

DOSSIER
DU PARTICIPANT

DEUX ANS APRÈS L'ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT

LA RÉGULATION
DES **RÉSEAUX SOCIAUX**
A L'HEURE EUROPÉENNE

Mardi 21 janvier 2025



SOMMAIRE

PROGRAMME	2
PRESENTATION DES ENTRETIENS	2
SEANCE D'OUVERTURE.....	3
TABLE RONDE : LA REGULATION DES RESEAUX SOCIAUX A L'HEURE EUROPEENNE	3
DOCUMENTATION JURIDIQUE.....	6
1. LE DEVELOPPEMENT DU DROIT DES RESEAUX SOCIAUX.....	6
A. LE DROIT MULTI-FACE DES RESEAUX SOCIAUX	6
B. L'EVOLUTION DU CONTEXTE NORMATIF GLOBAL : LA NAISSANCE DU DROIT EUROPEEN ET FRANÇAIS DE LA SOCIETE DE L'INFORMATION FONDE SUR DES VALEURS COMMUNES	7
1- <i>La protection des données personnelles et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.....</i>	7
2- <i>Le droit des services de la société de l'information (ou droit du commerce électronique).....</i>	8
3- <i>Le droit des réseaux et services de communication électronique.....</i>	9
2. LE DMA, LE DSA ET LES RESEAUX SOCIAUX.....	10
A. PRESENTATION DU DMA.....	10
B. PRESENTATION DU DSA, DE SES OBJECTIFS, DE SES MODALITES D'APPLICATION	13
C. LES NOUVEAUX EQUILIBRES DU PAYSAGE DE LA REGULATION DES RESEAUX SOCIAUX A L'AUNE DU DSA ET DU DMA	18

PROGRAMME

Entretiens organisés par la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État.

11h – 11h15 : ouverture par Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État

11h15 – 13h : table ronde – La régulation des réseaux sociaux à l'heure européenne

Animatrice : **Martine de Boisdeffre**, présidente de la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État

Intervenants :

- **Olivier Guersent**, directeur général - Direction générale de la concurrence - Commission européenne
- **Roch-Olivier Maistre**, président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)
- **Joëlle Toledano**, professeure émérite en économie, associée à la Chaire « Gouvernance et Régulation » de l'université Paris-Dauphine, membre de l'Académie des technologies

PRESENTATION DES ENTRETIENS

Le thème des Entretiens 2024 : **la régulation des réseaux sociaux à l'heure européenne**

Deux ans après son étude sur la régulation des réseaux sociaux, le Conseil d'État consacre la 2^e édition de ses « entretiens européens » à cette question de la régulation des réseaux sociaux, dans le contexte de la mise en œuvre des deux règlements européens adoptés en 2022 sur ce sujet : le *Digital Market Act* (DMA) et le *Digital Service Act* (DSA), règlements qui visent à garantir aux Européens des marchés numériques plus équitables et ouverts, ainsi que limiter la diffusion en ligne de contenus et produits illicites. Ces deux règlements, le premier entré en application le 2 mai 2023 et le second le 25 août 2023, donnent à la Commission, en lien avec les régulateurs nationaux, un rôle clé dans la régulation des très grandes plateformes.

Comment la Commission exerce-t-elle ce rôle et avec quels moyens ? Quelles articulations avec les régulateurs nationaux ont été mises à l'œuvre ? Quel regard critique les acteurs et les observateurs portent-ils sur ces instruments et leurs usages alors que, jamais peut-être, l'enjeu de régulation de ces « géants » a été aussi élevé ? Quelles suites ont été données aux recommandations formulées par le Conseil d'État dans son étude ?

SEANCE D'OUVERTURE

Didier-Roland Tabuteau



Vice-président du Conseil d'État

Didier-Roland Tabuteau obtient son diplôme de l'École polytechnique en 1981. Ancien élève de l'ENA, il est issu de la promotion « Louise Michel » (1984) et choisit, à la sortie de l'école, d'intégrer le Conseil d'État.

Au sein de l'institution, il travaille tout d'abord à la section du contentieux (1984 – 1988) et à la section de l'intérieur (1987 – 1988). En 1988, il quitte pour la première fois l'institution afin de devenir directeur adjoint du cabinet du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, avant de revenir au Conseil d'État comme rapporteur public à la section du contentieux et membre de la section sociale (1991 – 1992).

Poursuivant une nouvelle fois sa carrière en dehors de l'institution, il devient directeur du cabinet du ministre de la santé et de l'action humanitaire en 1992 pour une durée d'un an, avant d'être nommé directeur général de l'Agence du médicament jusqu'en 1997. Il occupe par la suite et pendant trois ans le poste de directeur adjoint du cabinet de la ministre de l'emploi et de la solidarité.

En 2000, il est conseiller de la ministre de l'emploi et de la solidarité, chargé de la préparation de la loi sur le droit des malades avant de devenir directeur du cabinet du ministre délégué à la santé (2001-2002).

En 2003, il est nommé directeur général de la fondation « Caisses d'épargne pour la solidarité ». En parallèle, il obtient, en 2007, son doctorat en droit puis une habilitation à diriger des recherches. Il enseigne alors à l'Institut d'études politiques de Paris où il est responsable de la chaire santé. Il est également co-directeur de l'institut droit et santé de l'université Paris Descartes (INSERM UMRS 114J).

Il réintègre le Conseil d'État en 2011, d'abord à la section du contentieux puis à la section sociale. En 2017, il est nommé président adjoint de la section sociale, puis président de la section sociale l'année suivante. Il est nommé vice-président du Conseil d'État le 5 janvier 2022.

TABLE RONDE: LA REGULATION DES RESEAUX SOCIAUX A L'HEURE EUROPEENNE

Animatrice

Martine de Boisdeffre



Présidente de la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État

Titulaire d'une maîtrise d'histoire, diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris, elle est ancienne élève de l'École normale supérieure de Sèvres (1976-1980) et de l'École nationale d'administration (promotion Solidarité, 1981-1983). Auditeur (1983) puis maître des requêtes (1986) au Conseil d'État, elle est par ailleurs maître de conférence à l'Institut d'études politiques de Paris (1984-1988).

Secrétaire générale du Comité national d'éthique (1985-1992), elle est rapporteure générale des travaux du Conseil d'État sur les sciences de la vie (1988).

Nommée chargée de mission à la mission interministérielle pour l'Europe centrale et orientale en 1990, elle est conseillère technique au cabinet de la ministre déléguée chargée des affaires européennes (1990-1993).

De retour au Conseil d'État, elle est secrétaire générale adjointe (1994-1995) puis secrétaire générale (1995-2001) du Conseil d'État. Elle est nommée conseillère d'État en 1998. De 2001 à 2010, elle est directrice des Archives de France. De 2010 à 2017, elle est présidente de la Cour administrative d'appel de Versailles.

Elle est, depuis le 14 mars 2017, présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Elle est présidente du Conseil d'administration de l'Institution nationale des Invalides depuis 2000. Elle a également été membre du Haut Comité d'évaluation de la condition militaire.

Elle préside depuis 2013 le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative. Elle est en outre membre du Conseil d'administration de la Fondation Charles de Gaulle et ancienne membre du Conseil d'administration de l'École normale supérieure d'Ulm-Sèvres. Elle a été nommée commissaire aux comptes du conseil d'administration de l'ACA-Europe en mai 2018.

Intervenants

Olivier Guersent



Directeur général - Direction générale de la concurrence Commission européenne

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Bordeaux en 1983, Olivier Guersent rejoint en 1984 le ministère de l'économie et des finances où il réalise de nombreuses enquêtes pour l'Autorité française de la concurrence.

