

Analyse éthique des Digital Service Act et Digital Market Act

Auteurs :

CARO Joséphine, étudiante en Master 1 à l'EMI-SciencesPo Paris

MODICA Arthur, étudiant en Master 1 à l'EMI-SciencesPo Paris

SEIGNEURIN Marion, étudiante en Master 1 à l'EMI-SciencesPo Paris

Face au poids grandissant des plateformes et à la diversité des législations, souvent obsolètes, au sein des pays de l'Union Européenne, la nécessité d'un nouveau cadre législatif est aujourd'hui très largement admise. Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a donc présenté le paquet de loi Digital Service Act et Digital Market Act. L'objectif étant l'adoption de ces règlements à l'horizon 2022. Cependant, si un nouveau cadre législatif semble consensuel au sein de l'Union, ces propositions ne sont pas sans soulever certaines interrogations au regard de leurs implications lourdes, destinées notamment à transformer le cadre législatif applicable aux grandes plateformes numériques. Nous proposons dans un premier temps de revenir sur les différents objectifs de ces règlements ainsi que sur la spécificité des statuts qu'ils définissent. Nous analyserons ensuite ces législations aux regards des valeurs universelles de l'éthique, cette approche critique nous permettant par la suite de formuler des recommandations quant à l'adoption prochaine de ces règlements.

I. Digital Service Act et Digital Market Act, objectifs et spécificités

Le paquet de lois proposé le 15 décembre 2020, ambitionne de lutter contre la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables sur les marchés numériques, tout en y assurant l'innovation constante, la libre concurrence et des relations commerciales loyales et équilibrées. Le respect de ces obligations sera principalement contrôlé par les autorités des États-membres, même si la Commission Européenne pourra également intervenir à l'encontre des très grandes plateformes. Plus précisément, le Digital Service Act (DSA) place un cadre principalement centré sur les processus de contrôle des contenus. Il reprend et clarifie le principe selon lequel les prestataires de services numériques ne peuvent être tenus responsables des contenus illicites publiés ou transmis par des tiers. Aussi, il complète cette immunité par de nouvelles obligations relatives à la lutte contre les contenus et pratiques illicites, ainsi qu'aux stratégies de modération. Cette proposition vise toutes les entreprises qui offrent des services numériques aux personnes établies dans l'Union Européenne, quel que soit leur lieu d'établissement.

Quant au Digital Market Act (DMA), il impose des obligations strictes aux plateformes numériques structurantes qui agissent comme « gatekeepers », c'est-à-dire, verrouillent et contrôlent l'accès aux marchés numériques. Le Digital Market Act ne constitue pas un outil de concurrence, mais de marché, son objectif principal étant de garantir l'égalité des chances des acteurs du marché numérique grâce à l'encadrement des pratiques.

Ces projets de règlement DSA et DMA visent donc à accompagner les entreprises et l'ensemble de nos concitoyens dans la transition numérique, en assurant d'une part la protection des utilisateurs vis à vis de contenus dangereux ou illicites ainsi que la transparence des données, et de l'autre la responsabilisation des grandes plateformes et la régulation du marché numérique afin d'y faciliter et d'y équilibrer l'accès des entreprises souhaitant exercer une activité commerciale au sein de l'Union Européenne.

