



HAL
open science

DMA/DSA : une nouvelle et importante étape dans la régulation européenne des acteurs du numérique

Daniel Fasquelle, Emmanuelle Inacio

► **To cite this version:**

Daniel Fasquelle, Emmanuelle Inacio. DMA/DSA : une nouvelle et importante étape dans la régulation européenne des acteurs du numérique. Europe, 2021, 5, pp.4-11. hal-04567081

HAL Id: hal-04567081

<https://hal.science/hal-04567081v1>

Submitted on 3 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DMA/DSA : une nouvelle et importante étape dans la régulation européenne des acteurs du numérique

Daniel FASQUELLE,

agrégé des facultés de droit, doyen honoraire, professeur à l'ULCO, membre du LARJ EA 3603

Emmanuelle INACIO,

doctorante, chargée d'enseignement à l'ULCO, membre du LARJ EA 3603

Depuis la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») 1, le cadre juridique européen encadrant les services numériques est resté inchangé. Or, depuis 20 ans, les services numériques ont pris une place croissante dans le quotidien de la majorité de nos concitoyens, phénomène amplifié par la crise récente de la COVID-19 2. Les projets de règlement DMA présentés par la Commission le 15 décembre dernier apportent une réponse attendue pour mieux réguler les acteurs du numérique dont la place et le poids n'ont cessé de se renforcer.

À l'échelle mondiale, de nombreux services numériques dépendent aujourd'hui des cinq grandes firmes américaines que sont les « GAFAM » (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). Ces géants du numérique ont créé des nouveaux services, bousculé l'économie traditionnelle et changé la vie quotidienne de nos concitoyens. S'ils doivent être salués pour leur capacité à innover, il n'en reste pas moins qu'ils ont bâti leur pouvoir en s'affranchissant des règles qui encadrent habituellement la vie des entreprises et l'organisation des marchés et de la société. Ce qui fait qu'ils sont tour à tour accusés de concurrence déloyale, de manque de transparence dans la collecte de données personnelles, de diffusion de fausses informations. Plus récemment, les « NATU » (Netflix, Airbnb, Tesla et Uber) qui se sont construits sur le même modèle, ambitionnent, à leur tour et dans leur domaine, de dominer le marché du numérique. Si on ajoute l'émergence des géants chinois « BATX » (Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi), on comprend que le défi pour le droit est, aujourd'hui, plus que considérable.

Plus que nationale, la réponse, pour ce qui concerne l'économie numérique se doit d'être européenne 3. C'est pourquoi on ne peut que se féliciter de ce que la Commission a publié, le 15 décembre 2020, deux propositions de règlement européen : d'une part une « législation sur les services numériques » 4 (DSA), et d'autre part une « législation sur les marchés numériques » 5 (DMA).

Afin de définir l'esprit des deux textes, Thierry Breton a indiqué que « tout ce qui est autorisé dans l'espace public doit pouvoir l'être sur le Net. Et que tout ce qui est interdit dans la vie de tous les jours doit être également interdit sur le Net » 6. Il s'agit de moderniser le cadre actuel sur le commerce électronique qui date de 2000 et, ce faisant, de mieux encadrer les services numériques de la vie virtuelle. L'objectif est aussi de réguler l'activité des géants du numérique agissant sur le marché intérieur tout en facilitant, sans jamais vraiment le dire et l'assumer, l'émergence d'acteurs européens capables, un jour, de rivaliser sur la scène mondiale.

Sur le fond, le défi de l'économie numérique impliquait une approche nouvelle. On aurait pu faire le choix d'une réforme du droit de la concurrence. Cela avait d'ailleurs été envisagé par la

Commission elle-même qui avait publié une analyse d'impact initiale, le 2 juin 2020, et une consultation publique, ouverte jusqu'au 8 septembre 2020, sur un nouvel instrument de concurrence ou « New Competition Tool (« NCT ») » pour remédier aux problèmes de concurrence structurels que l'application des articles 101 et 102 du TFUE ou le contrôle des concentrations, ne permet pas, en l'état actuel des textes, d'appréhender 7.

La démarche proposée est finalement toute autre et emprunte davantage au droit de la régulation qu'au droit de la concurrence que les deux projets de règlements DSA et DMA viennent donc compléter et non pas amender. S'il faut rechercher une filiation, on la trouvera dans les règles mises en place suite à la libéralisation des marchés de l'énergie, des télécommunications ou encore des transports par voie ferrée, la comparaison la plus pertinente étant, cependant, la régulation des banques systémiques après la crise de 2008.

Les deux projets de règlement devront être adoptés par le Conseil et le Parlement européen selon la procédure législative ordinaire 8 avant d'être directement et immédiatement applicables dans les États membres. Nul doute que les débats, dans les mois qui viennent, seront passionnés et que les différentes parties ne manqueront de faire valoir leur point de vue pour faire évoluer la future législation dans un sens qui leur soit favorable.

En l'état actuel des projets de règlement, ce qui frappe, c'est, tout d'abord, un champ d'application à géométrie variable. On soulignera, également, au fond, l'émergence d'un nouveau droit européen de la régulation du numérique. Enfin, dans la mise en œuvre des deux textes, on ne peut qu'être frappé par le rôle central confié à la Commission européenne.

I. Un champ d'application à géométrie variable selon les acteurs du numérique

Alors que l'on nous annonçait une législation nouvelle qui visait les géants du numérique, force est de constater que la réalité est plus complexe puisque les DMA et DSA mis ensemble comprennent des règles qui, par paliers, touchent à la fois l'ensemble des acteurs du numérique ainsi que des mesures propres aux plus grands acteurs du secteur. L'approche retenue par la Commission européenne ne manque pas de susciter de nombreuses questions et s'avère, à la réflexion, largement perfectible si le législateur européen veut s'en donner la peine.

A. Une approche par paliers successifs

Si le DSA vise à soumettre tous les fournisseurs de services intermédiaires à des obligations de moyen et de résultat pour assurer un environnement en ligne sûr, prévisible et de confiance aux consommateurs et utilisateurs professionnels, le DMA et le DSA ont aussi pour but de s'adresser aux géants du numérique dont ils donnent chacun une définition.

1° DSA : un texte qui vise l'ensemble des services intermédiaires répartis en trois catégories

Les services intermédiaires aux termes de l'article 1, § 3, consistent en des services dits de « simple transport », de « mise en cache » et d'« hébergement ».

L'article 2 (f) définit un service de « simple transport » comme un service consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un bénéficiaire du service ou à fournir un accès au réseau de communication.

Un service de « mise en cache » consiste à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un bénéficiaire du service, impliquant le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres bénéficiaires.

