

RÉFLEXIONS DANS LA PERSPECTIVE DU DIGITAL SERVICES ACT EUROPÉEN

(SYNTHÈSE)

DE LIZA BELLULO

ENJEU

D'ici fin 2020, la Commission européenne proposera un « Digital Services Act » (DSA), incluant une révision de la directive e-commerce, dans l'objectif de mieux réguler les « géants du numérique » (ou « Big tech »). Il s'agira de la première grande priorité législative dans le secteur numérique de son mandat de cinq ans. Elle peut être l'occasion de réviser profondément le régime juridique actuel, fondé sur la directive e-commerce de 2000, adoptée il y a 20 ans.

Constat n°1 : LE PRINCIPE DU PAYS D'ORIGINE : DU RÉGIME LIBÉRAL À LA LIBÉRALITÉ

En 2000, internet était encore une nouvelle technologie naissante, pleine de promesse et de liberté d'expression et de nouveaux marchés. Si ces promesses se sont réalisées, de nouveaux risques sont apparus. Nul ne pouvait soupçonner le rôle que seraient appelés à jouer les plateformes, les smartphones et leurs magasins d'application ainsi que les réseaux sociaux dans la vie économique et le débat citoyen. Cette législation n'a donc été pensée pour s'appliquer à ces acteurs. Nul ne pouvait non plus anticiper que, parmi certains de ces acteurs, certains pourraient acquérir une position dominante et mettre en œuvre des stratégies pour faire échec à une concurrence effective. Or ce n'est qu'en préservant les « jeunes pousses » de telles stratégies qu'internet continuera, demain, à remplir ses promesses vis-à-vis des citoyens et des consommateurs.

C'est dans ce contexte que la directive *e-commerce* a, d'une part, exempté les prestataires de services numériques de toute responsabilité quant aux contenus qu'ils diffusent et, d'autre part, établi un principe du pays d'origine. Ce dernier revient à déléguer à l'Etat d'implantation du siège du prestataire de service, de manière inconditionnelle, tout pouvoir de réglementation. Si ce régime libéral a servi son office, en réduisant les charges administratives des jeunes PME, il a également privé les Etats membres de pouvoirs régaliens stratégiques et a pris les couleurs, du fait de l'évolution des circonstances, d'une libéralité au bénéfice des géants du numérique.

Propositions 1 et 2

- A défaut d'un accord sur un instrument européen plus général, bâti sur le modèle du règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, permettre aux Etats membres, dans le cadre de lignes directrices communes européennes, d'instituer à la charge des prestataires de services numériques des obligations d'action et de précaution à l'égard de contenus qui outrepassent manifestement les bornes de la liberté d'expression garantie par la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux (contenus dits « odieux » : incitation au terrorisme, à la haine raciale, à la pédopornographie, apologie de crimes contre l'humanité...) ou qui, par leur effet de masse en période électorale, menacent l'intégrité des scrutins.
- Retirer aux géants du numérique, qui ne revêtent pas le caractère de prestataire de service technique et passif et ont, du fait de leur puissance de marché, des responsabilités particulières, le bénéfice du principe du pays d'origine. Cette présomption resterait réfragable.

Constat n°2 : UNE SYNERGIE NÉCESSAIRE ENTRE RÉGULATION CONCURRENTIELLE ET RÉGULATION ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE EX ANTE

Aujourd'hui, certaines grandes plateformes numériques ont, par la taille de leur réseau, la capacité de s'abstraire de tout contre-pouvoir des consommateurs et des entreprises utilisatrices.

Elles doivent certes leur succès à un effort d'innovation et d'investissement. Mais également aux conditions dans lesquelles elles ont collecté massivement des données de la part de consommateurs, aux fins d'améliorer leurs algorithmes et la pertinence de leur offre régie publicitaire et de services, dans des conditions qui s'apparentent, selon des lignes directrices adoptées par le G29, qui regroupe les autorités de protection des données à caractère personnel européennes, à une forme de vice de consentement des consommateurs.

Ces plateformes confortent désormais leur position par des pratiques et restrictions contractuelles ayant pour objet ou pour effet de « verrouiller » leurs adhérents dans leur écosystème, indépendamment de tout jeu de la concurrence par les mérites. Quant à certains constructeurs ou éditeurs de logiciels, ils sont désormais, en pratique, en mesure de conditionner l'accès au marché des applications, et donc de décider de l'avenir des concurrents des plateformes, alors que ce choix devrait appartenir, plus directement, au consommateur.

Par certaines de leurs pratiques, les grands opérateurs parviennent en outre à s'abriter de la concurrence, par les mérites, de « jeunes pousses ». Si elles ne parviennent pas à les absorber dans un projet de croissance externe (acquisitions prédatrices), elles les ensèrent dans un réseau de contraintes ayant pour objet ou pour effet de restreindre leur mobilité et leur indépendance commerciale.