L'une des spécificités du cadre législatif que propose de définir le Digital Service Act et le Digital Market Act est leur système d'obligations « asymétrique ». Ce mécanisme permettrait d'équilibrer les responsabilités entre les acteurs en prenant en compte leur taille et leur capacité d'action. Ainsi, le Digital Market Act ciblerait plus sévèrement les « très grandes plateformes » que les acteurs de petite taille, dont l'impact et les moyens sont moins importants. Pour déterminer ce qui relève des très grandes plateformes ou « super-plateformes », la Commission européenne avance une classification qui fixe un seuil pour les plateformes dont le nombre d'utilisateurs dépasse 10% de la population européenne totale, soit 45 millions d'utilisateurs. Ces plateformes, comme Facebook ou Twitter pour ne citer qu'elles, seront non seulement soumises au contrôle des États membres de l'Union Européenne, mais également à la surveillance de la Commission Européenne elle-même, concernant le respect des règles du Digital Market Act et du Digital Service Act. En outre, la Commission Européenne précise que ces super-plateformes engendrent des « risques systémiques », touchant l'ensemble des services et marchés digitaux. Ce risque s'explique avant tout par la taille qu'ont atteint ces plateformes, qui sont devenues des lieux d'échanges de données et d'informations presque publics, rendant de fait les interactions plus complexes à réguler et augmentant les risques concernant l'absence de protection des données ou la circulation de fausses informations évoquées, entre autres, par les deux textes. La crainte de ces risques systémiques implique donc pour la Commission européenne, non seulement d'obliger ces très grandes plateformes à prendre des mesures spécifiques pour lutter contre ces risques, mais également de les surveiller plus strictement, relativement aux risques qu'elles génèrent.

II. Analyse de la conformité des DSA et DMA avec les valeurs universelles de l'éthique

Face aux nombreuses discussions au sujet de la proposition de règlement émise par la Commission Européenne, et ce, malgré le consensus existant vis à vis de la mise en place d'un nouveau cadre législatif, nous proposons d'analyser ces règlements au prisme de leur conformité avec les valeurs universelles de l'éthique, à savoir : l'autonomie, la justice, la bienfaisance et la non-malfaisance.

a. Le principe d'autonomie

Le premier point que l'on relève concernant le principe d'autonomie concerne la transparence. Il s'agit de permettre aux utilisateurs comme aux entreprises d'avoir plus d'informations sur le traitement de leurs données par les plateformes. Nous sommes dans le cadre de marchés bifaces, et comme le dénonce Shoshana Zuboff, il existe actuellement un phénomène qualifiable « d'inégalité épistémique »¹: les grandes plateformes possèdent une quantité très importante d'information, quand leurs utilisateurs ou les entreprises qui y commercialisent des produits, ont très peu de connaissances sur les plateformes elles-mêmes ou sur l'usage qui est fait de leurs informations : aboutissant à une balance des pouvoirs inégale.

¹ (Zuboff 2020)

Le Digital Service Act permet donc plus de transparence concernant quatre axes principaux : la modération, la publicité en ligne, le système de recommandation et enfin les conditions générales d'utilisation. La transparence accrue du système de modération implique que la plateforme sera dans l'obligation, en cas de suppression de contenu, de communiquer les raisons ayant abouti à cette suppression (art. 15). L'utilisateur aura en outre la possibilité de contester cette action, sauf dans le cas de petites entreprises, ce qui reste un point assez controversé du DSA et du DMA. Dans son article "*Une nouvelle réglementation ex ante imposée aux gatekeepers : le Digital Market Act*"², Florence G'Sell précise d'ailleurs que les entreprises de moindre envergure peuvent également se livrer à des pratiques qui auraient des effets délétères sur le marché. Thibault Schrepel appuie cette idée sur France culture³ en ajoutant que les fake news seraient plus nombreuses dans les petites structures permettant ainsi d'attirer l'attention. L'utilisateur pourra aussi, pour les grandes et très grandes plateformes, porter ses contestations devant un organisme de règlement alternatif des litiges certifié par le Coordinateur national des services numériques (art. 18).

Concernant la publicité en ligne, il devra être possible pour l'utilisateur d'identifier qu'il s'agit d'une publicité, le financeur de cette dernière ainsi que les paramètres qui auront permis de le déterminer comme cible en tant qu'utilisateur (art. 24).

Le système de recommandation et les conditions générales d'utilisation devront également être plus transparents, avec pour objectif d'aboutir à un consentement éclairé de la part de l'utilisateur. Les caractéristiques du système de recommandation devront être claires et l'utilisateur devra être averti sur la manière éventuelle de les modifier. Les conditions générales d'utilisation devront permettre de connaître les restrictions pouvant affecter l'utilisation des services de la plateforme, lesquelles devront être mises en place de manière diligente, objective et proportionnée.