Un service d'« hébergement », quant à lui, revient à stocker des informations fournies par un bénéficiaire du service à la demande de ce dernier.

Au sein de la catégorie des hébergeurs, le règlement identifie la sous-catégorie des plateformes en ligne. Les plateformes en ligne, telles que les réseaux sociaux ou les places de marché en ligne, sont définies à l'article 2 (h) comme des fournisseurs de services d'hébergement qui non seulement stockent les informations fournies par les bénéficiaires du service à leur demande, mais qui diffusent également ces informations au public, toujours à leur demande. Le concept de « diffusion au public », implique la mise à disposition de l'information à un nombre potentiellement illimité de personnes. Si l'on comprend bien l'article 2 (i) et le considérant 14, cette condition est remplie dès lors que l'information est rendue facilement accessible aux utilisateurs en général.

À noter, bien que le champ d'application soit très large, le DSA ne s'applique pas pour autant à toutes les activités numériques. Ainsi, par exemple, un service de distribution ne relèvera pas du champ d'application du texte dans la mesure où il ne s'agit pas d'un service intermédiaire au sens de l'article 1, § 4, ce qui signifie que, potentiellement, les places de marché ne seraient pas concernées par le projet de règlement de la Commission européenne lorsqu'elles vendent leurs propres produits ou services.

2° DSA et DMA et les géants du numérique

Les projets de règlements DSA et DMA s'appliquent tous deux aux géants du numérique les désignant respectivement par les expressions « très grandes plateformes en ligne » et « contrôleurs d'accès ».

a) Le DSA et les « très grandes plateformes en ligne »

L'article 25, paragraphe 1 du projet de règlement DSA définit les « très grandes plateformes en ligne » (« very large online platforms ») comme celles dont le nombre de bénéficiaires actifs dépasse un seuil opérationnel fixé à 45 millions, c'est-à-dire un nombre équivalent à 10 % de la population de l'Union.

En apparence simple à mettre en œuvre, ce seuil devra être précisé par la Commission qui aura la lourde tâche d'établir une méthodologie spécifique pour calculer le nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union européenne. Pour ce faire, la Commission devra préciser notamment la manière de déterminer la population de l'Union et les critères à utiliser pour déterminer la moyenne mensuelle de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union en tenant compte de différentes caractéristiques d'accessibilité. Par ailleurs, si le texte est adopté en l'état, la Commission aura le pouvoir, à travers des actes délégués, d'ajuster le

nombre mensuel moyen de bénéficiaires du service au sein de l'Union lorsque la population de l'Union augmentera ou diminuera.

b) Le DMA et les « contrôleurs d'accès »

Aux termes de l'article 1, paragraphe 2, le DMA vise les « services de plateforme essentiels » fournis ou proposés par des « contrôleurs d'accès » (« gatekeepers »).

Un « service de plateforme essentiel » (« core platform services ») est selon l'article 2, § 2, l'un des huit services suivants : (a) les services d'intermédiation en ligne ; (b) les moteurs de recherche en ligne ; (c) les services de réseaux sociaux en ligne ; (d) les services de plateformes de partage de vidéos ; (e) les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ; (f) les systèmes d'exploitation ; (g) les services d'informatique en nuage et (h) les services de publicité.

Pour relever du champ d'application du texte, ces services de plateforme essentiels doivent être fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès (« gatekeepers »). Ce statut de contrôleur d'accès est déterminé en s'appuyant sur trois critères objectifs cumulatifs précisés à l'article 3, § 1. Ainsi, un fournisseur de services de plateforme essentiels est désigné comme contrôleur d'accès si : (a) il a un poids important sur le marché intérieur ; (b) il assure un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux ; et (c) il jouit d'une position solide et durable dans ses activités ou jouira, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche.

Chacun de ces trois critères est respectivement complété par des présomptions simples reposant sur des seuils quantitatifs établis à l'article 3, § 2.

En premier lieu, un fournisseur de services de plateforme essentiels est réputé avoir un poids important sur le marché intérieur, si l'entreprise à laquelle il appartient a réalisé un chiffre d'affaires annuel dans l'EEE supérieur ou égal à 6 500 000 000 € au cours des trois derniers exercices, ou si la capitalisation boursière moyenne ou la juste valeur marchande équivalente de l'entreprise à laquelle il appartient a atteint au moins 65 000 000 000 € au cours du dernier exercice, et qu'il fournit un service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres.

Ensuite, un fournisseur est réputé assurer un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux, s'il a enregistré plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice.

Enfin, un fournisseur est réputé jouir d'une position solide et durable dans ses activités ou jouir, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche, si les seuils de plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et de plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union au cours du dernier exercice ont été atteints au cours de chacun des trois derniers exercices.

Lorsqu'un fournisseur de services de plateforme essentiels atteint chacun des seuils quantitatifs visés, il a l'obligation d'en informer la Commission 10. À noter également qu'en dehors des trois critères cumulatifs reposant sur des présomptions, la Commission peut désigner comme contrôleur d'accès tout fournisseur de services de plateforme essentiels qui satisfait à chacune

des exigences, mais n'atteint pas chacun des seuils visés 11. La Commission peut, pour ce faire, mener une enquête sur le marché 12.

Pour chaque contrôleur d'accès désigné, la Commission déterminera l'entreprise concernée à laquelle il appartient et établira la liste des services de plateforme essentiels qui sont fournis au sein de cette même entreprise et qui constituent, individuellement, des points d'accès majeurs permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre les utilisateurs finaux et qui relèvent donc du champ d'application de DMA.

Au titre de l'article 4, § 2, la Commission se doit de réexaminer régulièrement, et au moins tous les deux ans, si les contrôleurs d'accès désignés continuent de satisfaire aux exigences fixées à l'article 3, paragraphe 1, ou si de nouveaux fournisseurs de services de plateforme essentiels satisfont à ces exigences. Ce réexamen régulier permet également de déterminer si la liste des services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès concerné doit être adaptée. Si la Commission constate, sur la base de cet examen conformément au premier alinéa, que les faits sur lesquels repose la désignation des fournisseurs de services de plateforme essentiels comme contrôleurs d'accès ont évolué, elle adopte une décision correspondante.

La Commission publie et tient à jour de façon continue la liste des contrôleurs d'accès et la liste des services de plateforme essentiels pour lesquels ils doivent se conformer aux obligations prévues par le texte.

B. Une approche perfectible

À la lecture des deux projets, plusieurs questions se posent. Pourquoi, tout d'abord, avoir soumis les très grandes plateformes en ligne et les contrôleurs d'accès à deux définitions différentes ? Le recours à une approche quantitative des contrôleurs d'accès, ainsi que l'approche horizontale retenue interrogent également. On peut se demander, enfin, pourquoi le texte est parfois aussi imprécis et pourquoi laisser autant de pouvoirs à la Commission.