En 1992, il intègre la Commission européenne et rejoint la "Merger Task Force" de la Direction générale de la concurrence. Il alterne ensuite pendant 22 ans des postes au cabinet de différents Commissaires européens (successivement Karel Van Miert, Michel Barnier et Neelie Kroes) et dans les services de la DG concurrence (successivement chef d'unité adjoint en charge des cartels, chef d'unité en charge de la politique générale et de la coordination des cas, chef d'unité "contrôle des concentrations", directeur ad interim de la Direction "transports, postes et autres services" et, à partir de 2009, directeur de la Direction "lutte anticartels". De 2010 à 2014, il a dirigé le cabinet de Michel Barnier, commissaire en charge du marché intérieur et des services.

Le 1^{er} juillet 2014, il devient directeur général adjoint en charge des services financiers au sein de la Direction générale du marché intérieur. Le 1^{er} septembre 2015, Olivier Guersent prend ses fonctions de directeur général au sein de la Direction générale « stabilité financière, services financiers et union des marchés de capitaux », poste qu'il occupe jusqu'au 31 décembre 2019.

Depuis le 1^{er} janvier 2020, Olivier Guersent est le directeur général de la Direction générale de la concurrence.

Il est membre du conseil d'administration de l'association Arémis qui fournit des soins d'hospitalisation à domicile à des malades principalement pour des malades atteints de cancer dans la région de Bruxelles. Il intervient de manière régulière dans le cadre de formations universitaires de troisième cycle.

Roch-Olivier Maistre



Président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)

Depuis le 1^{er} janvier 2022, Roch-Olivier Maistre est le président de l'Arcom, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique. Son mandat prendra fin début février 2025.

Roch-Olivier Maistre a présidé le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de février 2019 à décembre 2021.

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, titulaire d'une licence de sciences économiques et ancien élève de l'École nationale d'administration (1982), Roch-Olivier Maistre est administrateur de la Ville de Paris

de 1982 à 1986. Il rejoint ensuite le cabinet de François Léotard, ministre de la culture et de la communication, en tant que conseiller (1986-1988).

Entre 1988 et 1991, Roch-Olivier Maistre est sous-directeur des affaires économiques à la direction des finances et des affaires économiques à la Ville de Paris, puis directeur du cabinet du secrétaire général. Il occupe ensuite le poste de directeur général de la Comédie-Française (1993-1995) avant de devenir secrétaire général du Conseil de Paris (1995-2000).

Entre 2000 et 2005, il rejoint la présidence de la République en tant que conseiller pour l'éducation, la culture et la communication. Il intègre la Cour des comptes en 2005 et y occupe successivement les postes de conseiller maître à la 4^e chambre, responsable du secteur affaires étrangères, premier avocat général au Parquet général, président de chambre et rapporteur général du comité du rapport public et des programmes de la Cour des comptes.

Roch-Olivier Maistre s'est vu décerner les titres d'officier de la Légion d'honneur, d'officier de l'ordre national du Mérite et de commandeur de l'ordre des Arts et des Lettres.

Joëlle Toledano



Professeure émérite en économie, associée à la Chaire « Gouvernance et Régulation » de l'Université Paris-Dauphine, membre de l'Académie des technologies

Joëlle Toledano est professeur émérite en sciences économiques, associée à la Chaire « Gouvernance et Régulation » de l'université Paris Dauphine - PSL, membre de l'Académie des technologies, du Conseil national du numérique et du conseil d'administration d'entreprises du numérique.

Docteur en mathématiques et économie, elle a mené une double carrière, universitaire et en entreprise, avant de s'investir dans des sujets de politique publique et de régulation. Joëlle Toledano a débuté comme attachée de recherche au CNRS, puis comme maître de conférences en économie. Elle a occupé divers postes de direction dans des entreprises informatiques et rejoint en 1993 le groupe La Poste dont elle a été en particulier la directrice de la régulation européenne et nationale.

Professeur des universités à CentraleSupélec, Joëlle Toledano a été membre du Collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP, 2005-2011) et du conseil d'administration de l'Agence nationale des fréquences (2013-2022).

Elle a publié plusieurs ouvrages et de nombreux articles scientifiques et grand public dans les domaines de l'économie industrielle, de la régulation du numérique, des communications électroniques et des postes. Ces dernières années le numérique, les fréquences et la blockchain ont été au centre de ses travaux. Ces derniers ont donné lieu à la publication de deux rapports publics. Son dernier ouvrage, « GAFA - Reprenons le pouvoir! » (Odile Jacob, 2020) a obtenu trois prix, dont le prix du livre d'économie 2020.

Joëlle Toledano s'est vu décerner les titres d'officier de la Légion d'honneur et d'officier de l'ordre national du Mérite.

Document réalisé à partir d'extraits de [l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2022 sur les réseaux sociaux](#).
Liens vers le [DMA](#) et vers le [DSA](#).

1. Le développement du droit des réseaux sociaux

A. *Le droit multi-face des réseaux sociaux*¹

Au-delà de leur diversité, les réseaux sociaux se caractérisent généralement par leur dimension transnationale. Dans l'idéal, celle-ci appellerait un régime juridique et une gouvernance au niveau international. Si des travaux sont en cours concernant l'internet et hormis l'Appel de Christchurch (qui a conduit des chefs d'État dont le président français à prendre des engagements sur la lutte contre les contenus terroristes en ligne), il n'en va pas de même des réseaux sociaux. Ce sont les différents États qui font face à cette question et s'agissant des États membres de l'Union européenne, ils le font principalement à travers celle-ci. A l'instar du type de marché qu'il régit, le droit des réseaux sociaux se révèle en France multi-face.

Le réseau social numérique n'est pas, ou est encore peu, une catégorie juridique à laquelle est attaché un droit spécifique. Entrant dans de nombreuses catégories, son droit se révèle composite. Par leur ingénierie, les réseaux sociaux sont soumis au droit des télécommunications, des données personnelles, des algorithmes et de l'intelligence artificielle. Par leur qualité d'acteur du marché économique, ils sont soumis au droit de la concurrence et au droit du commerce. Par leur appartenance à la catégorie des personnes privées entretenant un lien contractuel avec les utilisateurs, ils sont soumis au droit des contrats et de la consommation. Par les fonctionnalités de discussion et d'échanges de contenus qu'ils offrent, ils sont soumis à l'ensemble des droits qui protègent la liberté d'expression, la protection de la vie privée, l'ordre public, la sécurité intérieure, les œuvres de l'esprit et les publics vulnérables (mineurs), etc.

L'éclairage apporté par le droit comparé démontre que cette fragmentation n'est pas propre à la France. Le droit des réseaux sociaux est aussi un droit européenisé. Face à un outil sans frontières, à un marché globalisé et à des acteurs dominants étrangers, **l'effectivité du droit des réseaux sociaux et des plateformes commande qu'il soit instauré au niveau le plus large possible**. Mais, devant une régulation internationale inexistante voire inatteignable et face à la nécessité pour la France et l'Union européenne (UE) de défendre des valeurs et un marché commun, **le droit européen s'est finalement imposé comme le niveau pertinent d'encadrement**. Cette tendance s'est confortée au fil des années, au point que les directives sont désormais remplacées par des règlements, poursuivant l'objectif d'un droit exhaustif et efficace. Conformément à la logique de la subsidiarité, **les États membres conservent la maîtrise des champs qui nécessitent une approche spécifique** (comme l'appréciation de ce qu'est un contenu haineux) **mais le droit des réseaux sociaux est dorénavant construit, dans sa majeure partie, par l'UE**.

