux exigences de l'UE et ne sont pas non plus remplacées par elles, mais se complètent mutuellement¹⁵².

5.2.1.2 Dispositions du traité inter-*Länder* sur les médias à l'égard des intermédiaires des médias

Le champ d'application des dispositions relatives aux intermédiaires des médias est fixé par la définition de l'intermédiaire des médias énoncée à l'article 2(2)16 du MStV. En vertu de cet article, on entend par « intermédiaire des médias » tout télé média¹⁵³ qui opère l'agrégation, la sélection et la mise à disposition du public d'offres journalistiques et éditoriales de tiers sans les compiler sous la forme d'une offre globale. Cette définition considère donc les intermédiaires des médias comme des services qui collectent des contenus journalistiques et éditoriaux auprès de tiers, en font une sélection et les mettent à la disposition du grand public. Les intermédiaires des médias au sens du traité inter-*Länder* sur les médias comprennent notamment des services tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et d'autres plateformes sur lesquelles les contenus (des médias) sont généralement fournis par les utilisateurs.

En Allemagne, sur dix personnes qui utilisent des services en ligne près de sept ont recours à ces intermédiaires des médias, y compris pour s'informer¹⁵⁴. Le produit de la sélection des résultats d'une recherche et leur emplacement dans la liste des résultats sont loin d'être anodins : grâce à cette fonctionnalité, les fournisseurs ont une influence sur les contenus qui sont présentés aux utilisateurs et sur la place occupée par ces contenus, c'est-à-dire sur le degré d'attention qu'ils suscitent. Les intermédiaires des médias reconstruisent ainsi la réalité en acheminant, en triant et, dans certains cas, en dissimulant les informations. Les intermédiaires des médias diffusent des contenus qui peuvent influencer la formation de l'opinion au sein de la société et le débat public. Leur régulation est donc d'une importance cruciale, ce qui a motivé l'inclusion de nouvelles dispositions dans le traité inter-*Länder* sur les médias.

En ce qui concerne le champ d'application territorial des règles relatives aux intermédiaires des médias, l'article 1(8) du MStV mérite une attention particulière. Cette disposition prévoit une extension du champ d'application des autres chapitres : le traité inter-*Länder* sur les médias ne s'applique pas seulement aux intermédiaires des médias établis en Allemagne, comme ce serait le cas si l'on appliquait le principe du pays d'origine, mais à tous les intermédiaires des médias dans la mesure où leurs services sont

¹⁵² Voir plus en détail Cole/Ukrow/Etteldorf, *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 F.II.

¹⁵³ Cette notion fondamentale du traité inter-*Länder* sur les médias désigne essentiellement les « médias en ligne » - au sens large - qui ne sont pas considérés comme des services de radiodiffusion ou de télécommunication.

¹⁵⁴ Pour une illustration statistique, voir par exemple l'étude quantitative sur l'importance des médias pour la formation de l'opinion en Allemagne, commandée par les autorités allemandes chargées des médias : *Intermediäre und Meinungsbildung, GIM-Studie 2022-II*, https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Forschung/Intermediaere_und_Meinungsbildung/Intermediaere_Meinungsbildung_2022-II.pdf.



destinés à être utilisés en Allemagne. Sont considérés comme destinés à être utilisés en Allemagne les services intermédiaires qui s'adressent d'une façon générale aux utilisateurs vivant en Allemagne, notamment du fait de la langue utilisée, des contenus proposés ou des activités de marketing connexes, ou dont une part significative du financement provient du chiffre d'affaires réalisé en Allemagne.

De ce fait, conformément au principe du pays de destination, même les fournisseurs de services intermédiaires établis hors d'Allemagne (par exemple Google ou Meta) doivent désigner un responsable officiel du service afin de recevoir de manière juridiquement contraignante les injonctions des autorités ou des tribunaux en Allemagne. L'office régional des médias du *Land* dans lequel est établi ce représentant en qualité de destinataire officiel des actes à signifier est chargé du contrôle de l'intermédiaire des médias représenté par cette personne.

En substance, les dispositions concernant les intermédiaires des médias sont axées sur le renforcement de la transparence. Les dispositions de l'article 93 du MStV concernent en particulier les obligations d'information à l'égard des utilisateurs. L'article 93(1) dispose que les fournisseurs de services intermédiaires doivent communiquer les informations suivantes en vue de garantir le pluralisme des opinions¹⁵⁵ :

- les critères qui déterminent l'accès et la conservation d'un contenu par un intermédiaire des médias ;
- les principaux critères d'agrégation, de sélection et de présentation des contenus et leur pondération, ainsi que les informations, formulées dans un langage compréhensible, sur le fonctionnement des algorithmes utilisés.

Les utilisateurs doivent donc être en mesure de comprendre pourquoi certains contenus leur sont présentés, pourquoi ils sont présentés dans un ordre donné, et pourquoi d'autres contenus ne sont pas affichés.

En ce qui concerne l'exigence de transparence, les intermédiaires des médias doivent également respecter des obligations d'ordre formel. Les informations doivent être facilement compréhensibles, directement accessibles et disponibles en permanence. Il doit être aussi facile d'accéder aux informations relatives à la transparence qu'aux coordonnées qui doivent être fournies dans les mentions légales.

En vertu de l'article 93(2) du MStV, les intermédiaires des médias qui proposent un service thématique spécialisé sont tenus de rendre cette spécialisation visible pour l'utilisateur par une conception appropriée du service. L'objectif de cette disposition est de veiller à ce que l'utilisateur ait conscience que seul un nombre limité de contenus sélectionnés lui sera présenté, par exemple lorsqu'un service ne fournit que des contenus de nature économique, écologique, culturelle ou relevant d'une obédience idéologique spécifique.

¹⁵⁵ Le libellé de la disposition est une traduction personnelle et ne provient pas de la traduction (non officielle) du projet de disposition tel qu'il a été notifié à la Commission dans le cadre de la procédure TRIS. Cette version est disponible sur <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/15957/text/D/EN>.



En vertu de l'article 93(3) du MStV, toute modification des critères visés au paragraphe 1 et de l'orientation ou la spécialisation mentionnées au paragraphe 2 doit être rendue immédiatement visible de la même manière que l'information originale¹⁵⁶.

Outre les exigences de transparence, l'article 94 du MStV prévoit une interdiction spécifique de la discrimination qui s'applique aux intermédiaires des médias. En vertu de cette disposition, les intermédiaires des médias ne sont pas autorisés à pénaliser des offres journalistiques et éditoriales. Toutefois, cela ne s'applique qu'aux intermédiaires des médias qui ont une influence majeure sur la visibilité de ces contenus¹⁵⁷.

Le contrôle des intermédiaires des médias et du respect de ces nouvelles dispositions a été confié aux offices régionaux des médias (*Landesmedienanstalten* - LMA) en leur qualité d'autorités de régulation du secteur des médias audiovisuels. Ces autorités interviennent généralement sur la base des plaintes qui leur sont transmises. Toutefois, elles peuvent également enquêter *ex officio* sur la conformité des services et des intermédiaires.

5.2.1.3 Dispositions du règlement des offices régionaux des médias relatif aux intermédiaires des médias

En vertu de l'article 96 du MStV, les LMA sont également chargés de préciser les dispositions du MStV en matière de transparence par le biais de règlements et de directives adoptés conjointement. Ce faisant, ils doivent tenir compte de la « fonction d'orientation » des intermédiaires des médias à l'égard de leurs publics respectifs, conformément aux termes du traité inter-*Länder* sur les médias. Conformément à l'article 96 du MStV, cette concrétisation des dispositions a pris la forme d'un règlement des LMA en matière de régulation des intermédiaires des médias (règlement IM), qui a été adopté parallèlement par tous les LMA dans la même version et qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2022¹⁵⁸.

Selon la section 4 du règlement IM, qui traite du but et de l'objectif de la deuxième section consacrée à la transparence, les dispositions de cette section visent à garantir que les intermédiaires des médias offrent une transparence suffisante à leurs utilisateurs en ce qui concerne les informations visées à l'article 93(1) du MStV et à l'article 6 du règlement IM. Il s'agit en particulier de permettre l'utilisation éclairée d'un service d'intermédiaire des médias en ce qui concerne l'agrégation, la sélection et la

¹⁵⁶ En vertu de l'art. 93(4) du MStV, les intermédiaires des médias qui proposent des réseaux sociaux doivent veiller à ce que les télémédias soient identifiés conformément à l'article 18(3) du traité.

¹⁵⁷ Il y a discrimination, par exemple, si l'intermédiaire des médias déroge systématiquement aux critères transparents en faveur ou au détriment d'une offre. En outre, les critères eux-mêmes peuvent être irrecevables au motif qu'ils entravent ou excluent totalement certaines offres.

¹⁵⁸ Disponible sur https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Satzungen_Geschaefts_Verfahrensordnungen/MI-Satzung_final.pdf. Les projets de règlements ont également été notifiés à la Commission européenne dans le cadre de la procédure TRIS (voir <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/16339>). Une version française du texte notifié est disponible à l'adresse suivante : <https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/fr/notification/16339>.



présentation des contenus journalistiques et éditoriaux. Cette section concerne également les fournisseurs de contenus journalistiques et éditoriaux.

La section 5 du règlement IM énonce des obligations d'ordre formel en matière de transparence. L'article 5(1) du règlement IM exige que les informations visées à l'article 93(1) du MStV soient communiquées en toute transparence en langue allemande, à l'instar des modifications apportées par les fournisseurs conformément à l'article 93(3) du MStV et des informations visées à l'article 6 du règlement IM.

En vertu de l'article 5(2) du règlement IM, les informations devant être divulguées sont réputées facilement compréhensibles au sens de l'article 93 du MStV si elles sont affichées de façon clairement visible pour un utilisateur moyen, conformément à l'usage habituel caractéristique de l'intermédiaire des médias concerné. C'est généralement le cas si l'information se détache clairement du reste du contenu et si elle est directement liée à des options d'entrée ou de navigation qui sont essentielles pour l'utilisation du service de l'intermédiaire des médias. Lors de l'utilisation d'un lien internet qui renvoie aux informations devant être divulguées, les exigences susmentionnées s'appliquent de la même façon.

L'article 5(3) du règlement IM dispose que les informations devant être divulguées doivent être visibles par l'utilisateur sans étapes intermédiaires particulières afin de remplir la condition d'accessibilité directe au sens de l'article 93 du MStV. Cette condition n'est pas remplie, en particulier, si l'accès à l'information exige l'activation de plus de deux hyperliens (plus de « deux clics ») et/ou si l'obtention de l'information est subordonnée à une inscription ou une connexion préalables. En vertu de l'article 5(4) du règlement IM, la disponibilité permanente des informations devant être divulguées au sens de l'article 93 du MStV est assurée si l'utilisateur peut y accéder à tout moment.

L'article 5(5) du règlement IM explique ce que signifie la disponibilité des informations dans un langage clairement compréhensible au sens de l'article 93 du MStV en précisant que ces informations doivent permettre à l'utilisateur moyen d'avoir une connaissance de base des éléments visés à l'article 93(1) du MStV, connaissance jugée indispensable pour une utilisation éclairée du service. Si l'utilisation du service de l'intermédiaire des médias est essentiellement vocale, les informations à divulguer doivent également être communiquées en mode audio à la demande de l'utilisateur, conformément à l'article 5(6) du règlement IM. Un signal sonore indiquant l'endroit où les informations à divulguer sont disponibles suffit à remplir cette condition.

L'article 6 du règlement IM précise les modalités détaillées des obligations en matière d'information conformément à l'article 93 du MStV. Afin de satisfaire à l'obligation de divulguer les critères déterminant l'accès à un contenu, conformément à l'article 93(1)1. du MStV, les intermédiaires des médias doivent notamment fournir les informations suivantes conformément à l'art. 6(1) du règlement IM :

1. une description des exigences d'ordre technique, économique, en lien avec le fournisseur, l'utilisateur et les contenus, déterminant si un contenu est rendu disponible par l'intermédiaire des médias ;



2. en cas de filtrage ou de rétrogradation ou de mise en avant de certains contenus en termes de visibilité lors de l'accès et du maintien dans le service de l'intermédiaire des médias, notamment par l'utilisation de systèmes automatiques, la catégorie de contenu concernée et les objectifs poursuivis par les mesures prises doivent être indiqués ;
3. des informations permettant de savoir si et, le cas échéant, comment l'accès et la conservation des contenus dans le service de l'intermédiaire des médias sont ou peuvent être influencés par le versement d'une rémunération ou d'autres avantages en nature directs ou indirects.

Afin de satisfaire à l'obligation qui lui incombe, en vertu de l'article 93(1)2 du MStV, de divulguer les principaux critères d'agrégation, de sélection et de présentation des contenus ainsi que leur pondération, y compris les informations sur la fonctionnalité des systèmes algorithmiques utilisés, tout intermédiaire des médias doit notamment fournir les informations suivantes conformément à l'article 6(2) du règlement IM :

1. une description des principaux critères d'agrégation, de sélection et de présentation utilisés par l'intermédiaire des médias ;
2. une description de la pondération relative des principaux critères les uns par rapport aux autres et par rapport aux critères secondaires, sans pour autant divulguer ces derniers ;
3. une description des objectifs d'optimisation visés par les principaux critères ;
4. des informations permettant de savoir si et, le cas échéant, comment la visibilité des contenus dans le service de l'intermédiaire des médias est ou peut être influencée par le versement d'une rémunération ou d'autres avantages en nature directs ou indirects ;
5. une description des étapes fondamentales du processus qui sous-tendent l'agrégation, la sélection et la présentation des contenus, y compris les données à caractère personnel et autres qui sont incluses dans l'agrégation, la sélection et la présentation ;
6. des informations sur le type et le degré de personnalisation et sur la question de savoir si et, le cas échéant, comment les contenus sont évalués en fonction de leur pertinence pour l'utilisateur concerné ;
7. des informations sur la question de savoir si et, le cas échéant, de quelle manière le comportement de l'utilisateur sur le service de l'intermédiaire des médias peut influencer l'agrégation, la sélection et la présentation des contenus, y compris des indications sur les possibilités d'action dont dispose l'utilisateur par le biais de paramètres et de fonctions annexes ;



8. des informations indiquant si et, le cas échéant, comment le fournisseur d'un service intermédiaire de médias traite ses propres contenus, les contenus d'une société affiliée¹⁵⁹ ou les contenus de ses partenaires de façon particulière lors de leur agrégation, de leur sélection et/ou de leur présentation.

