

LA COMMISSION EUROPÉENNE, LA NORME ET SA PUISSANCE

En 2022, l'Europe a voté avec une exceptionnelle célérité deux textes visant à encadrer le comportement des acteurs du numérique au sein de l'Union. Salués comme de vraies avancées, ces règlements, l'un sur les marchés numériques, le *Digital Markets Act (DMA)*, l'autre sur les services numériques, le *Digital Services Act (DSA)*, vont peu à peu s'appliquer à compter, respectivement, du 2 mai 2023 et du 17 février 2024.

83

Voici donc venu le temps de la mise en œuvre. Sera-t-il possible d'« interdire sur internet ce qui l'est dans la vie réelle », formule souvent employée pour décrire l'objectif du *DSA* ? Va-t-on réussir à rendre plus équitable le partage de la valeur sur les marchés numériques et les déverrouiller en ouvrant la porte à la concurrence des acteurs européens, comme le voudrait le *DMA* ?

L'objectif de cet article est de pointer des facteurs de succès et des difficultés prévisibles en examinant les stratégies, les forces et les faiblesses des différentes parties prenantes, et en se concentrant sur la démarche et les méthodes retenues pour « reprendre le pouvoir »¹. La question du comportement à attendre des *GAFAM* et autres *Big Tech*, objets de la régulation, est essentielle. Elle conditionnera les modalités d'application effective des textes. Ces acteurs développeront des stratégies visant à en limiter les impacts économiques, mais jusqu'où ? La Commission européenne aura-t-elle les moyens d'y répondre ? Au centre du dispositif, elle pourra bénéficier du soutien des États membres si elle le souhaite et l'organise. De fait, l'effectivité des mesures dépendra de l'action des « tiers acteurs », chercheurs, entreprises utilisatrices, consommateurs,

1. Joëlle Toledano, *GAFAM : reprenons le pouvoir !*, Paris, Odile Jacob, 2020.

ONG, mouvements associatifs. Cela sera-t-il suffisant ? Faudra-t-il aller plus loin en remettant en question certains modèles économiques ?

*DMA ET DSA : LES DEUX FACETTES
D'UN MÊME PROBLÈME*

84

Puisque les plus puissantes entreprises numériques dominant et contrôlent le web commercial, définissant les règles et abusant de leur puissance économique, l'objectif du *DMA* est d'augmenter la concurrence et de protéger les utilisateurs des plateformes, entreprises comme consommateurs, contre les pratiques déloyales. Les grandes plateformes de ces acteurs, dénommées « contrôleurs d'accès » dans ce texte, doivent respecter une vingtaine d'interdictions ou d'obligations pour que ne se produisent plus des pratiques observées depuis le milieu des années 2000 et considérées comme préjudiciables, mais que les autorités de concurrence n'ont le plus souvent pas (encore ?) réussi à condamner et *a fortiori* à empêcher.

Certaines, telles que les interdictions de combiner les données en provenance de services différents ou d'imposer des clauses tarifaires contraignantes aux entreprises utilisatrices (art. 5), concernent toutes les plateformes ; l'applicabilité des autres varie selon la nature du service – par exemple, interdiction de privilégier ses propres services, obligations d'interopérabilité ou de fourniture d'informations (art. 6 et 7). Ainsi, pour l'entreprise Alphabet, dont l'écosystème intègre probablement le plus grand nombre de ces plateformes essentielles, ces règles s'appliquent au moteur de recherche Google, à YouTube, au système d'exploitation Android, à l'informatique dans les nuages (le « *cloud* »), à la boutique d'applications d'Android, aux systèmes publicitaires, pour ne citer que les cas les plus évidents².

Au total, la liste des plateformes concernées sera établie par la Commission en s'appuyant sur des critères quantitatifs. Une quinzaine de contrôleurs d'accès – dont bien sûr Alphabet, Apple, Meta, Amazon, Microsoft – seraient concernés et plusieurs dizaines de plateformes devront appliquer ces règles *ex ante* sous le contrôle de la Commission et avec, selon des modalités à préciser, l'aide des autorités nationales.

2. La liste complète ne sera pas établie avant septembre 2023 par la Commission. Il s'agira de tous les services de plateforme dits essentiels (liste assez large et susceptible d'évoluer, qui porte sur dix types de services d'intermédiation en ligne tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux, etc., disposant d'au moins quarante-cinq millions d'utilisateurs européens par an et de dix mille entreprises utilisatrices établies dans l'Union).