Le droit des réseaux s'est construit en trois mouvements qui sont encore à l'œuvre et s'influencent réciproquement : **le premier**, qui a vu naître un droit spécifique à l'invention technique du numérique (le droit du numérique) ; **le deuxième**, duquel a émergé un droit spécifique aux nouvelles formes d'intermédiation des rapports économiques (le droit des plateformes) ; **le troisième**, qui transforme en profondeur les droits traditionnels à l'aune des réseaux sociaux et permet d'assurer une « couverture juridique » globale et cohérente des individus et de la société. Ces processus pluriels révèlent un droit multi-face qui est mis en œuvre par plusieurs régulateurs. Il est à souligner qu'après une période exempte de toute réglementation particulière laissant libre cours à l'innovation et au développement du secteur, les premiers textes qui interviennent pour réglementer les différentes composantes du secteur numérique (données personnelles, infrastructures, commerce électronique) le font moins pour en limiter les abus que pour en faciliter l'épanouissement. Ce n'est que récemment, notamment suite à certains scandales et crises, que les pouvoirs publics se sont convaincus de la nécessité d'une régulation protectrice des intérêts communs et particuliers des individus et plus adaptée aux défis particuliers posés par les réseaux sociaux.

¹ Extraits de [l'étude annuelle du Conseil d'État de 2022 sur les réseaux sociaux](#), pp. 52 et 53.

B. L'évolution du contexte normatif global : la naissance du droit européen et français de la société de l'information fondé sur des valeurs communes²

Internet puis le web, en permettant la diffusion illimitée de la connaissance par la communication électronique, a fait basculer les sociétés industrielles en sociétés de l'information. L'information (ou donnée) et la nouvelle économie qu'elle engendre, ont contraint le législateur à inventer de nouveaux droits ou à adapter les principes du droit commun à ce nouveau système. Avant les scandales comme celui de Cambridge Analytica, révélé en 2018, qui ont modifié le regard de la communauté internationale sur les entreprises du numérique et notamment des réseaux sociaux, il est apparu nécessaire à l'Union européenne d'harmoniser les règles juridiques applicables aux services offerts par les industries du numérique pour faciliter leur libre circulation et adapter les législations sur les télécommunications à l'apparition d'internet.

Compte tenu des enjeux planétaires soulevés par le numérique et faute qu'une régulation internationale soit sérieusement envisageable, les États membres de l'Union européenne l'ont rapidement regardée comme le niveau le plus pertinent de régulation. Il faut relever que, s'agissant de la protection des données personnelles et de l'encadrement des plateformes, le droit français et les autorités françaises ont joué un rôle moteur. Ce sont les droits des données personnelles, du commerce électronique et du réseau internet institués par le législateur national et européen, qui ont constitué les premières briques du droit du numérique, briques qui intéressent directement les réseaux sociaux.

1- La protection des données personnelles et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

La première brique du droit du numérique est celle des données personnelles d'abord posée par la France dans la visionnaire loi informatique et libertés (LIL) de 1978 puis par l'Union européenne en 2016, au sein du règlement général sur la protection des données dit RGPD (règlement 2016/679 du 27 avril 2016 entré en vigueur le 25 mai 2018). La société de l'information, comme son nom l'indique, est fondée sur l'information et sur la notion clé de donnée. Celle-ci devient une sorte de nouvel étalon-or. Le législateur français a pris très tôt conscience de la nécessité de protéger la vie privée face aux conséquences du développement des techniques de diffusions et croisements larges de données personnelles, tout en assurant la libre circulation des données sans oublier la sécurisation du marché pour permettre son plein épanouissement.

L'entrée dans le droit du numérique se fait donc par la porte des données personnelles avec l'adoption de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de 1978 qui encadre les traitements automatisés des « informations nominatives », par la suite dénommées « données personnelles » et met en place une autorité administrative indépendante, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) chargée de sa mise en œuvre. Si au départ, la LIL est surtout pensée pour protéger les citoyens des fichiers informatiques (suite au scandale SAFARI), elle s'avère rapidement particulièrement adaptée à l'émergence d'internet et ses adaptations vont progressivement en faire un des piliers de ce nouveau droit. Son article 1er dispose que « L'informatique doit être au service de chaque citoyen (...) »

Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Ce droit a ceci de particulier qu'il ne consacre pas pour les individus un droit réel sur un bien (une propriété) mais qu'il s'apparente plus à un droit subjectif attaché à un élément de la personnalité, une information qui compose en partie la « sphère d'intimité de la personne ». La donnée personnelle n'a pas de valeur intrinsèque et n'a pas de propriétaire en tant que tel. Ainsi, elle ne peut être vendue à un tiers qui en userait comme bon lui semble. En revanche, son titulaire bénéficie d'un droit d'usage qui lui permet de décider et de contrôler les utilisations qui en sont faites. C'est pour cela que le consentement de l'individu est au cœur de ce droit. Cette particularité le rend complexe et atypique. De fait, il générera de délicates questions, notamment dans le domaine des réseaux sociaux.

Le droit des données personnelles a largement influencé celui de la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, qui est adossé au droit des télécommunications. Ainsi la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de

² *Ibid.*, pp. 55 à 63.

la vie privée dans le secteur des communications électroniques dite e-privacy, souvent abordée aux côtés du RGPD, fait partie du «Paquet Télécom».

Modifiée par la directive 2009/136/CE, elle contraint les États à garantir la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que la confidentialité des données relatives au trafic y afférentes. Elle réglemente notamment l'utilisation des traceurs (cookies) et pose le principe d'un consentement préalable de l'utilisateur, sauf si ces actions sont strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne expressément demandé par l'utilisateur ou ont pour finalité exclusive de permettre ou faciliter une communication par voie électronique.

Les réseaux sociaux qui fournissent des modules de partage sont concernés par ses dispositions. C'est au responsable de traitement qui dépose ses traceurs soumis à consentement de veiller à recueillir le consentement de l'utilisateur. Celui-ci doit être libre, spécifique, univoque et éclairé.

Dans le droit fil de ces législations, l'UE a adopté la directive 2016/680 du 27 avril 2016 « Police-Justice » qui établit les règles de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution des sanctions pénales : pour qu'un traitement de données rentre dans le champ de la directive, il doit correspondre à l'une des finalités de l'article 1er et être mis en œuvre par une autorité compétente.

2- Le droit des services de la société de l'information (ou droit du commerce électronique)

Suite à des décisions de justice jugeant des plateformes responsables à raison de la publication d'images interdites alors que ces dernières avaient été postées par un utilisateur, le législateur français, approfondissant la ligne établie par la directive de 2000, établit la distinction cardinale entre l'hébergeur et l'éditeur du service de communication au public en ligne.

L'éditeur est la personne qui détermine les contenus mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge. Il a une obligation de contrôle a priori des contenus et est donc responsable de tous les contenus publiés sur la plateforme. Il dispose également d'une obligation de vigilance dans la modération en amont (avant la publication) et en aval (après la publication).

L'hébergeur, lui, ne voit sa responsabilité engagée qu'a posteriori et de manière conditionnelle après signalement du client. Il a une obligation de mettre en place des dispositifs permettant aux internautes de signaler des contenus illicites et d'informer les autorités publiques de toutes activités illicites signalées qu'exerceraient les destinataires de leurs services. Il se distingue du fournisseur d'accès en ce qu'il fournit une prestation durable d'hébergement et se distingue de l'éditeur en ce qu'il rend seulement accessible les contenus mis en ligne sans avoir à leur égard de rôle actif.