Toute modification significative des critères à divulguer conformément à l'article 93(1) du MStV doit être signalée immédiatement de façon clairement visible. Conformément à l'article 6(6) du règlement IM, le fournisseur d'un service intermédiaire de médias doit fournir une vue d'ensemble montrant les changements significatifs intervenus au fil du temps. Toutes les autres modifications des critères à divulguer conformément à l'article 93(1) du MStV doivent être publiées au plus tard tous les quatre mois après l'entrée en vigueur de la loi sur les intermédiaires des médias.

5.2.1.4 Étude sur la mise en œuvre des obligations de transparence

Une étude en ligne représentative¹⁶⁰ réalisée par GIM Media pour le compte des LMA, *Transparence des intermédiaires des médias*, se penche sur le niveau de visibilité et d'intelligibilité des informations obligatoires au regard de la transparence telles qu'elles sont mises en œuvre par les fournisseurs¹⁶¹.

Selon cette étude, les jeunes (16-29 ans) utilisent la plupart des intermédiaires principalement ou exclusivement sur des appareils mobiles (tablettes/smartphones), tandis que les personnes plus âgées (50-69 ans) sont plus enclines à utiliser également des PC ou des ordinateurs portables. Les critères de sélection du site suscitent de l'intérêt (41 %) et sont connus (53 %) ; seul un tiers des personnes interrogées les ont déjà activement recherchés. Moins de la moitié d'entre elles se disent (très) satisfaites des résultats de la recherche. Les jeunes sont nettement plus nombreux (63 %) que les personnes âgées (47%) à avoir une idée des critères de sélection des intermédiaires des médias.

Les résultats de l'étude montrent clairement que les utilisateurs sont très intéressés par les informations visant à renforcer la transparence : plus de 80 % des personnes interrogées aimeraient savoir pourquoi un contenu spécifique leur est présenté. Néanmoins, les informations requises par la loi pour assurer la transparence sont difficiles à trouver chez les intermédiaires des médias étudiés (Google, YouTube et Instagram).

¹⁵⁹ Selon l'article 15 de l'*Aktiengesetz* (loi allemande sur les sociétés anonymes), à laquelle le traité inter-*Länder* sur les médias fait référence, les entreprises affiliées sont des entreprises juridiquement indépendantes qui, dans leur relation *inter se*, sont des entreprises dans lesquelles une participation majoritaire est détenue et des entreprises qui détiennent une participation majoritaire (article 16), des entreprises contrôlées et contrôlantes (article 17), des entreprises membres d'un groupe (article 18), des entreprises à participation croisée (article 19) ou des parties à un accord inter-entreprises (articles 291 et 292).

¹⁶⁰ L'étude est basée sur 3 000 entretiens avec des habitants germanophones en Allemagne âgés de 16 à 69 ans ayant utilisé internet au cours des trois derniers mois.

¹⁶¹ Les résultats de l'étude sont disponibles sur

https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Veranstaltungen/2022/2022_07_18_Medienintermediaere_transparent/ChartReport_MedienintermediaereTransparent_2022-07-18_final.pdf.



Seules 16 % des personnes interrogées ont trouvé les informations souhaitées sur Google. Mais les résultats des autres intermédiaires des médias intégrés à l'étude sont encore pires : 11 % ont pu trouver ces informations sur YouTube et seulement 4 % sur Instagram.

Les trois intermédiaires ont également obtenu des résultats différents en ce qui concerne l'intelligibilité des informations fournies dans le cadre de la transparence. 20 % des personnes interrogées estiment que les deux textes de Google sont les moins compréhensibles. Bien que les informations visant à assurer la transparence aient été beaucoup plus difficiles à trouver sur Instagram, elles sont néanmoins les plus faciles à comprendre, puisque 41 % des personnes interrogées font état d'un niveau de compréhension élevé après avoir lu les deux textes. Avec 32 %, YouTube se situe entre les deux.

Les résultats de cette étude révèlent qu'il est également nécessaire d'améliorer l'intelligibilité des informations. Avec 41 %, moins de la moitié des personnes interrogées considèrent que les informations d'Instagram sont faciles à comprendre. YouTube arrive ensuite avec 32 % et Google se place en dernier avec seulement 20 %.

5.2.1.5 Perspectives

Les services des intermédiaires des médias sont principalement utilisés sur les appareils mobiles. Les LMA estiment qu'il est urgent d'apporter des améliorations, à la fois en termes d'intelligibilité de l'information et d'accès à l'information, au regard de l'usage mobile des services. Par ailleurs, les LMA considèrent que les fournisseurs doivent s'appuyer sur leur expertise dans l'élaboration d'offres conviviales pour informer leurs utilisateurs de manière transparente.

Les LMA travaillent actuellement à la mise en place à l'échelle nationale d'une procédure d'évaluation visant à garantir la conformité des services en matière de conception et à mieux protéger les consommateurs. En dépit de son importance cruciale, les autorités estiment que la transparence ne peut, à elle seule, instaurer le pluralisme et la diversité au sens d'un ordre médiatique positif, car celui-ci doit être établi par le législateur. Du fait de la position des intermédiaires des médias au regard de la visibilité des contenus, la réflexion sur une réglementation dépassant la simple interdiction de discrimination devrait envisager des mesures instaurant un ordre positif capable de prendre en compte avec efficacité les risques pesant sur la démocratie.

5.2.2 Autres exemples

Comme indiqué ci-dessus, la régulation des systèmes algorithmiques a également fait l'objet de discussions dans d'autres États membres de l'UE (et au-delà) avant même que cette question ne soit abordée plus spécifiquement dans le cadre législatif de l'Union (comme décrit ci-dessus au point 3.2.) et en particulier dans la DSA (voir chapitre 4 ci-dessus). Suite à ce dernier règlement, les États membres sont en train d'adopter de nouvelles dispositions ou d'ajuster les réglementations existantes, notamment en ce qui concerne la structure institutionnelle. En effet, bien que la DSA soit directement



applicable et contraignante en tant que telle, elle nécessite de la part des États membres une démarche spécifique pour désigner les autorités compétentes et les doter des pouvoirs nécessaires. Hormis l'exemple de l'Allemagne, où le traité inter-*Länder* sur les médias abordait clairement la question de la responsabilité et de la transparence en matière d'algorithmes en lien direct avec la réglementation des médias audiovisuels avant même que la DSA ne soit proposée, il n'existe pas de réglementation parallèle similaire dans les autres États membres de l'UE. Nous ne mentionnerons donc qu'à titre d'exemple quelques mesures en matière de responsabilité et de transparence, qui ne sont pas directement liées aux médias, ainsi que des propositions de règlements visant plus généralement l'IA. Néanmoins, la grande majorité de ces approches sont des codes d'autorégulation ou des outils développés au niveau sectoriel et il n'y a pas lieu de les présenter ici¹⁶².

Plusieurs États membres de l'UE ont établi des règles spécifiques concernant l'utilisation de systèmes algorithmiques en lien avec l'activité des autorités publiques, comme par exemple des « registres d'IA » accessibles au public qui répertorient l'utilisation des algorithmes dans divers secteurs de l'exécutif¹⁶³.

La France a également inclus dans sa loi sur la République numérique de 2016 une obligation similaire qui s'étend également au fonctionnement de base de ces règles¹⁶⁴. De surcroît, cette loi a imposé une révision du Code de la consommation (art. L. 111-7) et introduit des obligations pour les opérateurs de services de communication au public en ligne. Ces plateformes sont définies comme des opérateurs classant ou référençant « au moyen d'algorithmes informatiques » des contenus, des biens ou des

¹⁶² Pour un exemple dans le secteur des médias : Le 10 novembre 2023, Reporters sans frontières et 16 autres organisations ont mis à disposition la "Charte de Paris sur l'IA et le journalisme" proposant aux journalistes et aux entreprises de médias une utilisation appropriée de l'IA dans leur travail, <https://rsf.org/fr/rsf-et-16-organisations-partenaires-pr%C3%A9sentent-la-charte-de-paris-sur-l-ia-et-le-journalisme>; pour une entreprise industrielle spécifique, voir l'aperçu dans Bauder, AP, other news organizations develop standards for use of artificial intelligence in newsrooms, 17 août 2023, <https://apnews.com/article/artificial-intelligence-guidelines-ap-news-532b417395df6a9e2aed57fd63ad416a> ; en Europe, l'"Alliance européenne pour l'IA" fournit un forum de discussion pour de multiples parties prenantes et est organisée et soutenue par la Commission européenne, <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/pages/about> ; sans restrictions régionales, le "Partenariat mondial sur l'intelligence artificielle (GPAI)" a été lancé en juin 2020 en tant qu'initiative multipartite visant à rassembler l'industrie et la société civile ainsi que les décideurs politiques et les universités et est hébergé par l'OCDE, <https://gpai.ai/> ; en dehors du contexte européen, aux États-Unis, plusieurs entreprises ont créé le "Frontier Model Forum" afin de développer les bonnes pratiques pour (autoréguler l'utilisation de ce qu'elles appellent les modèles d'IA d'avant-garde, <https://openai.com/blog/frontier-model-forum>, et auparavant, le 21 juillet 2023, sept entreprises d'IA s'étaient volontairement engagées auprès du président à contribuer à un "développement sûr, sécurisé et transparent de la technologie de l'IA", <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/21/fact-sheet-biden-harris-administration-secures-voluntary-commitments-from-leading-artificial-intelligence-companies-to-manage-the-risks-posed-by-ai/>.

¹⁶³ Voir par ex. les Pays-Bas ou la Finlande, OCDE, *The state of implementation of the OECD AI Principles four years on* (note 128), p. 39.

¹⁶⁴ Art. 6 de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ; <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo/texte> ; voir également les lignes directrices publiées par l'agence gouvernementale Etalab, *Expliquer les algorithmes publics*, <https://guides.etalab.gouv.fr/algorithmes/>.



services proposés ou mis en ligne par des tiers, ou servant d'intermédiaire en mettant en relation plusieurs parties dans le même but. L'extension de la définition à la communication de contenus révèle la pertinence de ces dispositions pour le secteur des communications, notamment les services de médias. Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une « information loyale, claire et transparente », notamment sur les modalités de référencement et de classement appliquées ou sur les paramètres de base des services de comparaison (à préciser dans un décret)¹⁶⁵. Il convient de noter que ces modifications du Code de la consommation suivent une approche similaire à celle qui a été adoptée par la suite par la DSA de l'UE : elles différencient les obligations en fonction de la pertinence de la plateforme (art. 111-7-1) et instaurent un seuil au-delà duquel les grandes plateformes doivent communiquer de manière proactive aux utilisateurs les bonnes pratiques employées pour atteindre l'objectif « équitable, clair et transparent » mentionné dans l'article précédent¹⁶⁶. Ce seuil - introduit par un décret modifiant une autre disposition du Code de la consommation¹⁶⁷ - est défini par le nombre de connexions par mois et il est fixé à cinq millions de visiteurs uniques par mois et par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile.

Au-delà de l'encadrement de l'utilisation des systèmes algorithmiques au niveau des pouvoirs publics, la France, à l'instar d'autres pays, a également mis en place des structures institutionnelles pour surveiller l'utilisation des systèmes algorithmiques aux fins de renforcer la transparence. L'Espagne, par exemple, a annoncé en 2022 la création d'une agence de supervision de l'IA (AESIA) qui a démarré son activité en 2023¹⁶⁸. L'objectif de cette agence est de promouvoir une IA responsable, durable et digne de confiance et d'établir des liens et des échanges avec les autres autorités impliquées dans la surveillance de l'IA. Les Pays-Bas ont également créé récemment un organe de surveillance - là encore, sans lien direct avec les médias ou le champ d'application de la DSA -, le Département de coordination du contrôle des algorithmes au sein de l'Autorité néerlandaise de protection des données. Son premier rapport sur les risques liés aux algorithmes a été publié en septembre 2023 (*Algorithmic Risks Report*¹⁶⁹). Son intégration

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 49.

¹⁶⁶ *Ibid.*, art. 50.

¹⁶⁷ Décret n° 2017-1435 du 29 septembre 2017 relatif à la fixation d'un seuil de connexions à partir duquel les opérateurs de plateformes en ligne élaborent et diffusent des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence des informations transmises aux consommateurs (Décret n°. 2017-1435 du 20 septembre 2017 relatif à la fixation d'un seuil de connexions au-delà duquel les opérateurs de plateforme en ligne doivent élaborer et diffuser auprès des consommateurs des bonnes pratiques pour renforcer la loyauté, la clarté et la transparence), <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/9/29/ECOC1716648D/jo/texte>, qui a ajouté au Code de la consommation l'article D. 111-15.-I.

¹⁶⁸ Voir la constitution du Conseil d'administration de l'Agence espagnole de supervision de l'intelligence artificielle le 7 décembre 2023, <https://espanadigital.gob.es/actualidad/constituido-el-consejo-rector-de-la-agencia-espanola-de-supervision-de-la-inteligencia> ; voir également <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/agencia-nacional-de-supervision-de-la-inteligencia-artificial>.