Concernant le principe d'autonomie, le DSA et le DMA prévoient aussi le développement des connaissances vis à vis des risques systémiques engendrés par les très grandes plateformes. Est ainsi envisagée, une possibilité d'étude de ces plateformes par l'État ou la recherche ainsi qu'une réelle introspection de la part des grandes plateformes elles-mêmes. Cette dimension s'incarne par l'obligation de publication de plusieurs rapports (art. 13) et de l'identification de mesures en fonction des conclusions de ces derniers. Ces rapports devront contenir des informations relatives au traitement automatisé de la modération de contenu (art. 23). La publication de tels rapports devra bien entendu respecter le RGPD, ce que permet le principe de publicité de certaines informations qui seraient d'intérêt commun.

Dernier point, l'utilisateur devra être libre de passer d'une plateforme à l'autre, avec l'apparition d'un droit à la portabilité des données (art. 6 (1)(h)) et une obligation d'interopérabilité entre les services pour les entreprises (art. 6 (1)(f)). Ces dimensions se retrouvent également dans la réglementation du marché qui entend permettre une plus grande liberté pour les utilisateurs professionnels des plateformes, avec la possibilité notamment de proposer leurs services sur plusieurs plateformes, l'interdiction pour ces dernières d'imposer leurs services accessoires ou encore l'accès sur demande et gratuitement, aux outils de mesure

² (G'Sell 2020)

³ (Alomar Bruno 2020)

des performances de la plateforme et aux informations dont ces utilisateurs professionnels ont besoin pour effectuer leurs propres analyses (art 6 (g)).

b. Le principe de justice

Concernant le principe de Justice, le projet de règlement Digital Service Act et Digital Market Act prévoit dans un premier temps des mesures importantes pour renforcer la transparence des espaces numériques. En effet, afin de générer plus de revenus, les plateformes optimisent et personnalisent la présentation de leurs contenus grâce à des techniques de profilage, qui restent bien trop souvent méconnues des utilisateurs ciblés. Ce projet de loi a donc pour objectif de lutter contre l'opacité et la manipulation des systèmes de recommandation, des techniques de profilage, mais aussi contre l'abus des systèmes publicitaires – qui souvent alimente une désinformation dangereuse et la propagation de contenus illégaux. Le paquet de loi DSA et DMA prévoit ainsi de fournir des informations claires sur les origines de la publicité et des annonces ciblées, ainsi que sur les raisons pour lesquelles ce contenu est recommandé aux utilisateurs.

Ce devoir de transparence s'appliquera également aux plateformes vis-à-vis des utilisateurs professionnels, afin d'éviter une concurrence déloyale. Les gatekeepers auront ainsi l'interdiction de prioriser leurs propres services dans les résultats de leurs moteurs de recherche et ne pourront pas non plus utiliser les données générées par les activités des utilisateurs professionnels pour leur faire concurrence.

Le DSA et DMA projette également de s'assurer de l'équité des conditions dans lesquelles les plateformes devront collaborer avec leurs partenaires ou avec les tiers. Ainsi, les gatekeepers proposant un service d'app store devront offrir aux fournisseurs d'applications des conditions d'accès équitables et non discriminatoires.

Enfin, il faut noter que ces nouvelles obligations sont imposées de manière asymétrique, ce qui signifie qu'elles varient selon les caractéristiques des prestataires de services numériques considérés. A cette fin, les textes DSA et DMA visent quatre grandes catégories d'acteurs :

- premièrement, les services offrant une infrastructure de réseau (fournisseurs d'accès à Internet, bureaux d'enregistrement de noms de domaine),
- deuxièmement, ils concernent les services de stockage (dans le Cloud, sur le web),
- troisièmement, ils visent les plateformes en ligne mettant en relation des utilisateurs (places de marché, magasins d'applications, plateformes d'économie collaborative, médias sociaux),
- et pour finir, ils s'adressent aux très grandes plateformes d'au moins 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels dont on estime qu'elles présentent, du fait de leur taille, des risques systémiques.