Le Conseil Constitutionnel, saisi de la constitutionnalité de la LCEN, a, par sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, apporté une réserve d'interprétation qui restreint encore la responsabilité d'un hébergeur en précisant qu'il ne pourra pas voir sa responsabilité engagée s'il « n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ». Cette distinction, précisée par la suite par la jurisprudence devient, pendant des années, « la colonne vertébrale du droit du numérique ».

Elle se montre cependant peu opérationnelle, le nombre de signalements étant très faible par rapport à la masse des informations échangées et conduisant à une quasi-immunité des hébergeurs. En outre, compte tenu de l'évolution de l'activité numérique et de « l'ubérisation de la société », la distinction s'avère de moins en moins opérante, notamment pour les réseaux sociaux. En effet, ces derniers, s'ils n'éditent pas les contenus qui sont apportés par des tiers, jouent, notamment à travers l'usage d'algorithmes, un rôle actif dans le référencement et la présentation des contenus aux utilisateurs de leurs plateformes et disposent d'une ligne éditoriale. Le Conseil d'État, dans le cadre de son rapport sur le numérique et les droits fondamentaux, avait d'ailleurs, dès 2016, proposé de supprimer ce régime juridique binaire opposant les éditeurs et les hébergeurs, pour que soit instauré un statut intermédiaire de « plateforme ». L'idée sous-jacente est alors de renforcer la responsabilité civile et pénale des services en ligne qui ne sont pas de simples hébergeurs se limitant à mettre à disposition un serveur et de la bande passante, ni des éditeurs choisissant voire produisant les contenus qu'ils diffusent sur internet. Il explique que « les plateformes doivent être tenues à une obligation de loyauté, tant à l'égard des utilisateurs finaux que des tiers » et propose que ce principe guide l'action du juge qui « pourra (en) découvrir toutes les implications au fil des litiges ». Cependant, reconnaissant que la France ne peut pas agir seule sur ce terrain,

compte tenu des prescriptions de la directive de 2000 sur le commerce électronique, il suggère de porter le sujet au niveau de l'Union européenne.

3- Le droit des réseaux et services de communication électronique

La régulation des réseaux et des infrastructures du net est une condition du bon fonctionnement de ce dernier. Plusieurs textes ont dû notamment encadrer l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence ainsi que l'apparition des réseaux internet et mettre en œuvre les politiques visant à assurer une ouverture à tous (service universel à haut débit).

En 2002, par l'adoption de cinq directives, le « paquet Télécom », transposé en France par la loi du 9 juillet 2004, fixe un cadre réglementaire commun aux réseaux et services de communication électronique (audiovisuel et télécommunications) même s'ils demeurent soumis à des régimes distincts. Les autorisations concernant les opérateurs sont remplacées par des déclarations, un cadre relatif au choix des opérateurs chargés du service universel est défini et un mécanisme nouveau de régulation des opérateurs historiques est mis en place. Ce cadre, révisé par les directives 2009/140/CE et 2009/136/CE, consacre notamment le principe de la neutralité du net, qui consiste à garantir l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'information sur internet quel que soit leur émetteur ou leur destinataire, pose un droit à la portabilité du numéro fixe et mobile.

L'ordonnance du 24 août 2011 transposant ces dernières directives a aussi notamment renforcé les obligations des fournisseurs de services de communications électroniques et l'information ainsi que l'exigence de consentement précis et éclairé des abonnés ou utilisateurs d'un service de communication électronique en cas d'utilisation de cookies. Pour mieux lutter contre les atteintes à la vie privée, préserver le secret des correspondances et la sécurité des systèmes d'information dans le domaine des communications électroniques, est instaurée pour les fournisseurs une obligation de notification sans délai à la CNIL, pénalement sanctionnée, en cas de perte de données personnelles, notamment en cas de faille de sécurité ayant entraîné de manière accidentelle, l'atteinte, la perte ou l'accès non autorisé aux données personnelles des abonnés ou utilisateurs.

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique renforce le rôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep) en lui confiant la protection de la neutralité du net assortie d'un pouvoir d'enquête et de sanction afin de la rendre effective. Cette loi intervient à la suite de l'adoption du règlement européen sur l'Internet ouvert et des lignes directrices fournies par l'ORECE (Organe des régulateurs européens des communications électroniques).

En 2018, les textes européens sont refondus dans un code des communications électroniques européen (directive (UE) 2018/1972) dont l'objectif, au-delà d'instaurer un cadre harmonisé au sein de l'Union européenne, est d'accompagner les investissements dans les réseaux de nouvelle génération (fibre, 5G) et de réguler les nouveaux acteurs tels que les fournisseurs de services OTT (Over the top ou « services par contournement de réseaux »). Ces derniers sont désormais inclus dans la définition des opérateurs de communications électroniques, ce qui conduit à un alignement de leurs droits et obligations.

En conséquence, les fournisseurs de services de messagerie instantanée, courriels, appels téléphoniques sur internet et messages personnels émis par le biais de réseaux sociaux ont désormais de nouvelles obligations, notamment en matière d'information et de protection des utilisateurs finaux, de sécurité publique et de défense nationale, d'interopérabilité ou encore de financement du service universel. Ces nouveaux acteurs doivent donc, à l'instar des fournisseurs de télécommunications traditionnels, se conformer aux obligations de confidentialité des données électroniques établies par la directive et proposer à leurs utilisateurs un certain degré de protection et de transparence.

En outre, ils sont soumis aux obligations qui découlent de l'extension par le code de l'application de la directive e-privacy, laquelle devrait prochainement être remplacée par le règlement « vie privée et communications électroniques ». Ces dispositions ont été transposées, pour l'essentiel, par l'ordonnance n° 2021-650 du 26 mai 2021. Malgré ces premières briques, le sentiment général partagé a longtemps été celui d'une insuffisante régulation d'internet, dans la mesure où aucune règle réellement contraignante ne concernait les contenus échangés sur la toile et notamment les réseaux sociaux.

Plusieurs événements vont bousculer cette situation et engendrer des réactions des plateformes elles-mêmes et des gouvernants.

2. Le DMA, le DSA et les réseaux sociaux

A. Présentation du DMA³

Le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) dit DMA, qui a fait l'objet d'un accord politique le 24 mars 2022, est, à l'heure où cette étude est rédigée, en cours de finalisation. Il vise à rendre l'environnement numérique plus équitable et plus compétitif et constitue un tournant dans le droit de la régulation économique des plateformes tant en raison des obligations qu'il met à la charge des plus grandes plateformes que parce qu'il désigne la Commission européenne comme autorité de contrôle, laissant une place seconde aux autorités nationales.

Tirant les conclusions d'une efficacité insuffisante de l'application du droit de la concurrence existant pour faire face efficacement à certaines pratiques des principales entreprises qui contrôlent l'accès à l'ensemble des services en ligne (les contrôleurs d'accès ou gatekeepers), il met en place un nouveau dispositif visant les grandes plateformes fondé sur un système asymétrique d'obligations et d'interdictions, au travers d'une liste de « services de plateformes essentiels » qu'elles fournissent. Cette liste comprend les systèmes d'exploitation (OS), moteurs de recherche, magasins d'applications, places de marchés, plateformes de partage de vidéos, messageries, services publicitaires, services de cloud, les navigateurs et les assistants virtuels et les réseaux sociaux, cités pour la première fois expressément dans un texte de droit positif.

