



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen, parcours Droit européen du
marché et de la régulation**

**Dirigé par M. le Professeur Francesco MARTUCCI
2024**

***Le Digital Services Act (Règlement sur les
services numériques) et le retour réaliste
de la puissance publique***

Ioannis KOUTSOUMPINAS

Sous la direction de M. le Professeur Francesco MARTUCCI

Université Paris-Panthéon-Assas

Master 2 Droit européen – Droit européen du marché et de la régulation

Année académique 2023-2024

Mémoire de M. Ioannis KOUTSOUMPINAS

Sous la direction de M. le Professeur Francesco MARTUCCI

Le Digital Services Act (Règlement sur les services numériques) et le retour réaliste de la puissance publique



Ce mémoire a été réalisé dans le cadre du programme "Bourses de coopération franco-hellénique", qui est mis en œuvre conjointement par la Fondation hellénique de bourses d'études de l'État (I.K.Y.) et le service de coopération et d'action culturelle de l'ambassade de France en Grèce (S.C.A.C.)

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier très sincèrement M. le Professeur Francesco MARTUCCI pour sa confiance en moi, exprimée par son acceptation de diriger ce mémoire, pour ses conseils indispensables pour sa réalisation, et, plus généralement, pour sa direction inspirée et ambitieuse du Master 2 Droit européen – Droit européen du marché et de la régulation que j’ai eu l’honneur de suivre.

Je voudrais également remercier tous les Professeurs et enseignants du Master 2 Droit européen – Droit européen du marché et de la régulation, qui m’ont permis d’élargir considérablement mes connaissances et mes intérêts. Parmi eux, je tiens à faire référence spécifique à M. le Professeur Emanuel CASTELLARIN, avec lequel j’ai eu l’opportunité de discuter le sujet de mon mémoire plusieurs fois.

Enfin, je voudrais exprimer mes remerciements les plus chaleureux aux personnes qui m’ont soutenu tout au long de cette année exigeante.

ABRÉVIATIONS

Charte	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Dalloz IP/IT	Dalloz – Droit de la propriété intellectuelle et du numérique
dir.	sous la direction de
Directive e-Commerce	Directive 2000/31/CE
DMA	Règlement sur les marchés numériques
DSA	Règlement sur les services numériques
éd.	édition
et seq.	<i>et sequentes</i>
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
loc. cit.	<i>loco citato</i>
op. cit.	<i>opere citato</i>
p.	page
RFDA	Revue française de droit administratif
RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial et économique
RTDEur	Revue trimestrielle de droit européen
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGMR	Très grand moteur de recherche en ligne
TGP	Très grande plateforme en ligne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

RÉSUMÉ

Les innovations technologiques constatées depuis le début du 21^{ème} siècle ont rendu l'ancien cadre normatif européen régissant les services intermédiaires en ligne, à savoir la Directive 2000/31/CE, connue sous l'appellation anglaise de « *Directive e-Commerce* », obsolète. Afin d'être à la hauteur des enjeux posés par la société numérique, l'Union européenne a choisi un retour de la puissance publique régulatrice par l'adoption du Règlement (UE) 2022/2065, surnommé en anglais le « *Digital Services Act* » ou DSA. Toutefois, la nature de ce retour de la puissance publique n'est pas claire : il y a lieu de s'interroger sur l'équilibre entre interventionnisme et prudence, ambition et réserve dans le Règlement. Cet équilibre est d'autant plus clair si on s'appuie sur une distinction binaire, entre régulation *ex ante* et régulation partiellement *ex post*, et entre approche par la procéduralisation et approche par les risques visant le fond du fonctionnement des entités régulées.

Dès lors, s'impose une interprétation du contenu substantiel du Règlement. Il s'agit d'un instrument de forte originalité juridique, distinguant plusieurs catégories et sous-catégories d'entités régulées, et faisant peser à chaque catégorie des obligations particulières de diligence, portant surtout sur la modération des contenus en ligne. Lors d'une analyse des obligations concernant tous les fournisseurs, hormis les plus grands, l'équilibre entre ambition et réserve semble relativement stable. En effet, ces obligations suivent simultanément une logique purement *ex ante* (élément ambitieux), et une approche par la procéduralisation (élément de prudence).

Cet équilibre change profondément lorsqu'on analyse les dispositions visant les géants du monde numérique, dont la taille sert à amplifier les risques engendrés. Pour eux, les obligations leurs incombant sont rédigées de manière très vague, leurs laissant ainsi une marge d'appréciation importante et assurant un rôle décisif pour l'exercice postérieur du contrôle administratif et juridictionnel par la puissance publique. Ainsi, l'ambition du Règlement est plus claire : utilisant l'approche par les risques, il vise, de manière très ambitieuse, le fond des services intermédiaires, tout en montrant une certaine réserve, en mitigeant la nature purement *ex ante* de la réglementation instaurée.

Malgré les instances de réserve du Règlement, il sert à remplacer un énorme vide normatif, causé par le décalage entre la Directive e-Commerce et les évolutions technologiques. Partant, son ambition ne saurait pas être mise en question. En réalité, la prudence relative du Règlement sert à le protéger contre l'obsolescence.

SOMMAIRE

INTRODUCTION : Le droit face au monde numérique

Section 1 : L'absence marquée de la puissance publique avant le DSA et son retour avec celui-ci

Section 2 : La difficile mise en balance de l'ambition et du réalisme dans le contenu substantiel du Règlement DSA

PARTIE I : Entre innovation, interventionnisme et réserve, ou le choix de la procéduralisation et de la structure ex ante

Chapitre 1 : Le Règlement DSA, un instrument normatif d'originalité et complexité indéniable

Section 1 : L'étendue des finalités du Règlement DSA comme lien avec l'intérêt général

Section 2 : Les entités visées et la structure stricte adoptée

Section 3 : La responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires et la notion du contenu illicite en tant qu'observations liminaires importantes

Chapitre 2 : La procéduralisation et la logique ex ante dans la quasi-totalité des obligations de diligence

Section 1 : Les obligations de diligence applicables à tous les fournisseurs des services intermédiaires et un manque de sévérité compréhensible

Section 2 : Les obligations pesant sur les fournisseurs des services d'hébergement et le progrès difficile vers un encadrement dynamique

Section 3 : Les services de plateforme et l'atténuation de la logique ex ante et de la procéduralisation

Conclusion intermédiaire : Les obligations de diligence incombant à tous sauf les plus grands comme une première étape de la mise en balance entre ambition et réalisme

PARTIE II : L'équilibre différencié dans la régulation de « très grandes plateformes en ligne » et des « très grands moteurs de recherche en ligne »

Chapitre 1 : Les bases conceptuelles du rééquilibrage entre ambition et réalisme

Section 1 : Le choix quantitatif exprès du DSA quant à la définition des TGP et des TGMR en lien avec la question des risques posés

Section 2 : La notion du risque, au cœur de la régulation des plus grands fournisseurs, justifie un changement d'approche

Chapitre 2 : L'objectif d'influencer le fond du fonctionnement des services intermédiaires et l'atténuation de l'approche purement *ex ante*

*Section 1 : L'obligation substantielle d'évaluation et atténuation des risques, une obligation de nature *ex ante* diluée et visant le fond des services numériques*

*Section 2 : La possibilité du retour « souple » de la logique *ex ante* pure*

*Section 3 : Le contrôle non-étatique comme une assurance supplémentaire en lien avec l'atténuation de la logique *ex ante**

Conclusion intermédiaire : Les concessions réalistes du Règlement comme assurances de sa viabilité continue

CONCLUSIONS : Le Règlement DSA et le réalisme au service de l'ambition

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.

John Perry Barlow, « A Declaration of the Independence of Cyberspace »

Quod quidam perquam durum est, sed ita lex est.

Domitius Ulpianus (Ulpian), repris dans le Digeste de Justinien (IX, 9, 12, 1). La locution est plus communément connue formulée ainsi : « *dura lex, sed lex* »

INTRODUCTION : Le droit face au monde numérique

L'omniprésence des services en ligne, surtout des services intermédiaires en ligne, constitue une réalité indéniable pour le monde moderne. On entend parler de la disparition de la frontière entre vie réelle et vie virtuelle¹, et de l'avènement d'un univers nouveau². Cette tendance, caractérisée par l'existence des prestataires des services numériques « géants »³, à savoir des entreprises privées qui fournissent les services numériques de la vie quotidienne⁴, présente de nouveaux enjeux d'ordre économique, social et démocratique.

¹ DUBOUT Édouard, « Les conflits de droits fondamentaux à l'ère numérique », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 115.

² *loc. cit.*

³ Voir, par exemple, le titre provocateur de EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, « Taming the Giants: The DMA/DSA Package », *Common Market Law Review*, 2021, pp. 987-1028.

⁴ Cette importance pour la vie quotidienne est reconnue par les normes européennes, voir par exemple le premier considérant du Règlement DSA. Voir également le Impact assessment (évaluation des impacts – en anglais uniquement) du Règlement DSA, 15 décembre 2020, SWD(2020) 348 final, points 17 et 19 pour des chiffres relatifs à la prolifération des plateformes numériques en Europe.

La structure des marchés numériques, en particulier des plateformes, est profondément différente par rapport au modèle classique d'un marché, constitué par un fournisseur d'un produit ou d'un service et un client. Une plateforme, à savoir une facilité d'infrastructure qui connecte des individus et/ou des entreprises pour qu'ils puissent participer à des interactions créant de la valeur⁵ est susceptible des créer des effets de réseau importants⁶, qui conduisent vers une forte concentration de pouvoir du marché⁷. Autrement dit, la nature même d'une plateforme comme intermédiaire entre ses destinataires requiert, pour des raisons d'efficacité, que son utilisation soit fortement répandue. Cette propagation contribue, quant à elle, à la croissance future de la plateforme. Ce pouvoir du marché énorme, qui est concentré autour des entreprises extra-européennes⁸, comme les fameuses GAFAM – Google (désormais Alphabet), Apple, Facebook (désormais Meta), Amazon et Microsoft – suscite des interrogations sur l'autonomie stratégique de l'Union Européenne (ci-après : l'UE)⁹.

À part des enjeux économiques, la révolution numérique a également produit des bouleversements sociétaux. Les services intermédiaires en ligne, reconnus désormais en tant que partie importante de la vie quotidienne des citoyens de l'UE¹⁰ ont augmenté drastiquement les flux des contenus publiés et partagés. Cette croissance des contenus échangés, liée à l'émergence des réseaux sociaux, une sous-catégorie de plateforme, suscite des risques de cohésion sociale¹¹. Plus particulièrement, des contenus extrêmes, publiés sous l'anonymat et sans modération, peuvent conduire à éveiller des conflits latents¹² présents dans nos sociétés. Cette évolution de la sphère publique, qui, désormais, passe inexorablement par des plateformes en ligne, met en cause l'idée traditionnelle de l'État comme le risque principal pour la liberté d'expression et

⁵ EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, pp. 987-988. Pour la définition strictement juridique des plateformes dans le DSA, voir *infra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 2, §2**.