1° Pourquoi deux définitions différentes des géants du numérique ?

Dans la mesure où les géants du numérique sont une menace aussi bien pour les libertés publiques que pour l'économie, il eut été logique d'avoir un seul et même texte ou, à tout le moins, une seule et même définition. Or, comme on vient de le voir, il n'en est rien.

Tout d'abord, les seuils quantitatifs ne sont pas les mêmes, ce qui fait que si tout contrôleur d'accès est forcément une très grande plateforme en ligne, en revanche, une très grande plateforme en ligne ne sera pas forcément un contrôleur d'accès.

Ensuite, l'approche est différente. Alors que dans DSA, les très grandes plateformes sont visées ès-qualités, dans DMA, les contrôleurs d'accès sont appréhendés à travers leurs services essentiels. Enfin, on peut se demander si, pour la lisibilité et l'efficacité du droit européen, il n'aurait pas été plus simple de donner une seule définition des « plateformes structurantes », un concept auquel on aurait pu attacher une surveillance et des règles particulières réunies dans un seul et même texte 13.

2° Pourquoi une approche faussement quantitative et non pas une approche qualitative ?

Au sein du DMA, nous avons vu que le statut de contrôleur d'accès est déterminé en s'appuyant sur des mesures quantitatives. Cette approche s'inscrit en rupture avec de nombreux travaux tels que ceux de l'Autorité de la concurrence française, de l'Arcep ou encore le rapport parlementaire sur les plateformes numériques qui avaient recommandé de privilégier des critères qualitatifs pour définir les « plateformes structurantes » 14.

La lecture des textes surprend d'autant plus que l'approche proposée est, en réalité, fausement quantitative. En effet, si le statut de contrôleur d'accès peut être déterminé en s'appuyant sur des seuils quantitatifs clairement délimités qui peuvent servir de présomption simple pour déterminer le statut de contrôleur d'accès de fournisseurs spécifiques, ce statut peut également être attribué, comme on l'a vu, sur la base d'une évaluation qualitative au cas par cas au moyen d'une enquête sur le marché.

3° Pourquoi une approche horizontale et non pas verticale ?

L'approche choisie dans le DSA – horizontale et non pas verticale – interroge également. La Commission européenne a, en effet, pris le risque de rendre le texte en partie illisible et source de contentieux en voulant appliquer les mêmes règles à des activités aussi différentes que les réseaux sociaux, les moteurs de recherche ou les places de marché. Une autre solution, plus sûre juridiquement, aurait consisté, comme le préconisait l'Autorité de la concurrence française, à adopter des solutions particulières à chaque modèle de développement digital considéré. C'est, du reste, la solution qui semble devoir être retenue au Royaume-Uni 15.

4° Pourquoi autant d'imprécisions et de liberté laissée à la Commission ?

S'agissant des définitions des géants du numérique, là où DSA et DMA se rejoignent, c'est, malheureusement, dans l'imprécision des termes employés et la très grande liberté laissée à la Commission européenne pour les interpréter et les compléter.

Alors que le DSA vise les « bénéficiaires du service », soit toute personne morale ou physique utilisant le service intermédiaire concerné, le DMA concerne les « utilisateurs finaux », soit toute personne physique ou morale utilisant des services de plateforme essentiels autrement qu'en tant qu'entreprise utilisatrice.

Au-delà de cette exclusion des entreprises utilisatrices dans DMA, on peut s'interroger, à ce stade, sur le sens à donner à ces concepts qui sont pourtant déterminants pour définir le champ d'application personnel des projets de règlement. En particulier, qui sont ces utilisateurs des services numériques ? Dans le cadre de l'utilisation de réseaux sociaux, les textes visent-ils la simple consultation d'un profil ouvert au public sur un tel réseau ou la création d'un profil ? Dans le cadre d'une place de marché, les textes visent-ils strictement les acheteurs ou plus largement un visiteur unique ?

En outre, l'un des critères de mesure quantitative du DMA permettant à un fournisseur de services de plateforme essentiels d'être désigné comme contrôleur d'accès sont les « utilisateurs finaux actifs par mois » qui sont définis comme le nombre moyen d'utilisateurs finaux actifs chaque mois. Or, ces « utilisateurs finaux actifs » sont-ils, pour les utilisateurs de réseaux sociaux, ceux qui ont créé un profil ou ceux qui ont créé un profil et diffusent régulièrement des messages ou photographies ? Quid des utilisateurs qui créent plusieurs profils et n'en utilisent qu'un ? Quid des utilisateurs qui ont créé un profil mais qui ont cessé de se connecter

à celui-ci ? Quid des personnes qui consultent les réseaux sociaux quotidiennement sans avoir créé de profil et qui visualisent un contenu illicite ?

En ce qui concerne les places de marché, les « utilisateurs finaux actifs » sont-ils ceux qui ont acheté un produit ou un service ou ceux qui ont créé un compte ? Quid des utilisateurs qui ont télé- chargé l'application ou encore de ceux qui ont accepté de recevoir une newsletter et/ou des notifications ? Qui des utilisateurs qui effectuent une ou plusieurs recherches concernant un produit ou un service sur le site Internet de la place de marché ?

On le voit, les questions ne manquent pas alors que l'enjeu est majeur pour les entreprises au regard des obligations nouvelles qui pourraient leur être imposées. C'est pourquoi, ces imprécisions devront être levées, au plus vite, par la Commission lors de la mise en œuvre du texte, à moins que les travaux législatifs n'apportent les éclairages attendus, ce qui semble éminemment souhaitable. Un débat devra aussi s'ouvrir sur le recours systématique fait aux actes délégués dans DMA et DSA, ce qui est une façon de renvoyer à plus tard ce qui devrait, nous semble-t-il, être tranché dès à présent 16.

II. L'émergence d'un droit nouveau de la régulation du numérique

À des règles confirmées ou nouvelles qui s'appliquent à l'ensemble des acteurs du numérique, s'ajoutent désormais des contraintes nouvelles pour les seuls géants du numérique avec pour trait commun la volonté de compléter le droit de la concurrence en régulant plus fortement le secteur du numérique.

A. Des règles confirmées ou nouvelles pour l'ensemble des acteurs du numérique dans DSA

Au sein du DSA, les règles sur la responsabilité des acteurs du numérique contenues dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique sont confirmées alors que des obligations nouvelles viennent désormais compléter celles-ci.