Ces acteurs sont qualifiés de « contrôleurs d'accès » lorsque les trois critères cumulatifs suivants sont remplis : ils ont un impact significatif en Europe, leurs services jouent un rôle de point d'accès majeur pour les entreprises utilisatrices vis-à-vis de leurs clients finaux et ils ont acquis une position solide et durable.

Le DMA met ainsi en place un dispositif d'encadrement ex ante (préventif) des comportements de ces acteurs, les contraignant à se conformer à certaines règles inspirées de la pratique des autorités de concurrence dans le numérique, et permettant ainsi d'agir sur les marchés en amont, ce qui permet une plus grande efficacité. Cet encadrement se traduit par un régime d'obligations et d'interdictions qui poursuivent plusieurs objectifs : la « contestabilité », c'est-à-dire la possibilité d'une concurrence effective, l'équité dans le partage de la valeur entre contrôleurs d'accès et utilisateurs professionnels ainsi que la liberté de choix des consommateurs. Il vise en particulier à lutter contre les environnements fermés et à favoriser le libre choix des utilisateurs finaux, notamment en assurant l'interopérabilité progressive des services de messageries et la portabilité effective des données, en imposant au contrôleur d'accès de recueillir le consentement des utilisateurs pour utiliser ou combiner à des fins de ciblage publicitaire des données personnelles recueillies par les entreprises utilisatrices, en interdisant des pratiques abusives comme le recours à des « interfaces trompeuses » (dark patterns) visant à obtenir le consentement de l'utilisateur final, en interdisant également au contrôleur d'accès, en cas de refus de l'utilisateur de donner son consentement, de solliciter à nouveau son consentement avant un an et en l'obligeant à fournir une solution alternative moins personnalisée permettant un accès non dégradé.

Les contrôleurs d'accès devront en outre notifier à la Commission européenne leurs acquisitions afin de prévenir d'éventuels comportements de prédation et réaliser un audit indépendant de toutes les techniques de profilage des consommateurs qu'ils appliquent au moins une fois par an.

Le DMA proscrit également les comportements déloyaux vis-à-vis des entreprises utilisatrices. Il poursuit également l'objectif d'améliorer la transparence et l'accès aux données pour les professionnels, notamment en matière publicitaire en imposant aux contrôleurs d'accès plusieurs obligations : fournir aux services tiers un accès gratuit et continu aux données générées dans le cadre de l'utilisation de ces services par les consommateurs finaux sur la plateforme, lutter contre l'opacité des pratiques publicitaires du contrôleur d'accès en donnant accès aux annonceurs et aux éditeurs aux informations relatives aux prix payés par les annonceurs ainsi qu'aux montants versés aux éditeurs pour la publication des annonces publicitaires et au mode de calcul de ces montants, fournir un accès gratuit aux données de performance marketing pour les annonceurs et aux éditeurs/vendeurs d'espaces publicitaires.

L'identification des acteurs concernés, parfois après enquête, comme la supervision de ces obligations est confiée à la Commission européenne, dotée de pouvoirs d'accès aux données et aux algorithmes. Elle pourra

³ Extraits de [l'étude annuelle du Conseil d'État de 2022 sur les réseaux sociaux](#), pp. 68 à 70.

engager un dialogue sur les mesures réglementaires pour s'assurer que les contrôleurs d'accès ont une compréhension claire des règles à respecter mais aussi en précisant l'application si nécessaire. Un comité consultatif et un groupe à haut niveau seront mis en place pour assister la Commission et faciliter son travail. Les États membres pourront habilitier les autorités nationales de concurrence à ouvrir des enquêtes sur d'éventuelles infractions et à transmettre leurs conclusions à la Commission. En France, une loi devrait y habilitier l'Autorité de la concurrence.

Enfin, en cas de non-respect de ses obligations ou des injonctions imposées par la Commission, le DMA prévoit qu'un gatekeeper pourra être sanctionné par la Commission d'une amende pouvant aller jusqu'à 10% de son chiffre d'affaires mondial et même jusqu'à 20% en cas de récidive.

Tableau des obligations différenciées imposées aux opérateurs par le Digital Markets Act (DMA) et des sanctions applicables⁴

Sanctions applicables : art. 30 et 31 du DMA *		
THÉMATIQUE	ARTICLES DU DMA	OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX CONTRÔLEURS D'ACCÈS
STATUT DE CONTRÔLEUR D'ACCÈS	<i>Art. 3§3</i>	Notifier à la Commission le statut de contrôleur d'accès en fournissant les informations requises
DONNÉES PERSONNELLES	<i>Art. 5 (a)</i>	Interdiction de combiner les données personnelles de leurs services avec celles provenant de tout autre service du contrôleur ou de services tiers
	<i>Art. 6</i>	Interdiction d'utiliser les données non accessibles au public, générées par les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs finaux (§ 1) Fournir gratuitement aux entreprises utilisatrices un accès aux données générées par l'utilisation des services de plateforme essentiels ; sur le volet des données personnelles, un consentement de l'utilisateur final doit être recueilli au préalable
RÉÉQUILIBRAGE DES RELATIONS ENTRE LES CONTRÔLEURS D'ACCÈS ET LES ENTREPRISES UTILISATRICES	<i>Art. 5</i>	Autoriser les entreprises utilisatrices à proposer les mêmes produits à des prix différents de ceux offerts par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès (b)
		Autoriser les entreprises utilisatrices à promouvoir leurs offres auprès des utilisateurs finaux grâce aux services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès (c)
		Interdiction d'empêcher les entreprises utilisatrices de faire part aux autorités publiques de préoccupations quant aux pratiques d'un contrôleur d'accès (d)
		Interdiction d'exiger des entreprises utilisatrices ou utilisateurs finaux qu'ils s'enregistrent à tout autre service de plateforme essentiel comme condition d'accès à l'un de ces services (e)
	<i>Art. 6</i>	Autoriser les entreprises utilisatrices à interopérer avec les fonctionnalités du système d'exploitation du contrôleur d'accès (f)

⁴ Extrait de [l'étude annuelle du Conseil d'État de 2022 sur les réseaux sociaux](#), pp. 279 et 280.

PROTECTION DE LA CONCURRENCE	<i>Art. 6</i>	Autoriser l'utilisation d'applications logicielles de tiers interopérant avec les systèmes d'exploitation du contrôleur d'accès (c)
		Autoriser les utilisateurs finaux à désinstaller toute application logicielle préinstallée dans son service de plateforme essentiel, sauf si elle est essentielle au fonctionnement du système d'exploitation (b)
		Interdiction d'accorder un traitement plus favorable aux services proposés par le contrôleur d'accès lui-même (d)
		Interdiction de restreindre techniquement la capacité des utilisateurs finaux à s'abonner à d'autres services (e)
TRANSPARENCE	<i>Art. 5</i>	Communiquer aux annonceurs et éditeurs des informations relatives au prix payé ou aux rémunérations pour les services publicitaires (g)
	<i>Art. 13</i>	Fournir à la Commission une description soumise à un audit indépendant de toutes les techniques de profilage des consommateurs, mise à jour au moins une fois par an
OUTILS DE PERFORMANCE	<i>Art. 6</i>	Fournir aux annonceurs et éditeurs, à leur demande et gratuitement, un accès aux outils de mesure de performance du contrôleur d'accès (g)
PORTABILITÉ DES DONNÉES	<i>Art. 6</i>	Assurer la portabilité effective des données d'une entreprise utilisatrice ou d'un utilisateur final avec les outils adéquats (h)
CONCENTRATIONS	<i>Art. 12</i>	Informar la Commission de tout projet de concentration impliquant un service du secteur numérique, en complément de la notification à une autorité de concurrence

Utilisateur final : « toute personne physique ou morale utilisant des services de plateforme essentiels autrement qu'en tant qu'entreprise utilisatrice » (point 16 de l'article 2).