⁶*loc. cit.*, et DEFFAINS Bruno et COUDRAY Chloé, « La construction d'une politique européenne du numérique : enjeux économiques », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, pp. 51-52. Le Conseil d'État, dans *Étude annuelle 2022 - Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, La Documentation française, 2022, p. 22, décrit le phénomène d'une manière très concise : « il est d'autant plus intéressant d'intégrer un réseau que de nombreuses personnes en font partie ».

⁷ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, « Règlement sur les services numériques – De l'encadrement des plateformes communicationnelles », *RTDCom*, 2023, p.19, point 1.

⁸ Pour une analyse des risques liés à la souveraineté européenne et française, voir Conseil d'État, *op. cit.*, pp. 107-118.

⁹ DEFFAINS Bruno et COUDRAY Chloé, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ Règlement DSA, considérant 1.

¹¹ Règlement DSA, considérant 1 et TINIÈRE Romain, « L'Union européenne et la régulation des plateformes en ligne – à la recherche de la voie du milieu », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 709.

¹² TOURKOCHORITI Ioanna, « The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet », *Chicago Journal of International Law*, 2023, p. 131.

d'information¹³. Les fournisseurs des services de plateformes deviennent ainsi une source nouvelle des risques pour l'unité sociale.

Ces constats ont conduit vers la reconnaissance des enjeux « démocratiques » liés à la prolifération des plateformes¹⁴. La structure des réseaux sociaux, qui vise à maximiser l'attention de l'utilisateur retenue (économie de l'attention), est alimentée par des contenus les plus controversés¹⁵. On constate, par exemple, l'émergence des bulles informationnelles, limitées en fonction de préférences des utilisateurs, ce qui rend la régulation des plateformes un enjeu démocratique fondamental¹⁶. L'UE, dans son cadre réglementaire, considère désormais les risques démocratiques comme une sous-catégorie des « *risques systémiques* »¹⁷, qui sont intrinsèques à l'existence des plateformes de taille énorme. Dans ce contexte, la conception des risques sociétaux et démocratiques comme des simples externalités négatives du marché numérique¹⁸ ne semble pas couvrir l'ampleur de tels risques.

Les situations susmentionnées, à savoir l'existence des opérateurs numériques possédant une domination sans précédent de leur marché pertinent et le basculement de l'expression publique vers l'environnement numérique, prises en combinaison, ont amené l'UE à adapter le cadre réglementaire des services numériques, précédemment régi de façon horizontale par la Directive 2000/31/CE, communément connue sous l'appellation de « *Directive e-Commerce* », qui fut jugée insuffisante¹⁹. En effet, le champ d'application matériel de la Directive, à savoir les activités des services numériques, fut si profondément changé, que celle-ci est devenue largement inopérante²⁰. Néanmoins, cette Directive, adoptée avant l'arrivée des réseaux sociaux (par exemple, Facebook a été créé en 2004²¹) n'est pas complètement dépassée : la Commission Européenne, dans son *Impact Assessment* pour le Règlement 2022/2065 admet que les objectifs poursuivis par ladite Directive demeurent valides²², ce qui permet la réitération de certaines de ses dispositions-clés dans la législation Européenne actuelle (surtout sur l'exemption de responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires, voir *infra*, **Partie I, Chapitre 1, Section 3**. Voir également **Section 1**,

¹³ *Ibidem*, p.133.

¹⁴ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 709.

¹⁵ BERTRAND Brunessen, « Droit européen du numérique », *RTDEur*, 2021, p. 137.

¹⁶ *loc. cit.* D'après le Conseil d'État, *op. cit.*, p. 46, on peut parler en l'espèce d'un « *confinement informationnel* ».

¹⁷ Règlement DSA, considérant 82. Il s'agit de la notion centrale pour la régulation des « très grandes plateformes en ligne » et des « très grands moteurs de recherche en ligne », qui est examinée dans la **Partie II** du mémoire ci-présent.

¹⁸ EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, p. 993.

¹⁹ Règlement DSA, considérant 1 et DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 20-21, point 2.

²⁰ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 163.

²¹ Conseil d'État, *op. cit.*, p. 264.

²² Impact assessment (évaluation des impacts) du Règlement DSA, *op. cit.*, point 32.

§1 de l'introduction pour une argumentation plus complète sur l'insuffisance de la Directive e-Commerce).

Cette insuffisance partielle de l'ancien cadre réglementaire témoigne le changement profond des enjeux relevant du monde numérique : l'objectif ne se résume plus au développement des services de la société de l'information dans l'Union sans frontières intérieures²³, mais comprend également des questions d'intérêt public, comme les risques sociétaux soulevés par l'argumentation précédente. Toutefois, cela ne signifie pas la disparition des finalités purement économiques dans la réglementation européenne, mais la complémentarité des objectifs économiques et des objectifs sociaux²⁴. Cette complémentarité est un point majeur de la régulation européenne du numérique, exprimée avec l'adoption parallèle du Règlement sur les services numériques et du Règlement sur les marchés numériques, qui, selon la Commission, constituent un paquet législatif²⁵.

Afin de souligner leur vocation de complémentarité, la Commission européenne a publié les propositions pour les deux Règlements le même jour²⁶. Par ailleurs, ces deux Règlements partagent d'autres similitudes. À part de leur nature juridique identique (il s'agit des Règlements, à savoir des textes normatifs directement applicables à tous les États membres sans besoin de transposition), ils partagent une appellation similaire, qui est, pour autant, plus claire en langue anglaise²⁷ : les deux Règlements sont surnommés comme « *Acts* », ce qui prouve leur vocation de servir comme inspiration, voire de « *standard* », pour des ordres juridiques à travers le monde²⁸.

Le Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Règlement sur les marchés numériques)²⁹, communément connu sous l'appellation anglaise *Digital Markets Act* (DMA) est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2022³⁰. Il a vocation,

²³ Directive e-Commerce, considérant 1.

²⁴ BLANDIN-OBERNESSER Annie, « *Digital Services Act et Digital Markets Act : un nouveau cadre européen pour la régulation des plateformes* », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 694.

²⁵ Commission européenne, « Le paquet législatif sur les services numériques », sur *Commission européenne* (en ligne), consulté le 10 juin 2024.

²⁶ Cela a eu lieu le 15 décembre 2020, *loc. cit.*

²⁷ En français, leur appellation spéciale est « *Règlement sur les services numériques* » et « *Règlement sur les marchés numériques* ». Le terme « *Règlement* », déjà connu en droit européen, ne traduit pas la vocation plus ambitieuse démontrée par le terme anglais « *Act* ».

²⁸ EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, p. 989 et NUNZIATO Dawn, « The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation », *Chicago Journal of International Law*, 2023, p. 117.

²⁹ JOUE L 265/1

³⁰ *loc. cit.*

principalement, d'assurer la contestabilité des marchés numériques³¹ face à l'émergence des opérateurs détenant une dominance d'une telle envergure sur le marché qu'elle leur accorde une position de « *contrôleur d'accès* » (*gatekeeper*) au marché³². La position de contrôleur d'accès est liée à des obligations à suivre, qui sont censées assurer une concurrence équitable³³.

L'autre partie du paquet législatif, à savoir le Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques)³⁴, est aussi plus connu sous son appellation anglaise de *Digital Services Act* (DSA). Il est entré en vigueur le 16 novembre 2022³⁵. Ce Règlement, qui constitue le point focal du présent mémoire, identifie et essaie de combattre les défis nouveaux liés aux services numériques³⁶, en conjuguant le respect des droits fondamentaux et la continuation de l'innovation numérique³⁷.

C'est ce dernier Règlement, le Règlement DSA, qui intéresse la suite de notre mémoire. C'est à travers lui que, pour nous, la puissance publique au niveau européen effectue son retour réaliste, afin de faire face aux enjeux et risques nouveaux posés par le monde numérique. Il convient d'abord d'argumenter sur l'existence d'un « retour » de la puissance publique avec le DSA (*Section 1*). Par la suite, et après avoir conclu à un tel retour, il y a lieu de présenter les principaux axes d'analyse pour le reste de notre mémoire, pour que nous soyons en mesure de répondre à notre question principale : s'agit-il d'un retour *ambitieux*, ou d'un retour plutôt *réservé et timide* (*Section 2*) ?

Section 1 : L'absence marquée de la puissance publique avant le DSA et son retour avec celui-ci

Le premier constat relatif à la thèse principale du mémoire ci-présent, à savoir le retour « réaliste » de la puissance publique, est la (re)consécration, par le biais du DSA, de l'interventionnisme public comme un outil nécessaire pour faire face au monde moderne. Nous entendons par puissance publique une conception assez large, qui dépasse les limites de l'action des États membres, et comprend, notamment pour notre mémoire, l'Union européenne. Elle comprend l'action de l'Union, qui a dépassé les

³¹ Règlement DMA, considérant 2 et EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, p. 996.

³² *loc. cit.*

³³ *ibidem*, pp. 1001-1005.

³⁴ JOUE L 277/1

³⁵ Commission européenne, *op. cit.*, et DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, p. 22, point 4.

³⁶ BLANDIN-OBERNESSER Annie, *op. cit.*, 695

³⁷ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 704 et Règlement DSA, considérants 3-4.

limites d'une organisation internationale classique il y a longtemps³⁸, à la fois sur le plan normatif (adoption du DSA), son application *ex post* et le contrôle juridictionnel qui la suit³⁹. Quant à la qualification de l'Union comme vecteur de puissance publique, elle remonte à la délibération 1/78 de la Cour de justice des Communautés européennes (la CJCE, l'ancêtre de la CJUE actuelle) qui avait qualifié la Communauté de « *pouvoir public commun* »⁴⁰.

Partant, notre analyse se concentre sur le niveau européen. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu de tentatives nationales de lutte contre les contenus illicites en ligne avant le DSA : on parle surtout de la loi allemande *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*⁴¹, ou *NetzDG* (loi visant à améliorer l'application du droit sur les réseaux sociaux), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017, qui prévoit, entre autres, l'obligation de retirer ou supprimer des contenus « *manifestement illicites* » dans 24 heures après un signalement relatif⁴². Un régime similaire de retrait obligatoire en 24 heures était prévu par la loi française n° 2020-766 du 24 juin 2020⁴³ visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, dite « *loi Avia* », qui fut censuré par le Conseil constitutionnel avec sa décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020⁴⁴. Malgré l'importance des tentatives nationales, il en demeure que le retour, ambitieux ou réaliste, de la puissance publique fait avec le DSA est d'autant plus clair si l'on analyse sous l'angle du droit européen.

Avant de conclure à un retour de la puissance publique avec le DSA, il est logiquement nécessaire d'établir une relative absence d'une telle puissance dans le cadre juridique antérieur à ce dernier. En effet, on s'efforce en premier lieu de démontrer que les tentatives précédentes de régulation des services numériques au niveau européen témoignaient une telle absence en raison soit de leurs dispositions très souples et favorables aux entités régulées, soit de leur nature juridique non-contraignante, soit de

³⁸ MARTUCCI Francesco. *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2021. p. 73, point 140 : « *Si elle ne constitue pas un État, elle présente des caractéristiques spécifiques qui la distinguent des organisations internationales classiques* ».