¹⁶⁹ Autorité néerlandaise de protection des données, Département de coordination du contrôle des algorithmes, *Periodic insight into the risks and effects of the use of algorithms in the Netherlands, Algorithmic Risks Report* de juillet 2023, https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/2023-08/Algorithmic%20Risks%20Report%20Netherlands%20-%20July%202023_0.pdf. Une vue d'ensemble des travaux est disponible sur <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/algorithmes-ai>.



au sein de l'autorité de contrôle en matière de protection des données lui permet de s'appuyer sur un dispositif exécutif existant et solide, tout en se concentrant essentiellement sur le contrôle des systèmes algorithmiques qui traitent des données à caractère personnel. La mission de l'autorité consiste à promouvoir la transparence dans ce domaine¹⁷⁰.

Les institutions et les structures de contrôle présentées ci-dessus se généraliseront lorsque la législation sur l'IA entrera en vigueur et devra être mise en œuvre, car les États membres sont tenus de désigner des autorités de contrôle nationales faisant office d'autorités de surveillance du marché en ce qui concerne l'IA, ce qui couvre également le contrôle des systèmes algorithmiques¹⁷¹.

5.3 La situation dans les pays non-membres de l'UE

La responsabilité et la transparence en matière d'algorithmes ont été discutées et partiellement intégrées en droit national dans certains pays non-membres de l'UE. Nous présentons ci-après deux exemples, le Royaume-Uni en tant qu'État européen non-membre de l'UE et les États-Unis d'Amérique.

5.3.1 Royaume Uni

Le Royaume-Uni a connu de nombreux développements intéressants de notre point de vue. En juin 2018, le Gouvernement a créé un organe consultatif, le Centre pour l'éthique des données et l'innovation (*Centre for Data Ethics and Innovation* - CDEI), qui produit des recommandations et des rapports sur l'utilisation de l'IA destinés d'une part, aux pouvoirs publics et d'autre part, au secteur privé. Bien que ses travaux soient de nature non contraignante, sa mission consiste à repérer d'éventuelles lacunes au niveau de la réglementation¹⁷². L'une de ses premières publications importantes porte notamment sur l'établissement d'une norme pour les organismes du secteur public en matière de transparence algorithmique¹⁷³.

¹⁷⁰ Les Pays-Bas ont également mis en place une coopération active des services gouvernementaux compétents (Autorité néerlandaise pour l'infrastructure numérique) avec l'UNESCO et la Commission européenne en vue de développer un modèle de bonnes pratiques pour les structures chargées de la supervision de l'IA, UNESCO, *Designing Institutional Frameworks for the Ethical Governance of AI in the Netherlands*, 4 octobre 2023, <https://www.unesco.org/en/articles/designing-institutional-frameworks-ethical-governance-ai-netherlands-0>.

¹⁷¹ Voir OCDE, *The state of implementation of the OECD AI Principles four years on* (note 128), p. 46.

¹⁷² Voir <https://www.gov.uk/government/organisations/centre-for-data-ethics-and-innovation/about>.

¹⁷³ Disponible sur : <https://www.gov.uk/government/publications/algorithmic-transparency-template>.



Sur la base des objectifs de la réglementation de l'IA définis dans le livre blanc du Gouvernement britannique de mars 2023¹⁷⁴, le CDEI a publié un recueil de techniques d'assurance en matière d'IA¹⁷⁵. L'assurance en matière d'IA désigne à cet égard les mesures qui doivent être prises pour que les utilisateurs aient confiance dans les systèmes d'IA. Cet outil traite de la conception, du développement et du déploiement des systèmes d'intelligence artificielle, ainsi que des moyens permettant de garantir un système digne de confiance. Ces différents aspects contribuent à renforcer la transparence des systèmes d'IA. L'outil du CDEI se présente sous la forme d'un site internet dynamique qui classe les différentes approches permettant de répondre à ces exigences pour mieux guider les organisations impliquées dans les différentes parties du cycle de vie de l'IA¹⁷⁶.

Parallèlement à ces initiatives, qui s'inscrivent dans le projet de développement d'un cadre réglementaire pour encadrer l'IA, le Royaume-Uni a vu se développer au fil des ans son propre cadre réglementaire régissant les plateformes. Il n'a été adopté qu'après l'entrée en vigueur de la DSA, mais les travaux préliminaires du projet de loi avaient commencé avant même la publication de la proposition de DSA. La loi *Online Safety Act* d'octobre 2023¹⁷⁷ instaure un « nouveau cadre réglementaire dont l'objectif général est de rendre l'utilisation des services internet ... plus sûre pour les particuliers au Royaume-Uni » (Partie 1, section 1).

À l'instar de la DSA, elle impose aux fournisseurs de services d'évaluer et de gérer les risques inhérents à leurs plateformes¹⁷⁸ en ce qui concerne les contenus illicites et préjudiciables, tout en élargissant considérablement le champ de compétences de l'autorité de régulation existante, l'OFCOM. En vertu de la section 1(3), les obligations imposées aux fournisseurs visent notamment à ce que leurs services soient « b) conçus et mis en œuvre de telle sorte que... (iii) la transparence et la responsabilité soient assurées en ce qui concerne ces services. » À titre d'exemple de l'étendue des exigences en matière de transparence et d'information, tout au moins à l'égard de l'OFCOM, la section 100 du chapitre 4 prévoit jusqu'à la possibilité pour l'OFCOM d'exercer sa surveillance à distance en consultant les informations en temps réel sur le fonctionnement du système concerné et de certains processus ou fonctionnalités, ce qui inclut également les algorithmes utilisés par le service.

Certaines catégories de fournisseurs (en fonction des seuils d'utilisateurs applicables) sont tenues de transmettre à l'OFCOM des rapports de transparence sur la base desquels l'autorité de régulation établira ses rapports de synthèse. L'annexe 8 de

¹⁷⁴ Ministère britannique des Sciences, de l'Innovation et de la Technologie, *A pro-innovation approach to AI regulation*, 29 mars 2023, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64cb71a547915a00142a91c4/a-pro-innovation-approach-to-ai-regulation-amended-web-ready.pdf>.

¹⁷⁵ <https://www.gov.uk/guidance/cdei-portfolio-of-ai-assurance-techniques>.

¹⁷⁶ Pour des informations plus détaillées, voir <https://www.gov.uk/guidance/cdei-portfolio-of-ai-assurance-techniques> et <https://cdeiuk.github.io/ai-assurance-guide/>.

¹⁷⁷ *Online Safety Act 2023*, 2023 Chapter 50, *An Act to make provision for and in connection with the regulation by OFCOM of certain internet services ; for and in connection with communications offences ; and for connected purposes*, 26 octobre 2023, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>.

¹⁷⁸ Aux termes des sections 3 et 4, la loi distingue les services d'utilisateur à utilisateur, les services de recherche, les services relevant de la partie 3 et les services réglementés, mais la définition de ces derniers englobe les plateformes de la même manière que les intermédiaires en vertu de la DSA.



l'*Online Safety Act* énonce les informations qui peuvent être demandées dans le cadre des rapports obligatoires et mentionne explicitement la « conception et l'exploitation d'algorithmes » utilisés en lien avec des contenus (illicites et préjudiciables) pour l'affichage, la promotion, la restriction ou la recommandation de ces contenus. Il est également intéressant de noter que la loi est soumise à une procédure d'évaluation après une période de 3 à 5 ans afin d'apprécier son efficacité. En vertu de la section 178(3)a)iii) de l'*Online Safety Act*, cette évaluation doit déterminer si elle a permis la mise en place par les opérateurs de systèmes et de processus qui « garantissent transparence et responsabilité à l'égard des utilisateurs ». Cette disposition prend en compte la dynamique de développement de l'environnement des plateformes et la nécessité d'évaluer régulièrement l'adéquation des instruments réglementaires. Les objectifs réglementaires, tels qu'ils ont été exposés dans ce numéro d'IRIS *Spécial*, jouent un rôle important dans cette évaluation, y compris au Royaume-Uni.

5.3.2 États-Unis d'Amérique

La situation n'est pas sans rappeler celle des États-Unis d'Amérique. Là encore, il existe de nombreuses initiatives visant d'une part, des approches d'autorégulation et d'autre part, la mise en place de structures qui analysent plus en détail la situation concernant l'utilisation croissante des systèmes d'IA et les risques y afférents. À titre d'exemple, le Bureau de la protection des consommateurs de la Commission fédérale du commerce a accordé une attention particulière à la transparence des algorithmes¹⁷⁹. D'une manière générale, les mesures exécutives et l'établissement de normes jouent un rôle prépondérant, étant donné que la législation (fédérale) pertinente dans ce domaine est très limitée et que l'adoption de nombreuses initiatives semble vouée à l'échec faute de majorité.

Les politiques en matière d'exécution se sont tout d'abord concentrées sur la définition de certains principes généraux, qui sont formulés dans les lignes directrices pour une charte des droits dans l'IA (*Blueprint for an AI Bill of Rights*). Ce document a été rédigé en octobre 2022 par le service de la Maison Blanche chargé de la politique scientifique et technologique (*White House Office of Science and Technology Policy - OSTP*) avec pour objectif de fixer des orientations en matière de conception, d'utilisation et de déploiement des systèmes d'IA dans l'intérêt du public des États-Unis. Il s'agit simplement d'un instrument à caractère non contraignant qui n'impose aucune action particulière. Il en va autrement avec le cadre de gestion des risques liés à l'intelligence artificielle du *National Institute of Standards and Technology (NIST)*¹⁸⁰, publié en janvier 2023, dont la teneur est plus concrète. Tout en restant un guide à caractère non contraignant destiné aux développeurs, concepteurs, déployeurs et utilisateurs de produits et services liés à l'IA, il décrit en détail ce que devraient être des systèmes dignes de confiance et insiste

¹⁷⁹ Voir <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-consumer-protection>.

¹⁸⁰ *Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*, NIST AI 100-1, janvier 2023, <https://doi.org/10.6028/NIST.AI.100-1>.



sur la nécessité d'instaurer responsabilité et transparence en la matière. Le document souligne qu'il n'y a pas de responsabilité sans transparence et développe largement les éléments constitutifs de la transparence¹⁸¹.

Récemment, un nouveau décret présidentiel a été publié sur le « développement et l'utilisation sûrs, sécurisés et dignes de confiance de l'intelligence artificielle »¹⁸². Publié en octobre 2023, ce décret expose comment l'administration actuelle entend aborder la réglementation visant à encadrer l'utilisation des systèmes d'IA et quelle importance elle accorde à la transparence. Le décret annonce des mesures à venir pour lesquelles plusieurs organes exécutifs sont chargés d'élaborer des propositions, mais il aborde également des objectifs politiques en rapport avec les systèmes d'IA. Ces mesures sont d'autant plus importantes que les propositions législatives visant à renforcer l'encadrement des plateformes utilisant des systèmes algorithmiques ou, plus généralement, l'IA, ont peu de chances de se matérialiser à court terme sous la forme d'une loi contraignante. Une loi d'initiative nationale en matière d'IA (*National AI Initiative Act*) est entrée en vigueur en 2021, mais elle concerne essentiellement la politique en matière de recherche¹⁸³.

Il y a eu plusieurs propositions de lois instaurant des règles en matière de responsabilité - notamment une proposition de loi sur la responsabilité en matière d'algorithmes (*Algorithmic Accountability Act of 2023*¹⁸⁴) qui met à jour la proposition originale de 2022 - mais toutes ces propositions sont « uniquement » déposées dans le cadre du processus législatif et n'ont pas encore reçu un soutien suffisant pour être adoptées à la majorité. La proposition de loi sur la responsabilité en matière d'algorithmes est intéressante dans la mesure où elle propose d'instaurer des obligations de transparence pour les organisations utilisant des systèmes de prise de décision automatisée d'une manière comparable aux initiatives décrites ci-dessus. Cette proposition prévoit également des obligations en matière d'explication du fonctionnement du système algorithmique. Une autre proposition pertinente concerne l'utilisation d'algorithmes dans les systèmes de classement et le droit potentiel des utilisateurs à ne pas être confrontés à certains types d'utilisation de systèmes algorithmiques : il s'agit de la loi de 2019 sur la transparence des bulles de filtres (*Filter Bubble Transparency Act*)¹⁸⁵, qui exigerait que les plateformes internet traitant les données des utilisateurs à des fins de personnalisation du contenu en informent les utilisateurs et leur permettent de s'y soustraire. Une autre proposition, la Loi sur la justice algorithmique et la transparence des plateformes en ligne (*Algorithmic Justice and Online*

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 15-16.

¹⁸² <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>.

¹⁸³ *National AI Initiative Act of 2020*, publiée dans le cadre d'un paquet législatif à la division E, section 5001, p. 2136, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6216>.

¹⁸⁴ S.2892 - *Algorithmic Accountability Act of 2023*, 118^e Congrès (2023-2024), <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/2892/text>; version originale:

<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/6580/text>
Senate https://www.wyden.senate.gov/imo/media/doc/algorithmic_accountability_act_text.pdf.

¹⁸⁵ S.2763 - *Filter Bubble Transparency Act of 2019*, 116^e Congrès (2019-2020), <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2763/text>.



Platform Transparency Act) de 2023¹⁸⁶, concerne les obligations générales des plateformes en ligne lorsqu'elles utilisent des informations personnelles dans des processus algorithmiques, notamment en les rendant transparentes, par exemple en ce qui concerne la modération de contenu. Chacune de ces propositions n'a toujours pas avancé dans la procédure législative jusqu'à présent.

¹⁸⁶ S.2325 - Algorithmic Justice and Online Platform Transparency Act - 118th Congress (2023-2024), <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/2325/text>.



6 Structures institutionnelles et contrôles

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

6.1 La Commission européenne et la DSA

L'impact des nouvelles dispositions matérielles en matière de transparence des systèmes algorithmiques introduites par la DSA, que nous avons exposé ci-dessus, constitue l'ossature du règlement, néanmoins, les structures institutionnelles assignant les compétences pour la surveillance des fournisseurs relevant de la DSA et l'exécution de ses dispositions jouent également un rôle décisif. S'il n'est pas nécessaire de présenter ici toute la complexité du mécanisme de contrôle prévu par la DSA, nous en exposerons tout de même brièvement le fonctionnement en ce qui concerne le respect des obligations de transparence.