Côté sanction, le texte prévoit des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'entreprise – et même 20 % en cas de récidive – ainsi que des astreintes allant jusqu'à 5 % de son chiffre d'affaires journalier moyen.

Pour atteindre l'objectif d'interdire en ligne ce qui l'est hors ligne, le *DSA* demande aux fournisseurs de services intermédiaires (accès à internet, *cloud*, messagerie, place de marché, hébergeur, plateforme...), susceptibles de diffuser des contenus illicites ou préjudiciables, ou des produits interdits, de respecter des obligations de transparence et de mettre en place des procédures de notification et de retrait de ces contenus. Des règles spécifiques visent les grandes plateformes et les grands moteurs de recherche en ligne qui comptent plus de quarante-cinq millions d'utilisateurs par mois.

Au début du siècle, la directive dite e-commerce avait créé un cadre juridique destiné à favoriser le développement des services en ligne et, plus largement, leur libre circulation. Dans l'objectif d'accompagner l'innovation et ce qu'il était convenu d'appeler la « société de l'information », le texte présumait l'irresponsabilité des intermédiaires et en particulier des plateformes numériques en matière de contenus illicites, dans la mesure où ils ne pouvaient en avoir connaissance³. Ces intermédiaires, qui transportent, hébergent et rendent accessibles à des tiers des contenus, ne jouaient en principe pas de rôle actif, se contentant de les mettre à disposition des entreprises et des utilisateurs.

85

La présomption de neutralité s'est atténuée progressivement. Elle est toujours admise pour les acteurs qui transportent ou stockent des contenus. En revanche, le poids croissant et intéressé des réseaux sociaux, des moteurs de recherche et des e-commerçants dans l'ordonnement et la mise en avant des contenus publiés, des publicités ou des produits mis en vente est incontestable. L'irresponsabilité de principe n'est plus crédible. Pour autant, dans le monde numérique, tout contrôler en temps réel apparaît très compliqué. C'est pourquoi le *DSA* conditionne l'exemption de responsabilité à des obligations d'autant plus contraignantes que les acteurs sont plus importants et les risques encourus aussi.

Le *DSA* s'attache à trouver des solutions au regard de la spécificité du numérique, des volumes de données, des techniques utilisées et du respect de la liberté d'expression. Les obligations de modération

3. Article 14 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

des contenus s'accompagnent de mécanismes de signalement privilégiés par des « signaleurs de confiance » et de traitement des contenus illicites avec la possibilité d'émettre des réclamations en cas d'insatisfaction. Les interfaces trompeuses destinées à manipuler l'utilisateur et certains types de ciblage publicitaires en ligne sont interdits (enfants, religion, sexe, santé). La transparence est demandée en ce qui concerne tant les systèmes de recommandation, qui doivent être explicables, que les vendeurs, qu'il doit être possible de retrouver et de responsabiliser, ou la publicité ciblée.

86 En plus, les fournisseurs de très grandes plateformes numériques et de très grands moteurs de recherche en ligne doivent évaluer annuellement les risques dits systémiques découlant de la conception, du fonctionnement ou de l'utilisation de leurs services. Ils sont censés mettre en place des mesures d'atténuation efficaces pour toutes les modalités de risques identifiées : systèmes d'information, algorithmes, modération, publicité, interfaces, etc. Des auditeurs indépendants doivent valider leur démarche. Côté sanction, le texte prévoit des amendes pouvant aller jusqu'à 6 % de leur chiffre d'affaires mondial.

Cette synthèse très succincte du cadre d'analyse et des grandes lignes des méthodes retenues pour appliquer les textes témoigne de la complexité et de la multiplicité des problèmes identifiés comme des mesures à mettre en place et à contrôler⁴.

En creux, elle fait apparaître un choix structurant. Contrairement à ce que prévoyait la consultation publique initiale, la Commission a décidé de traiter séparément les problèmes de pouvoir de marché (*DMA*) de ceux des contenus (*DSA*). Il s'agit certes de sujets conceptuellement distincts mais de deux dimensions interdépendantes pour un même service, une même plateforme, un même écosystème. Le modèle économique dépend des contenus et de la façon dont ils sont créés et mis en avant. Qu'il s'agisse de la polarisation des contenus ou des ventes de produits illicites, à chaque fois, c'est du côté de la permissivité voire des incitations des algorithmes ou des conditions générales d'utilisation qu'il faut aller regarder. Quant aux dommages de ces pratiques, ils seront amplifiés par un pouvoir de marché s'appuyant sur les mêmes données, les mêmes algorithmes et les mêmes « CGU ».