Entreprise utilisatrice : « toute personne physique ou morale agissant à titre commercial ou professionnel qui utilise des services de plateforme essentiels aux fins ou dans le cadre de la fourniture de biens ou de services à des utilisateurs finaux » (point 17 de l'article 2).

* Article 30 : amendes

* Article 31 : astreintes

DMA – Applicabilité quel que soit le pays du service intermédiaire ou du service de plateforme, tant que l'utilisateur final a un lieu d'établissement ou de résidence dans l'UE	
Services de plateforme essentiels fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès établis dans l'UE	Services de plateforme essentiels fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès établis hors UE
Entreprises utilisatrices et utilisateur final établi dans l'UE	
Oui	Oui
Entreprises utilisatrices consommateur établis hors UE	
Non	Non

B. Présentation du DSA, de ses objectifs, de ses modalités d'application⁶

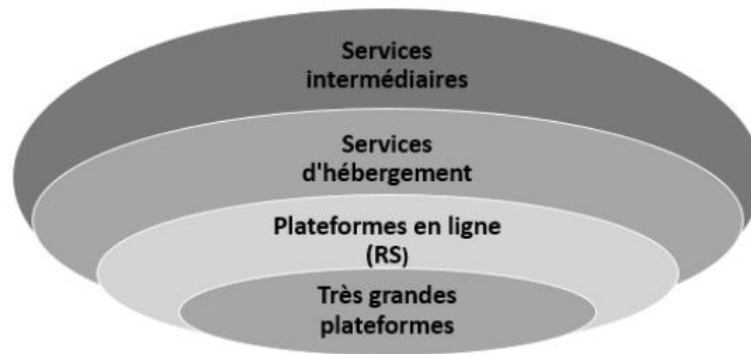
Sans mettre à bas l'équilibre de la directive e-commerce sur laquelle il s'appuie, le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE dit Digital Services Act constitue une véritable révolution dans la conception de la régulation des plateformes et dans le degré d'investissement de l'Union européenne sur ces questions. S'agissant d'un règlement, il sera directement applicable dans les États membres.

Alors que, jusqu'à présent, l'attention ne portait que sur la question du contrôle des contenus illicites et sur l'extension des obligations de retrait de contenus par les plateformes après signalement, l'idée s'est imposée d'une régulation plus large fondée sur l'analyse de risques, dans la ligne de celle promue par le rapport de la mission dite Facebook remis au Gouvernement français en mai 2019. S'affranchissant de la seule logique d'une responsabilité contenu par contenu, le DSA promeut un cadre de supervision systémique et oblige les très grandes plateformes à identifier les risques, justifier des mécanismes de modération qu'elles utilisent et évaluer l'efficacité via des régulateurs. Dès lors, l'objectif du texte n'est pas uniquement de mieux lutter contre les contenus illicites mais de prévenir les risques d'atteinte à la liberté d'expression provenant des modérations opérées par les plateformes elles-mêmes et des clauses figurant dans les CGU.

Face à l'inadaptation de la distinction cardinale entre hébergeur et éditeur instaurée par la directive e-commerce (alors notamment que nombreux sont les contenus postés par des tiers sur les plateformes), le DSA met en avant « les services intermédiaires en ligne » qui entrent dans la catégorie des hébergeurs mais sont soumis à une responsabilité accrue. Elle procède par cercles concentriques d'acteurs : d'abord le cercle plus large des fournisseurs de services intermédiaires qui comportent ceux qui ne gèrent que des activités de simple transport et de mise en cache – dont la responsabilité est très limitée – et la catégorie générale des hébergeurs ; ensuite le cercle plus resserré des plateformes en ligne, hébergeurs qui stockent et diffusent au public des informations (sauf à titre purement accessoire) ; enfin le cercle restreint des plus grandes plateformes qui sont des hébergeurs qui fournissent leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'UE égale ou supérieure à 45 millions (art. 25 du DSA). Ce sont celles qui, par leur taille et donc leur influence potentielle (notamment en raison de la viralité des contenus), présentent les risques systémiques les plus lourds et sont astreintes par le règlement aux obligations les plus contraignantes.

⁵ *Ibid.*, p. 285.

⁶ *Ibid.*, pp. 70 à 72.



Les réseaux sociaux entrent, selon leur taille, dans ces deux dernières catégories.

Ce règlement ne remet pas en cause les instruments sectoriels comme le système particulier de responsabilité mis en place par la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (notamment son article 17, consacrant un régime spécial de responsabilité des plateformes qui diffusent des contenus protégés téléversés par leurs utilisateurs) ni le RGPD, qui constitue une réglementation spéciale, ni les principes majeurs de la directive e-commerce que sont l'absence d'obligation générale de surveillance et l'obligation d'agir une fois le signalement effectué.

Le DSA vise à mettre en œuvre des outils de contrôle et des obligations proportionnées à la taille et aux risques que présentent les structures. Les différents prestataires visés supportent des obligations graduelles de transparence et de loyauté au bénéfice des utilisateurs, portant sur la modération des contenus, la publicité, les markets place et les processus algorithmiques de modération et de recommandation. Les très grandes plateformes font l'objet d'obligations supplémentaires, plus lourdes, en lien avec l'évaluation des risques qu'elles engendrent et parmi lesquels devrait figurer la viralité des contenus les plus choquants. Elles doivent encore prendre des mesures visant à atténuer ces risques. Le DSA fixe donc des objectifs et les régulateurs contrôlent les diagnostics établis ainsi que les mesures prises par les opérateurs selon les principes classiques du droit de la compliance (V. en annexe le Tableau sur les différentes obligations selon la catégorie de plateforme).

Si le principe du pays d'origine du lieu où la plateforme est établie est maintenu pour déterminer la compétence territoriale des autorités de régulation, la supervision directe des très grandes plateformes en ligne est confiée à la Commission européenne : elle disposera à cet égard d'une compétence exclusive pour les obligations qui sont propres à ces très grandes plateformes et d'une compétence partagée avec le régulateur du pays d'établissement pour les autres obligations du règlement. C'est un changement très important, qui constitue potentiellement une arme très efficace pour assurer l'effectivité de la régulation des plus grandes plateformes.

Sont chargés, dans chaque État membre, du contrôle de ces obligations, les « coordinateurs des services numériques », qui disposent de pouvoirs d'enquête, d'injonction et de sanction. S'agissant des très grandes plateformes, la régulation sera donc assurée par la Commission qui pourra, en tant que de besoin, rendre des décisions de non-conformité, enjoindre des mesures contraignantes et prononcer des sanctions, ces amendes pouvant aller jusqu'à 6% du chiffre d'affaires annuel mondial de la plateforme concernée. Tous les intermédiaires en ligne offrant leurs services au sein du marché unique, qu'ils soient établis dans l'UE ou en dehors de celle-ci, devront se conformer aux nouvelles règles. Les micro et petites entreprises auront des obligations proportionnées à leur capacité et à leur taille, tout en veillant à ce qu'elles restent responsables.

Tableau des obligations différenciées imposées aux opérateurs par le Digital Services Act (DSA) et des sanctions applicables⁷

Le DSA distingue deux catégories de plateformes, auxquelles sont rattachées des obligations différenciées :

- les très grandes plateformes, ayant une audience supérieure à 10 % des 450 millions de consommateurs européens ;
- les autres plateformes en ligne (places de marché en ligne, boutiques d'applications, plateforme d'économie collaborative, plateformes de médias sociaux, etc.).