Les cinq premières sections (articles 49 à 86) du chapitre IV de la DSA définissent la dimension institutionnelle de la surveillance et les procédures effectives d'exécution tout en octroyant, par exemple, le pouvoir d'émettre des sanctions en cas de non-respect des règles de la DSA par les fournisseurs. Nous avons déjà évoqué, dans le cadre des dispositions matérielles, la répartition des compétences ainsi que des règles de coopération entre les autorités compétentes des États membres et la Commission européenne¹⁸⁷. Par ailleurs, un comité européen des services numériques nouvellement créé réunit des représentants de tous les États membres, la Commission présidant ce groupe consultatif indépendant. Les États membres doivent désigner l'une des autorités compétentes chargées du suivi de l'exécution de la DSA, ou de certaines de ses dispositions, comme coordinateur pour les services numériques (CSN). Le CSN est chargé de coordonner les différentes autorités - si plusieurs organismes ont été désignés - au niveau national et de siéger au comité afin d'assurer l'harmonisation des mesures de surveillance dans l'ensemble de l'UE. Bien que les autorités des États membres soient en principe chargées en premier lieu de la surveillance des fournisseurs qui relèvent de la

¹⁸⁷ Sur l'articulation des différentes approches de coordination verticale et horizontale ainsi que d'une administration mixte, voir Schneider, Sigrist, Oles, « *Collaborative Governance of the EU Digital Single Market established by the Digital Services Act* », *University of Luxembourg Law Research Paper* No. 2023-09, SSRN-id4561010.



compétence de leur État membre (conformément à l'art. 51(1) de la DSA), c'est-à-dire les fournisseurs qui ont leur établissement principal dans cet État membre (art. 56(1) de la DSA)¹⁸⁸, la Commission joue un rôle majeur dans la mise en place de la DSA.

Non seulement la Commission préside le comité, mais elle est également la principale autorité compétente en matière de surveillance et d'exécution à l'égard des VLOP et des VLOSE (article 56(2) et suiv.), notamment en ce qui concerne leurs obligations supplémentaires et toutes les autres obligations de cette catégorie de fournisseurs dont le contrôle incombe à la Commission. Or, d'une part, le fait que les États membres doivent assigner les pouvoirs de contrôle à un seul CSN alors que la réglementation horizontale de la DSA couvre une grande diversité de contenus échangés via les intermédiaires pose problème, et d'autre part, un débat est en cours sur la manière dont la Commission doit se (ré)organiser dans la pratique pour exercer son contrôle dans un domaine sensible au regard des droits fondamentaux, notamment de la liberté d'expression¹⁸⁹. Étant donné que les VLOP et les VLOSE doivent satisfaire à des obligations de transparence supplémentaires par rapport aux autres catégories de plateformes, le rôle attribué à la Commission est particulièrement pertinent dans le cadre de notre étude et, en définissant les normes applicables à ces fournisseurs, la Commission aura également un impact sur le fonctionnement de la DSA et, d'une façon générale, sur l'activité des autorités nationales compétentes.

Cette position sera renforcée par le fait que la Commission dispose explicitement de compétences pour adopter des actes d'exécution régissant les obligations en matière de rapports de transparence, par exemple en établissant des modèles pour les rapports de transparence de tous les fournisseurs de services intermédiaires conformément à l'article 15(3) de la DSA. Comme indiqué plus haut (chapitre 4.1.4.), ces rapports de transparence présentent au public, entre autres, les modalités d'utilisation des systèmes algorithmiques dans la modération des contenus et la précision des résultats qu'ils ont produits (voir l'article 15(1)e) de la DSA). De même, en ce qui concerne les obligations élargies des plateformes en ligne en matière de rapports, conformément à l'article 24, la Commission peut adopter des actes d'exécution pour harmoniser ces rapports. De plus, la Commission est chargée de la création et de la gestion de la base de données répertoriant les décisions des fournisseurs de services d'hébergement relatives au caractère illicite ou incompatible d'un contenu avec les conditions générales du fournisseur. L'exposé des motifs que les fournisseurs doivent fournir à leurs utilisateurs dans de tels cas de modération des contenus doit également inclure la manière dont des moyens automatisés ont été utilisés dans la procédure (article 17(3)c) de la DSA). Outre les actes d'exécution,

¹⁸⁸ Toutefois, la DSA ne repose pas uniquement sur la compétence du pays d'origine, mais inclut également des compétences pour les autorités des États où le service est disponible au sens du principe de pays de destination.

¹⁸⁹ Sur le problème de l'exclusion potentielle des autorités de régulation des médias de cette tâche, en particulier lorsque les États membres ne disposent pas d'un régulateur convergent, voir sur la base de la proposition de la DSA Cole/Etteldorf/Ullrich, *Updating the Rules for Online Content Dissemination*, 2021, doi.org/10.5771/9783748925934, p. 202 et suiv. et 210 et suiv. Pour une approche plus générale, voir Buri A, « *Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives - Reflections on the European Commission's Role as DSA Enforcer* » dans Hoboken et al. (éd.) *Putting the Digital Services Act into Practice*, Berlin 2023, p. 75.



la Commission joue un rôle important en encourageant le développement de normes et de codes de conduite (articles 44 et 45), ce qui renforce son implication active dans la surveillance de toutes les catégories d'intermédiaires. Pour les VLOP et les VLOSE en particulier, l'article 42 prévoit des obligations d'information supplémentaires et plus strictes dont le contrôle incombe à la Commission. Toutefois, étant donné que des obligations de transparence plus générales s'appliquent également à cette catégorie de fournisseurs, la Commission est directement chargée de contrôler le respect de ces obligations et de gérer les décisions de modération des contenus de ces fournisseurs dans la base de données. Parmi le premier groupe de VLOP et de VLOSE qui ont été désignés (voir chapitre 4.1.1.), de nombreux opérateurs sont également impliqués dans la modération des contenus et doivent donc contribuer à alimenter la base de données avec leurs décisions. Par conséquent, le rôle de surveillance incombant à la Commission permet d'établir en premier lieu la mise en œuvre concrète des dispositions de la DSA en matière de transparence, avec une incidence sur tous les types de fournisseurs.

La base de données de transparence qui devait être créée par la Commission conformément à l'article 24(5) de la DSA a été mise en œuvre le 26 septembre 2023, au même moment que la publication des premiers rapports de transparence des VLOP et VLOSE¹⁹⁰. La base de données est organisée et mise à la disposition du public par la Commission, mais les données proviennent des fournisseurs. Ceux-ci doivent en principe signaler, pour chaque décision de modération de contenu, non seulement la décision elle-même, mais aussi l'exposé des motifs, qu'ils sont également tenus de communiquer au destinataire du service concerné. Afin de faciliter la gestion du volume d'informations et leur comparaison entre les différents fournisseurs, cette base de données doit être lisible par une machine et le téléversement des informations doit se faire de manière automatisée. L'obligation pour les fournisseurs de communiquer leurs données dans les meilleurs délais répond à l'objectif de disposer en permanence de données à jour par l'intermédiaire de la base de données, comme l'indique le considérant 66 de la DSA. Le format standard de déclaration doit faciliter cette procédure rapide et automatisée, étant établi, comme le précise ce considérant, que cette procédure doit rester proportionnée aux ressources de la plateforme en ligne concernée. La Commission a conçu le formulaire de déclaration de manière structurée, pour que tout visiteur de la base de données puisse y effectuer des recherches et recevoir des résultats classés par catégories, par exemple en regroupant les décisions de différents fournisseurs concernant un motif spécifique de suppression d'informations au cours d'une période donnée. Les informations saisies dans le formulaire ne doivent pas contenir de données à caractère personnel comme, par exemple, le nom ou les coordonnées de l'utilisateur affecté par un message ayant par la suite fait l'objet d'une mesure de blocage. À cet égard, les fournisseurs sont tenus de supprimer ce type de données avant toute déclaration.

Alors que toutes les plateformes en ligne devront soumettre les informations pertinentes à partir du 17 février 2024, date à laquelle la DSA deviendra pleinement applicable, les VLOP et VLOSE désignés étaient déjà soumis aux obligations de la DSA six mois après leur désignation et ont donc commencé à alimenter, tout au moins en partie,

¹⁹⁰ Voir la page d'accès à la base de données sur <https://transparency.dsa.ec.europa.eu/>.



la base de données dès que celle-ci a été rendue publique. Bien que seul un nombre limité de fournisseurs - comparé à ce qui est attendu après la pleine applicabilité de la DSA - soit concerné, le nombre de décisions rapportées est considérable : moins de deux semaines après son lancement, plus de 60 millions d'entrées pouvaient déjà être consultées dans la base de données et fin novembre 2023, ce nombre était passé à environ 641,5 millions¹⁹¹. À cette période, le volume horaire moyen de rapports déposés comptait plus d'un demi-million de décisions. À elles seules, ces données donneront une vision beaucoup plus transparente de ce qui se passe au niveau de la modération des contenus. En ce qui concerne notamment les systèmes algorithmiques, le format standard impose aux fournisseurs de déclarer si le contenu en question a été détecté ou identifié par des moyens automatisés et si la décision a été prise en s'appuyant totalement, partiellement ou pas du tout sur des moyens automatisés. Sur la base des données susmentionnées, en se fondant sur les informations communiquées par les fournisseurs et en présumant que les résultats d'une recherche reflètent pleinement le contenu de la base de données, on constate que fin novembre, près de 580 millions de contenus faisant l'objet d'une décision avaient été détectés par des moyens automatisés, tandis qu'environ 380 millions de décisions étaient prises entièrement par des moyens automatisés. Cette analyse statistique peut être complétée par un examen plus détaillé des motifs ayant conduit à la décision et à son résultat. Les principaux critères de recherche sont les suivants : la décision est-elle fondée sur le caractère illicite (allégué) du contenu ou son incompatibilité avec les conditions générales, quelle mesure a été appliquée, quelle catégorie de contenu est concernée, de même qu'un certain nombre de mots-clés utilisés dans les décisions. Par ailleurs, des éléments formels tels que l'étendue territoriale, le type de contenu (par exemple, audio, vidéo, image, etc.) et la langue du contenu peuvent faire l'objet d'une recherche. Chaque plateforme dispose d'un « *Platform Unique Identifier* (identifiant unique de plateforme - PUID) » avec lequel elle doit se présenter et qui peut être sélectionné dans un menu déroulant si l'utilisateur de la base de données souhaite consulter les décisions d'une seule ou de plusieurs plateformes¹⁹². Les fournisseurs disposent d'explications plus détaillées sur les informations attendues pour les différents éléments du formulaire, comme par exemple la catégorie de contenu concernée. Le formulaire comporte également des champs de texte libre permettant de contextualiser la décision de manière plus détaillée ; ces champs sont également visibles lorsqu'un élément spécifique de la base de données est sélectionné. Toutefois, en raison d'une part, de la quantité de données disponibles, et d'autre part, des restrictions en matière de comparaison, de recoupement et de téléchargement des données, certains acteurs craignent que cet outil serve principalement à la recherche (professionnelle) et non pas à l'information des utilisateurs individuels¹⁹³.

¹⁹¹ Voir les statistiques <https://transparency.dsa.ec.europa.eu/analytics> ainsi que la possibilité d'effectuer une recherche avancée dans la base de données sur une période donnée, etc.

<https://transparency.dsa.ec.europa.eu/statement-search>

¹⁹² Voir les indicateurs que les fournisseurs doivent intégrer dans leur rapport sur

<https://transparency.dsa.ec.europa.eu/page/documentation>

¹⁹³ Cf. par exemple un premier résultat succinct du test de la base de données décrit par Miller, *First Transparency Reports Under Digital Services Act Are Difficult to Compare*, 22 novembre 2023, <https://www.techpolicy.press/first-transparency-reports-under-digital-services-act-are-difficult-to-compare/>.



Sachant que la création de la base de données et, à plus large échelle, l'analyse des systèmes algorithmiques et la compétence requise pour exercer la mission de surveillance prévue par la DSA, nécessitent l'acquisition d'une expertise spécifique, la Commission européenne a créé une unité de soutien dédiée à cette mission. Le Centre européen pour la transparence algorithmique (ECAT)¹⁹⁴ est une unité de recherche chargée de recruter des experts internes et de coopérer avec des experts externes. Créé en avril 2023, il est hébergé par le Centre commun de recherche (CCR) et coopère avec la Direction générale compétente de la Commission chargée des réseaux de communication, du contenu et des technologies (DG CONNECT). Cette unité est encore en voie de développement, mais elle fournira prochainement une assistance technique à la Commission au regard des obligations de gestion des risques incombant aux VLOP et aux VLOSE, tout en ayant pour mission d'éclairer les choix politiques à venir.

6.2 Contrôles prévus dans les États membres de l'UE

Les différentes initiatives prises au niveau international en vue de définir des normes intégrant la transparence et la responsabilité des algorithmes pour la réglementation en matière d'IA (voir point 5.1 ci-dessus) devraient déboucher sur l'élaboration de réponses réglementaires nationales. Soit ces réponses appliqueront les accords conclus par les différents groupes d'États, soit elles iront au-delà en définissant des approches nationales spécifiques, comme cela a été le cas avec les premières mesures législatives en Allemagne concernant les intermédiaires de médias (voir ci-dessus par. 5.1.). Pour les États membres de l'UE, la situation est claire : outre la mise en place d'une nouvelle architecture de surveillance et de gouvernance dans le cadre de la législation sur l'IA, la finalisation des structures de surveillance et d'exécution concernant la DSA, avec ses nouvelles règles de transparence et de responsabilité, est d'ores et déjà imminente. Les États membres devront notifier à la Commission au plus tard le 17 février 2024 (article 49(3) de la DSA) l'autorité ou l'instance nationale désignée comme coordinateur pour les services numériques (CSN), ce qui nécessitera l'établissement préalable d'un format d'interaction au niveau national entre les différentes autorités qui contribuent à l'exécution de la DSA et sont coordonnées par le CSN respectif.