1° La réaffirmation des règles sur la responsabilité des fournisseurs de service intermédiaire dans le projet de règlement DSA

La proposition de règlement DSA maintient le cadre horizontal de l'exemption de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires établi par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, compte tenu des divergences dans la transposition de ces règles dans les États membres, notamment en matière de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires, et pour des raisons de clarté et de cohérence, la proposition de règlement DSA a fait le choix de supprimer les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique pour les reproduire aux articles 3, 4, 5 et 7 du règlement dont la force juridique est plus grande puisque le nouveau texte sera directement applicable dans l'ensemble des États membres trois mois après son entrée en vigueur, soit le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne 17.

Le fournisseur de services de « simple transport » n'est pas responsable des informations transmises aux termes de l'article 3, s'il remplit trois conditions : il ne doit pas être à l'origine

de la transmission ; ne doit pas sélectionner le destinataire de la transmission et ne doit pas sélectionner ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission. Les activités de transmission et de fourniture d'accès englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Aux termes de l'article 4, le fournisseur d'un service de « mise en cache » n'est pas responsable du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres bénéficiaires du service, à condition que : (a) le fournisseur ne modifie pas l'information ; (b) le fournisseur se conforme aux conditions d'accès à l'information ; (c) le fournisseur se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ; (d) le fournisseur n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par les entreprises, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et ; (e) le fournisseur agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une juridiction ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

Comme le précise le considérant 21, un fournisseur de services peut bénéficier des exemptions de responsabilité pour les services de « simple transport » ou de « mise en cache » lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise. Cela suppose, entre autres, qu'il n'apporte pas de modification à l'information qu'il transmet. Cependant, cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui ont lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission.

Le fournisseur d'un service d'« hébergement » n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un bénéficiaire du service au titre de l'article 5 à la condition que le fournisseur : (a) n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou du contenu illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas conscience de faits ou de circonstances révélant une activité ou un contenu illicite, ou ; (b) dès le moment où il en a connaissance ou conscience, agisse promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible.

L'exemption de responsabilité ne s'applique pas lorsque le bénéficiaire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur. Ce régime de responsabilité ne s'applique pas non plus dans une hypothèse concernant le droit de la consommation. L'hébergeur sera responsable lorsqu'une plateforme en ligne présente l'information spécifique ou permet de toute autre manière une transaction de telle sorte qu'un consommateur moyen et normalement informé peut être amené à croire que les informations, le produit ou service faisant l'objet de la transaction sont fournis soit directement par la plateforme en ligne, soit par un bénéficiaire du service agissant sous son autorité ou son contrôle.

Si le projet de règlement DSA ne soulève pas de difficulté en ce qui concerne le simple transport et la mise en cache, par contre il faut souligner une réelle ambiguïté en ce qui concerne les activités d'hébergement et la distinction entre hébergeur actif et hébergeur passif. En effet, si le corps du texte n'y fait pas référence, le considérant 18 semble bien reprendre à son compte la

jurisprudence actuelle en précisant que « les exemptions de responsabilité établies dans le présent règlement ne devraient pas s'appliquer lorsque, au lieu de se limiter à fournir les services de manière neutre, dans le cadre d'un simple traitement technique et automatique des informations fournies par le bénéficiaire du service, le fournisseur de services intermédiaires joue un rôle actif de nature à lui permettre de connaître ou de contrôler ces informations ». On doit y voir une claire référence à la jurisprudence européenne établie sur le fondement de la directive 2000/31/CE 18. Dans son arrêt en date du 23 mars 2010 dans l'affaire Google c/ Louis Vuitton et a. (C-236/08 et C-238/08), la Cour de justice avait ainsi indiqué que Google pourrait profiter du régime dérogatoire de responsabilité, s'il « n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées ». Il faut souhaiter que les débats parlementaires clarifient ce point au vu des enjeux que cette question représente pour les acteurs du numérique selon que l'on se réfère au considérant 18 (responsabilité élargie) ou à la lettre de l'article 5 (responsabilité restreinte).

Enfin, pour être complet, on soulignera que la proposition de règlement DSA maintient, à l'article 7, l'interdiction des obligations générales de surveillance prévue par la directive sur le commerce électronique en ce qu'elles pourraient limiter de manière disproportionnée la liberté d'expression et la liberté pour les utilisateurs de recevoir des informations, tout en surchargeant les prestataires de services et pesant indûment sur la liberté d'entreprendre.

2° Des obligations nouvelles « en poupées russes » 19

L'article 6 de la proposition DSA introduit une disposition qui était très attendue par les acteurs du numérique, à savoir la clause du bon samaritain selon laquelle un fournisseur de service intermédiaire ne perd pas le bénéfice du régime des exemptions de responsabilité s'il mène des enquêtes de son propre chef afin de détecter, repérer et désactiver des contenus illicites. Autrement dit, le fournisseur de service intermédiaire ne sera pas considéré comme ayant connaissance du contenu des informations s'il entreprend des enquêtes volontaires.

Pour le reste, la proposition de règlement DSA impose à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires toute une série d'obligations nouvelles dont il ne faut pas sous-estimer l'importance. On signalera l'obligation, à l'article 8, d'agir contre les contenus illicites, à l'article 9, de fournir des informations sur injonction des autorités judiciaires ou administratives nationales, à l'article 12, d'énoncer dans leurs conditions générales les restrictions qu'ils sont susceptibles d'imposer à l'utilisation de leurs services et, enfin, à l'article 13 les obligations relatives aux rapports de transparence portant sur les informations considérées comme des contenus illicites ou contraires aux conditions générales des fournisseurs et qui ont été retirées ou dont l'accès a été rendu impossible.

On ne serait pas complet, cependant, si on ne signalait pas également, à l'article 10, l'obligation pour tous les fournisseurs de services intermédiaires, d'établir un point de contact unique afin de faciliter la communication directe avec les autorités compétentes ainsi que l'obligation, à l'article 11, de désigner un représentant légal dans l'Union pour les fournisseurs qui ne sont pas établis dans un État membre mais offrent leurs services dans l'Union. Ces dernières dispositions ne vont pas manquer de retenir l'attention. La première, du fait de l'ambiguïté de l'article 10 sur le point de savoir si ce point de contact concerne aussi les bénéficiaires du service et sous quelle forme. La seconde, en raison du risque de forum et law shopping d'acteurs non européens qui pourront librement choisir le pays de leur point de contact.

En dehors de ce qui vient d'être mentionné et qui concerne l'ensemble des fournisseurs de service intermédiaire, le texte prévoit des obligations supplémentaires qui viennent s'ajouter en fonction de la qualité de l'opérateur.