³⁹ L'importance de l'application du Règlement s'est démontrée notamment à travers notre analyse des obligations pesant sur les plus grands fournisseurs, voir *infra*, dans la **Partie II**.

⁴⁰ MARTUCCI Francesco, *op. cit.*, p. 70 et délibération de la Cour de justice 1/78 du 14 novembre 1978, point 27. Pour la notion du « *pouvoir public commun* », voir également BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 2018, pp. 904-905 : « "*pouvoir public*" signifie que la Communauté se distingue évidemment d'un simple service public ; elle se situe au niveau supérieur, c'est-à-dire dans l'ordre du politique, sinon de la politique [...] si elle se distingue radicalement d'un État, qui est le pouvoir public initial et complet, en ce qu'il a une vocation générale, elle n'en possède pas moins comme lui certains pouvoirs lui permettant de régler directement la vie des hommes en société ».

⁴¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), Bundesgesetzblatt 2017, Teil I, Nr. 61.

⁴² Pour plus d'information sur la NetzDG, voir Conseil d'État, *op. cit.*, p. 82-83 et TOSZA Stanislaw, « Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors », *Computer Law and Security Review* (en ligne), 2021, consulté le 10 juin 2024, p. 4.

⁴³ JORF n°0156 du 25 juin 2020.

⁴⁴ Pour un historique des tentatives du législateur français de lutter contre les contenus illicites en ligne, voir Conseil d'État, *op. cit.*, p. 78-84.

leur portée normative strictement sectorielle. Au contraire, le DSA s'oppose à tous les inconvénients mentionnés ci-dessus: il s'agit d'un ensemble normatif sévère, transversal et pleinement juridiquement contraignant. En effet, il convient de le placer au sommet de ce contexte normatif évolutif, représentant une intervention publique et expansive au fonctionnement des entités régulées. Partant, on s'intéresse d'abord au cadre instauré par la Directive e-Commerce (§1), avant de se tourner vers les tentatives de réguler les services numériques avec des outils de droit souple (§2) ou avec des règles contraignantes visant uniquement certaines catégories de contenus en ligne (§3). On conclut avec la différence majeure entre ces anciens dispositifs et le Règlement DSA, témoignant un retour de la puissance publique (§4).

À titre liminaire, il est indispensable de clarifier que le droit régissant les services intermédiaires en ligne est un droit composite⁴⁵. En effet, ces services entrent dans plusieurs domaines de droit, dont des domaines innovants ou plus traditionnels. Parmi eux, il convient de mentionner, à titre indicatif, le droit des communications électroniques ou le droit de protection des données à caractère personnel, mais aussi le droit de la concurrence ou le droit des contrats, étant donné que la base juridique pour l'utilisation d'une plateforme est la relation contractuelle entre utilisateur et fournisseur. Bien évidemment, chaque domaine de droit susmentionné est porteur d'une activité législative, administrative et juridictionnelle importante, à la fois au niveau européen et national.

Toutefois, une analyse approfondie de l'historique ou de la substance de ces différents types de droit applicable aux services intermédiaires en ligne échappe aux objectifs du présent mémoire. Effectivement, nous nous intéressons uniquement aux actes législatifs de l'Union dont le DSA est l'« héritier direct »⁴⁶, et à la régulation spécifique aux services intermédiaires en ligne⁴⁷. Partant, l'argumentation qui suit et le reste de notre analyse y est consacré exclusivement.

⁴⁵ Conseil d'État, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁶ En ce sens, ainsi qu'il ressort du point 5 des conclusions de M. l'avocat général SZPUNAR dans les affaires jointes C-662/22 à C-667/22, présentées le 11 janvier 2024, EU:C:2024:18, le DSA est une illustration de la possibilité, voire du devoir, pour le législateur d'adapter la Directive e-Commerce, pour faire face à la réalité socio-économique. Partant, il nous est loisible de conclure que le DSA est l'héritier de la Directive e-Commerce.

⁴⁷ Effectivement, le marché unique numérique comprend également d'autres instruments normatifs que ceux analysés par la suite, qui ne sont pas, pour autant, conçus pour la régulation des services intermédiaires en ligne directement. À titre indicatif, voir BARNARD Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2022, pp. 602-607, qui mentionne également le Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 « visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE », JOUE LI 60/1, ou le Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, « relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur », JOUE L 168/1. De toute

§1 : La première tentative d'encadrer les services numériques avec la Directive sur le commerce électronique, instaurant un régime très favorable aux fournisseurs des services intermédiaires

Comme on a déjà évoqué, le Règlement DSA est loin d'être la première tentative de l'Union européenne quant à la régulation de l'environnement numérique. Néanmoins, les premières étapes de ce processus sont caractérisées plutôt par l'absence d'intervention publique que par un encadrement strict⁴⁸.

Cette position est corroborée lors d'une analyse du premier acte législatif portant sur les services numériques, à savoir de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 « *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* »⁴⁹, surnommée « *la Directive sur le commerce électronique* » et couramment connue sous son appellation anglaise de « *Directive e-Commerce* ».

L'objectif principal de la Directive e-Commerce était de protéger les « *intermédiaires techniques* » (terme qui correspond directement aux « *fournisseurs des services intermédiaires* » dans le DSA) vis-à-vis des décisions divergentes, mais souvent sévères, des juges nationaux quant à leur responsabilité pour des contenus qu'ils hébergent, sans en être à l'origine⁵⁰. Par conséquent, c'était un souci de ne pas entraver le développement du marché des services numériques qui imposait l'adoption d'une Directive favorable aux intérêts des intermédiaires techniques⁵¹. Les dispositions-clés de cette Directive concernent l'exemption de responsabilité civile des intermédiaires techniques pour les contenus qu'ils traitent⁵². Les intermédiaires sont jugés avoir un rôle purement technique vis-à-vis ces contenus⁵³, qui s'oppose au rôle d'un éditeur des contenus, qui les sélectionne, voire les crée⁵⁴. En complément de leur irresponsabilité civile, l'article 15 de la Directive prévoit également l'absence d'obligation de surveillance générale de la part des intermédiaires sur les contenus qu'ils traitent.

façon, elle reconnaît également que le DSA est l'héritier de la Directive e-Commerce, en admettant que (nous traduisons) « *Le DSA est censé mettre à jour la Directive e-Commerce* », *ibidem*, p. 606.

⁴⁸ Il convient ici de mentionner que les acteurs du numérique ont longtemps revendiqué une « neutralité », à savoir une absence, de la loi envers eux, voir, en ce sens la déclaration de BARLOW John Perry, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », faite à Davos, Suisse, le 8 février 1996, disponible (en anglais) sur *Electronic Frontier Foundation* (en ligne), consulté le 10 juin 2024.

⁴⁹ JOUE L 178/1.

⁵⁰ CASTETS-RENARD Céline, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruylant, 2020, p. 154.

⁵¹ *loc. cit.* et Directive e-Commerce, considérant 60 : « *le cadre juridique doit être clair et simple, prévisible [...] de sorte qu'il ne porte pas atteinte à la compétitivité de l'industrie européenne et qu'il ne fasse pas obstacle à l'innovation dans ce secteur* ».

⁵² Directive e-Commerce, articles 12-14.

⁵³ CASTETS-RENARD Céline, *op. cit.*, pp. 156 et seq.

⁵⁴ DUBOUT Édouard, « Modérer la modération : le *Digital Services Act* ou la civilisation du numérique », *RTDEur*, 2023, p. 12.

Le régime d'exemption de responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires, repris presque à l'identique au Règlement DSA, est analysé de façon plus détaillée *infra*, (sous **Partie I, Chapitre 1, Section 3**). Ce qui importe pour notre argumentation ci-présente, et le fait que la première action normative de l'UE sur le sujet était vêtue du caractère d'une Directive, exigeant une transposition dans la législation nationale des États membres, et visait de façon assez claire à plutôt protéger les intérêts des opérateurs, en leurs fournissant un bouclier contre des actions en responsabilité civile découlant par les contenus en ligne que ceux-ci transportent ou hébergent. Autrement dit, elle était conçue afin de protéger les opérateurs de l'exercice de la puissance publique, à savoir des législateurs et des juges nationaux. Partant, cette législation, bien qu'il s'agisse, comme tout acte législatif par ailleurs, d'une intervention publique au sens strict, témoignait plutôt la réserve de la puissance publique que son intervention.

§2 : Les normes de droit souple comme tentative timide de réguler Internet

Les efforts des institutions européennes d'encadrer le fonctionnement des services numériques ne se sont pas été arrêtés avec la Directive e-Commerce. En réalité, les enjeux de la société numérique ont, au fil des années, conduit la Commission européenne à ré-évaluer sa position et à agir de nouveau. Dans un premier temps, cela s'est traduit par l'adoption des actes de droit souple concernant la modération des contenus en ligne. Ces actes furent unilatéraux, comme le sont les recommandations, ou multilatéraux, comme les codes de conduite élaborés avec la participation active des plus grands opérateurs du marché. Étant donné que la Directive e-Commerce, comme on a déjà évoqué, n'impose pas d'obligation de surveillance générale aux services intermédiaires⁵⁵, l'UE a cherché à imposer, par le biais de tels instruments, des obligations proactives, liées à la régulation de la liberté d'expression en ligne⁵⁶.

La Commission européenne a d'abord opté pour un modèle de co-régulation⁵⁷, avec l'adoption en mai 2016 du « *Code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne* »⁵⁸. Ce code fut rédigé avec la participation directe de quatre mastodontes numériques (Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube)⁵⁹, qui furent également ses premiers signataires. Depuis, toute une série d'entreprises géantes du monde numérique ont accepté d'y participer, comme Instagram et Snapchat en 2018,

⁵⁵ Directive e-Commerce, article 15.

⁵⁶ CASTETS-RENARD Céline, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁷ MARTI Gaëlle, « Les instruments normatifs de la politique du numérique », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 243.

⁵⁸ TOSZA Stanislaw, *op. cit.*, p. 4

⁵⁹ CASTETS-RENARD Céline, *op. cit.*, pp. 178-179.

ou TikTok en 2020⁶⁰. Le code contient des dispositions portant surtout sur ce que le DSA appelle des mécanismes de « *notification et action* », à savoir des systèmes de signalement de contenu considéré illicite, qui conduisent à une obligation de la plateforme d’y répondre⁶¹, dans moins de 24 heures pour la majorité des signalements⁶².

Après cet expériment avec la co-régulation, la Commission a adopté également des actes de droit souple unilatéraux. Parmi eux, il convient de faire référence à la Recommandation (UE) 2018/334 du 1er mars 2018 « *sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne* »⁶³, qui avait été précédée par une Communication de la Commission sur le même sujet, adoptée en septembre 2017⁶⁴. La Recommandation contient des normes concernant les systèmes de notifications pour contenu illicite⁶⁵, la motivation de la décision sur la modération du fournisseur⁶⁶, la possibilité de contester cette décision⁶⁷, la possibilité de règlement extrajudiciaire des litiges⁶⁸, et la transparence de la politique de modération appliquée par le fournisseur⁶⁹.