Comme décrit ci-dessus (par. 6.1.), la Commission européenne est elle-même investie d'une mission centrale dans l'exécution de la DSA, non seulement au regard de certaines catégories de fournisseurs, mais aussi par le biais de ses compétences lui permettant notamment d'intervenir sur les rapports de transparence et d'adopter des actes d'exécution¹⁹⁵. Néanmoins, ce sont les autorités compétentes des États membres qui sont responsables de la surveillance des fournisseurs de services intermédiaires (art. 49(1) de la DSA). La question de la juridiction, c'est-à-dire de l'État membre compétent pour

¹⁹⁴ Voir https://algorithmic-transparency.ec.europa.eu/index_en.

¹⁹⁵ Pour une vue d'ensemble des questions concernant le rôle de la Commission selon la proposition initiale de la DSA, voir Cole/Etteldorf/Ullrich, *Updating the Rules for Online Content Dissemination* (note 161), p. 223 et suiv.



faire appliquer les dispositions pertinentes par un fournisseur spécifique, suit l'approche du pays d'origine en s'appuyant principalement (pour les fournisseurs basés au sein de l'UE) sur l'établissement principal des sociétés (art. 56(1) de la DSA) ou le représentant légal des fournisseurs (art. 56(6) de la DSA) que les fournisseurs basés hors de l'UE et proposant leurs services dans l'UE sont tenus de nommer. Les États membres sont libres de prévoir une structure de surveillance dans laquelle plusieurs autorités sont chargées de l'exécution, par exemple en fonction des exigences sectorielles ou en réponse à des questions de fond spécifiques, sous réserve qu'un seul coordinateur pour les services numériques assure la coordination et représente l'État membre au niveau de l'UE au sein du comité européen des services numériques.

Les États membres disposent d'un certain nombre d'options pour désigner des autorités compétentes et le CSN : ils peuvent soit créer de nouvelles autorités, soit choisir des autorités existantes, par exemple dans le domaine de la surveillance des réseaux et services de communications électroniques, des autorités de régulation des médias audiovisuels ou des autorités chargées de la concurrence. Dans les États membres où les régulateurs ont des missions convergentes couvrant plusieurs secteurs, notamment celui des télécommunications et des médias, ce sont généralement eux qui sont désignés comme CSN, lorsque cette désignation a déjà eu lieu¹⁹⁶. Même si les États membres disposent d'une grande marge de manœuvre dans le choix de l'autorité et de la structure institutionnelle, la DSA exige non seulement que ces autorités soient indépendantes, mais également dotées des pouvoirs nécessaires, notamment en vertu de l'article 51 de la DSA, afin qu'elles puissent mener à bien l'exécution du règlement. Bien que certains détails de procédure, notamment en ce qui concerne la coopération des autorités entre elles, découlent déjà de la DSA, il incombe aux États membres de fixer des règles spécifiques de fonctionnement pour le CSN et les autorités compétentes. Outre les pouvoirs du CSN visés à l'article 51 de la DSA, il existe un certain nombre d'autres tâches administratives qui, en vertu des dispositions de la DSA, doivent être intégrées aux compétences que les États membres assignent aux autorités. Cela concerne, par exemple, la transmission aux CSN de tous les autres États membres d'injonctions émises par diverses autorités (art. 9(4) et 10(4) de la DSA), la certification des organes de règlement extrajudiciaire des litiges (art. 21(3) de la DSA) ou l'attribution du statut de signaleur de confiance (art. 22(2) de la DSA).

La DSA prévoit également un certain nombre de procédures et d'obligations en matière de coopération qui sont précisées au chapitre IV. Il convient d'établir une coopération au sein de chaque État membre lorsque plusieurs autorités sont impliquées¹⁹⁷, entre les États membres en termes d'assistance mutuelle au niveau des CSN, au niveau de

¹⁹⁶ Par exemple, l'AGCOM en Italie et l'ARCOM en France, conformément au projet de loi ; dans certains pays, il s'agit de l'autorité chargée spécifiquement des médias, comme la *Comisiún na Meán* (commission des médias) en Irlande, et dans d'autres pays c'est l'autorité chargée de la concurrence qui fait office de CSN, comme l'Autorité de la concurrence au Luxembourg en vertu du projet de loi actuel.

¹⁹⁷ Sur cet aspect, voir Van Cleynenbreugel/Mattioli, *Digital Services Coordinators and other competent authorities in the Digital Services Act: streamlined enforcement coordination lost?*, Blogpost 49/2023 sur europeanlawblog, 30 novembre 2023, <https://europeanlawblog.eu/2023/11/30/digital-services-coordinators-and-other-competent-authorities-in-the-digital-services-act-streamlined-enforcement-coordination-lost/>; Schneider, Sigrist, Oles, *Collaborative Governance of the EU Digital Single Market established by the Digital Services Act* (note **Error! Bookmark not defined.**), p. 50 et suiv.



l'UE via la coopération au sein du comité et entre le comité et les autres institutions de l'UE, ainsi que, en dernier ressort et de façon soutenue, avec la Commission européenne¹⁹⁸. L'article 56 (5) de la DSA exige à cet égard que les États membres et la Commission « surveillent et assurent le respect des dispositions du présent règlement en étroite coopération. » La Commission a donc pris contact avec les autorités nationales ayant déjà entamé la phase de préparation de la pleine applicabilité de la DSA afin de convenir formellement des procédures de coopération¹⁹⁹. L'objectif de la DSA visant à assurer une application harmonisée de ses dispositions dans les affaires transfrontières concernant d'autres États membres que celui où est établi le fournisseur se traduit par la mise en place d'un certain nombre de procédures de coopération entre les CSN des États membres de destination d'un service donné et le CSN de l'État membre compétent. Il est intéressant de noter qu'en cas de litige survenant en pareil cas au sujet de l'adéquation des mesures prises, la Commission peut être saisie de l'affaire au titre de l'article 59 de la DSA et jouer un rôle décisif.

La section 5 du chapitre IV prévoit des dispositions communes en matière d'exécution qui ne se limitent pas au niveau de l'État membre ou de la Commission, mais s'appliquent à tous les niveaux et à toutes les catégories de fournisseurs. Afin de pouvoir mettre en œuvre la coopération telle qu'elle est prévue, la Commission est chargée de mettre en place un système d'échange d'informations (art. 85 de la DSA), à l'instar du dispositif propre au Réseau européen de la concurrence²⁰⁰ qui permet à la Commission et aux autorités nationales de la concurrence d'échanger des informations sur les affaires en cours par le biais d'un réseau sécurisé.

L'implication de diverses autorités au niveau des États membres et d'organismes au niveau européen pour assurer la surveillance des systèmes algorithmiques et les mesures connexes d'exécution deviendra plus complexe encore avec l'adoption et l'application de la législation sur l'IA. En vertu de la proposition de législation sur l'IA et du compromis final retenu, un « Bureau de l'IA » sera créé au sein de la Commission. Ce bureau sera conseillé par un groupe scientifique d'experts indépendants en ce qui concerne les systèmes d'IA à usage général. Il y aura également un « Comité de l'IA » au niveau de l'UE, composé de représentants des États membres, qui sera chargé de conférer des pouvoirs de contrôle aux autorités de surveillance du marché. Enfin, un forum consultatif destiné aux parties prenantes fournira une expertise technique au Comité de l'IA²⁰¹.

¹⁹⁸ Voir Cole/Etteldorf, *Future Regulation of Cross-Border Audiovisual Content Dissemination* (note 89), p. 170 et suiv. ; Schneider, Sigrist, Oles, *Collaborative Governance of the EU Digital Single Market established by the Digital Services Act* (note 159), p. 46 et suiv.

¹⁹⁹ Voir par exemple le Mémorandum avec l'AGCOM, Commission européenne, communiqué de presse, 30 octobre 2023, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-services-sign-administrative-arrangement-italian-media-regulator-support-enforcement>. Pour un aperçu général, voir <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/dsa-cooperation>.

²⁰⁰ Voir https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/european-competition-network_en.

²⁰¹ Voir Conseil de l'UE, communiqué de presse 986/23, *Législation sur l'intelligence artificielle: le Conseil et le Parlement parviennent à un accord sur les premières règles au monde en matière d'IA*, 09 décembre 2023, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>.



6.3 Rôle des ONG, des chercheurs universitaires et autres acteurs

Concernant les systèmes algorithmiques et les approches réglementaires dont ils font l'objet, on observe une tendance en progression croissante dans l'environnement numérique. Parallèlement à l'application de valeurs normatives par le biais de la mission de surveillance des autorités désignées à cet effet, un certain nombre d'autres acteurs jouent un rôle majeur dans l'accomplissement des objectifs de la réglementation. En premier lieu, comme c'est le cas depuis longtemps dans la régulation des médias – voir en particulier l'approche de l'article 4*bis* de la Directive SMA en vertu duquel « les États membres encouragent l'utilisation de la corégulation et la promotion de l'autorégulation » – les fournisseurs concernés sont eux-mêmes fortement impliqués. L'approche basée sur le risque de la DSA impose aux fournisseurs de services intermédiaires de déterminer le niveau de conformité requis en fonction du type de service qu'ils proposent. Par ailleurs, au niveau sectoriel, ils contribuent, en menant d'ores et déjà une étroite coopération à cet effet avec les autorités de régulation, dont la Commission, à l'adoption de normes et de codes de conduite pour faire évoluer les pratiques et procédures des fournisseurs afin de les mettre en conformité avec la DSA.

À cet égard, la DSA va plus loin en exigeant des VLOP et des VLOSE qu'ils organisent et financent des audits réguliers afin d'évaluer le respect de certaines dispositions de la DSA par les fournisseurs concernés. Cela implique la participation d'acteurs externes, car les auditeurs doivent être indépendants, et les plateformes doivent les assister dans la préparation de l'audit (article 37 de la DSA). Les rapports d'audit doivent être d'une part, transmis aux autorités de surveillance compétentes et à la Commission, et d'autre part, mis à la disposition du public (art. 42(4) de la DSA), contribuant ainsi à une plus grande transparence du fonctionnement et du niveau de conformité de ces plateformes. Les auditeurs jouent un rôle majeur dans le contrôle de la conformité et disposent de certains moyens pour faire appliquer le règlement par les autorités compétentes en cas d'infraction²⁰².

De la même manière, mais en intégrant une nouvelle dimension, la DSA souhaite renforcer le contrôle public des risques systémiques potentiels inhérents aux VLOP et VLOSE en instaurant des obligations d'accès aux données. Cette disposition de l'article 40 de la DSA instaure un pouvoir de contrôle important pour les systèmes algorithmiques et la manière dont ils pourraient contribuer à de tels risques systémiques, tout en permettant de mieux évaluer si les mesures d'atténuation des risques que ces catégories de fournisseurs sont tenues de mettre en place peuvent être considérées comme adéquates et efficaces. L'article 40(3) de la DSA précise explicitement que l'accès aux données doit permettre d'obtenir des explications sur « la conception, la logique, le fonctionnement et la procédure de test de leurs systèmes algorithmiques, y compris leurs

²⁰² Voir le risque encouru si le processus d'audit avait impliqué une externalisation complète de l'évaluation de la conformité, Cole/Etteldorf/Ullrich, *Updating the Rules for Online Content Dissemination* (note 161), p. 201 et suiv. Voir également l'art. 72 de la DSA sur les mesures de contrôle dans le cadre de la nomination d'experts externes pour assister la Commission dans sa mission de surveillance.



systèmes de recommandation. » L'accès aux données n'est pas seulement garanti aux CSN et à la Commission, mais peut également être accordé à des chercheurs agréés, comme le précise la DSA. Lorsque des chercheurs ont pour objectif d'entreprendre des recherches sur les questions susmentionnées et sous réserve de remplir certaines conditions telles que leur indépendance de tous intérêts commerciaux et la mise à la disposition du public des résultats de leurs recherches, ils peuvent solliciter le statut de chercheur agréé auprès du CSN compétent (art. 40(8) de la DSA). Les chercheurs sont donc appelés à jouer un rôle important dans l'analyse du fonctionnement interne des fournisseurs au regard des risques systémiques, ce qui confère à un autre groupe d'experts un statut particulier dans la surveillance du respect des dispositions de la DSA.

Par ailleurs, au cours des dernières décennies on a vu émerger un certain nombre d'organisations non gouvernementales (ONG) qui défendent les droits des particuliers dans la sphère numérique et jouent un rôle important à cet effet en tant que groupe de pression dans le processus législatif en place dans l'UE. Par exemple, dans le cadre de la revendication des droits des personnes concernées en vertu du RGPD ou sur des questions générales telles que l'impact des systèmes algorithmiques, ces ONG ont souvent défendu les intérêts des particuliers, soit en menant des études et en publiant des analyses critiques²⁰³, soit en saisissant les autorités ou les tribunaux compétents au nom des personnes concernées²⁰⁴. L'idée selon laquelle les individus peuvent souvent ne pas être en mesure de défendre eux-mêmes efficacement leurs droits, par exemple vis-à-vis des plateformes, est désormais intégrée à l'article 86 de la DSA. Selon cette disposition, les utilisateurs (destinataires) individuels des services intermédiaires ont le droit d'être représentés par des organisations pour autant que celles-ci opèrent sans but lucratif, qu'elles ont été régulièrement constituées conformément au droit d'un État membre et que leurs objectifs statutaires « comprennent un intérêt légitime à assurer le respect [de la DSA]. » Ce droit de représentation s'exerce sans préjudice des autres possibilités prévues à cet égard par le droit européen et national²⁰⁵. Cette disposition exprime clairement l'idée que les ONG peuvent jouer un rôle important en assistant les personnes qui souhaitent faire valoir leurs droits au titre de la DSA, notamment en contestant la conformité d'un opérateur en raison, par exemple, d'un manque de transparence des systèmes algorithmiques utilisés pour une décision ayant affecté la personne concernée.