C'est ainsi que les fournisseurs de services d'hébergement, y compris les plateformes en ligne, vont devoir mettre en place des mécanismes permettant aux tiers de notifier la présence de contenus présumés illicites (art. 14). En outre, si un tel fournisseur décide de retirer des informations spécifiques fournies par un bénéficiaire du service ou d'en rendre l'accès impossible, il devra lui fournir un exposé des motifs (art. 15).

Des obligations supplémentaires vont s'ajouter pour les plateformes en ligne et pour elles seules à moins qu'elles ne soient des microentreprises ou des petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE (art. 16). C'est ainsi que les plateformes en ligne vont devoir mettre en place un système interne de traitement des réclamations concernant les décisions prises en rapport avec des informations ou des contenus présumés illicites incompatibles avec leurs conditions générales (art. 17) ; s'associer à des organismes de règlement extrajudiciaire des litiges certifiés afin de résoudre tout litige avec les utilisateurs de leurs services (art. 18) ; veiller à ce que les notifications soumises par des entités ayant obtenu le statut de signaleur de confiance soient traitées en priorité (art. 19) ; adopter des mesures contre les utilisations abusives (art. 20). Par ailleurs, les plateformes en ligne voient peser sur elles un devoir d'informer les autorités coercitives compétentes lorsqu'elles ont connaissance d'informations permettant de soupçonner des infractions pénales graves impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes (art. 21). Elles se voient également imposer de recevoir, stocker, faire des efforts raisonnables pour évaluer la fiabilité de différentes informations sur les professionnels utilisant leurs services et de les publier lorsque ces plateformes en ligne permettent aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec ces professionnels (art. 22). Enfin, les plateformes en ligne ont l'obligation de publier des rapports sur leurs activités relatives aux informations considérées comme des contenus illicites ou contraires à leurs conditions générales et qui ont été retirées ou dont l'accès a été rendu impossible (art. 23) ainsi que des obligations de transparence en ce qui concerne la publicité en ligne (art. 24).

B. Des obligations spécifiques dans DSA et DMA pour réguler les géants du numérique

Afin de réguler les géants du numérique, les deux textes contiennent des dispositions particulières qui révèlent une ambition nouvelle qui ne convainc qu'en partie.

1° Des dispositions nouvelles propres aux géants du numérique

Pour compléter la présentation des obligations nouvelles contenues dans DSA par la dernière « poupée russe »²⁰, on soulignera les dispositions particulières qui visent spécifiquement les très grandes plateformes en ligne. Pour des raisons qui tiennent à leur taille, celles-ci sont tenues de procéder à des évaluations des risques systémiques engendrés par le fonctionnement et l'utilisation de leurs services ou liés à ce fonctionnement et à cette utilisation (art. 26) ainsi que de prendre des mesures raisonnables et efficaces visant à atténuer ces risques (art. 27). Elles sont par ailleurs tenues de se soumettre à des audits externes et indépendants (art. 28). Une obligation spécifique s'ajoute dans le cas où de très grandes plateformes en ligne utilisent des systèmes de recommandation d'établir dans leurs conditions générales les principaux paramètres utilisés dans leurs systèmes de recommandation (art. 29). Les très grandes plateformes en ligne qui affichent de la publicité en ligne sur leur interface en ligne se doivent

également de tenir et mettre à la disposition du public un registre contenant des informations sur le contenu de la publicité et les données connexes concernant l'annonceur et la diffusion de la publicité, en particulier lorsqu'il s'agit de publicité ciblée (art. 30).

Toujours dans le même esprit, la proposition DSA définit les conditions dans lesquelles les très grandes plateformes en ligne donnent accès aux données au coordinateur de l'État membre d'établissement pour les services numériques ou à la Commission et aux chercheurs agréés (art. 31), l'obligation de désigner un ou plusieurs responsables de la conformité chargés de veiller au respect des obligations prévues par le règlement (art. 32) et des obligations spécifiques et supplémentaires en matière de rapports de transparence (art. 33).

S'il s'agit, pour le DSA, d'imposer un niveau supplémentaire d'obligations aux géants du numérique dans une logique ancienne déjà inscrite dans la directive de 2000, pour le projet de règlement DMA, la Commission avait une page blanche ce qui rend d'autant plus intéressant le choix fait en faveur de règles qui s'appliquent ex-ante et de condamnations per se.

a) Une intervention ex-ante

La proposition de règlement DMA prévoit une démarche ex-ante en ce qu'elle décrit par avance les pratiques déloyales des contrôleurs d'accès interdites ou contrôlées car elles limitent la contestabilité du marché. Ces pratiques déloyales font l'objet de deux listes. D'une part, une liste noire contient les obligations et interdictions imposées sans discussion possible aux contrôleurs d'accès (art. 5). D'autre part, une liste grise regroupe les obligations et interdictions susceptibles d'être précisées (art. 6). Chaque fois, faut-il le préciser, les obligations concernent chacun des services de plateforme essentiels recensés des contrôleurs d'accès, ce qui est discutable car dans DSA, le texte s'applique à tous les services intermédiaires qu'une très grande plateforme peut proposer – qui relèvent de son champ d'application – et non pas à son ou ses activités principales. On voit ici une conséquence malheureuse d'avoir deux champs d'application définis différemment selon le texte auquel on fait appel.

Au-delà de cette remarque, nul doute que les listes contenues aux articles 5 (clauses noires) et 6 (clauses grises) du projet de règlement DMA vont donner lieu à des débats passionnés dans les mois qui viennent car l'enjeu pour les entreprises concernées est de taille. Par exemple, pour chacun de leurs services de plateforme essentiels, les contrôleurs d'accès devront désormais s'abstenir de combiner des données d'utilisateurs finaux provenant de différentes sources ainsi que d'inscrire des utilisateurs à leurs différents services, sauf consentement²¹. En effet, comme le rappelle le DMA, un tel comportement confère au contrôleur d'accès des avantages potentiels en ce qui concerne l'accumulation de données, érigeant de ce fait des barrières à l'entrée²². Il est aisé de comprendre que la collecte de données peut constituer une barrière à l'entrée pour les nouveaux entrants dans la mesure où ils ne sont pas en capacité de collecter le même type, ni la même qualité de données que les entreprises déjà en place. L'accès à des volumes plus importants de données permet d'offrir de meilleurs services, qui, à leur tour, renforcent la capacité d'attirer davantage d'utilisateurs et donc de collecter toujours plus de données.