Les engagements figurant dans de tels ensembles normatifs sont d’une envergure beaucoup plus large que celle visée par la Directive e-Commerce. Il ne devrait pas surprendre que certains parmi eux ont été repris dans le Règlement DSA. De ce point de vue, il s’agit d’un exercice plus dynamique de la puissance publique. Toutefois, nous soutenons que de tels outils de droit souple démontrent aussi une absence de celle-ci, vu leur nature juridique non-contraignante. Comme toute autre norme de droit souple, le respect qui y est dû relève de la bonne volonté des parties. Cela est particulièrement le cas pour la co-régulation à travers les codes de conduite, qui sont élaborés même par les entités régulées, vue que l’adhésion à eux reste une prérogative de celles-ci, sans la possibilité de contrôle administratif ou juridictionnel. Partant, malgré le caractère plus complet du cadre promu par les normes de droit souple, l’absence d’intervention dynamique de la puissance publique en matière des services numériques demeure quasi-inchangée.

⁶⁰ Commission européenne, « Code de conduite de l’UE sur la lutte contre les discours de haine illégaux en ligne », sur *Commission européenne* (en ligne), consulté le 10 juin 2024.

⁶¹ TOSZA Stanislaw, *op. cit.*, p. 4.

⁶² Le Code est disponible pour téléchargement ici (consulté le 10 juin 2024): https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en?prefLang=fr&etrans=fr. Les dispositions pertinentes figurent dans sa page 2.

⁶³ JOUE L 63/50

⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre le contenu illicite – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », 28 septembre 2017, COM(2017) 555 final.

⁶⁵ Recommandation (UE) 2018/334, précitée à la note de bas 63, point 5.

⁶⁶ *Ibidem*, point 9.

⁶⁷ *Ibidem*, point 11.

⁶⁸ *Ibidem*, points 14 et 15.

⁶⁹ *Ibidem*, point 16.

§3 : Les obligations de surveillance ciblée et la contrainte sectorielle

L'évolution du cadre normatif régissant les activités des fournisseurs des services intermédiaires a été complété par certaines règles de droit dur, à savoir juridiquement contraignantes, qui, pour autant, concernent uniquement certains types de contenu illicite en ligne. Il y a lieu de mentionner la lutte contre la pédopornographie et les contenus à caractère terroriste⁷⁰.

Un instrument normatif de droit dur précoce imposant des obligations aux acteurs du numérique fut la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la « *lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie [...]* »⁷¹. Dans son article 25, elle oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires afin de supprimer les pages internet contenant ou diffusant de la pédopornographie qui sont hébergées sur leur territoire. De surcroît, le blocage d'accès à une page internet diffusant de la pédopornographie doit être accompagné des garanties, comme par exemple la possibilité d'un recours judiciaire⁷². Ces dispositions, malgré leur vocation très interventionniste (impliquant le blocage d'accès à une page internet, ce qui est décidément plus sévère qu'une simple modération des contenus au sein d'une plateforme), constituent une tentative de régulation des contenus propagés en ligne par la puissance publique, et, par conséquent, intéressent notre analyse.

Quant à la lutte contre les contenus à caractère terroriste, l'Union a adopté un Règlement en 2021 « *relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne* »⁷³. Ce qui nous intéresse dans ce Règlement est l'imposition d'une obligation des « *mesures spécifiques* »⁷⁴ incombant aux fournisseurs lorsque l'autorité compétente de l'État membre de son établissement a adopté une décision le visant et l'a notifié⁷⁵. Ces mesures doivent être définis par le fournisseur, et concernent

⁷⁰ Un autre Règlement visant la totalité des services intermédiaires en ligne est le Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 « *promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* », JOUE L 186/57, communément connu sous l'appellation anglaise de « *Platform to Business Regulation* », ou « *P2B Regulation* ». Ce Règlement tient à protéger les entreprises utilisatrices des services des plateformes pour la vente de leurs produits ou services, en prévoyant surtout des obligations de transparence pour les fournisseurs des services de plateforme. Ainsi, ce Règlement ne vise pas du tout la question des contenus illicites en ligne ou la protection des droits fondamentaux de tous les utilisateurs. Partant, une analyse approfondie échappe aux objectifs du présent mémoire. Pour une présentation courte de son contenu, voir Conseil d'État, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁷¹ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 « *relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil* », JOUE L 335/1.

⁷² Directive 2011/92/UE, précitée, article 25, paragraphe 2.

⁷³ Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 « *relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne* », JOUE L 172/79.

⁷⁴ Règlement (UE) 2021/784, précité, article 5.

⁷⁵ Règlement (UE) 2021/784, précité, article 5, paragraphe 4.

essentiellement une politique de modération renforcée pour des contenus à caractère terroriste, incluant un devoir proactif d'identification et retrait⁷⁶.

De tels actes législatifs, imposant des règles de droit dur aux entités régulées, constituent sans doute un ajout normatif et une expression plus claire de la puissance publique. Néanmoins, il en demeure qu'ils ne concernent que de cas très spécifiques et des contenus illicites exhaustivement décrits.

§ 4 : Le Règlement DSA et la contrainte trans-sectorielle

La polyphonie normative présentée ci-dessus, à savoir le cadre bienveillant de la Directive e-Commerce, les normes de droit souple portant sur la liberté d'expression en ligne et le droit dur sectoriel, renvoie, selon nous, à une certaine réserve de la part des institutions européennes quant à la régulation de l'espace numérique. L'Union s'est montrée soucieuse de ne pas entraver l'innovation technologique, et elle a opté soit pour le droit souple, soit pour des obligations concernant une partie très spécifique, et, partant, très limitée des contenus en ligne.

L'adoption du Règlement DSA en octobre 2022 a constitué un vrai changement de paradigme, voire une véritable révolution dans la conception de la régulation des plateformes⁷⁷. Même s'il est vrai que le Règlement est sans préjudice aux dispositions des instruments normatifs de droit dur ou souple qui l'ont précédé⁷⁸, le DSA constitue une étape majeure à l'évolution de la réglementation européenne sur l'environnement numérique. En tant que Règlement, il constitue un acte normatif de droit dur, adopté unilatéralement par l'Union, directement applicable sur l'ensemble du territoire de l'UE. Quant à son contenu substantiel, il est présenté de manière plus ou moins complète par la suite de notre mémoire. Au présent, il suffit de souligner qu'il institutionnalise beaucoup des mécanismes déjà prévus dans le code de conduite de 2016 (système de notification et action, système de traitement interne des réclamations, règlement extrajudiciaire des litiges), et impose aux très grandes plateformes en ligne des obligations d'atténuer les risques systémiques intrinsèques à leur modèle d'une façon que les fournisseurs eux-mêmes vont d'abord définir. Sur ce point, le DSA semble être inspiré par le Règlement contre les contenus terroristes.

⁷⁶ Règlement (UE) 2021/784, précité, article 5, paragraphe 2.

⁷⁷ Conseil d'État, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁷⁸ Les seules dispositions abrogées par le DSA sont les articles 12 à 15 de la Directive e-Commerce concernant le régime d'exemption de responsabilité civile des intermédiaires et l'absence d'obligation de surveillance générale (voir article 89, paragraphe 1, DSA). Ces dispositions ont été reprises presque à l'identique par le Règlement DSA.

Notre réflexion sur le retour de la puissance publique est fort alimentée par la juxtaposition du cadre juridique antérieur au DSA à celui instauré par ce dernier⁷⁹. En réalité, tous les caractéristiques « décevantes » du cadre ancien, qui nous permettent de constater une absence d'intervention publique en l'occurrence, à savoir les règles très favorables, le manque de valeur juridique contraignante et la portée strictement sectorielle des règles sévères et contraignantes sont pleinement *renversées* avec le DSA. En adoptant le DSA, l'UE a fait le choix de détailler et d'accorder de valeur juridique contraignante aux obligations de diligence qui, auparavant, relevaient de la bonne foi des opérateurs et de certaines normes de droit souple. De surcroît, le cadre des obligations imposé par le DSA concerne l'ensemble des contenus en ligne, sans déclinaison en type de contenu. Pour nous, cela témoigne une prise de conscience pour les institutions européennes: seule la contrainte juridique, imposée de façon unilatérale par la puissance publique, peut régir efficacement l'environnement numérique. Même si le Règlement DSA laisse une très grande marge d'appréciation aux fournisseurs dans le choix de quelle politique de modération à adopter (voir *infra*, dans **Partie I, Chapitre 2, Section 1**), une chose reste indéniable : par le biais du DSA, visant la totalité des contenus en ligne, la puissance publique impose unilatéralement des comportements aux opérateurs de la société numérique, auxquels ces-derniers ne peuvent que se soumettre.

Partant, c'est uniquement avec l'adoption du DSA que la puissance publique a su s'exercer véritablement, en intervenant de façon unilatérale et transversale dans l'espace numérique. À l'absence d'encadrement dynamique et aux limites des normes déjà existantes s'est substituée la première vraie tentative de régulation complète, prouvant ainsi le retour de la puissance publique, qui prescrit des comportements de manière générale.

Section 2 : La difficile mise en balance de l'ambition et du réalisme dans le contenu substantiel du Règlement DSA

Ainsi que l'on a démontré *supra*, le Règlement DSA incarne un retour de l'intervention publique, se substituant à la réserve de la législation européenne quant à la régulation des services numériques. Néanmoins, la ré-consécration de la puissance publique n'est pas absolue, mais elle demeure contrebalancée par une certaine prudence du Règlement vis-à-vis certains aspects de la régulation du numérique. Ce conflit interne entre encadrement strict et réalisme est présent tout au long du contenu substantiel du

⁷⁹ Voir, en ce sens, HEIDEBRECHT Sebastian, « From Market Liberalism to Public Intervention: Digital Sovereignty and Changing European Union Digital Single Market Governance », *Journal of Common Market Studies*, 2024, pp. 205-223, et ILIOPOULOU-PENOT Anastasia, « La Constitution numérique européenne », *RFDA*, 2023, p. 947.

Règlement. Ainsi, il est possible d'y discerner des indices opposants, les uns corroborant le retour de la puissance publique et les autres faisant preuve de l'approche modérée qui s'impose sur certaines questions.

Dès lors, il convient de tenter d'articuler les paramètres de cette mise en balance difficile en s'appuyant sur le contenu substantiel du DSA. On se limite, dans le mémoire ci-présent, dans le contenu normatif substantiel du Règlement sans ample référence aux mécanismes administratifs de son exécution. Cela est un choix exprès, vu que le contenu substantiel du DSA semble être plus propice pour en tirer les indices soutenant à la fois l'interventionnisme du DSA et ses réserves, sans pour autant ignorer que des arguments similaires pourraient être tirés également des procédures d'exécution du Règlement. Le travail que nous entreprenons, loin d'être une présentation théorique et distanciée du régime juridique instauré par le DSA, en guise de manuel académique, vise à être une interprétation problématisée du Règlement, sous l'angle de la mise en balance entre ambition et réalisme. Partant, nous nous efforçons d'articuler la nature exacte des choix du législateur européen et de conclure en répondant à la question de qui l'emporte : le réalisme ou l'ambition ?