²⁰³ Voir parmi les nombreuses publications des diverses organisations l'étude réalisée par AlgorithmWatch : Loi/Spielkamp, *Towards Accountability in the use of Artificial Intelligence for Public Administrations*, 2021, <https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2021/05/Accountability-in-the-use-of-AI-for-Public-Administrations-AlgorithmWatch-2021.pdf>.

²⁰⁴ Voir entre autres l'organisation de défense des droits de la vie privée de noyb et son approche stratégique des litiges : <https://noyb.eu/en/our-detailed-concept>.

²⁰⁵ Pour plus de détails, voir Cole/Ukrow, *Der EU Digital Services Act und verbleibende nationale (Gesetzgebungs-) Spielräume*, 2023, https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Marie-Munk-Initiative/DSA_Gutachten_Cole_Ukrow.pdf, p. 49 et suiv.



7 Conclusion et perspectives

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

Les systèmes algorithmiques ont un impact significatif sur la manière dont les utilisateurs interagissent aujourd'hui avec l'environnement en ligne, consomment les contenus médiatiques et autres types d'informations, trouvent activement des points d'entrée vers ce qu'ils recherchent via des moteurs de recherche et sont passivement confrontés à des recommandations ou à de la publicité plus ou moins personnalisées. En ce qui concerne l'influence de ces systèmes sur les décisions prises par les individus dans leur vie quotidienne, que ce soit ou non en ligne, le « problème de la boîte noire » se pose de façon récurrente. Les observateurs ont parfois manifesté une certaine lassitude ou, tout au moins, un certain pessimisme, en estimant inéluctable que la dépendance à l'égard des systèmes algorithmiques s'accompagne d'un manque de connaissance sur la manière dont ils fonctionnent et sur ce qui leur permet de produire un résultat concret dans une situation spécifique. Ces débats ont commencé bien avant la période actuelle, qui voit les performances techniques des algorithmes exploser grâce à l'intelligence artificielle. Diverses tentatives avaient d'ores et déjà été faites pour établir un « droit à des explications » sur le fonctionnement des systèmes algorithmiques. Au regard de l'article du RGPD qui accorde aux individus le droit de ne pas être soumis à une prise de décision purement automatisée sans leur consentement explicite, l'instauration d'un tel droit a fait l'objet d'une vive controverse. D'aucuns soutiennent que ce droit ne serait d'aucune utilité à la personne concernée, puisque le fonctionnement d'un tel système automatisé est difficilement compréhensible, tandis que d'autres estiment que le secret professionnel des développeurs ou des utilisateurs de ces systèmes constitue une entrave à ce droit. Bien que ce débat - toujours en cours - ne soit que très récent, étant donné que le RGPD a été adopté en 2016, l'attention s'est recentrée entretemps sur un concept fondamental en matière de réglementation des systèmes algorithmiques et, de façon plus générale et plus actuelle, de l'intelligence artificielle : la transparence. Comme l'a déclaré un auteur, « la transparence est nécessaire, mais pas suffisante, pour construire et gouverner des algorithmes responsables²⁰⁶. » Cette articulation était le thème de ce numéro d'IRIS Spécial.

En ce qui concerne la transparence en tant qu'outil réglementaire appliqué dans le cadre des systèmes algorithmiques, l'observation initiale faite en introduction, selon

²⁰⁶ Kaminski, « *Understanding Transparency in Algorithmic Accountability* », *U of Colorado Law Legal Studies Research Paper* n° 20-34, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3622657>, p. 2.



laquelle un tournant a été atteint, est confirmée par l'analyse subséquente du cadre juridique applicable et des développements à venir. Les obligations de transparence sont progressivement devenues la norme, tout au moins dans la législation européenne, notamment avec l'adoption de la DSA, qui fait l'objet d'un examen détaillé dans la présente publication. Toutefois, la DSA n'était pas le premier instrument faisant référence à la transparence et aux obligations des fournisseurs d'expliquer aux utilisateurs (ou à certains d'entre eux) sur la base de quels critères le système algorithmique détermine des résultats spécifiques. Le Règlement P2B a notamment joué un rôle fondamental à cet égard, bien que l'analyse ait montré que l'impact concret de ce règlement a été, jusqu'à présent, plutôt limité, d'une part parce qu'il n'est applicable que depuis peu, et d'autre part, sans doute, parce que son champ d'application est plus limité. En ce sens, la DSA, même si elle n'est pas encore totalement applicable, est déjà beaucoup plus significative : les activités de mise en œuvre et de contrôle de son application ont commencé dès le moment où les dispositions ont été applicables à certains types de fournisseurs, les VLOP et les VLOSE. Les premiers rapports de transparence publiés sur la base de la DSA, la normalisation future de ces rapports et la base de données de transparence qui les accompagne concernant les décisions de modération des contenus basées sur des modèles normalisés, permettent d'atteindre un tout autre niveau d'intelligibilité et, sur cette base, de débattre de l'efficacité de la réglementation. Dans le même temps, il convient de souligner que ce n'est qu'un début. L'impact réel des mesures d'exécution et la mesure dans laquelle les dispositions de la DSA - en partie en corrélation avec celles de la DMA, comme démontré ci-dessus - modifieront la manière dont les fournisseurs de services intermédiaires utilisent les systèmes algorithmiques, devront être suivis attentivement dans les années à venir et resteront un point important du débat réglementaire, indépendamment de l'adjonction éventuelle d'autres règles. C'est pourquoi il sera particulièrement important d'évaluer l'interaction entre la législation sur l'IA prévue et la DSA, si ses nouvelles règles en matière de « capacité d'interprétation » de l'IA entrent en vigueur, sur la base du compromis final qui aura été trouvé par les organes législatifs. Ce numéro d'*IRIS Spécial* donne un premier aperçu de la proposition de législation sur l'IA et des positions des organes législatifs afin de fournir une vue d'ensemble de l'approche réglementaire de l'UE. Néanmoins, la législation sur l'IA doit être intégrée dans un corpus de règles existant et lue dans ce contexte. C'est pourquoi toutes les mesures contribuant à la transparence et à la responsabilité des algorithmes dans d'autres réglementations (en partie sectorielles) sont également présentées.

L'UE détient sans doute le pouvoir législatif ayant le plus fort impact potentiel, étant donné que la DSA n'est pas seulement un règlement applicable directement, mais qu'elle a également été combinée à un mécanisme d'exécution à plusieurs niveaux et qu'elle implique une compétence des États membres de l'UE sur le marché concerné pour tout service proposé au sein de l'UE. Toutefois, l'UE n'est pas la seule à contribuer à l'élaboration d'un cadre réglementaire en matière de transparence et de responsabilité. Comme pour la protection des données, le Conseil de l'Europe a également joué son rôle d'organisation internationale qui signale à un stade précoce les implications potentielles des développements technologiques en matière de droits de l'homme. Parallèlement à son implication dans la défense d'une réglementation en faisant valoir l'impact des systèmes algorithmiques sur la manière dont les droits fondamentaux peuvent être appliqués, le Conseil de l'Europe a rédigé des recommandations à ses États membres sur



la manière d'aborder le sujet. Les travaux préparatoires ont abouti à la décision d'élaborer une norme internationale contraignante pour les États qui décideront de la ratifier, sous la forme d'une convention sur l'IA. Bien que ce projet soit encore en cours d'élaboration, il devrait constituer à l'avenir un point de référence majeur au sein de l'Europe et à l'extérieur, éventuellement en lien avec la législation sur l'IA de l'UE.

Ces dernières années, les organisations internationales régionales et mondiales ont mené d'importantes activités sur le thème de ce numéro d'IRIS *Spécial*, non pas dans le but de créer des instruments juridiquement contraignants, mais pour donner l'impulsion nécessaire à l'élaboration de règles au niveau national et/ou dans d'autres instances susceptibles de le faire. C'est pourquoi les recommandations et les lignes directrices de l'OCDE et de l'UNESCO sont également présentées brièvement dans cette édition, en soulignant la place centrale qu'occupe la transparence dans le débat sur la manière de réglementer les systèmes algorithmiques. Alors que les activités au niveau international se sont intensifiées au cours des derniers mois, avec la reconnaissance d'un plus grand nombre de normes liées à l'IA par différentes organisations et entités appelant à l'élaboration de (nouvelles) règles, les approches nationales spécifiques en Europe pour relever les défis posés par les systèmes algorithmiques sont restées rares. Un État membre, l'Allemagne, a modifié sa réglementation sur les médias dès 2020, en imposant des obligations de transparence à certaines catégories nouvellement créées de destinataires de la loi et en assignant à ces derniers une responsabilité à l'égard de certains résultats interdits des systèmes algorithmiques, notamment en termes de non-discrimination. Faisant suite au débat autour de la DSA avant son adoption et à la lumière de l'implication des États membres de l'UE dans sa mise en œuvre, de nouvelles mesures sont appliquées et il sera intéressant de comparer à l'avenir comment les mesures d'exécution diffèrent entre les États, et dans quelle mesure cela relève du domaine de compétence des autorités concernées au-delà des tâches qui découlent déjà de la DSA. Il sera également utile d'évaluer si le nouveau rôle de la Commission dans la supervision directe et le contrôle de l'exécution des dispositions de la DSA vis-à-vis de certains fournisseurs et des dispositions de la DSA dans son ensemble a fonctionné après quelques années d'application desdites dispositions.

À première vue, on peut penser que les obligations de transparence constituent une approche réglementaire allégée. On pourrait considérer que la transparence n'est qu'un petit pas en avant pour les fournisseurs obligés de créer cette ouverture, alors que, par exemple, les règles de responsabilité sont beaucoup plus strictes. Or, comme l'a montré ce numéro d'IRIS *Spécial*, la portée des obligations de transparence déjà en place - du moins dans le cadre de l'UE - et en cours d'élaboration, impose en fait des obligations plus étendues aux fournisseurs et nécessite une réponse active par rapport à la situation antérieure. En particulier dans le cadre du droit des médias, la transparence est un premier élément décisif pour ouvrir la voie à un processus de prise de décision libre et démocratique, tant du point de vue des destinataires des contenus que de celui des créateurs. De même, une plus grande transparence sur le fonctionnement des systèmes algorithmiques - ou, plus précisément, sur l'effet de ce fonctionnement sur les résultats - facilitera probablement la prise de décision quant au respect des règles et obligations existantes en matière de responsabilité et/ou quant à la nécessité éventuelle de les modifier ou de les élargir à l'avenir. On peut également espérer que le débat scientifique,



voire la sensibilisation du public, sur la manière dont les systèmes algorithmiques façonnent la vie numérique des citoyens sera plus éclairé à l'avenir grâce à cette transparence. Toutefois, cet objectif ne va pas de soi, car la seule transparence ne modifie pas nécessairement les pratiques et les comportements si elle n'est pas étayée par des règles sur la manière dont les systèmes algorithmiques doivent ou ne doivent pas être conçus. Des règles de base portant notamment sur la non-discrimination, le contrôle humain ou les restrictions sur les paramètres algorithmiques légalement autorisés peuvent d'ores et déjà être dérivées du droit existant et pourraient être élargies à l'avenir. En ce sens, les activités des autorités et des organismes chargés de contrôler l'utilisation des systèmes algorithmiques, notamment par les plateformes, seront déterminantes. En outre, la cohérence du cadre réglementaire pour les systèmes algorithmiques dépendra également de la manière dont, à court terme, les normes et les règles générales proposées pour la responsabilisation à l'égard de l'IA seront formulées et insérées dans le corpus de règles existantes.



8 Annexe : La terminologie relative aux algorithmes de A à Z

Sandra Schmitz, Université du Luxembourg

Ce chapitre présente un glossaire expliquant brièvement les termes clés employés dans cette édition d'IRIS *Spécial* en lien avec la transparence et la responsabilité en matière d'algorithmes. Les termes sont classés par ordre alphabétique et expliqués au regard du sens courant de chaque terme ou de la définition juridique ou technique existante. Ce lexique vise simplement à faciliter la compréhension des concepts de base propres à la thématique traitée dans cette édition d'IRIS *Spécial* et ne saurait être considéré comme un glossaire officiel.

ADM (*automated decision-making systems*) : systèmes de prise de décision automatisée

Les « systèmes de prise de décision automatisée (ADM) » sont en mesure de prendre des décisions en lieu et place des décideurs humains ; on les appelle également « systèmes de prise de décision algorithmique ». En matière de systèmes ADM, le terme « décision » désigne simplement le produit, la conclusion ou le résultat d'une procédure informatique. En fonction du degré d'automatisation, on distingue les systèmes qui fonctionnent de manière totalement « automatisée », c'est-à-dire sans aucune intervention humaine, et ceux dont les résultats sont proposés sous forme de recommandation à un décideur humain, et qui n'exécutent pas directement une décision automatisée prédéterminée. À cet égard, le droit européen relatif à la protection des données proscrit (à quelques exceptions près) par le biais de l'article 22 du RGPD les systèmes ADM dans lesquels une décision produisant des effets juridiques concernant ou affectant de manière significative une personne est fondée exclusivement sur un traitement automatisé, sans intervention humaine.

Algorithme

En bref, le terme « algorithme » désigne un processus ou un ensemble de règles à suivre dans des calculs ou autres séquences visant à résoudre un problème. Les algorithmes sont un élément clé de notre écosystème d'information. Toutefois, la signification et la définition de l'algorithme peuvent varier en fonction du contexte propre aux diverses disciplines concernées, par exemple dans le milieu des informaticiens, des



mathématiciens, dans les études sur la communication et les médias culturels, etc.²⁰⁷. Une définition largement utilisée dans plusieurs domaines de recherche désigne le terme « algorithme » comme un « ensemble de procédures codées permettant de transformer des données d'entrée en un résultat souhaité, sur la base de calculs spécifiques²⁰⁸. » On distingue les algorithmes déterministes des algorithmes probabilistes : un algorithme déterministe produira toujours le même résultat avec la même entrée, tandis que les résultats des algorithmes probabilistes dépendent des probabilités statistiques²⁰⁹. Ces derniers sont notamment utilisés dans l'apprentissage machine.