Pourquoi cette séparation entre le *DMA* et le *DSA*, dont on verra qu'elle a des conséquences importantes ? Pourquoi la dimension économique

4. Voir, *infra*, Jean-Claude Bonichot, « Données personnelles : l'invention européenne d'un monde nouveau », p. 97-109 ; Lucie Cluzel-Métayer, « Contrôler les contenus ? », p. 111-122.

est-elle totalement absente du *DSA*, que les obligations pèsent sur Wikipédia ou sur Meta ? L'une des hypothèses de cet article est que l'exclusion de la dimension économique de la réflexion sur la régulation des contenus défend l'idée que la liberté d'expression peut être préservée quel que soit le modèle économique. Et c'est pour éviter une surmodération anticipée, en cas de régime de responsabilité plus strict, que le rôle desdits tiers acteurs devient central pour analyser, alerter, empêcher et corriger. Reste cependant à savoir si la crainte des amendes est suffisamment forte pour inciter les acteurs, dont les intérêts économiques sont en balance, à corriger des algorithmes ou des CGU dont les conséquences opaques pour des tiers sont possiblement néfastes mais aussi coûteuses.

QUELLE RÉACTION DES ENTREPRISES :
LE « *BRUSSELS EFFECT* », UN BOOMERANG ?

87

Bloomberg illustre avec deux chiffres la puissance que des *Big Tech* devraient nécessairement utiliser pour défendre leurs libertés d'action et leurs pouvoirs de marché. Pour lutter contre les projets de loi les plus menaçants pour les GAFAM en débat au Congrès américain, ces entreprises auraient dépensé, depuis 2021, 95 millions de dollars en lobbying et 120 millions en publicités politiques mensongères. Illustration plus politique, la sénatrice Amy Klobuchar, une des promotrices importantes de ces projets, déclarait de son côté : « J'ai deux avocats. Ils ont deux mille huit cents avocats et lobbyistes⁵. »

Une revue spécialisée en ligne pointait, en juillet 2022, l'importance stratégique pour l'industrie mondiale des jeux vidéo de l'application du *DMA*⁶. Sur le papier, le texte accorde au créateur et distributeur important de jeux vidéo Epic Games – et à ses semblables –, en procès avec Apple depuis 2020 sur les modalités d'accès à l'App Store, la victoire qui lui a jusqu'alors été refusée par les tribunaux américains. Il pourrait conduire à des changements structurels pour le secteur de ce type de jeux, non seulement en Europe mais au-delà de nos frontières.

Ainsi, une fois de plus le fameux « *Brussels effect* », théorisé par Anu Bradford, professeure à Columbia, comme l'effet de contagion du modèle

5. Citée par Brooke Fox, Fiona Scott Morton et Gene Kimmelman, « Fighting New Antitrust Rules Is a Bad Move for Big Tech », ProMarket.org, 26 octobre 2022.

6. Rob Fahey, « Will the EU's New Law Change the Digital Landscape? », GamesIndustry.biz, 8 juillet 2022.

réglementaire européen avec sa capacité normative à influencer le reste du monde, pourrait être à l'œuvre. Bien que représentant les deux tiers des dépenses des consommateurs sur mobile *via* l'acquisition d'applications ou par achats intégrés – de l'ordre de 100 milliards d'euros –, l'industrie des jeux vidéo n'a jamais directement été au cœur des débats sur le *DMA*. Pourtant, la mise en œuvre des principes posés sur les magasins d'applications en général aurait des conséquences significatives.

88 En illustrant la puissance du *DMA* et ses effets potentiels, cet exemple permet d'éclairer aussi l'importance des oppositions qu'il va rencontrer auprès des entreprises concernées. Dans la mesure où la mise en œuvre pourrait aller au-delà du seul marché européen, c'est bien l'évaluation du risque global qui guidera les réactions des entreprises concernées. De la même façon, les obligations du *DSA* tant en matière de modération, de remédiation des risques que de transparence sur les données comme sur les algorithmes ne pourront pas s'arrêter aux frontières de l'Europe.