Si cette asymétrie d'obligation prend en compte les capacités réelles de régulation, de réaction et d'impact des acteurs du marché, on peut toutefois s'interroger sur le choix d'une telle réglementation asymétrique, portant exclusivement sur les acteurs les plus importants, alors que des entreprises de moindre envergure peuvent également se livrer à des pratiques condamnables avec des effets tout aussi délétères sur le marché et sur les utilisateurs. Cette marge d'erreur pose donc la question de l'efficacité d'une telle asymétrie mais pourrait aussi mettre en péril le principe de justice.

c. Le principe de bienfaisance

Pour ce qui est du principe de bienfaisance, la réglementation du marché engendrée par une éventuelle mise en place du DMA et du DSA permettrait de garantir une égalité des chances à l'entrée pour les entreprises. En ce sens, l'asymétrie de législation pourrait ouvrir la porte aux petites structures comme les start-up, et permettrait également de lutter contre la concurrence déloyale des très grandes plateformes, dont les pouvoirs sont trop importants par rapport à leurs responsabilités. L'application de ces textes permettrait ainsi de garantir aux utilisateurs professionnels un accès complet, gratuit et transparent sur les données générées par leur activité (art. 6 (1)(i)). De plus, si la Commission européenne propose une définition claire de ce que sont les plateformes « gatekeepers », le paquet de loi DSA et DMA prévoit une régulation agile. Il sera possible pour la Commission Européenne, après enquête, de définir comme « gatekeeper » une plateforme qui ne répondrait pas strictement aux critères préalablement définis dans les textes, mais qui présenterait des risques systémiques du fait de son activité. Cette agilité de la régulation est pensée en adéquation avec l'environnement numérique auquel elle ambitionne de s'appliquer, à savoir un environnement évolutif en constante innovation.

Ces textes proposent également une régulation qui se veut en accord avec des principes fondamentaux de l'Union Européenne, à savoir le respect de la démocratie, de l'égalité, des droits de l'Homme, de la dignité humaine, de la liberté ou de l'État de droit.

Enfin, ces deux textes entendent respecter le principe de bienfaisance en affirmant leur volonté de lutter contre la publication de contenus illicites. Cette lutte se manifeste de plusieurs manières. D'une part, le DSA et le DMA souhaitent lutter contre la propagation des fake news, dont le niveau de prolifération est assez inquiétant, particulièrement sur les très grandes plateformes. Pour ce faire, les textes évoquent la possibilité d'avertir dans un premier temps les utilisateurs publiant des fake news, avant de suspendre leur compte, « pour une durée raisonnable ». Cette proposition fait écho aux récentes suspensions des comptes Facebook et Twitter de Donald Trump, mais pose néanmoins la question du contrôle excessif par les autorités compétentes, qui pourraient suspendre plus facilement certains comptes sous couvert de cette proposition. De fait, cela peut partiellement remettre en question le respect des droits de l'Homme ou de la liberté d'expression, que nous avons évoqués plus tôt. Malgré tout, cela pourrait dissuader certains utilisateurs de produire ou de relayer des fausses informations, ce qui permettrait de respecter le principe de bienfaisance vis-à-vis des utilisateurs.

Le DSA et le DMA proposent également de renforcer les systèmes de modération des contenus, en s'appuyant cette fois plutôt sur la responsabilité des plateformes. Ces textes évoquent la mise en place de nouvelles modalités de signalement. L'article 14 impose ainsi aux entreprises de créer ou de développer des mécanismes accessibles pour les utilisateurs afin de leur permettre de signaler un contenu qu'ils jugeraient illicite. En ce sens, la création du statut de « trusted flagger », ou signaleur de confiance, proposé dans l'article 19, et surtout l'obligation pour les plateformes de mise en relation et les très grandes plateformes, de prendre en compte les signalements de ces derniers en priorité, permettrait de renforcer et de faciliter la modération des contenus. De plus, l'article 21 indique que ces mêmes plateformes seraient dans l'obligation de prévenir les autorités compétentes dans le cas de la publication d'un contenu pouvant laisser suspecter d'une infraction ou d'un crime grave « mettant en jeu la vie ou la sécurité des personnes », faisant une fois encore, échos à l'actualité.