Lorsque les deux types de plateformes sont concernées par les obligations sans distinction, mention sera faite : toutes les plateformes.

THÉMATIQUE	TYPE DE PLATEFORME CONCERNÉE	ARTICLES DU DSA	OBLIGATIONS IMPOSÉES
TRANSPARENCE	SANCTION APPLICABLE : art. 42 *		
	Toutes les plateformes	Art. 13	Publication de rapports sur les éventuelles activités de modération de contenu menées par les plateformes
		Art. 23	Fournir des informations supplémentaires dans les rapports, comme le nombre de litiges transmis aux organes de règlement extrajudiciaire des litiges
	SANCTION APPLICABLE : art. 59, 59 bis et 60 *		
	Très grande plateforme	Art. 33	Fournir différents rapports supplémentaires au coordinateur numérique de l'État membre et à la Commission, comme le rapport de mise en œuvre des recommandations d'audit
		Art. 29	Fournir au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation
Art. 31		Partager avec la Commission les données nécessaires pour contrôler et évaluer le respect du DSA ; partager les données avec les chercheurs agréés.	
PROTECTION DES UTILISATEURS DANS LEURS USAGES DES RÉSEAUX SOCIAUX	SANCTION APPLICABLE : art. 42 *		
	Toutes les plateformes	Art. 12	Obligation d'adopter des conditions d'utilisation respectant les droits fondamentaux
	SANCTION APPLICABLE : art. 59, 59 bis et 60 *		
Très grande plateforme	Art. 27	Obligation de mettre en place des mesures d'atténuation des risques systémiques identifiés	

⁷ Extraits de [l'étude annuelle du Conseil d'État de 2022 sur les réseaux sociaux](#), pp. 281 à 284.

MODÉRATION DES CONTENUS	SANCTION APPLICABLE : art. 42 *	
	Art. 14	Obligation d'instaurer un mécanisme de notification de contenu considéré comme illicite par l'utilisateur
	Art. 15	Obligation d'informer l'utilisateur de la décision de retrait ou du blocage d'accès au contenu avec un exposé des motifs
	Art. 17 & 18	Obligation d'instaurer un mécanisme de réclamation et de recours et une possibilité de règlement extrajudiciaire des litiges
	Art. 19	Obligation de traiter en priorité les notifications provenant d'un signaleur de confiance
	Art. 20	Obligation de suspendre le traitement des notifications abusives (réclamations infondées fréquentes)
COOPÉRATION (ENTRE LES PLATEFORMES, LES ÉTATS, LES AUTORITÉS COMPÉTENTES DE L'UE)	SANCTION APPLICABLE : art. 42 *	
	Art. 10	Obligation d'instaurer un point de contact unique pour communiquer avec les autorités des États membres, la Commission et le Comité
	Art. 11	Obligation de désigner un représentant légal si la plateforme n'a pas d'établissement dans l'Union mais y propose des services ; ce représentant légal doit disposer des pouvoirs et ressources nécessaires pour coopérer avec les autorités des États membres, la Commission et le Comité et se conformer à leurs décisions.
	Art. 15 bis	Obligation de signaler les soupçons d'infractions pénales graves aux services répressifs et judiciaires de l'État membre ou des États membres concernés et de fournir toutes les informations pertinentes disponibles
	SANCTION APPLICABLE : art. 59 et 60 *	
	Très grande plateforme	Art. 37 Participation à l'application des protocoles de crises limités à des circonstances exceptionnelles, affectant la sécurité ou la santé publiques

PUBLICITÉ EN LIGNE	SANCTION APPLICABLE : art. 42 *		
	Toutes les plateformes	Art. 24	Garantir la transparence de la publicité en ligne pour les utilisateurs, afin qu'ils puissent identifier l'annonceur et les paramètres utilisés dans le ciblage
		Art. 24 bis	Obligation de garantir la transparence des systèmes de recommandation
		Art. 24 quater	Obligation d'instaurer une traçabilité des professionnels qui peuvent conclure un contrat avec les consommateurs via la plateforme
		Art. 36	Respecter les codes de conduite élaborés au niveau de l'Union, pour accroître la transparence au-delà des exigences du DSA
SANCTION APPLICABLE : art. 59, 59 bis et 60 *			
Très grande plateforme	Art. 30	Obligation de tenir un registre contenant des informations sur les publicités et les annonceurs	
RESPECT DES NORMES	SANCTION APPLICABLE : art. 59, 59 bis et 60 *		
	Très grande plateforme	Art. 32	Obligation de désigner un ou plusieurs responsables de la conformité chargés de contrôler si elles respectent le DSA
		Art. 34	Respecter l'élaboration de normes volontaires établies par les organismes de normalisation européens et internationaux pertinents
		Art. 35	Respecter les codes de conduite élaborés au niveau de l'Union pour contribuer à la bonne application du DSA
MISE EN ŒUVRE D'AUDITS ET D'ÉVALUATIONS DES RISQUES	SANCTION APPLICABLE : art. 59, 59 bis et 60 *		
	Très grande plateforme	Art. 26	Obligation de recenser au moins une fois par an tout risque systémique important provenant du fonctionnement de leurs services dans l'Union
		Art. 28	Obligation de se soumettre à des audits externes et indépendants au moins une fois par an à leurs frais et d'adopter un rapport de mise en œuvre des recommandations d'audit avec un exposé des motifs si elles ne les suivent pas

Précision :

Le « Comité » cité dans le tableau est le « Comité européen des services numériques », qui a pour responsabilité d'assurer la surveillance des fournisseurs de services intermédiaires suivant l'article 47 du [DSA](#).

Sanctions *

- article 42 : amendes et astreintes pour toutes les plateformes ;
- article 55 : mesures provisoires ;
- article 58 : décision de non-conformité ;
- article 59 : amendes pour les très grandes plateformes ;
- article 59 bis : surveillance renforcée de la très grande plateforme par la Commission en cas de violation des obligations de gestion des risques systémiques ;

- article 60 : astreintes pour les très grandes plateformes.

Tableaux des règles d'application territoriale du DSA concernant les réseaux sociaux⁸

DSA – Applicabilité quel que soit le pays du service intermédiaire ou du service de plateforme, tant que l'utilisateur final a un lieu d'établissement ou de résidence dans l'UE	
Service intermédiaire établi dans l'UE	Service intermédiaire établi hors UE
Bénéficiaire établi dans l'UE	
Oui	Oui
Bénéficiaire établi hors UE	
Non	Non

C. Les nouveaux équilibres du paysage de la régulation des réseaux sociaux à l'aune du DSA et du DMA⁹

Le DSA et le DMA, s'ils ne régissent pas tous les domaines juridiques concernés par les réseaux sociaux, ont procédé à des arbitrages importants qui déterminent pour les années à venir les nouveaux équilibres de la régulation des plateformes.

Ces deux textes font le choix d'un encadrement des réseaux sociaux fondé sur la logique de proportionnalité, la responsabilisation des acteurs et une supervision renforcée. Jusqu'alors, outre les dispositifs d'autorégulation, les contrôles des contenus et du marché s'effectuaient uniquement ex post sous la houlette des autorités administratives et/ou du juge. Les deux règlements européens, surtout le DSA, introduisent des mécanismes de régulation ex ante, en faisant reposer sur les grands acteurs, notamment les très grands réseaux sociaux, la mise en place des instruments techniques permettant d'assurer effectivement le respect du principe de base selon lequel « ce qui est légal hors ligne doit être légal en ligne et ce qui est illégal hors ligne doit être illégal en ligne », selon les mots du commissaire Thierry Breton.