Si on ne peut qu'approuver le projet de règlement sur ce dernier point, on regrettera que le texte n'aille pas plus loin. À l'inverse, sur certains points le texte ne va peut-être pas assez loin. On pense ici, par exemple, à l'article 5, f, du DMA qui interdit au « gatekeeper » d'exiger des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux qu'ils s'abonnent ou s'enregistrent à tout autre service de plateforme essentiel alors qu'il faudrait élargir cette interdiction à tout autre service

afin d'éviter que le contrôleur d'accès n'étende à des activités annexes sa domination sur un premier marché où il détient une plateforme essentielle.

b) Une liste de pratiques contrôlées et sanctionnées sans mesure de l'atteinte au marché

Le projet de règlement DMA fait clairement le choix de la régulation et s'écarte du droit de la concurrence appliqué jusque-là, en dressant une liste de comportements contrôlés et sanctionnés sans mesure de l'atteinte au marché, l'interdiction des ententes et des abus de position dominante s'étant révélée, jusqu'alors, insuffisamment efficace. Il s'agit ici, clairement, de faire le choix d'un droit nouveau qui va compléter le droit de la concurrence, ce dernier devant aussi, à l'avenir, évoluer pour s'adapter au défi de l'économie numérique. La Commission européenne en a pleinement conscience, elle qui a lancé, par exemple, le 3 avril 2020, une évaluation de sa Communication sur la définition du marché pertinent en date du 9 décembre 1997 23.

2° Une approche partiellement convaincante

L'approche nouvelle retenue dans DMA afin de réguler les géants du numérique se rapproche, par certains côtés, de celle du titre IV du livre IV du Code de commerce. Elle pourrait donc avoir les mêmes effets pervers et se heurter aux mêmes échecs. Par ailleurs, la démarche très large du DSA laisse penser à ce dicton bien connu : « qui trop embrasse mal étreint ! ».

a) DMA : une approche proche de celle du titre IV du livre IV du Code de commerce

Si la démarche peut, facialement, faire penser aux exemptions par catégorie de par l'existence de listes noires et grises, on est, en réalité, beaucoup plus proche, dans le DMA, du titre IV du livre IV du Code de commerce 24. On peut donc se demander si nous n'avons pas, ici, une nouvelle manifestation de ce que le droit européen, longtemps indifférent, voire hostile, au droit français des pratiques restrictives, s'en inspire, de plus en plus, au moins dans l'esprit et la méthode, comme la directive (UE) 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire 25 en a récemment apporté la démonstration 26.

Avec le risque de reprendre aussi les travers du droit français. La preuve en est que le DMA propose une liste inspirée de la jurisprudence, derrière laquelle on voit immédiatement quels acteurs sont visés ; une liste qui deviendra, par conséquent, très vite obsolète, en particulier dans un domaine où les innovations technologiques bousculent tout et en permanence. Avec aussi le danger qu'une disposition imaginée pour un type d'entreprise, formulée dans des termes généraux, touche, demain, involontairement, d'autres acteurs, y compris des entreprises européennes censées être, au contraire, protégées 27. Avec également, à la fin, le risque d'une forme d'incapacité du droit à contrôler les GAFAM si les moyens employés ne sont pas plus efficaces que ceux utilisés dans notre pays pour réduire, en vain, la puissance d'achat des grandes surfaces.

b) DSA : « qui trop embrasse, mal étreint » ?

Le fait que le DSA s'adresse à des acteurs aussi différents que les fournisseurs d'accès à Internet, de services de mise en cache, aux réseaux sociaux ou encore aux places de marché présente le risque d'atteindre involontairement, par des mesures trop générales, des acteurs que l'on ne visait pas nécessairement. Par ailleurs, si les obligations sont graduelles selon les acteurs concernés, leur respect peut néanmoins entraîner une charge très lourde pour les plus modestes

alors que les acteurs majeurs du marché n'auront aucun mal à s'en acquitter. Par exemple, les plateformes en ligne – en plus des autres obligations qui pèsent sur elles au titre de leur statut d'hébergeur – vont devoir mettre en place un système interne de traitement des réclamations ; veiller à ce que les notifications des signaleurs de confiance soient traitées en priorité ; informer les autorités coercitives compétentes lorsqu'elles ont connaissance d'informations permettant de soupçonner des infractions pénales graves impliquant une menace pour la vie ou la sécurité des personnes ; évaluer la fiabilité de différentes informations sur les professionnels utilisant leurs services et les publier. Il est évident qu'afin de respecter ces différentes obligations, les plateformes en ligne, quelle que soit leur taille, vont devoir exposer des frais non négligeables. Certes, la Commission européenne montre dans DSA qu'elle en a conscience dans la mesure où l'article 16 du projet de règlement exempte de ces obligations les microentreprises ou les petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE 28. Il n'en reste pas moins que les plateformes en ligne qui occupent plus de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel excède 10 millions d'euros, devront supporter les mêmes coûts pour respecter les obligations du DSA qu'un géant du numérique tel Amazon qui emploie plus d'un million de salariés dans le monde et a réalisé 320 milliards d'euros de chiffre d'affaires pour l'année 2020 ! Sans compter que, dans DSA, nombre de ces obligations s'appliquent à l'activité principale mais aussi à l'ensemble des activités secondaires de la plateforme en ligne et donc à des activités qui sont en dessous des seuils en question créant ici une forme de concurrence déloyale entre acteurs pour la même activité avec les mêmes volumes puisque les plus modestes bénéficieront de l'article 16.

Sur un autre plan, il faut espérer que le législateur européen saura également corriger certaines incohérences du texte. En effet, il arrive parfois que, de façon tout à fait surprenante, les obligations des très grandes plateformes soient atténuées par rapport aux plateformes de taille plus modeste comme c'est le cas à l'article 33 du DSA où les très grandes plateformes se voient accorder un régime juridique plus favorable puisqu'elles peuvent restreindre la communication d'informations de leur rapport de transparence au public ce que ne permet pas l'article 13 pour les plateformes.

De façon plus générale, une ventilation différente des obligations entre plateformes et grandes plateformes est aussi à réfléchir si on ne veut pas que le texte rate sa cible en créant des contraintes difficilement surmontables pour des acteurs émergents que l'Union européenne est censée aider.

III. Le rôle central de la Commission dans la nouvelle régulation des acteurs du numérique

La Commission s'affirme comme un acteur central de la future politique européenne de régulation du numérique au point de ne laisser que peu de place aux autorités nationales 29.

A. La Commission, acteur central aux pouvoirs étendus

La Commission européenne s'impose comme l'acteur central de la mise en œuvre aussi bien du DMA que du DSA.