Enfin, la possibilité serait également laissée aux plateformes de modérer elles-mêmes les contenus, ou de se livrer à des vérifications concernant la légalité ou la véracité des informations qui y sont publiées. Cela permettrait de donner aux plateformes une responsabilité directe concernant la modération, et donc de renforcer la vérification des contenus, surveillés ainsi par les utilisateurs, les plateformes et les autorités compétentes, dans un esprit de responsabilité hiérarchisée.

d. Le principe de non-malfaisance

Le Digital Service Act et le Digital Market Act réaffirment le statut d'hébergeur des plateformes. Dès lors, les plateformes ne sont pas responsables des contenus publiés par leurs utilisateurs, aussi illicites soient-ils, tant que ces derniers n'ont pas été signalés. En outre, si un utilisateur effectue des signalements ou des contestations de manière abusive, il sera averti et en cas de non prise en compte de cet avertissement, ses signalements futurs pourront être ignorés. Ces précautions permettent ainsi aux plateformes de ne pas souffrir des comportements abusifs pouvant découler des droits de contestations et de signalement que confèrent les DSA et DMA aux utilisateurs et que nous avons évoqués dans le principe d'autonomie.

Les DSA et DMA prévoient aussi de garantir le droit de consommation par les utilisateurs professionnels des plateformes. Cette mesure a été pensée pour prévoir les problèmes ayant eu lieu notamment avec la plateforme Amazon, certains utilisateurs ne parvenant pas à distinguer qui de la plateforme ou de l'entreprise utilisant cette dernière était réellement vendeur du produit en question. Cela amène l'obligation de la part des plateformes de s'assurer de la fiabilité des utilisateurs professionnels et de concevoir leurs interfaces de manière plus claire de sorte à assurer le respect du droit de la consommation (art. 22 bis).

L'intervention de l'autorité étatique se verra aussi facilitée par les DSA et DMA. Cette mesure permettra de substituer une régulation par le droit à la loi des plateformes, acteurs privés. L'État pourra donc sanctionner, décider de mesures à prendre, enquêter, recevoir les plaintes des utilisateurs. Dans le cas d'une très grande plateforme la Commission européenne pourra intervenir également, de même que le European Board for Digital Services. Les plateformes conserveront la possibilité de mettre en place des processus internes, comme la cour suprême de Facebook, à condition que ces derniers soient certifiés par le Coordinateur national des services numériques (art18). Enfin, les sanctions envisageables sont limitées à 6% du chiffre d'affaires de l'entreprise maximum, voire même à 1% dans certains cas, et ne devront pas mettre en péril la viabilité économique de la plateforme (art. 15(4) et art. 8). La collaboration entre plateformes et État se verra par ailleurs renforcée, avec l'obligation pour les plateformes de communiquer les informations relatives à un utilisateur dans le cas où ces dernières seraient réclamées par les autorités compétentes au sein de l'État, conformément aux législations nationales ou européennes (art. 9). Cet aspect ne vient pas sans le risque d'un modèle de contrôle/surveillance de la part de l'État. Certains accusent d'ailleurs la législation d'être uniquement là pour empêcher le développement des GAFAM et de présenter ainsi des intérêts opaques⁴.

⁴ (Alomar Bruno 2020)

Une dimension des DSA et DMA prévoit que la définition de « gatekeepers » (ou très grande plateforme) soit clairement définie. Cette dimension est cependant contrebalancée par la flexibilité du règlement qui prévoit la possibilité de la part de la commission européenne d'enquêter et de déclarer comme très grande plateforme n'importe quelle entreprise qui présenterait des risques systémiques (après enquête).