Selon nous, il convient de faire une double distinction dans le contenu substantiel du Règlement DSA. La première distinction, plus technique mais pas du tout évidente, concerne la nature juridique de la régulation promue par le DSA, à savoir son caractère *ex ante* ou *ex post*. L'articulation entre ce couple chronologique et la définition de chaque approche ne va pas de soi. Pour les objectifs du mémoire ci-présent, on entend par régulation *ex ante* l'intervention plutôt abstraite sur un phénomène avant que celui-ci ne se cristallise, tandis que l'*ex post* relève de la réaction, de l'intervention après l'avènement dans un cas concret⁸⁰. Autrement dit, et en s'appuyant plutôt sur une définition politique, la logique *ex ante* renvoie à l'organisation planifiée des comportements par une autorité extérieure à celui qui agit, tandis que la logique *ex post* correspond à une certaine liberté d'action utilisée par les opérateurs⁸¹. Pour reprendre un exemple assez traditionnel, la différence entre *ex ante* et *ex post* est démontrée par la différence entre droit de la concurrence et droit de la régulation sectorielle⁸² : dans le

⁸⁰ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, 2006, Presses de Sciences Po et Dalloz, pp.33-34.

⁸¹ *Ibidem*, p. 34

⁸² Voir FRISON-ROCHE Marie Anne, « Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance – Ex Ante/Ex Post », sur *mafr.fr* (en ligne), consulté le 14 juin 2024: « On reconnaît usuellement le droit de la concurrence en ce qu'il se développe dans l'*ex post*, puisque le marché est établi et que l'autorité de concurrence réagit en cas de pratique anticoncurrentielle, susceptible d'être sanctionnée, donc en *ex post*. A l'inverse, parce qu'il s'agit de construire la concurrence ou de maintenir en permanence des équilibres non naturels dans des secteurs, la régulation utilise des outils que l'on pourrait dire « sur page blanche », essentiellement des réglementations, c'est-à-dire de l'*ex ante* ». Voir en ce sens également NAUGÈS Sabine, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *L'actualité juridique : droit administratif*, 2007, pp. 672-677.

cas du droit de la concurrence, aucun comportement spécifique n'est prescrit au préalable, et les autorités de concurrence interviennent au cas par cas pour sanctionner des comportements certes déviants, mais, en tout état de cause, *passés*⁸³. Au contraire, la régulation sectorielle relève de l'activité normative ou prescriptive, appartenant surtout au législateur (qui édicte des comportements de la manière la plus générale) ou au régulateur (dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire ou lors d'un acte administratif imposant des comportements à une entité individuellement)⁸⁴. Autrement dit, l'*ex ante* « serait porté par l'activité normative ou prescriptive [...] tandis que l'*ex post* prendrait la forme de l'intervention forcément individuelle et faisant les comptes d'un comportement passé, c'est-à-dire l'intervention juridictionnelle »⁸⁵.

À première lecture, la nature juridique du Règlement DSA peut paraître presque évidente, avec une adoption claire de la logique *ex ante*. En effet, comme on tente de démontrer *infra* (**Partie I**), tel est le cas pour la majorité des dispositions du Règlement : elles instaurent un cadre juridique contenant des obligations *prédéfinies*, auxquelles est soumis tout opérateur *au préalable*, sans pouvoir d'appréciation de sa part quant au comportement qui est à suivre. Toutefois, selon nous, la situation n'est pas si claire pour le cadre réglementaire constituant, peut-être, le point focal du DSA tout entier, à savoir la régulation de « très grandes plateformes en ligne » et des « très grands moteurs de recherche en ligne ». En l'espèce, on s'efforce de soutenir (**Partie II**) que la logique adoptée par le Règlement sur ce point majeur semble plutôt renvoyer à une logique similaire à celle qu'on applique en droit de la concurrence traditionnel, à savoir une intervention *ex post* de la puissance publique sur des comportements passés des entités régulées, sans édicition spécifique et préalable des comportements à suivre. Bien entendu, comme il est nettement clarifié dans la partie relative de notre mémoire, on ne peut parler que d'une *atténuation* de la logique *ex ante* en l'espèce, et non d'un basculement complet vers une logique *ex post*, vu que les obligations pertinentes pesant sur les plus grands fournisseurs s'imposent toujours au préalable, même si leur contenu précis reste à être défini en premier temps par les entités régulées elles-mêmes. En effet, on constate la confluence des éléments relevant à la fois de la régulation *ex ante* et *ex post* : la gestion des risques systémiques à l'interne renvoie à une logique *ex ante*⁸⁶, tandis que l'importance cruciale du contrôle postérieur, en raison de la nature vague des obligations pesant sur les fournisseurs, constitue un élément d'une logique *ex post*⁸⁷.

⁸³ Voir en ce sens, FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, 2006, Presses de Sciences Po et Dalloz, pp. 38 *et seq.*

⁸⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne en mentionne l'exemple de la délivrance d'un agrément, *ibidem*, p. 45.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁷ Il est indispensable de mentionner que l'*ex post* joue un rôle crucial pour les dispositions relevant d'une régulation *ex ante* pure. En effet, et si l'on reprend l'articulation faite *supra* entre *ex ante* et *ex post*,

L'autre distinction qu'on tente avec le présent mémoire relève plutôt du raisonnement du législateur et concerne la différence d'approche adoptée par le Règlement. La première approche, qui est mise en évidence en premier temps est l'approche par la procéduralisation⁸⁸. Comme il sera démontré, le Règlement, dans sa plus grande partie concernant tous les fournisseurs hormis les fournisseurs des services de « *très grandes plateformes en ligne* » ou de « *très grands moteurs de recherche en ligne* » se montre soucieux de ne pas intervenir de façon trop restrictive dans le fond du fonctionnement des services numériques, surtout pour tout ce qui est modération des contenus en ligne. Au contraire, il opte pour une logique de procéduralisation, à savoir l'imposition d'un cadre procédural commun qui doit être appliqué par tous les fournisseurs visés dans la prise de leurs décisions concernant la modération des contenus. En n'intervenant pas sur la substance des décisions qui seront prises par les opérateurs, le DSA montre une certaine réserve.

La deuxième approche se montre plus ambitieuse dans ses objectifs, mais plus réservée dans ses moyens : il s'agit de l'approche par les risques⁸⁹ posés par la catégorie des très grandes plateformes en ligne et des très grands moteurs de recherche en ligne. Le Règlement, catégorisant les différents « *risques systémiques* » posés par ces opérateurs, impose un devoir d'évaluation et d'atténuation. Autrement dit, les obligations pesant sur les entités régulées sont taillées sur mesure : des plus nombreux risques posés conduisent à des obligations plus étendues, et *vice versa*. Cette approche est plus ambitieuse dans ses finalités, car elle vise à identifier, atténuer et, idéalement, éradiquer les risques posés par ces opérateurs, en entrant aussi dans la substance de leur fonctionnement (contrairement à la logique de la procéduralisation). Cependant, les moyens employés sont plus modestes : vu que l'évaluation et l'atténuation des risques ne peut se faire que postérieurement à un comportement des opérateurs, on n'a pas de régime spécifique édictant des comportements juridiquement contraignants au préalable⁹⁰.

Nous avons déjà laissé entendre que les deux axes d'analyse du contenu substantiel du Règlement DSA interagissent l'un avec l'autre : la logique de l'encadrement *ex ante* est

même un cadre réglementaire clair, prédéfini et imposé au préalable nécessite une intervention *ex post*, à savoir la sanction des infractions concrètes à ce dernier, voir en ce sens FRISON-ROCHE Marie-Anne, *op. cit.*, p. 48 : « *L'ex ante ne dispense pas de l'ex post, mais [l'ex post] ne constitue qu'un bras armé de l'ex ante* ».

⁸⁸ Voir, en ce sens, ILIOPOULOU-PENOT, *op. cit.*, p. 954.

⁸⁹ Certains auteurs concluent que l'approche par les risques est suivie dans la quasi-totalité du droit du numérique. Voir LATIL Arnaud, *Le droit du numérique : une approche par les risques*, Dalloz, 2023, p. 1, où dans la première phrase de l'introduction est énoncé sans aucune ambiguïté que « *L'approche par les risques s'est imposée comme le principal mode de régulation des activités numériques* ».

⁹⁰ Selon LATIL Arnaud, *op. cit.*, p. 241 : [Avec l'approche par les risques], *l'État régulateur montre aux justiciables les voies à suivre afin de prévenir les risques et d'en surmonter les conséquences négatives [...] Mais il ne détermine pas les manière de mettre en œuvre [ces objectifs]. Chaque opérateur doit adapter le modèle de régulation des risques à sa propre situation* ».

liée à l'approche par la procéduralisation, tandis que la plus ambitieuse approche par les risques s'effectue par l'adoption partielle d'une logique *ex post*. En s'appuyant sur ce constat, il convient de diviser le contenu substantiel du Règlement DSA en deux, à savoir la partie mettant en évidence à la fois la logique *ex ante* et la procéduralisation (**Partie I**) et la partie adoptant l'approche par les risques et l'exercice *ex post* de la puissance publique (**Partie II**).

Il va sans dire que ces distinctions ne sont, pour autant, pas absolues. Effectivement, toute structure de régulation *ex ante* nécessite une intervention de sanction *ex post*, au cas d'infraction aux règles imposées au préalable⁹¹. Parallèlement, la procéduralisation du fonctionnement des entités régulées est censée laisser espérer un changement du fond de leur fonctionnement⁹². Néanmoins, les distinctions que nous avons faites retiennent leur utilité pour interpréter le Règlement et répondre à la problématique principale du mémoire ci-présent.

La coexistence de l'approche procéduralisante *ex ante* et de l'approche par les risques visant le fond du fonctionnement des services numériques et étant d'une nature partiellement *ex post* témoigne, pour nous, l'inter-connexité de l'interventionnisme public ambitieux porté par le Règlement (mis en évidence par l'approche *ex ante* et l'ambition de réguler le fond des comportements des opérateurs avec l'approche par les risques) et la modération réaliste qu'il adopte également (mise en évidence par les éléments *ex post* pour les plus grands fournisseurs et la vocation limitée de l'approche de la procéduralisation pour les autres catégories de fournisseurs). Les deux, pris en combinaison, prouvent ce qui est soutenu dans le titre du mémoire : il s'agit, en réalité, d'un *retour réaliste* de la puissance publique.

⁹¹ *Ibidem*, p. 35

⁹² En effet, il serait logiquement absurde de vouloir instaurer un « *environnement en ligne sûr, prévisible et fiable* » (voir *infra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 1, §1**), si un changement du fond du fonctionnement des fournisseurs n'a pas lieu.

PARTIE I : Entre innovation, interventionnisme et réserve, ou le choix de la procéduralisation et de la structure *ex ante*

Ainsi que l'on a démontré *supra*, le Règlement DSA incarne un retour de l'intervention publique, se substituant à la réserve de la législation européenne quant à la régulation des services numériques. Néanmoins, la ré-consécration de la puissance publique n'est pas absolue, mais elle demeure contrebalancée par une certaine prudence du Règlement vis-à-vis certains aspects de la régulation du numérique. Ce conflit interne entre encadrement strict et réalisme est mis à l'évidence en s'appuyant sur la double distinction entre régulation *ex ante* et régulation partiellement *ex post*, ainsi qu'entre approche par la procéduralisation et approche par les risques pour analyser et interpréter le contenu substantiel du Règlement.