Apprentissage automatique

L'« apprentissage automatique » désigne le développement et l'étude d'algorithmes et de modèles statistiques que les systèmes informatiques utilisent pour effectuer une tâche spécifique de manière efficace, sans l'aide d'instructions explicites, mais en s'appuyant sur des modèles et des déductions. L'aspect « apprentissage » fait référence au processus de calcul consistant à optimiser, à partir de données, les paramètres d'un modèle²¹⁰. Ces modèles sont capables, par exemple, de s'adapter à de nouvelles conditions ou à de nouveaux changements sans intervention humaine. L'apprentissage automatique est axé sur la prédiction, qui repose sur des propriétés connues tirées des données d'apprentissage. Les approches d'apprentissage automatique comprennent, par exemple, l'apprentissage supervisé (dont l'objectif est d'apprendre une règle générale qui associe les entrées aux sorties), l'apprentissage non supervisé (où l'algorithme d'apprentissage trouve de lui-même des structures dans ses entrées) et l'apprentissage par renforcement (où l'algorithme d'apprentissage interagit avec un environnement dynamique dans lequel il doit effectuer une tâche spécifique). Parmi les exemples d'apprentissage automatique, on peut citer l'identification par reconnaissance faciale pour déverrouiller les appareils mobiles, les véhicules autonomes ou les systèmes de recommandation sur les plateformes de négociation.

Biais

Un « biais » désigne la tendance ou la propension à discriminer ou privilégier une personne ou un groupe de personnes, souvent d'une manière considérée comme injuste.

²⁰⁷ Voir Observatoire européen de l'audiovisuel, *Algorithmes et droits de l'homme, Étude sur les dimensions des droits de l'homme des techniques de traitement automatisé des données et les implications réglementaires possibles*, DGI(2017)12, p. 6. Pour une définition détaillée des algorithmes, voir Michael Latzer et Natascha Just, « *Governance by and of algorithms on the Internet: Impact and consequences* » dans *Oxford Research Encyclopaedia, Communication* (OUP 2020).

²⁰⁸ Tarleton Gillespie, « *The Relevance of Algorithms* » dans T. Gillespie, P. J. Boczkowski et K. A. Foot (éd.), *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality and Society* (MIT Press 2014), p. 167.

²⁰⁹ Dirk Brand, *Algorithmic Decision-making and the Law*, [2020] JeDEM 114, 118.

²¹⁰ Voir Parlement européen, *Législation sur l'intelligence artificielle, Amendements du Parlement européen, adoptés le 14 juin 2023, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union (COM/2021/206), amendement 19.*



La notion de biais dans le contexte de la prise de décision algorithmique fait référence à un impact discriminatoire de la décision prise. La question du biais est étroitement liée à l'égalité des chances. Le biais d'apprentissage automatique, également connu sous le nom de biais algorithmique ou biais d'IA, survient lorsqu'un algorithme produit des résultats discriminatoires en faveur ou à l'encontre de certaines personnes. Souvent, ces résultats reflètent des biais cognitifs intentionnels ou involontaires ou des préjugés issus de situations réelles qui étaient déjà contenus dans les données d'apprentissage de l'algorithme.

Boîte noire (*black box*)

Une boîte noire désigne généralement un système pouvant être représenté en termes d'entrées et de sorties, mais pas en termes de fonctionnement interne. Dans le cadre de la prise de décision algorithmique, la boîte noire fait référence au manque de transparence sur les modalités de fonctionnement et de prise de décision des systèmes algorithmiques ou d'IA et, partant, à l'absence de toute explication sur le processus amenant un système automatisé à prendre une décision particulière.

Datafication

La « datafication » fait référence au fait qu'avec l'utilisation accrue des technologies numériques, de nombreux aspects de la vie sont transformés en données, ce qui signifie que le volume de données produites augmente rapidement (voir également « mégadonnées »).

Divulgaration de données

La « divulgation de données » désigne la publication, la transmission, la fourniture, l'accès ou la divulgation de toute autre manière d'informations hors du périmètre de l'entité qui détient ces données. S'il s'agit de données à caractère personnel, la divulgation des données constitue un acte de traitement des données au sens de la législation relative à la protection des données. En vertu de cette législation, les données à caractère personnel ne doivent en principe pas être divulguées, sauf si la divulgation est expressément prévue par la loi ou si la personne concernée a consenti à la divulgation.

Données (données à caractère personnel/non personnel)

La notion de données au sens large recouvre généralement des signes représentant des informations (c'est-à-dire des détails concernant des faits et des processus) compilés en vue d'un traitement sur la base d'un accord explicite ou tacite. En droit de la protection des données, les données à caractère personnel sont principalement décrites comme toute information relative à une personne identifiée ou identifiable (la personne concernée). À cet égard, le terme identifiable fait référence à tout élément susceptible



d'individualiser ou de distinguer une personne parmi d'autres²¹¹. Le terme « données à caractère non personnel » désigne toutes les données autres que les données à caractère personnel. Même rendues anonymes, les données ne sont réputées à caractère non personnel que si l'établissement d'un lien entre ces données et une personne est impossible ou nécessiterait des délais, des efforts ou des ressources déraisonnables²¹². La distinction entre les données à caractère personnel et non personnel est particulièrement pertinente dans le contexte juridique, étant donné que des régimes différents s'appliquent aux différentes catégories : à titre d'exemple, les conventions 108 et 108+ du Conseil de l'Europe concernent les données à caractère personnel, de même que le RGPD de l'UE. Les données à caractère non personnel sont régies par un certain nombre d'instruments législatifs au sein de l'UE.

Droit des données

Le « droit des données » fait référence à la réglementation de l'accès aux données et de leur utilisation dans l'écosystème numérique. Outre les structures de gouvernance pour le traitement, l'accès et l'utilisation des données, ce domaine couvre de multiples aspects, notamment la connectivité, le traitement et le stockage des données, la puissance de calcul et la cybersécurité²¹³. À cet égard, le droit des données traite, par exemple, des questions telles que l'octroi de droits sur les données générées par des appareils connectés.

Gouvernance des données

La disponibilité des données est une condition essentielle pour pouvoir exploiter le potentiel économique et sociétal des données. La gouvernance des données désigne le processus de gestion, entre autres, de la disponibilité et de l'échange des données. À cet égard, les dispositifs de gouvernance des données visent le plus souvent à évaluer et garantir l'exactitude, l'intégrité et la sécurité des données. Le règlement sur la gouvernance des données²¹⁴ de l'UE, récemment adopté, est une législation spécifique sur cette question ; le texte vise à accroître la confiance dans l'échange des données en instaurant un cadre qui facilite le partage sécurisé des données par les entreprises, les particuliers et le secteur public.

Hypertrucage (*deep fakes*)

D'une manière générale, le terme « hypertrucage » désigne des contenus audio ou audiovisuels qui simulent une situation réelle qui n'a jamais existé. Ces fausses séquences

²¹¹ Voir Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur la Convention 108+*, par. 18 à titre d'exemple.

²¹² Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur la Convention 108+*, par. 19.

²¹⁴ Cf. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie européenne pour les données*, COM/2020/66 final.



audio ou vidéo montrent un comportement ou des propos d'une personne qui, en réalité, n'ont jamais eu lieu. D'un point de vue technique, la qualité de ces simulations s'est améliorée, renforçant ainsi l'illusion d'authenticité, et il est de plus en plus facile de les produire avec l'intelligence artificielle. Une première tentative d'inscription d'une définition juridique dans la législation de l'UE a été faite dans la position du Parlement européen sur la législation européenne sur les services numériques (DSA), qui n'a pas été retenue dans la version finale²¹⁵. Une nouvelle tentative est faite dans la proposition de législation sur l'IA²¹⁶, selon laquelle l'hypertrucage désigne des images ou des contenus audio ou vidéo présentant une ressemblance avec des personnes, des objets, des lieux ou d'autres entités ou événements existants et pouvant être perçus à tort comme authentiques ou véridiques²¹⁷.

Intelligence artificielle

Dans le langage courant, le terme « intelligence artificielle » (IA) désigne la simulation informatique de processus propres à l'intelligence humaine en combinant données, algorithmes et capacité de traitement informatique²¹⁸. L'IA est par ailleurs un terme général qui désigne également de nombreuses applications informatiques dont certaines associent des données et des algorithmes, tandis que d'autres ne sont pas fondés sur les données, comme les systèmes de connaissance, raisonnement et de représentation²¹⁹. En droit, il n'existe pas de définition communément admise de l'IA à des fins réglementaires, et la réglementation n'en est qu'à ses débuts. Les propositions de définition juridique de l'IA et celles utilisées en droit souple ont en commun de chercher à définir les systèmes d'IA à partir des principales caractéristiques fonctionnelles de l'IA. Par conséquent, ces tentatives de définition générale d'un « système d'IA » se réfèrent à tout système algorithmique ou toute combinaison de tels systèmes utilisant des méthodes de calcul (c'est-à-dire l'apprentissage machine et/ou des approches basées sur la logique et la connaissance) pour générer du contenu ou pour assister ou remplacer la prise de décision humaine²²⁰. Les systèmes d'IA présentent des degrés d'autonomie variés.

²¹⁵ Parlement européen, *Amendements du Parlement européen, adoptés le 20 janvier 2022, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques*, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_FR.html. Voir l'article 30 bis définissant l'hypertrucage comme « un élément de contenu [qui] est une image, un contenu audio ou vidéo généré ou manipulé, qui ressemble nettement à des personnes, à des objets, à des lieux ou à d'autres entités ou événements réels, et apparaît à tort comme authentique ou digne de foi. »

²¹⁶ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union*, COM/2021/206 final.

²¹⁷ Article 52 de la Proposition de législation sur l'IA.

²¹⁸ Pour une définition de l'IA d'un point de vue non juridique, voir Conseil de l'Europe, *Vers une régulation des systèmes d'IA*, DGI(2020)16, p. 22 et suiv.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Cf. Conseil de l'Europe, *Ébauche de travail consolidée de la convention-cadre sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit*, CAI(2023)18, art. 3 ; OCDE, *Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle*, C/MIN(2019)3/FINAL, p. 3 ; Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle*



Intelligence artificielle générative

Le terme « intelligence artificielle générative » (IA générative) désigne un certain groupe de modèles d'IA capables de créer du texte, des images ou d'autres médias en réponse à des demandes. Les exemples les plus connus de systèmes d'IA générative sont les chatbots à grand modèle de langage, tels que ChatGPT ou Bard, ou les systèmes d'IA générant des images à partir de textes tels que DALL-E. Les systèmes d'IA générative assimilent les modèles et la structure de leurs données d'apprentissage et sont capables de générer de nouvelles données présentant des caractéristiques similaires. Le Parlement européen définit l'IA générative comme un système d'IA à finalité générale destiné spécifiquement à générer des contenus tels que des textes, des images, des contenus audio ou des vidéos complexes ; par ailleurs, un système d'IA à finalité générale est défini comme un système d'IA entraîné sur un vaste ensemble de données à grande échelle, conçu pour la généralité des résultats et qui peut être adapté à un large éventail de tâches distinctes²²¹.

Interfaces truquées (*dark patterns*)

Les « interfaces truquées » sont des formats d'interface trompeurs et/ou manipulateurs utilisés pour influencer les choix de l'utilisateur en ligne ; elles entravent la capacité de l'utilisateur à faire des choix ou à prendre des décisions de manière autonome et éclairée. À cette fin, l'interface utilisateur d'un service en ligne est conçue de manière à manipuler et tromper insidieusement les utilisateurs pour qu'ils effectuent des actions ou fassent des choix qu'ils n'auraient pas faits autrement, comme par exemple accepter de communiquer plus d'informations personnelles qu'ils ne le souhaiteraient en temps normal. De ce fait, l'utilisateur prend une décision qu'il n'aurait pas prise s'il avait été correctement informé des conséquences, mais le fournisseur du service en ligne veut justement qu'il prenne cette décision. Les interfaces truquées exploitent souvent l'inaction ou la passivité des utilisateurs. Les mécanismes de sélection tels que les éléments graphiques qui encouragent le choix d'une option plutôt qu'une autre par leur emplacement, leur taille ou leur couleur, ou qui font de l'action privilégiée par le fournisseur l'option par défaut, constituent un exemple courant d'interface truquée.

Intermédiaire

D'une manière générale, le terme « intermédiaire » désigne le rôle des fournisseurs de services en ligne qui servent d'intermédiaires entre des tiers et les mettent en contact. Un intermédiaire facilite l'échange de produits, de services, d'informations, etc. entre une partie qui produit et fournit et une autre partie qui achète ou utilise, toutes deux étant

(*législation sur l'intelligence artificielle*) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM/2021/206 final, art. 3(1).

²²¹ Parlement européen, *Législation sur l'intelligence artificielle, Amendements du Parlement européen, adoptés le 14 juin 2023, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union (COM/2021/206), amendements 168 et 399.*



distinctes de l'intermédiaire. Ces services intermédiaires peuvent prendre des formes diverses, c'est pourquoi ils n'ont pas fait l'objet d'une définition juridique, mais ont été classés selon différentes catégories et traités en tant que tels. La législation européenne distingue généralement trois types de services intermédiaires : a) un service de simple transport se limitant à transmettre les contenus d'un tiers ou à fournir un accès au réseau de communication ; b) un service de mise en cache assurant non seulement la transmission des contenus tiers, mais aussi le stockage temporaire des informations dans le seul but de rendre la transmission plus efficace ; c) un service d'hébergement consistant à stocker des informations fournies par un tiers (bénéficiaire du service) à la demande de ce dernier. La DSA définit des catégories supplémentaires d'intermédiaires en fonction de leurs services spécifiques ou de l'envergure du fournisseur.