Au-delà, comme on l'a vu, de son pouvoir d'influer sur le champ d'application du DMA et de mener des enquêtes de marché pour mettre en œuvre et exécuter le DMA, la Commission

européenne dispose de pouvoirs importants calqués sur ceux que l'on connaît déjà en droit de la concurrence dans le cadre du règlement (CE) n° 1/2003. C'est ainsi qu'elle peut demander des renseignements (art. 19), mener des entretiens, recueillir des déclarations (art. 20), mener des inspections sur place (art. 21), adopter des mesures provisoires (art. 22) rendre des mesures volontaires obligatoires pour les contrôleurs d'accès (art. 23) et contrôler leur conformité avec le règlement (art. 24). En cas de non-respect, la Commission dispose également de pouvoirs étendus. Elle peut émettre des décisions constatant un manquement (art. 25), de même qu'elle peut imposer des amendes (art. 26) et des astreintes (art. 27) en cas d'infractions au règlement commises par des contrôleurs d'accès ainsi que dans l'hypothèse où les informations fournies dans le cadre de l'enquête sont inexactes, incomplètes ou dénaturées.

Dans le cadre de DSA, et pour ce qui concerne les très grandes plateformes en ligne, une surveillance renforcée de la Commission est prévue dans le cas où ces plateformes enfreignent les obligations additionnelles pour gérer les risques systémiques (art. 50). Dans de tels cas, la Commission européenne peut mener des enquêtes, y compris sous la forme de demandes d'informations (art. 52), d'entretiens (art. 53) et d'inspections sur place (art. 54) ; elle peut également adopter des mesures provisoires (art. 55), rendre contraignants les engagements de très grandes plateformes en ligne (art. 56) et contrôler le respect du règlement par ces dernières (art. 57). En cas de non-respect des règles, la Commission peut adopter des décisions constatant un manquement (art. 58), imposer des amendes (art. 59) et des astreintes (art. 60) pour sanctionner les infractions au règlement commises par les très grandes plateformes en ligne ainsi que la fourniture d'informations inexactes, incomplètes ou trompeuses dans le cadre de l'enquête.

B. Une décentralisation inexistante ou incomplète

Au sein du DMA, la décentralisation est inexistante alors qu'au sein de DSA, elle reste excessivement complexe et perfectible sur plusieurs points.

1° DMA : l'absence surprenante des acteurs locaux

Au sein du DMA, à la différence du droit de la concurrence, on peut s'interroger sur l'absence de mention des autorités nationales de la concurrence sur lesquelles la Commission aura, sans aucun doute, besoin de s'appuyer. D'autant plus que les autorités en question ont développé une capacité d'expertise qui pourrait être très utile à l'avenir. Pour ne citer que cet exemple, l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt ont, dès 2019, publié une étude commune sur la publicité en ligne ³⁰.

2° DSA : une décentralisation à parfaire

Alors que pour mettre en œuvre le DMA, la Commission européenne dispose d'un monopole exclusif, au contraire, le DSA multiplie, de façon parfois un peu confuse, l'intervention de divers acteurs, entités et autorités judiciaires ou administratives nationales, tout en laissant un rôle non négligeable à la Commission. Pour les fournisseurs de service intermédiaire, l'article 38 du projet de règlement DSA dispose, de façon générale, que les États membres se doivent de désigner une ou plusieurs autorités compétentes comme responsable de l'application et du contrôle de l'application du règlement DSA. Ils se doivent, ensuite, de choisir, parmi ces autorités, un coordinateur pour les services numériques qui sera doté de pouvoirs spécifiques. Nul doute que dans un pays comme la France, plusieurs acteurs pourront se mettre sur les rangs

pour jouer le rôle de coordinateur des services numériques (« Digital Services Coordinator », « DSC »), ce dernier devant être complètement indépendant et disposer de pouvoirs importants comme ceux de faire des enquêtes, accepter des engagements ou infliger des sanctions.

À ce sujet, on peut regretter que le choix n'ait pas été fait d'une autorité unique par pays pour, non seulement coordonner l'application du règlement, mais aussi pour assurer une mission forte de surveillance des acteurs du numérique, un rôle indispensable si l'on veut pouvoir agir avant que l'irréparable ne soit survenu conformément à la philosophie générale du texte mais un rôle impossible à tenir sans une concentration forte des moyens humains et matériels nécessaires. Outre le fait que l'on sera dépendant du bon vouloir des États qui voudront ou pourront plus ou moins armer leurs DCS, il est surprenant que le DSA lui-même ne leur donne pas toujours les moyens d'agir efficacement. On pense ici, en particulier, au pouvoir d'accès aux données des régulateurs. Pour les plateformes de taille moyenne, celui-ci n'est envisagé qu'en cas de suspicion d'infraction. Pour les plus grandes plateformes, le texte prévoit des conditions beaucoup trop restrictives telle la nécessité d'une demande préalable et justifiée du régulateur ou encore la possibilité de refus de l'acteur du numérique en arguant du secret des affaires.

Concernant les possibles stratégies de forum shopping, il faudra être vigilant quant aux moyens mis en œuvre par chacun des États membres, les géants du numérique pouvant être tentés de choisir d'installer leur point de contact dans les États les moins bien organisés ou les moins volontaires pour contrôler leurs activités. Se pose également la question du principe du pays d'origine. En effet, est normalement compétent le DCS du lieu d'établissement du fournisseur de services ou, s'il n'est pas établi dans l'Union, de son représentant légal. Ce qui peut ouvrir la porte également à des stratégies d'évitement. La France sera, visiblement, très attentive à ce sujet en demandant à ce que le régulateur de l'État de l'utilisateur dispose de davantage de prérogatives et de marges d'intervention, en raison notamment de la langue et de l'appréciation des contenus qui peut varier d'un pays à l'autre³¹. On peut aussi imaginer, si la Commission accepte que son texte évolue, d'autres solutions que celle choisie, en exigeant, par exemple, que le DCS compétent soit celui du pays où l'opérateur a son activité principale afin d'éviter les stratégies de forum et law shopping.

Concernant l'ampleur de la décentralisation, plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, si la Commission européenne décentralise ses pouvoirs aux DCS, il faut aussi remarquer que la possibilité de désigner plusieurs acteurs au sein de chaque État membre dilue, en réalité, leurs pouvoirs. Par ailleurs, on soulignera que la Commission centralise toutes les informations communiquées aux DCS et communique directement avec les fournisseurs de services intermédiaires ce qui, potentiellement, peut aussi affaiblir les DCS. Enfin, la Commission peut enjoindre aux plateformes en ligne de divulguer des informations relatives à la traçabilité des professionnels à des tiers et peut reprendre la main dans le cadre de la coopération transfrontière. Au total, la Commission joue un rôle bien plus important que celui que l'on pouvait penser au premier abord qui s'explique par le fait que les activités numériques se laissent mal enfermer dans les frontières nationales. La Commission a aussi besoin de matière pour parfaire sa doctrine, les textes en question devant être régulièrement réévalués.