Que va-t-il donc se passer du côté des entreprises régulées ? Des blocages aux stratégies collaboratives plus ou moins nettes, l'ambition pourra être de repousser au maximum l'application des mesures, voire de les rendre inopérantes ou de « limiter les dégâts » en dessinant les contours d'une mise en œuvre restreinte. Les stratégies vont varier au fil du temps, selon les acteurs, leurs modèles économiques, leurs perceptions des enjeux économiques de chacune des plateformes et, évidemment, en fonction de la capacité de l'Europe à les mettre en application !

Sans être précisément prédictible, le type de comportements possible et quelques ingrédients des rapports de force à venir peuvent être anticipés.

La question des droits voisins et de la rémunération de la presse écrite est une première illustration. Google et Facebook se sont longtemps violemment opposés à l'idée d'une rémunération des extraits de presse ou des articles qui apparaissent dans les pages de résultats des moteurs de recherche, ou sur les fils d'actualité des réseaux sociaux. Cette revendication des éditeurs de la presse écrite n'est pas récente. Justifiée du côté des éditeurs par le trafic généré par ces contenus, elle est contestée par les plateformes qui considéraient *a contrario* que les éditeurs bénéficiaient par leur entremise d'une augmentation de l'exposition monétisable des titres en question. La menace, mise à exécution en Espagne en 2014, était, en cas d'obligation de paiement, de supprimer les contenus concernés de leurs plateformes. Menace d'autant plus crédible que partout la situation économique de la presse,

fortement dégradée, fait craindre aux éditeurs toute baisse supplémentaire de ressources⁷.

Nécessaires, les dispositions législatives visant à augmenter les ressources des médias et à défendre le pluralisme de la presse, tant en Europe avec la directive de 2019 qu'en Australie en 2021, n'ont pas été suffisantes. Il a fallu des bras de fer violents, donnant lieu par exemple à l'interruption de Facebook plusieurs jours en Australie et à l'amende de 500 millions d'euros infligée à Google par l'autorité française de la concurrence, pour arriver à trouver des solutions. Dans le cas australien, Google et Facebook ont fini par payer mais ont obtenu une atténuation de la loi et ont pu choisir qui ils payaient et les services qu'ils rémunéraient. Dans le cas français, si les degrés de liberté des plateformes sont moindres, l'asymétrie d'information reste énorme et les paramètres de calcul largement à leur main. En tout état de cause, Google et Facebook ont fini par perdre sur le principe et ont ensuite cherché à cantonner le risque.

89

Du côté du *DMA*, des difficultés peuvent être anticipées en cas (très probable) d'interprétation limitative des obligations. Ainsi, la publication en octobre 2022 d'une mise à jour des règles régissant le magasin d'applications d'Apple témoigne de son intention de défendre des règles pourtant contestées sur de nombreux aspects tels que les niveaux de commissionnement, les services de paiement, la publicité ou l'auto-préférence devant plusieurs instances judiciaires⁸. L'App Store génère des revenus substantiels et croissants avec une marge, selon l'autorité britannique de la concurrence, bien au-dessus de la rentabilité moyenne d'Apple, déjà très élevée (40 %). Les arguments de cette entreprise en termes de sécurité ou de protection des données personnelles sont effectivement susceptibles d'être justifiés, mais jusqu'à quel point ? Nul doute qu'elle en fera un usage extensif dans le cadre de l'application du *DMA*.

De même, Microsoft devrait chercher à défendre sa stratégie contestée dans le *cloud*. La confirmation, en août 2022, de la convergence de ses offres laisse présager une forte opposition à dévier d'une stratégie jusqu'ici réussie de développement sur un marché à forte croissance.

7. On trouve une présentation des enjeux et des difficultés d'application en France mais aussi à l'international dans le rapport fait au nom de la mission d'information sur « l'application du droit voisin au bénéfice des agences, des éditeurs et professionnels du secteur de la presse », présidée par Virginie DUBY-MULLER.

8. « App Store Review Guidelines », Developer.Apple.com, 24 octobre 2022.