Enfin le paquet de loi prévoit la notification des concentrations pour éviter les acquisitions tueuses, cependant cette obligation de notification n'entraîne pas un réel pouvoir d'action de la part de la commission, comme le souligne Bruno Alomar sur France Culture.⁵

III. Conclusion et recommandations

Les points en potentielle non-conformité avec les valeurs universelles de l'éthique que nous avons relevés sont les suivants :

- l'asymétrie de la législation
- un contrôle trop fort de la part de l'État
- la composante arbitraire de la définition de « gatekeepers »

Si ces points sont non-négligeables, il est cependant nécessaire de souligner que l'asymétrie de la législation, bien que controversée du point de vue du principe d'autonomie et de justice, est aussi le point fort du paquet de loi du Digital Service Act et du Digital Market Act. En effet, une asymétrie de législation permettrait théoriquement un développement facilité des petites entreprises et start-up qui ne pourraient techniquement pas faire face à des obligations aussi fortes que celles imposées aux très grandes plateformes. C'est donc parallèlement une nécessité du point de vue du principe de non-malfaisance.

Il est légitime de s'interroger sur un contrôle trop fort de la part de l'État, véritable enjeu du point de vue du principe de non-malfaisance. Cependant, le paquet de loi regroupant le DSA et le DMA est une mesure de régulation du marché qui vise à simplifier la mise en règle pour les entreprises souhaitant exercer une activité commerciale au sein de l'Union Européenne. En effet, le DSA et le DMA étant des règlements, ils s'appliqueront à tous les pays et auront la prévalence sur le droit particulier des États membres. De ce fait, une mise en règle du point de vue du DSA et du DMA permettra un accès à l'espace de l'UE dans son entièreté, sans nécessité de s'adapter à chaque État. Enfin, l'impact de ces règlements sera limité par le droit qui régule le commerce et assure le libre-échange, qui est une des valeurs de l'Union Européenne. On peut donc penser que ce contrôle de l'État restera raisonnable.

La composante arbitraire de la définition de « gatekeepers », qui pose problème vis-à-vis du principe de non-malveillance, est quant à elle largement contrebalancée par le principe de bienveillance, selon lequel le droit du numérique, s'il souhaite être effectif et protéger efficacement les citoyens, doit être agile. Il est donc nécessaire pour que ces régulations soient pérennes, qu'elles intègrent une certaine marge de manœuvre.

Après analyse, les points bénéfiques des règlements DSA et DMA surpassent en nombre et en implications les points négatifs de ces derniers. Nous préconisons donc de mettre en place le Digital Service Act et le Digital Market Act. Cependant, il sera nécessaire d'étudier plus en

⁵ (Alomar Bruno 2020)

détail l'impact de l'asymétrie de ces règlements. On pourra par ailleurs étudier des pistes de régulation pour les petites entreprises, réalisables techniquement par de petites structures, sur les points que l'on aura relevés comme ne pouvant pas se passer de régulation. La concordance des valeurs de l'Union Européenne avec la composante contrôle/surveillance de ce paquet de lois serait à discuter également.

Bibliographie

- Alomar Bruno, Yon-Courtin Stéphanie, Schrepel Thibault, interviewer par Emmanuel Laurentin. 2020. *France Culture - Régulation des Gafa : l'Europe a-t-elle les moyens de ses ambitions* (16 décembre).
- G'Sell, Florence. 2020. «Une nouvelle réglementation ex ante imposée aux gatekeepers : le Digital Markets Act.» *SciencesPo. Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté*. 23 décembre. <https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/2020/12/23/reglementation-ex-ante-gatekeepers-digital-market-act/>.
- Zuboff, Shoshana. 2020. «You Are Now Remotely Controlled .» *The New York Times*. 24 janvier. <https://www.nytimes.com/2020/01/24/opinion/sunday/surveillance-capitalism.html>.