Concernant les grandes plateformes, comme pour le DMA, les choses sont plus claires, la Commission reprenant en grande partie la main avec l'assistance du Comité européen des services numériques. C'est ainsi qu'elle peut mener des enquêtes, y compris sous la forme de demandes d'informations, d'entretiens et d'inspections sur place. Elle peut également adopter des mesures provisoires, rendre contraignants les engagements de très grandes plateformes en ligne et contrôler le respect du règlement par ces dernières. En cas de non-respect des règles, la

Commission peut adopter des décisions constatant un manquement, imposer des amendes et des astreintes pour sanctionner les infractions au règlement commises par les très grandes plateformes en ligne ainsi que la fourniture d'informations inexactes, incomplètes ou trompeuses dans le cadre de l'enquête. La Commission peut infliger à la très grande plateforme en ligne concernée des amendes jusqu'à concurrence de 6 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent ce qui peut s'avérer dissuasif.

Conclusion

L'ensemble, s'il marque une vraie avancée dans la régulation des acteurs du numérique, pêche parfois, cependant, par manque d'ambition. Que reste-t-il, par exemple, des menaces de démantèlement des GAFAM ? Tout juste un timide article 16 dans l'hypothèse où le contrôleur d'accès ne respecterait pas systématiquement les obligations des listes noires et grises 32.

On regrettera aussi le manque de précision et de clarté des deux projets de règlement sur plusieurs points ainsi que les pleins pouvoirs donnés à plusieurs reprises à la Commission dans un équilibre flexibilité/sécurité juridique qui pourrait jouer au détriment de cette dernière.

Enfin, il se dégage des textes du DSA et du DMA une certaine complexité, d'autant plus qu'il va falloir articuler ces deux projets de règlement avec les textes en vigueur et ceux en préparation. Avec le risque que seuls les géants du numérique soient seuls capables de maîtriser le droit européen nouveau du numérique. La Commission européenne aurait alors en grande partie raté de pour-quoi elle voulait cette législation nouvelle.

Notes de fin de page

1. PE et Cons. UE, dir. 2000/31/CE, 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») : JOCE n° L 178, 17 juill. 2000, p. 1-16.
2. D. Fasquelle, E. Inacio, The EU Commission publishes a draft on a legislative package promoting a single market for digital services : e-Competitions January 2021, art. 98751 ; www.concurrences.com.
3. D. Fasquelle, Propos introductifs – DMA/DSA : Bien mais peut mieux faire, dossier DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? : Concurrences n° 2-2021, art. 99721 ; www.concurrences.com.
4. Prop. de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825 final.
5. Prop. de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842 final.
6. T. Breton, Amazon, Google, Facebook : le démantèlement n'est pas un tabou : Le Point.fr, n° 202011, jeudi 26 nov. 2020.
7. Commission européenne, Analyse d'impact initiale, Ref. Ares(2020)2877634 – 04/06/2020 : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-yoursay/initiatives/12416-New-competition-tool>.
8. TFUE, art. 289 et 294.
9. V. également cons. 54.
10. DMA, art. 3, § 3.

11. DMA, art. 3, § 6.
12. DMA, art. 15, § 1. À cette fin, la Commission tient compte des six critères suivants : (a) la taille, y compris le chiffre d'affaires et la capitalisation boursière, les activités et la position du fournisseur de services de plateforme essentiels ; (b) le nombre d'entreprises utilisatrices qui dépendent du service de plateforme essentiel pour atteindre des utilisateurs finaux et le nombre d'utilisateurs finaux ; (c) les barrières à l'entrée qui résultent d'effets de réseau et d'avantages tirés des données, en particulier en ce qui concerne l'accès aux données à caractère personnel et non personnel et la collecte de ces données par le fournisseur, ou les capacités d'analyse de ce dernier ; (d) les effets d'échelle et de gamme dont bénéficie le fournisseur, y compris en ce qui concerne les données ; (e) la captivité des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finaux ; (f) les autres caractéristiques structurelles du marché. Dans son appréciation, la Commission se doit de tenir compte de l'évolution prévisible de ces éléments.
13. D. Fasquelle et V. Faure-Muntian, Sénat, Rapp. n° 3127, 24 juin 2020 sur les plateformes numériques.
14. Ibid.
15. D. Bosco : Contrats, conc. consom. 2021, comm. 27.
16. Ainsi, par exemple, afin de préciser la méthode utilisée pour déterminer si les seuils quantitatifs sont atteints, au titre de l'article 3, paragraphe 5, la Commission européenne est habilitée, à l'article 37 du DMA, à adopter des actes délégués, comme pour le DSA.
17. DSA, art. 74.
18. V. DSA, cons. 16.
19. L'image des poupées russes est utilisée par L. Arcelin, Une définition du « gatekeeper » sur le mode des poupées russes, dossier « DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? » : Concurrences n° 2-2021, art. 99721 ; www.concurrences.com.
20. Ibid.
21. DMA, art. 5, a.
22. V. DMA, cons. 36.
23. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372 /03) : JOCE n° C 372, 9 déc. 1997, p. 5-13.
24. J.-L. Fourgoux, Le DMA, une arme contre les abus contractuels, dossier « DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? » : Concurrences n° 2-2021, art. 99721 ; www.concurrences.com.
25. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/633, 17 avr. 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, PE/4/2019/REV/2 : JOUE n° L 111, 25 avr. 2019, p. 59-72.
26. D. Fasquelle, Pratiques commerciales déloyales et grande distribution : La directive peut-elle changer les comportements ? (Demain la concurrence – Paris, 14 juin 2019), nov. 2019 : Concurrences n° 4-2019, art. 91857.
27. D. Bosco, op. cit.
28. Comm. UE, recomm., 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises : JOUE n° L 124, p. 36-41. Son article 2 relatif à l'effectif et les seuils financiers définissant les catégories d'entreprises prévoit que « [...] 2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros. 3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros ».
29. E. Inacio, Mise en œuvre du DSA : Derrière une décentralisation apparente, une centralisation assumée, dossier « DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? » : Concurrences n° 2-2021, art. 99721 ; www.concurrences.com.

30. Autorité de la Concurrence, Brundeskartellamt, Algorithmes et concurrence, nov. 2019 : www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Algorithms-andcompetition_FR.pdf
31. V. Faure-Muntian, Principe du pays d'origine : Enrichissons le Digital Services Act (DSA), dossier « DMA/DSA : L'Europe s'est-elle vraiment donné les moyens de ses ambitions ? » : Concurrences n° 2-2021, art. 99721 ; www.concurrences.com.
32. T. Breton, Amazon, Google, Facebook : le démantèlement n'est pas un tabou, *ibid.*