Mégadonnées (*big data*)

En bref, le terme « mégadonnées » désigne de vastes ensembles de données. Les définitions de ce terme diffèrent selon la discipline spécifique considérée. La plupart d'entre elles se concentrent sur la capacité technologique croissante de collecter, traiter et extraire très rapidement des connaissances nouvelles et prédictives à partir d'un gros volume, d'une grande variété de données et à une vitesse considérable²²². En général, les mégadonnées désignent un gigantesque ensemble de données qui ne peuvent pas être stockées, gérées et traitées à l'aide de logiciels conventionnels²²³. Le terme « mégadonnées » a également été utilisé pour désigner la collecte massive de données sans but précis au moment de la collecte mais pouvant être utilisées par la suite pour en tirer toutes sortes d'analyses et de résultats.

Notation sociale

Le « notation sociale » est une pratique utilisée par les autorités publiques, ou pour le compte de celles-ci, ou par des entités privées, aux fins d'évaluer ou de classer la fiabilité des personnes physiques en fonction de leur comportement social dans plusieurs contextes ou de caractéristiques personnelles ou de personnalité connues ou prédites. La notation sociale obtenue est ensuite utilisée pour un traitement préjudiciable ou défavorable de ces personnes dans des contextes sociaux qui sont dissociés du contexte dans lequel les données ont été initialement générées ou collectées²²⁴.

²²² Conseil de l'Europe, *Lignes directrices sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à l'ère des mégadonnées*, 23 janvier 2017, p. 2, <https://rm.coe.int/lignes-directrices-sur-la-protection-des-personnes-a-l-egard-du-traite/16806f06d1>.

²²³ Observatoire européen de l'audiovisuel, *L'intelligence artificielle dans le secteur audiovisuel*, IRIS Spécial 2020-2, p. 7.

²²⁴ Cf. considérant 17 de la Proposition de législation sur l'IA.



Nudging

En langage courant, « *nudging* » signifie inciter en douceur quelqu'un à adopter un certain comportement. Dans le contexte des interfaces truquées, le terme « *nudging* » désigne le fait d'inciter l'utilisateur, par le biais d'une conception particulière de l'interface utilisateur, à faire un choix spécifique ou à prendre une décision que le fournisseur du service souhaite lui voir prendre. En bref, la conception de l'interface guide l'utilisateur pour qu'il se comporte d'une certaine manière. Les choix de conception peuvent être très efficaces sans que les utilisateurs n'en aient conscience. Le *nudging* n'est pas en soi une interface truquée, mais il peut entrer dans cette catégorie lorsque l'autonomie de l'utilisateur et sa capacité à choisir librement sont faussées ou altérées (voir interfaces truquées).

Plateforme d'hébergement

Une « plateforme d'hébergement » est un service intermédiaire en ligne qui stocke et diffuse des informations fournies par et à la demande d'un destinataire du service²²⁵. La définition souligne qu'un tel service de plateforme concerne la gestion de contenus de tiers et non (principalement) la fourniture de contenus propres.

Plateformes en ligne

Les réseaux sociaux ou les sites internet qui permettent aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec des commerçants sont des exemples types de « plateformes en ligne ». Alors qu'auparavant il n'existait pas de définition établie en droit - en dépit des nombreux débats économiques sur le rôle spécifique de ces fournisseurs dans les marchés multilatéraux de l'environnement en ligne - en raison de la diversité des modèles économiques et des solutions technologiques appliquées, la situation a évolué récemment au sein de l'UE avec le Règlement sur les services numériques (DSA)²²⁶ : une plateforme en ligne désigne un service d'hébergement qui, à la demande d'un tiers (destinataire du service), stocke et diffuse au public des informations, à moins que cette activité ne soit une caractéristique mineure et purement accessoire d'un autre service ou une fonctionnalité mineure du service principal qui, pour des raisons objectives et techniques, ne peut être utilisée sans cet autre service.

Profilage

D'une manière générale, le « profilage » analyse certains aspects de la personnalité, du comportement, des intérêts et des habitudes d'un individu afin de faire des prédictions ou de prendre des décisions à son sujet. Les informations personnelles peuvent être

²²⁵ Pour une définition inscrite dans le droit de l'UE, voir art. 3, par. g (iii) et i de la DSA.

²²⁶ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), [2022] JO L 277/1.



obtenues à partir de différentes sources. Par exemple, les plateformes en ligne surveillent habituellement le comportement des utilisateurs afin d'analyser ou de prédire leurs préférences personnelles, leurs comportements et leurs attitudes. Les informations collectées sont regroupées pour créer des « profils » d'individus, notamment pour améliorer l'expérience de l'utilisateur ou pour lui fournir des publicités ou des informations personnalisées reflétant ses préférences telles qu'elles ont été établies ou prévues. Le profilage implique obligatoirement le traitement de données à caractère personnel et relève donc du champ d'application de la réglementation sur la protection des données. En vertu du droit européen de la protection des données, le profilage désigne toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique²²⁷. Le RGPD ainsi que la DSA introduisent à cet égard des obligations de transparence en ce qui concerne l'usage et les conséquences du profilage ainsi que le droit de s'opposer au profilage ou au marketing direct basé sur le profilage²²⁸. Alors que le RGPD instaure le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée uniquement sur le profilage (sauf si la loi l'autorise expressément)²²⁹, la DSA interdit également la présentation de publicités basées sur le profilage utilisant des catégories particulières de données (données sensibles)²³⁰ et le profilage des mineurs²³¹. En vertu de la DSA, les très grandes plateformes en ligne (VLOP) sont également tenues de proposer des alternatives aux systèmes de recommandation basés sur le profilage²³².

Protection des données

La notion de « protection des données » fait référence aux données à caractère personnel et à la nécessité de protéger les individus lors du traitement de leurs données à caractère personnel. Toute personne (personne concernée) a le droit de contrôler ses données à caractère personnel et le traitement de ces données.

Responsabilité

La notion de « responsabilité » renvoie à l'idée que toute personne est responsable de ses actes, ce qui implique qu'elle puisse expliquer et justifier ses décisions ou ses actes, puis réparer ses éventuelles fautes ou erreurs²³³. En droit, l'obligation de rendre compte

²²⁷ Voir art. 4(4) du RGPD.

²²⁸ Voir, en ce qui concerne le droit d'opposition, l'article 21 du RGPD.

²²⁹ Art. 22 du RGPD.

²³⁰ Art. 26(3) de la DSA.

²³¹ Art. 28(2) de la DSA.

²³² Art. 38 de la DSA.

²³³ Conseil de l'Europe, *Étude sur les incidences des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité, sous l'angle des droits humains*, DGI(2019)05, p. 48-49.



renvoie à la responsabilité juridique des actions, des décisions et de leurs conséquences, ce qui, pris au sens large, n'est pas nécessairement lié aux personnes physiques.

Sensibilité des données

Le concept de « sensibilité des données » est un élément clé des dispositifs de protection des données. Il établit que certains types de données nécessitent une protection renforcée en raison des risques d'atteinte aux intérêts, aux droits et aux libertés en lien avec leur traitement. Selon le cadre juridique applicable, ces données peuvent inclure les données génétiques, les données à caractère personnel relatives aux infractions, procédures pénales et condamnations, ainsi qu'aux mesures de sûreté connexes, les données biométriques identifiant une personne de manière exclusive, ainsi que les données à caractère personnel indiquant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, l'appartenance syndicale, les convictions religieuses ou autres, la santé ou l'orientation sexuelle d'une personne.

Souveraineté des données

La notion de « souveraineté des données » fait référence au fait que les données sont soumises aux lois et aux structures de gouvernance de la juridiction dans laquelle elles sont échangées, traitées et stockées. Cette notion est reprise notamment dans le RGPD de l'UE.

Systèmes algorithmiques

On entend par systèmes algorithmiques des applications qui, au moyen souvent de techniques d'optimisation mathématique, effectuent une ou plusieurs tâches comme la collecte, le regroupement, le nettoyage, le tri, la classification et la déduction de données, ainsi que la sélection, la hiérarchisation, la formulation de recommandations et la prise de décision²³⁴. En s'appuyant sur un ou plusieurs algorithmes pour remplir leurs missions dans les environnements où ils sont mis en œuvre, les systèmes algorithmiques automatisent les activités de manière à permettre la création de services adaptables à l'échelle et en temps réel²³⁵.

Systèmes de mesure de l'audience

Le terme « système de mesure de l'audience » désigne généralement une méthode d'analyse statistique de la manière dont les usagers entrent en contact avec un média particulier (télévision, radio, presse écrite, etc.). L'introduction dans le droit de l'UE d'une définition de la mesure de l'audience est prévue dans le cadre de la proposition de législation européenne sur la liberté des médias. Si cette définition est adoptée dans le

²³⁴ Annexe à la Recommandation CM/Rec(2020)1 (note 4) du Conseil de l'Europe.

²³⁵ *Ibid.*



cadre de la proposition de la Commission, l'expression « mesure de l'audience » désignera l'activité de collecte, d'interprétation ou de traitement de données relatives au nombre et aux caractéristiques des utilisateurs de services de médias. En vertu de la législation européenne, cette définition devrait s'appliquer aux systèmes qui collectent ce type de données aux fins de décisions concernant l'allocation ou les prix des publicités, ou concernant la planification, production ou distribution connexes de contenu, et qui sont soumis à un haut niveau d'exigence en matière de transparence²³⁶.

Systemes de recommandation

Le terme « systèmes de recommandation » désigne généralement l'utilisation croissante de solutions logicielles qui proposent aux utilisateurs de services en ligne des contenus ou des offres spécifiques sur la base de certains critères, comme par exemple le comportement antérieur de l'utilisateur. Ces recommandations utilisent généralement des algorithmes pour déterminer la prochaine suggestion la mieux adaptée à l'utilisateur selon les critères définis par le fournisseur. Il peut s'agir, par exemple, de contenus d'actualité sur des services d'agrégation d'informations ou de recommandations de contenus audiovisuels sur des services à la demande, des services de diffusion en continu ou des plateformes de partage de vidéos. La définition d'un système de recommandation est désormais inscrite à l'art. 3 , par. s) de la DSA dans le droit de l'UE : « un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées. »

Transparence

Dans un contexte commercial ou de gouvernance, la transparence consiste à faire preuve d'ouverture et de loyauté, c'est-à-dire à divulguer toutes ou certaines informations pertinentes afin que les tiers puissent prendre des décisions en toute connaissance de cause. La transparence permet aux personnes affectées par des décisions ou par des actions d'en connaître les motifs, et de pouvoir apprécier la qualité de ces motifs²³⁷. Dans un registre plus courant, le concept de transparence a pris une importance croissante dans les réglementations relatives à l'environnement numérique et en ligne. Par exemple, en droit de la protection des données, de nombreux instruments exigent la transparence lors du traitement de données à caractère personnel. Afin d'assurer un traitement équitable et de permettre aux personnes concernées de comprendre et, partant, d'exercer pleinement leurs droits, certaines informations essentielles doivent leur être transmises.

²³⁶ Voir Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur (législation européenne sur la liberté des médias) et modifiant la directive 2010/13/UE, COM/2022/457 final, art. 2.

²³⁷ Conseil de l'Europe, *Étude sur les incidences des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité, sous l'angle des droits humains*, DGI(2019)05, p. 49.



En droit des médias, la transparence peut concerner l'origine de l'information, par exemple l'auteur, ou des explications fournies aux destinataires sur la provenance du financement des contenus ou de l'entreprise de médias qui les diffusent. De même, lorsque des systèmes algorithmiques sont mis en œuvre, des niveaux appropriés de transparence sont recommandés en ce qui concerne notamment l'utilisation, la conception et les critères et méthodes de traitement de base de ces systèmes²³⁸. Par exemple, au sein de l'UE, la Proposition de législation sur l'IA exige que les systèmes d'IA à haut risque soient conçus et développés de telle sorte que leur fonctionnement soit suffisamment transparent pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats du système et de l'utiliser de manière appropriée²³⁹.

Très grandes plateformes en ligne

Le terme « très grandes plateformes en ligne » (VLOP) ne sert plus seulement à établir que le marché des plateformes est dominé par quelques entreprises d'envergure mondiale, mais constitue désormais une catégorie spécifique d'intermédiaires dans le droit de l'UE. La DSA définit ces VLOP comme des plateformes qui comptent plus de 45 millions d'utilisateurs actifs dans l'UE et qui sont désignées par la Commission européenne. Compte tenu de leur nature, de leur envergure et de leur impact sociétal potentiel, ces plateformes sont soumises à un régime réglementaire spécial qui comprend notamment des obligations de transparence et d'information, ainsi que des contraintes en matière de contenus illicites.

Très grands moteurs de recherche en ligne

À l'instar de l'expression « très grandes plateformes en ligne », le terme « très grands moteurs de recherche en ligne » (VLOSE) ne sert plus seulement à établir que le marché des moteurs de recherche est dominé par quelques entreprises d'envergure mondiale, mais constitue désormais une catégorie spécifique d'intermédiaires dans le droit de l'Union européenne. La DSA définit les moteurs de recherche en ligne comme un service intermédiaire qui permet aux utilisateurs de formuler des requêtes afin d'effectuer des recherches sur, en principe, tous les sites internet ou tous les sites internet dans une langue donnée, sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot-clé, d'une demande vocale, d'une expression ou d'une autre entrée, et qui renvoie des résultats dans quelque format que ce soit dans lesquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé. En ce qui concerne leur classification dans la catégorie « très grands », les mêmes critères s'appliquent que pour les VLOP (voir Très grandes plateformes en ligne).

²³⁸ Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme*, par. 4.

²³⁹ Voir article 13 de la Proposition de législation sur l'IA.

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