Dans le *DSA*, les difficultés à anticiper sont ailleurs. Le principe même de la modération et de la limitation des risques sera le plus souvent défendu. Au regard de l'expérience acquise depuis le milieu des années 2010, la transparence en matière de modération, l'accès aux données et aux algorithmes en particulier pour les chercheurs, la capacité à évaluer les risques et les propositions de remédiation feront probablement partie des difficultés d'implémentation. Les objections seront techniques, concerneront la préservation des données personnelles, le secret des affaires, etc. Volonté politique et compétences techniques fines seront nécessaires pour les contourner. Mais la mise en œuvre sera ralentie.

90 Les GAFAM utiliseront alors tous les moyens juridiques en renfort de leurs stratégies. On peut craindre de très nombreux recours devant la Cour de justice de l'Union européenne (au travers de ses deux juridictions, Tribunal puis Cour), visant au mieux à ralentir, voire à limiter, ou même à bloquer l'application des textes. Pour assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application » des traités, la Cour traite en moyenne, d'après son rapport d'activité pour l'année 2021, de l'ordre de mille huit cents affaires par an, dont environ soixante ou soixante-dix concernent des pratiques anticoncurrentielles, relevant dans quelques cas du numérique.

Sans avoir à caractériser les sujets de recours potentiels, on peut noter, s'agissant du *DMA*, qu'une vingtaine de règles sont susceptibles de s'appliquer, et ce, pour plusieurs dizaines de plateformes ; du côté du *DSA*, une centaine de très grandes plateformes ou moteurs de recherche devront mettre en œuvre des obligations novatrices et pas toujours parfaitement définies. Une stratégie d'engorgement est très clairement envisageable, et la Cour doit se préparer, en termes tant de disponibilités que de compétences techniques nouvelles, pour ne pas bloquer trop longtemps l'application des textes.

En résumé, les GAFAM chercheront à cantonner les effets du *DMA* et du *DSA*, non seulement pour limiter leur portée en Europe, mais par crainte d'une contagion.

LES FRAGILITÉS DE LA COMMISSION

La Commission est au centre des dispositifs de coordination et de mise en œuvre des deux textes. Elle est le régulateur du *DMA* et celui du *DSA* pour les plus grandes plateformes et les plus grands moteurs de recherche. Ne relèvent directement des États membres, selon le principe

dit du pays d'origine, que les intermédiaires qui présentent des risques moins importants au sens du *DSA*. La Commission se retrouve à la croisée des chemins. Son expérience, c'est surtout d'édicter des règles. Les États membres sont ensuite à la manœuvre pour les appliquer. Périodiquement, la Commission vérifie et évalue cette application. Une exception : le droit de la concurrence, qui s'applique au niveau européen comme national, avec le cas particulier des aides d'État, qui relève du seul niveau européen.

La gouvernance du *DMA* et du *DSA* symbolise une nouvelle orientation politique forte, celle d'une Europe géopolitique, déjà en première ligne pendant la crise de la Covid-19, qui ne se contente pas d'écrire des règles. Pour être effectivement une puissance normative, pour que le « *Brussels effect* » ne soit pas contourné par les plus puissants – comme cela a été le cas du fameux règlement général sur la protection des données, qui protège la vie privée mais dont les modalités d'application ont sensiblement limité les effets –, la Commission va devoir assurer l'effectivité des mesures qu'elle a préconisées.

91

Face à des acteurs puissants et agiles, elle doit opérer une véritable révolution culturelle dans ses méthodes. Certes, les deux textes pourraient laisser croire qu'une application centralisée et bureaucratique de réglementations prescriptives est possible. L'expérience acquise en matière de régulation économique au *xx^e* siècle montre l'inefficacité de la régulation des monopoles et la nécessité de s'appuyer sur les parties prenantes pour trouver les bons mécanismes incitatifs permettant d'atteindre les objectifs poursuivis. La Commission se retrouverait dans l'impossibilité de traiter la masse d'oppositions à craindre si elle se positionne dans un face-à-face juridique avec les acteurs. L'issue serait soit l'engorgement, soit la capture réglementaire⁹, ou plus vraisemblablement les deux.

Il lui faut devenir un régulateur s'appuyant sur les États membres et tenant compte des pratiques observées par des tiers. La régulation doit prendre le pas sur la réglementation, et la compréhension des outils et des techniques utilisées permettre d'analyser les propositions pour converger vite vers des solutions adaptées.