Les sanctions, confiées à la Commission européenne s'agissant des très grandes plateformes, qui sont évidemment indispensables pour assurer l'effectivité du dispositif ne pourront intervenir qu'en cas de manquement systémique de l'opérateur. Un effort est donc demandé en amont aux professionnels les plus importants du secteur (opérateurs cruciaux) dans le but d'équilibrer le marché et de mieux protéger les utilisateurs, à l'instar des mécanismes qui sont à l'œuvre dans le domaine bancaire ou financier. On retrouve là les principes directeurs de la compliance dont la professeure Marie-Anne Frison-Roche avait souligné qu'ils étaient particulièrement adaptés au domaine du numérique. Un tel dispositif repose sur la confiance raisonnable dans les acteurs : c'est pourquoi, les règlements accroissent significativement les obligations de transparence et d'accessibilité aux informations et prévoient des sanctions potentiellement dissuasives.

Ces textes sont le produit des arbitrages qui ont été rendus par les co-législateurs européens, c'est-à-dire le Parlement européen et les représentants des gouvernements des 27 États membres réunis au sein du Conseil. Dans une économie numérique mondialisée, l'Union européenne est certainement le niveau pertinent pour créer les conditions d'un marché régulé, en mesure de faire le poids face aux géants américains et chinois et de faire des standards européens des éléments de référence au plan international.

Cette nouvelle législation place donc volontairement à un niveau européen ces nouveaux dispositifs de contrôle, conférant à la Commission européenne vis-à-vis de ces gatekeepers un rôle de régulateur tout à fait novateur et s'agissant des autres plateformes, un rôle de coordination pour éviter les incohérences entre les régulateurs nationaux. Le choix a donc été fait d'une régulation centralisée et cohérente sur le territoire des 27, choix qui

⁸ Extrait de [l'étude annuelle du Conseil d'État de 2022 sur les réseaux sociaux](#), p. 285.

⁹ *Ibid.*, pp. 198 à 200.

s'est notamment traduit par l'adoption de règlements et non de directives. A une réglementation stricte du marché risquant de freiner l'innovation et la libre circulation des produits et des services et sans doute peu réaliste techniquement, l'Union européenne a préféré un dispositif souple de régulation partagée pour lequel beaucoup dépendra de la mise en œuvre effective. Le dispositif repose sur un mécanisme proportionné qui fait peser des obligations plus lourdes sur les plus grosses plateformes afin de ne pas pénaliser au passage les petites structures, l'objectif étant de ne pas nuire à l'émergence, souhaitable, de nouveaux acteurs.

Le DSA et le DMA définissent également un équilibre entre la responsabilité individuelle des utilisateurs finaux, qui restent logiquement les premiers responsables de leurs propos comme de leurs comportements sur les réseaux sociaux, et leur protection, en imposant aux opérateurs une série de mesures comme l'interdiction des darks patterns (présentations mensongères), l'interopérabilité des messageries ou encore le droit à la contestation des décisions de modération des plateformes.

Le DSA et le DMA, en instaurant des obligations ex ante sur les gatekeepers, visent à renforcer la sécurité juridique des dispositifs sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle.

Ainsi, le DMA impose-t-il des obligations qui visent à lutter contre les environnements fermés et à favoriser le libre choix des utilisateurs finaux, à interdire les comportements déloyaux vis-à-vis des entreprises utilisatrices et à améliorer la transparence ainsi que l'accès aux données pour les professionnels, notamment en matière publicitaire.

Les gatekeepers devront également notifier leurs acquisitions afin de prévenir d'éventuels comportements de prédation. La supervision de ces obligations est confiée à la Commission européenne, qui se voit attribuer de larges pouvoirs d'accès aux données et aux algorithmes. Elle engagera un dialogue avec les gatekeepers sur les mesures techniques à prendre afin de s'assurer de leur bonne compréhension des règles à respecter, quitte à en préciser l'application si nécessaire.

S'agissant de la lutte contre les contenus illicites, l'Union européenne a retenu, avec l'adoption du DSA, un modèle nouveau.

En effet, jusqu'à présent, la meilleure façon de garantir la liberté d'expression a consisté, pour les démocraties libérales, à ne confier le contrôle de ses abus qu'à une intervention ex post du juge, tournant la page à des siècles de censure. C'est l'équilibre mis en place par la loi sur la presse de 1881, qui demeure l'un des piliers de la démocratie française.

Cependant, face à la multiplication exponentielle des échanges rendue possible par internet et les réseaux sociaux, ce seul contrôle juridictionnel ex post s'est avéré vain et les opérateurs se sont trouvés obligés de rétablir une nouvelle forme de contrôle ex ante, appelée modération, afin de freiner le déferlement de contenus contraires à l'ordre public.

Chaque plateforme a donc opéré son tri selon ses propres critères. L'idée de confier un dispositif de régulation ex ante pour lutter contre les contenus illicites et se prémunir de modérations excessives a été retenue dans le DSA. Une des originalités du dispositif est qu'il ne confie pas à la Commission européenne ou aux régulateurs nationaux le soin de dire au cas par cas si un contenu est contraire à l'ordre public: le règlement contraint les très grandes plateformes à identifier les risques systémiques engendrés par les algorithmes de modération (soit qu'ils laissent passer des contenus illicites soit qu'ils censurent abusivement) et à mettre en place des mesures d'atténuation pour mieux les limiter. Le contrôle ainsi effectué est essentiellement statistique et s'opère à grosse maille.

Si la détermination des contenus manifestement illicites ne fait pas difficulté, ceux situés dans la zone grise sont plus difficiles à réguler et des instruments de droit souple pourront être pris par la Commission en lien avec les régulateurs nationaux pour orienter les politiques de modération comme le code de conduite de lutte contre les contenus haineux. Le DSA laisse le dernier mot au juge national, qui pourra toujours être saisi par l'utilisateur d'un recours contre une modération abusive (ou un refus de modérer).

Parmi tous les défis énumérés dans cette seconde partie, certains ont déjà été traités par la puissance publique. Celle-ci s'est concentrée sur les dispositifs visant à lutter contre les troubles à l'ordre public et sur l'arsenal

pénal, tant procédural que de fond, qui a été significativement renforcé. Si l'efficacité de ces outils est sans doute perfectible, il ne paraît a priori pas opportun d'en créer de nouveaux. En outre, de nombreuses questions devraient à moyen terme être réglées par le DMA et le DSA qui n'appellent pas de textes nationaux supplémentaires (sauf de manière ponctuelle, par exemple pour désigner l'autorité coordinatrice pour le DSA ou pour permettre à l'Autorité de la concurrence d'utiliser les nouveaux outils établis par le DMA).

Les propositions que le Conseil d'État a choisi de faire dans la présente étude ne portent donc pas principalement sur l'édition de nouvelles normes. Elles s'attachent à définir des actions et des modalités d'organisation de la puissance publique permettant d'améliorer l'efficacité et l'effectivité du nouveau cadre de régulation qui vient d'être mis en place et de favoriser un usage mieux raisonné et plus équilibré des réseaux sociaux. Elles auront tout à gagner d'un renforcement de la recherche académique et notamment juridique sur les notions fondamentales remises en cause par le phénomène des réseaux sociaux, du consentement à l'identité en passant par la protection de la vie privée. Il s'agit, dans un contexte en permanente évolution, d'essayer de tirer le meilleur parti des opportunités incontestables qu'offrent les réseaux sociaux, tout en limitant autant que possible les risques de dépendance, d'addiction voire d'asservissement.