Dans la partie ci-présente, nous nous efforçons de faire le bilan de cette mise en balance en analysant les dispositions substantielles du DSA portant sur la majorité des catégories des fournisseurs des services intermédiaires, à savoir toutes les catégories hormis les fournisseurs des services de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne. Ces dispositions présentent la caractéristique unifiante de la coexistence de l'approche par la procéduralisation et l'encadrement juridique *ex ante*⁹³.

Dans un premier temps, il est indispensable de faire une brève présentation de la structure juridique adoptée de manière générale par le Règlement DSA, ce dernier étant un texte de forte originalité juridique et dont la compréhension ne va pas de soi (**Chapitre 1**). Par la suite, il y a lieu de se référer aux dispositions présentant à la fois les caractéristiques d'une régulation *ex ante* et d'une approche procéduralisante. Il s'agit des obligations de diligence, relatives notamment à la modération des contenus en ligne, applicables à tout fournisseur des services intermédiaires en ligne, des services d'hébergement et des services des plateformes, ainsi que des obligations de transparence leur incombant. Bien évidemment, le contenu normatif de toute disposition n'est pas parfaitement divisé en deux, entre *ex ante* et procéduralisation, toutefois il est possible de discerner les deux dans toute disposition présentée *infra* (**Chapitre 2**). En s'appuyant sur les considérations qui suivent, on s'efforce à arriver à certaines conclusions intermédiaires sur l'équilibre entre ambition et prudence au sein du DSA.

⁹³ Voir, en ce sens, Conseil d'État, *op. cit.*, p. 189.

Chapitre I : Le Règlement DSA, un instrument normatif d'originalité et complexité indéniable

Le Règlement DSA contient une mosaïque structurée, détaillée et stricte des règles substantielles relatives à la fourniture des services intermédiaires en ligne. Il adopte une vision conséquentialiste dans ses finalités. Il définit et divise les fournisseurs des services intermédiaires en plusieurs catégories et sous-catégories et les hiérarchise strictement. Par la suite, chaque catégorie et sous-catégorie de fournisseurs est liée à un régime juridique spécifique. L'intensité des régimes juridiques imposés varie en fonction du danger et des risques pour les droits des destinataires que présentent les fournisseurs appartenant à chaque catégorie donnée. Même à l'intérieur du régime juridique applicable à une catégorie des fournisseurs (par exemple, à la catégorie des plateformes, voir *infra* dans **Chapitre 2, Section 3**) la complexité du DSA est évidente, et ses dispositions peuvent prendre la forme des obligations de diligence relative à la modération des contenus, de transparence, de diligence non relative à la modération mais à d'autres aspects du fonctionnement des services intermédiaires etc.

Afin de mieux concevoir le contenu normatif substantiel du Règlement, il convient de présenter en premier temps ses finalités, qui se trouvent en lien avec l'intérêt général (**Section 1**). Par la suite, il faudrait présenter son champ d'application matériel, à savoir les « *services intermédiaires en ligne* », les différentes catégories de fournisseurs le sous-tendant et une cartographie générale des obligations leurs pesant (**Section 2**). Par ailleurs, certaines clarifications s'imposent quant au régime de responsabilité civile des fournisseurs, dont les règles demeurent essentiellement identiques à celles sous l'ancienne Directive e-Commerce, et dont une analyse plus approfondie échappe aux objectifs du présent mémoire (**Section 3**).

Section 1 : L'étendue des finalités du Règlement DSA comme lien avec l'intérêt général

Les objectifs que le Règlement DSA accepte pour lui-même sont d'une envergure très importante. Effectivement, ils sont si larges qu'ils semblent dépasser une conception purement économique pour la nouvelle réglementation. Comme il est mis en évidence *infra*, les finalités du Règlement se rapprochent des objectifs de politique publique, voire de l'intérêt général.

Effectivement, c'est dans le libellé du Règlement lui-même qu'on retrouve, dans un premier temps, une aspiration claire de servir l'intérêt général. Dans son considérant 103, il est énoncé que les codes de conduite dont l'élaboration les autorités européennes sont tenues de faciliter doivent définir « *clairement la nature des objectifs d'intérêt*

général visés ». En outre, dans le considérant 117, le Règlement utilise la nature des objectifs d'intérêt général poursuivis par lui pour conclure à la nécessité pour les États membres de sanctionner de manière efficace, proportionnée et dissuasive les infractions à ce dernier. En outre, le Règlement admet viser des objectifs de « politique publique », formule dont la signification ne peut que se rapprocher de l'intérêt général, plusieurs fois dans ses considérants⁹⁴. De toute façon, une réflexion plus complète sur les finalités du Règlement est tentée *infra*.

Aucune interprétation du contenu normatif substantiel du Règlement ne peut se faire si ses finalités, dépassant la simple harmonisation sectorielle afin de promouvoir le développement économique, ne sont pas comprises au préalable. La vocation plus générale du Règlement DSA nous est révélée, d'abord, par une présentation de l'environnement en ligne « *sûr, prévisible et fiable* » qu'il met au centre de ses finalités (§1). Par la suite, il convient de se référer à la relation de ce but avec la facilitation de l'innovation, également présente dans le DSA en tant que conséquence des règles que ce dernier impose (§2), et avec le bon fonctionnement du marché intérieur, qui demeure, d'après le Règlement, sa mission finale, suscitant ainsi des interrogations de notre part (§3).

§1 : La vision conséquentialiste des finalités du Règlement et l'environnement en ligne « sûr, prévisible et fiable »

Le Règlement DSA adopte une vision conséquentialiste dans ses finalités, consacrées à son article premier, paragraphe premier : l'objectif principal est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur des services intermédiaires. Cet objectif devrait être atteint par l'établissement des règles uniformes, créant un « *environnement en ligne sûr prévisible et fiable* »⁹⁵, caractérisé par la facilitation de l'innovation et la protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : la Charte). Partant, le Règlement lie très clairement ses finalités non-économiques (environnement en ligne sûr, prévisible et fiable) et économiques (bon fonctionnement du marché intérieur). De surcroît, le Règlement nous donne deux caractéristiques d'un tel environnement : la facilitation de l'innovation et le respect des droits fondamentaux des utilisateurs des services intermédiaires en ligne.

Il y a lieu de s'interroger sur les liens entre ces finalités assez disparates du Règlement DSA, en commençant par une tentative de définir ce qu'entend le Règlement par « *environnement en ligne sûr prévisible et fiable* ». Cette formule apparaît quatre fois

⁹⁴ Règlement DSA, considérants 40, 41, 75 et 145.

⁹⁵ CARRE Stéphanie, « Le Règlement DSA : une avancée majeure pour la lutte contre les contenus illicites et la protection des droits fondamentaux des utilisateurs », *Daloz IP/IT*, 2023, pp. 272-273.

dans les considérants du Règlement DSA⁹⁶, avant d'être consacrée à l'article premier du Règlement comme l'objectif des règles harmonisées établies par ce dernier. Elle fait, par conséquent, partie intégrale de ces finalités et exprime, selon nous, sa volonté d'une manière claire. En tant qu'ensemble, dans les considérants du Règlement, elle est liée à la jouissance des droits fondamentaux des utilisateurs⁹⁷ et elle est également utilisée afin de justifier le contrôle étatique de l'application du Règlement par le biais d'une autorité administrative⁹⁸ et la nécessité d'une harmonisation au niveau européen, au lieu d'une réglementation nationale⁹⁹. Pour compléter l'argumentation sur ce dernier point, il faut souligner que l'objectif d'un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable pourrait être mis en cause au cas d'une fragmentation des législations nationales¹⁰⁰. C'est en liaison avec ce risque potentiel de fragmentation que l'Union européenne se base pour utiliser l'article 114 TFUE comme base juridique du DSA, qui concerne le rapprochement des législations nationales en matière du marché intérieur.

Le contenu précis de cette finalité n'est pas, pour autant, clair. En quoi se consiste un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable ? En réalité, il semble difficile de distinguer la signification unique de chacun de ces adjectifs. À part de l'utilisation de la formule en ensemble, on retrouve dans les considérants du Règlement d'autres notions qui semblent avoir des significations similaires : environnement en ligne « *sûr, prévisible et de confiance* »¹⁰¹, « *sûr et transparent* »¹⁰², « *sûr, fiable et transparent* »¹⁰³. Il y a lieu de s'interroger sur l'absence de la transparence dans l'objectif défini dans l'article premier du Règlement, étant donné que plusieurs dispositions du Règlement imposent des obligations de transparence¹⁰⁴, faisant ainsi partie intégrale de la structure des obligations que ce dernier impose. Toutefois, il paraît plus prudent de concevoir toutes ces phrases comme ayant des significations plus ou moins identiques.

Cet environnement promis par le DSA semble attacher beaucoup d'importance à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de l'utilisateur¹⁰⁵. Il est lié à la protection

⁹⁶ Règlement DSA, considérants 3, 12, 109, 155.

⁹⁷ Règlement DSA, considérant 3.

⁹⁸ Règlement DSA, considérant 109.

⁹⁹ Règlement DSA, considérant 155.

¹⁰⁰ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 20-21, point 2.

¹⁰¹ Règlement DSA, considérant 9.

¹⁰² Règlement DSA, considérant 40.

¹⁰³ Règlement DSA, considérant 72.

¹⁰⁴ Comme les articles 15, 24, 27, 39 ou 42 du Règlement DSA.

¹⁰⁵ Le Conseil d'État, *op. cit.*, p. 55, énumère comme droits fondamentaux relatifs à la régulation des réseaux sociaux la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'expression, la liberté de communication, la protection de la vie privée et l'ordre public. Selon DUBOUT Édouard, « Les conflits des droits fondamentaux à l'ère numérique », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, pp. 140-141, le conflit des droits fondamentaux devient ternaire, entre la liberté de communication des internautes, les droits de la personnalité auxquels elle peut porter atteinte et la liberté d'entreprise de l'opérateur en ligne.

des droits fondamentaux plusieurs fois dans les considérants, à savoir aux considérants 3 (déjà évoqué), 9 (concernant la lutte contre les contenus illicites, qui contribue à la protection des droits fondamentaux), 40 (concernant la nécessité d'imposer des obligations de diligence), 109 (déjà évoqué) et 155 (déjà évoqué). On peut conclure à l'importance essentielle des droits fondamentaux dans l'environnement promis par le DSA¹⁰⁶, conclusion qui découle par ailleurs explicitement du libellé de l'article premier, paragraphe 1, *in fine* du Règlement : l'environnement en ligne sûr prévisible et fiable qui est promis par le Règlement implique que les droits fondamentaux consacrés par la Charte, y compris le principe de protection des consommateurs, y sont efficacement protégés.

Un autre aspect de cet environnement est l'importance répétée de la transparence pour les finalités du Règlement, qui est étroitement liée aux objectifs de prévisibilité et de confiance. Cela s'explique par la grande asymétrie d'information sur le fonctionnement des plateformes entre les entreprises et le régulateur¹⁰⁷. En réalité, même les entreprises fournissant des services de plateforme sont parfois incapables d'expliquer comment fonctionne leur propre algorithme¹⁰⁸. Les exigences de transparence, d'ouvrir la « boîte noire », deviennent désormais des objectifs en elles, et dépassent leur rôle de simple moyen pour le régulateur¹⁰⁹.