Les transformations des textes apportées par le Parlement et le Conseil à partir des versions initiales rendent possible cette mue. Elles concernent les moyens potentiellement disponibles, la participation des États membres

9. Situation dans laquelle une institution, notamment le régulateur, est influencée dans ses décisions par un tiers jusqu'à éventuellement être corrompue.

pour accompagner leur application et servir de capteurs d'information et de centres de compétences plus en prise avec les citoyens et le tissu économique¹⁰.

La Commission a besoin de spécialistes aguerris en matière notamment de systèmes d'information, d'intelligence artificielle, d'algorithmique, d'analyse et de traitement des données, pour comprendre les pratiques, identifier les biais... Se doter de moyens techniques et de compétences sérieuses suffisants pour interpréter les données auxquelles les textes permettent d'accéder est une condition nécessaire pour compenser l'asymétrie d'information abyssale à laquelle la Commission, comme d'ailleurs bien d'autres institutions, est confrontée.

92 Ce constat repose sur un diagnostic largement partagé par de nombreux universitaires des deux côtés de l'Atlantique, des parlementaires européens et les spécialistes de la régulation et de la concurrence¹¹. La Commission a commencé à le faire sien, au regard de la mutualisation annoncée de certains recrutements et de la création d'un Centre européen pour la transparence algorithmique. Elle devra probablement aller plus loin.

Les modalités organisationnelles posent question. Pour favoriser une meilleure utilisation des compétences et des moyens, la Commission a décidé de « loger » une partie de l'application des deux textes dans des équipes issues de plusieurs directions. Excellente initiative puisque de nombreux sujets sont partagés, mais n'y aura-t-il pas des conflits institutionnels ?

De même, la direction générale de la concurrence a créé une unité chargée à la fois du *DMA* et des contentieux anticoncurrentiels des acteurs numériques. Or des contentieux initiés auparavant portent sur des pratiques interdites par le *DMA*. S'agit-il de traiter des deux à la fois, d'en choisir un des deux ? Pourtant, le *DMA* complète le droit de la concurrence et s'applique indépendamment. Cette organisation sera-t-elle acceptable au vu des informations auxquelles donnent accès ces différents textes ? Pourront-elles être partagées ?

Mais la question centrale est celle du contrôle de la conformité. Quasi identiques dans la forme, les mécanismes de mise en conformité (*compliance*) sont présents dans les deux textes et adaptés à chaque

10. Cf. Jean Cattan et Joëlle Toledano, « La Commission dans la mise en œuvre du *DMA* : citadelle assiégée ou chef d'orchestre ? », *Concurrences*, n° 3, 2022 (en ligne).

11. Cf. la synthèse de la conférence d'ouverture des Dauphine Digital Days, « La régulation des plateformes : les défis de la mise en œuvre », Université Paris Dauphine-PSL, 21 novembre 2022 (disponible sur [ChairGovReg.Fondation-Dauphine.fr](https://www.chairgovreg.org/)).

contexte¹². Ainsi, les mécanismes de responsabilité et de gouvernance à l'intérieur des entreprises régulées ressemblent à ceux – très encadrés – du secteur bancaire et sont définis avec un soin tout particulier. Pour autant, l'analogie avec le secteur bancaire – où les règles sont précises, détaillées et le régulateur très puissant (et où la responsabilité des dirigeants est engagée) –, ou même avec le contrôle, par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, des règles de protection des données personnelles, est trompeuse. Quelles sont les références de la conformité ? Où trouver les dispositifs d'évaluation ? Le site de la CNIL donnait des indications dès l'application du règlement général sur la protection des données. Les référentiels prévus devraient être bien plus limités, tout simplement parce que les connaissances sont insuffisantes.

Il serait très dangereux de permettre aux entreprises de combler le vide en les laissant définir les règles de contrôle. Or c'est bien ce qui est écrit dans l'article 8 du *DMA* : « Le contrôleur d'accès assure et démontre le respect des obligations prévues aux articles 5, 6 et 7 du présent règlement. » Il s'agit donc d'instaurer une nouvelle forme d'autorégulation ou, au mieux, d'accorder un délai supplémentaire à l'entreprise avant qu'il puisse être démontré que les objectifs ne sont pas atteints.