Les autorités de concurrence, aux niveaux européen et national, sont intervenues pour instruire des plaintes, mettre fin à de telles pratiques, voire sanctionner (voir notamment les affaires *Google Shopping*, *Google AdSense*, *Booking*, *Android*, l'ouverture d'une enquête concernant Amazon, la sanction prononcée pour informations trompeuses dans le cadre de la concentration *Facebook/Whatsapp*). Mais cette réponse n'est pas suffisante à elle seule. Le droit de la concurrence, par nature répressif, n'intervient, même en prenant le risque de faire usage des mesures conservatoires, qu'après constatation d'effets d'éviction. Il peut et doit fonctionner en synergie avec la régulation ex ante, de la même manière que dans les secteurs des télécommunications, de l'énergie, des transports, voire des services financiers. Il s'agit, ni plus ni moins, que de permettre aux « jeunes pousses » de se maintenir sur le marché avant qu'il ne soit trop tard.

Proposition 3 : Instituer un droit à l'auto-détermination du consommateur

Le consommateur doit pouvoir choisir sans contrainte le prestataire qui fournit le service le plus adapté à ses besoins ou qui peut lui construire un service sur mesure. Le consommateur serait ainsi libéré, d'une part, de la politique commerciale de son opérateur historique, qui sélectionne en fonction de ses propres intérêts logiciels et applications disponibles, et, d'autre part, de ses propres choix initiaux, sans être contraint par la difficulté à transférer ses contenus.

- Renforcer le droit à la portabilité et à l'interopérabilité : établissement sans frais par l'opérateur historique d'une carte numérique des préférences, transfert sans frais de toute donnée renseignée à un autre opérateur, à l'instant t ou en continu, via une API
- Créer un droit à la neutralité des terminaux, à la fragmentation et à l'installation : choix

direct des logiciels d'exploitations et des applications sur smartphone, indépendamment des choix commerciaux du constructeur du terminal.

Proposition 4 : Restaurer la capacité des entreprises utilisatrices à faire jouer la concurrence entre les plateformes

Cette remise en concurrence permettrait aux entreprises de mieux comparer la pertinence des services des plateformes, le taux de commission qu'elles perçoivent sur leurs transactions, et l'ingérence plus ou moins forte dans leur politique commerciale.

- Réviser les seuils de notification des concentrations en intégrant, au-delà du chiffre d'affaire, la présence numérique
- Interdire certaines clauses contractuelles ou pratiques ayant pour objet ou pour effet de restreindre la mobilité inter-plateformes, ainsi que la fixation des prix et quantités de services offerts sur les marchés numériques ou via leurs propres moyens de distribution.

Proposition 5 : Cibler cette régulation économique *ex ante* sur les plus grands opérateurs, identifiés en fonction de leur chiffre d'affaires ou de leur présence numérique sur le territoire européen

Proposition 6 : En confier la mise en œuvre à des autorités ayant déjà fait la preuve de leur indépendance vis-à-vis de tout intérêt national et de leur expertise, sans créer de nouvel organe européen

Il est possible d'élargir les pouvoirs de sanction administrative déjà dévolus aux autorités nationales de régulation qui disposent de l'expertise nécessaire et ont une longue habitude d'information réciproque et de travail en réseau, en lien étroit avec la Commission européenne. Les autorités chargées de la régulation des communications électroniques, de la concurrence et de la protection des données à caractère personnel garantiraient ainsi la mise en œuvre effective du nouveau droit à l'auto-détermination du consommateur.

S'agissant des droits des entreprises utilisatrices, les juridictions nationales, qui sont déjà chargées de l'application du règlement platform-to-business et des législations nationales en matière de pratiques commerciales déloyales, pourraient voir compléter leurs pouvoirs par la possibilité de déclarer la nullité de certaines clauses et des amendes civiles, au terme d'actions individuelles, collectives, ou d'actions des administrations des Etats membres.

Ces autorités et juridictions ne seraient naturellement compétentes qu'à raison des effets produits par la présence numérique des opérateurs sur le territoire de leurs Etats membres respectifs, tout en tenant compte des décisions prises et des enquêtes en cours dans les autres Etats, dans le cadre d'un mécanisme de coopération européen.

Leur indépendance vis-à-vis des Etats membres est d'ores-et-déjà garantie par le droit dérivé. Par l'expertise qu'elles ont déployée et leur expérience, elles ont déjà, de longue date, apporté la preuve de leur impartialité, tant vis-à-vis des parties que des Etats d'origine et des Etats dans lesquels les prestataires de services déploient leur présence numérique.