§2 : La relation tendue avec la facilitation de l'innovation

Comme on a déjà évoqué, le Règlement DSA s'efforce de clarifier que cet environnement en ligne sûr, prévisible et fiable « *facilite l'innovation* »¹¹⁰. Même s'il serait possible de déduire du libellé de l'article premier du Règlement, qui, pour rappel, énonce que « [Le DSA] *a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur des services intermédiaires en établissant des règles harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable qui facilite l'innovation [...]* », que la facilitation de l'innovation n'est qu'un autre caractéristique de l'environnement numérique promis par le DSA, en réalité elle est conçue plutôt comme une conséquence du rapprochement des législations. Cela est mis en évidence dans le considérant 4 du DSA, qui dispose que « *il convient d'établir un ensemble ciblé de règles obligatoires uniformes, efficaces et proportionnées au niveau de l'Union. Le présent règlement crée*

¹⁰⁶ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 704 et CAUFFMAN Caroline et GOANTA Catalina, « A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection », *European Journal of Risk Regulation*, 2021, pp. 758 et 759.

¹⁰⁷ BLANDIN-OBERNESSER Annie, *op. cit.*, p. 695.

¹⁰⁸ PIQUARD Alexandre et LELOUP Damien, « Comment l'algorithme de Facebook échappe au contrôle de ses créateurs », sur *Le Monde* (en ligne), publié le 3 novembre 2022, consulté le 10 juin 2024.

¹⁰⁹ BLANDIN-OBERNESSER Annie, *op. cit.*, p. 695.

¹¹⁰ Règlement DSA, article premier, paragraphe 1.

les conditions nécessaires à l'émergence et au développement de services numériques innovants dans le marché intérieur ». Dès lors, les règles harmonisées instaurant l'environnement en ligne sûr, prévisible et fiable conduisent à la facilitation de l'innovation.

Le thème de l'innovation est repris plusieurs fois dans le DSA. Il figure, à part de son article premier relatif à l'objet du DSA et le considérant 4, dans encore deux considérants, à savoir le considérant 9 relatif au caractère juridique du Règlement en tant qu'acte harmonisant pleinement les législations nationales (et, partant, ne permettant aucune législation nationale sur les mêmes sujets, sauf exception expresse) et le considérant 109 relatif aux missions des autorités nationales compétentes pour la mise en œuvre des objectifs du Règlement. La volonté du législateur européen de se montrer amical envers l'innovation technologique est évidente, même si aucune justification particulière, ou, en réalité, convaincante n'est donnée par le Règlement ou son exposé des motifs¹¹¹ relative à la façon dont l'établissement des règles harmonisées créant un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable contribue à l'innovation technologique. En tout état de cause et en reprenant la place centrale des droits fondamentaux pour l'environnement numérique que le Règlement est censé instaurer, on pourrait conclure que le Règlement assume la tâche de conjuguer les droits fondamentaux et l'innovation¹¹².

Les références répétées du Règlement à la facilitation de l'innovation ne devraient pas surprendre. Le souci de ne pas entraver le développement des services numériques était présent lors de l'adoption de la Directive e-Commerce et a conduit à l'absence d'encadrement juridique strict des services numériques et au régime juridique bienveillant qu'on a déjà évoqué (dans la **Section 1, §1** de l'introduction).¹¹³ Certains ont même fait l'argument que ce souci « paralysait » depuis longtemps une action plus interventionniste sur les services numériques¹¹⁴. Dans ce contexte, l'objectif de promouvoir l'innovation, répété plusieurs fois dans le Règlement, sans que, pour autant, le raisonnement du Règlement soit très clair, vise à répondre à des critiques possibles basées sur un futur ralentissement de l'innovation. En ce sens, il est également clarifié que les exigences du DSA, sont « neutres » sur le plan technologique (ce qui implique qu'ils ne nécessitent pas d'adaptation des outils technologiques déjà employés par les

¹¹¹ Dans l'exposé des motifs, l'innovation est mentionnée comme objectif de la Proposition de règlement et elle est liée, comme il fut retenu dans le Règlement lui-même, à l'harmonisation des législations nationales et à la « surveillance appropriée » des services numériques par les autorités publiques compétentes. Aucun argument n'est fait afin de soutenir la position selon laquelle la surveillance appropriée des services numériques contribue à l'innovation technologique.

¹¹² En ce sens, TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 704.

¹¹³ CARRE Stéphanie, *op. cit.*, p. 273 et TINIÈRE Romain, *op. cit.*, pp. 704-705.

¹¹⁴ NAVARO AUBOURTIN Quentin et WEILL Mathieu, « Régulation des plateformes numériques : le moment européen », *Réalités Industrielles*, 2021, p. 37.

fournisseurs des services intermédiaires) et, par conséquent, n'entravent pas l'innovation en exigeant le changement des moyens techniques¹¹⁵.

§3 : Le bon fonctionnement du marché intérieur comme but final et l'honnêteté douteuse de la Commission

En reprenant l'article premier du Règlement DSA, on retrouve l'objet final de ce dernier : le bon fonctionnement du marché intérieur des services intermédiaires. Cela est lié, bien évidemment, à la base juridique du Règlement, qui est l'article 114 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne¹¹⁶, concernant l'harmonisation du marché intérieur. Dans sa proposition du DSA, la Commission clarifie que son objectif principal est d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, notamment en ce qui concerne la fourniture de services numériques transfrontières¹¹⁷, et présente en justification le risque de fragmentation des législations nationales.

Il n'est pas du tout clair qu'il ne faudrait pas s'interroger sur l'honnêteté de la Commission européenne, quant à ses assurances portant sur la place centrale des objectifs économiques dans les motifs de l'adoption du DSA. La tentation de limiter les objectifs du Règlement DSA au seul niveau économique¹¹⁸ et de l'analyser uniquement sous l'angle de l'économie numérique et ses particularités¹¹⁹ est grande. Néanmoins, comme on a déjà évoqué, les enjeux auxquels souhaite répondre le DSA dépassent les défaillances du marché numérique et sont vêtus d'un caractère social, avec une forte incidence sur les droits fondamentaux des utilisateurs. La référence du DSA aux droits fondamentaux des destinataires, dans ses considérants (voir *supra*, sous §I) et dans ses dispositions substantielles (voir par exemple l'article 34, paragraphe 1, point b) du Règlement, qui élève les incidences négatives sur les droits fondamentaux des utilisateurs comme point essentiel de l'évaluation des risques à laquelle sont soumises les très grandes plateformes en ligne) est incessante. L'insistance du DSA sur la

¹¹⁵ Règlement DSA, considérant 4 *in fine*.

¹¹⁶ Proposition du Règlement DSA, 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, exposé des motifs, pp. 6-8. L'article 114 TFUE, avec l'article 115 TFUE, est la base juridique de la compétence attribuée à l'Union dans le domaine du marché intérieur. Pour une interprétation concise de cette disposition, voir MARTUCCI Francesco, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Presses universitaires de France, 2021, pp. 310-315, où il est reconnu que « L'article 114 TFUE permet [...] une large marge de manœuvre au législateur de l'Union ce qui n'est pas sans poser des questions de délimitation de compétences ». Voir également KELLERBAUER Manuel, « Article 114 », in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford University Press, 2019, pp. 1235-1255 et.

¹¹⁷ Proposition du Règlement DSA, 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, exposé des motifs, pp. 6-8.

¹¹⁸ En ce sens, DREYER Emmanuel, « Règlement sur les services numériques (DSA) : premiers éléments de présentation », *Légipresse*, 2022, p. 601, note de bas 2.

¹¹⁹ EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, pp. 989-990.

problématique des droits fondamentaux en ligne semble justifier une position selon laquelle les finalités non purement économiques du Règlement sont au moins aussi importantes que ses finalités concernant l'harmonisation des règles afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Avec ces objectifs dépassant les considérations économiques pures, le DSA semble avoir « *visé les étoiles* »¹²⁰.

Il est vrai que le DSA promet également une facilitation de l'innovation, ce qui semble l'éloigner du souci de protéger les droits fondamentaux des utilisateurs. Toutefois, le lien entre l'encadrement imposé par le DSA et le soutien à l'innovation n'est pas clair. Si l'on accepte l'idée selon laquelle une régulation trop restrictive fut évitée par la Directive e-Commerce pour que l'innovation technologique ne soit pas entravée, aucun argument précis n'est présenté ni dans le Règlement, ni dans la proposition de la Commission quant à la facilitation de l'innovation résultant du DSA. Dans la proposition, le thème de l'innovation est repris plusieurs fois, et à chaque fois il est lié aux bénéfices de l'harmonisation au niveau européen, contrairement à une possible fragmentation nationale du cadre juridique pour les services numériques¹²¹. Cette explication nous ne semble pas convaincante, car elle paraît ignorer la réalité juridique avant l'adoption du DSA : en effet, un paysage juridique fragmenté au sein de l'UE, où chaque État membre aurait sa propre législation nationale pour le numérique entraînerait des coûts importants pour les fournisseurs, afin qu'ils puissent proposer leurs services de manière licite à tous les États membres. Néanmoins, cela n'était pas le cas : même si certains États avaient commencé à adopter de la législation sur la modération des contenus¹²², le contexte international était l'absence des règles strictes et contraignantes, spécifiques à la fourniture des services numériques. Le DSA a remplacé l'absence des règles par un ensemble des règles expansives et restrictives. Ce faisant, il a démontré que ses préoccupations principales ne relevaient pas d'un souci de protéger les opérateurs innovants du marché, mais de les encadrer afin de protéger les destinataires de leurs services.

Pour nous, le DSA est plutôt motivé par la nécessité de protéger les destinataires européens des risques inhérents au monde des services numériques que par le souci de créer un « *level playing field* » pour les fournisseurs¹²³. En choisissant de mettre le point

¹²⁰ *ibidem*, p. 1024.

¹²¹ Proposition du Règlement DSA, 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, exposé des motifs, pp. 3, 6, 12, 13.

¹²² Voir *supra*, dans la **Section 1** de l'introduction.

¹²³ En effet, la conjugaison des libertés économiques avec des préoccupations non-purement économiques est l'essence du droit de la régulation. Voir en ce sens, LASSERRE Bruno, « Vers un droit de la régulation moderne, efficace et protecteur », in *La scène juridique : harmonies en mouvement – mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p 387 : « *l'esprit de la régulation est ainsi d'assurer l'effectivité du principe de libre concurrence et la croissance des secteurs économiques concernés en même temps que la protection des intérêts publics non économiques comme la sauvegarde des libertés fondamentales, les droits des consommateurs ou la sécurité* ».

sur la protection des destinataires, au lieu de le mettre sur le bon fonctionnement de l'économie et le développement des opérateurs, l'UE adopte en réalité une mission d'intérêt général, qui implique un certain degré d'encadrement, voire de restriction, des libertés économiques des opérateurs, par l'imposition des obligations à ceux-derniers¹²⁴. Une telle mission, qui relève de la conception la plus traditionnelle de la puissance publique¹²⁵, témoigne ainsi un retour de celle-ci. En ce faisant, la nouvelle réglementation européenne s'oppose à une conception étroite du rôle qui est le sien, limité à l'assurance du libre fonctionnement du marché sans intervention publique, et vise à servir la société au sens large en régulant de façon dynamique et assez interventionniste¹²⁶ les fournisseurs des services intermédiaires en ligne.