C'est d'ailleurs le même problème avec les auditeurs « indépendants » qui « possèdent une expertise avérée dans le domaine de la gestion des risques, des compétences techniques et des capacités », selon l'article 37 du *DSA*. Ils sont censés contrôler les évaluations des risques des entreprises et les remèdes proposés ! L'audit des comptes financiers s'appuie sur des règles établies, mais *quid* des auditeurs des grandes plateformes ? Si l'asymétrie d'information n'est pas au moins partiellement comblée, ces règles risquent fort, faute de compétences, d'être définies par les entreprises elles-mêmes, qui captureront les auditeurs¹³.

Tous ces sujets nécessiteront d'être largement précisés par la Commission pour pouvoir relever ensuite d'un contrôle de conformité. Il va lui falloir construire une doctrine d'application de ces textes et concentrer les moyens et les obligations sur les plus gros risques.

12. Article 28 du *Digital Markets Act* ; article 41 du *Digital Services Act*.

13. Johann Laux, Sandra Wachter et Brent Mittelstadt, « Taming the Few: Platform Regulation, Independent Audits, and the Risks of Capture Created by the *DMA* and *DSA* », *Computer Law & Security Review*, vol. 43, 2021 (en ligne).

LE RÔLE DES « TIERS ACTEURS »
ET DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Non seulement la Commission a besoin de moyens, de compétences et de connaissances au plus près du terrain des autorités de régulation, mais l'effectivité des textes nécessitera la participation active des tiers acteurs et de la société civile, coordonnés souvent au niveau national.

Pour le *DMA*, il s'agit des entreprises, utilisatrices comme concurrentes, ainsi que des consommateurs et de leurs associations. Cette pratique, habituelle pour les autorités de régulation sectorielles, conditionne la possibilité de contestabilité effective des acteurs dominants par des concurrents s'appuyant, par exemple, sur une interopérabilité ou un accès aux données bien définis.

94 Pour le *DSA*, le prisme des intervenants et des capteurs d'information doit s'élargir. À partir du moment où le respect de la liberté d'expression interdit toute analyse systématique des contenus, la multiplication des utilisateurs-acteurs devient le moyen d'avoir des contributeurs sans les « contrôler ». D'où l'ajout des « signaleurs de confiance » et des organes de règlement des litiges, essentiels à la modération, et bien sûr l'accès effectif à l'information par les chercheurs, dont l'accumulation de travaux sera cruciale pour ce texte. On peut espérer que l'expertise acquise dans les algorithmes et la science des données servira aussi au *DMA*.

L'idée selon laquelle la mise en œuvre effective du *DSA* en particulier vis-à-vis des réseaux sociaux requerra la participation multiforme de la société commence à être partagée¹⁴. L'obtenir contribuerait sans aucun doute au renouveau démocratique et à la souveraineté économique, remplaçant la régulation privée des GAFAM par une régulation publique partagée avec la société civile. Encore faut-il au moins que cette dernière en ait les moyens et l'envie, et que cela soit suffisant pour contrebalancer les incitations économiques des acteurs à capter l'attention *via* des algorithmes et des données ; ce, malgré les risques plus ou moins prévisibles et les amendes.

Dans le cas contraire, la question de savoir si tous les modèles économiques sont acceptables, s'agissant notamment des réseaux sociaux, sera à revisiter. Le lien entre, d'une part, les contenus, leur visibilité et leur

14. En France, cf. Serge Abiteboul et Jean Cattan, *Nous sommes les réseaux sociaux*, Paris, Odile Jacob, 2022 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, Paris, La Documentation française, 2022.

éventuelle modération, et, d'autre part, les ressources financières devra être rétabli explicitement.

Évidemment, tout ne se fera pas en un jour – ce n'est jamais le cas en matière de régulation économique. Mais « reprendre le pouvoir » est possible si nous nous en donnons collectivement les moyens.

R É S U M É

La Commission européenne, pour devenir une puissance normative, doit réussir la mise en œuvre de ses nouveaux règlements sur les marchés et services numériques. Enjeu majeur pour l'Europe, une régulation efficace nécessitera de prendre en compte les stratégies d'acteurs puissants, la disponibilité de moyens et de compétences à la hauteur du défi, en s'appuyant sur les autorités compétentes des États membres et toutes les parties prenantes au sein de l'Union. La liberté d'expression pourra-t-elle être préservée quel que soit le modèle économique ?