Section 2 : Les entités visées et la structure stricte adoptée

Après avoir présenté *supra* les finalités non-purement économiques du Règlement, il convient de nous tourner vers la question de savoir à qui ce dernier s'adresse-t-il. Autrement dit, il y a lieu de présenter, de manière concise, les entités régulées par le DSA et la nature juridique des obligations leurs incombant, afin de mieux pouvoir concevoir de l'environnement normatif.

Dans un premier temps, il y a lieu de nous référer au champ d'application matériel du Règlement, à savoir les « *services intermédiaires en ligne* » (§1). Les fournisseurs de tels services sont, par ailleurs, divisés en plusieurs sous-catégories, suivant l'« *approche par couches* » adoptée par le Règlement (§2). Enfin, une présentation brève de la nature des obligations substantielles pesant sur les entités régulées s'impose également (§3).

¹²⁴ Selon une définition de l'intérêt général, dans NAZIROGLOU Georgios, *Intérêt personnel et intérêt général dans l'office du juge administratif*, thèse de doctorat, droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2021, paragraphe 35 et références y citées, l'intérêt général est « *considéré comme avantageux et profitable pour la collectivité, qui est entendue comme extérieure et supérieure aux personnes qui la composent* » et il « *nécessite la médiation d'une instance capable de définir un projet collectif, c'est-à-dire l'État* ». En imposant des règles restrictives aux fournisseurs des services intermédiaires, le DSA assume pleinement ce rôle, traditionnellement consacré à l'État : il porte un projet collectif, celui de la régulation des services intermédiaires, et le fait par une restriction des intérêts particuliers des fournisseurs.

¹²⁵ Certains auteurs ont même lié la notion d'intérêt général à la souveraineté elle-même, qui est, par ailleurs, la notion centrale de la puissance publique étatique. Voir PLESSIX Benoît, « Intérêt général et souveraineté », in *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 519-528.

¹²⁶ Selon HILTUNEN Miika, « Social Media Platforms within Internal Market Construction: Patterns of Reproduction in EU Platform Law », *German Law Journal*, p. 1242, le DSA intensifie la logique interventionniste, au nom des intérêts publics.

§1 : Le champ d'application matériel du Règlement, ou la quasi-totalité des services en ligne

Le champ d'application du DSA est défini dans son article 2, paragraphe 1, et couvre les services intermédiaires proposés aux destinataires du service dont le lieu d'établissement est situé dans l'Union ou qui sont situés dans l'Union, quel que soit le lieu d'établissement des fournisseurs de ces services intermédiaires. On peut distinguer deux aspects dans ce champ d'application : la question de la portée extraterritoriale du Règlement (champ d'application territorial) et la définition d'un service intermédiaire (champ d'application matériel). Une analyse approfondie de l'application extraterritoriale du DSA dépasse les objectifs du mémoire ci-présent¹²⁷.

En se tournant vers le champ d'application matériel, on se rend compte qu'il est défini par une référence aux sous-catégories des services qui le composent. Aucun critère unifiant ces catégories n'est donné, à part de la précision faite dans le considérant 5 du Règlement qu'il s'agit des « *certain services de la société de l'information* »¹²⁸. Dès lors, il convient d'examiner les sous-catégories mentionnées par le DSA. De manière générale, les services intermédiaires sont divisés en trois catégories : les services de « *simple transport* », les services de « *mise en cache* » et les services de « *hébergement* ». ¹²⁹ Ces notions étaient déjà présentes lors de l'ancienne Directive e-Commerce, et leur portée semble demeurer inchangée¹³⁰. De toute façon, et probablement dans un souci d'éviter tout risque d'interprétation différente des définitions des services visés dans les deux textes (DSA et Directive e-Commerce), les articles 12 jusqu'à 14 de la Directive, relatifs à ces mêmes notions, sont abrogés¹³¹.

Le Règlement contient des définitions pour chaque type de service intermédiaire. Plus précisément, un service de simple transport consiste à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou à fournir l'accès à un réseau de communication¹³². Ce qui importe pour la qualification comme service de simple transport est l'absence d'intervention du fournisseur sur le contenu de la transmission, l'absence de choix de destinataire, et, évidemment, le fait que le

¹²⁷ Pour une présentation du champ d'application territorial du Règlement, voir DUBOUT Édouard, « Modérer la modération : le *Digital Services Act* ou la civilisation du numérique », *RTDEur*, 2023, pp. 23-27.

¹²⁸ Ce considérant renvoie à la Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 « *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information* », JOUE L 241/1. Cette directive définit les services de la société de l'information ainsi : « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* » (article premier, paragraphe 1, point b).

¹²⁹ Règlement DSA, article 3, point g).

¹³⁰ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 23-24, point 6.

¹³¹ Règlement DSA, article 89.

¹³² Règlement DSA, article 3, point g), sous i).

fournisseur n'est pas à l'origine des informations transmises¹³³. Cette définition couvre plusieurs services de la société de l'information, comme les points d'accès à Internet sans fil (*WiFi Hotspots*)¹³⁴.

Concernant les services de mise en cache, elles portent également sur la transmission des informations, cependant en impliquant aussi le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de ces informations, effectué dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ces informations à d'autres destinataires à leur demande¹³⁵. Les services de mise en cache sont des services spécialisés, essentiels pour le fonctionnement fluide d'Internet¹³⁶ et comprennent par exemple les serveurs mandataires d'adaptation de contenus¹³⁷.

Finalement, les services d'hébergement sont définis comme les services de stockage des informations fournies par un destinataire du service à sa demande¹³⁸. Des exemples courants des services d'hébergement sont les services en nuage (*Cloud*) et les services permettant le partage d'informations et de contenus en ligne¹³⁹.

Les trois catégories principales des services intermédiaires, à savoir les services de simple transport, de mise en cache et d'hébergement constituent le champ d'application matériel du Règlement DSA. En effet, la combinaison de ces trois catégories semble couvrir la quasi-totalité des services numériques. Il est difficile à penser à un autre service « *de la société de l'information* » qui ne soit pas couvert par une de ces catégories définies de manière très étendue.

Néanmoins, la catégorisation et la division des services visés ne s'arrête pas là, car le DSA distingue plusieurs sous-catégories des services au sein des services d'hébergement, sans pour autant élargir son champ d'application matériel. Il convient de se tourner maintenant à la hiérarchie des fournisseurs des services intermédiaires, qui correspond au régime juridique applicable à eux.

¹³³ Voir Règlement DSA, article 4, paragraphe 1.

¹³⁴ Règlement DSA, considérant 29.

¹³⁵ Règlement DSA, article 3, point g), sous ii).

¹³⁶ Règlement DSA, considérant 29.

¹³⁷ *loc. cit.*

¹³⁸ Règlement DSA, article 3, point g), sous iii).

¹³⁹ Règlement DSA, considérant 29.

§2 : La hiérarchie stricte des fournisseurs de services intermédiaires et l' « approche par couches »

Le Règlement DSA adopte une structure « *taillée sur mesure* »¹⁴⁰ concernant le cadre juridique imposé aux fournisseurs des services intermédiaire. L'articulation asymétrique de ces régimes juridiques est fondée sur des critères qualitatifs (par exemple, la différence entre hébergeur et plateforme) et quantitatifs (par exemple, la différence entre plateforme et très grande plateforme). En général, les régimes qu'impose le Règlement se divisent en quatre niveaux d'intensité croissante¹⁴¹ : le régime applicable à tous les fournisseurs des services intermédiaires, le régime applicable à tous les fournisseurs de services d'hébergement, le régime applicable à toutes les plateformes et le régime applicable aux très grandes plateformes et très grands moteurs de recherche en ligne¹⁴². Autrement, dit, l'emplacement de chaque fournisseur sur la pyramide des services intermédiaires correspond directement à la sévérité du régime juridique lui incombant. Il convient de souligner que la catégorie à laquelle appartient chaque fournisseur, et, partant, le régime réglementaire auquel il est soumis, sont défini de manière stricte dans le DSA, sans ambiguïté ou possibilité de dérogation.

Afin de mieux concevoir la structure graduelle du Règlement, il convient de définir les différentes catégories de fournisseurs des services intermédiaires visées par le DSA et leur place dans la structure générale de ce dernier¹⁴³.

La catégorie la plus expansive, qui est identique avec le champ d'application matériel du Règlement, est celle des fournisseurs des services intermédiaires en ligne (voir *supra*, §I). Cette catégorie générale est divisée¹⁴⁴ en trois sous-catégories, à savoir en services de simple transport, services de mise en cache et services d'hébergement, comme on a déjà évoqué. Les fournisseurs des services d'hébergement sont soumis à des obligations particulières par rapport aux autres types de services intermédiaires (simple transport et mise en cache)¹⁴⁵.

Dans la sous-catégorie des services d'hébergement, le Règlement distingue la catégorie des services de plateforme. Il s'agit de la notion centrale du DSA : c'est la régulation des plateformes spécifiquement qui est considérée comme son objectif principal, et non

¹⁴⁰ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴¹ CARRE Stéphanie, *op. cit.*, p. 274

¹⁴² *loc. cit.*

¹⁴³ Dans un souci de précision, il faut mentionner que le Règlement catégorise les services intermédiaires, et non leurs fournisseurs directement. Cependant, pour des raisons de clarté, et vu que le Règlement adresse ses exigences aux fournisseurs (ce qui est logiquement nécessaire), on parle ici d'une catégorisation des fournisseurs.

¹⁴⁴ Règlement DSA, article 3, point g).

¹⁴⁵ Voir *infra*, dans le **Chapitre 2, Section 2**. Voir également Règlement DSA, articles 16-18.

la régulation des services intermédiaires en général, ou la régulation des hébergeurs qui ne sont pas, pour autant, des plateformes¹⁴⁶.

Quant à la définition d'un tel service, le DSA dispose qu'un service de plateforme est un service d'hébergement qui, à la demande d'un destinataire du service, stocke et diffuse au public des informations¹⁴⁷. Ce qui différencie une plateforme d'un simple service d'hébergement est cette notion de diffusion au public¹⁴⁸, qui est un critère qualitatif et est défini comme le fait de mettre des informations à la disposition d'un nombre potentiellement illimité de tiers, à la demande du destinataire du service ayant fourni ces informations¹⁴⁹. Autrement dit, les plateformes sont les services en ligne qui servent d'interface¹⁵⁰ entre les utilisateurs d'Internet. Cette définition est censée regrouper tous les réseaux sociaux, ainsi que les places de marché en ligne¹⁵¹. Cependant, les services en nuage, ne sont pas censés diffuser au public les informations qu'ils stockent, et, par conséquent, ne sont pas de plateformes, mais des simples hébergeurs¹⁵².

Il importe de souligner qu'une exception importante à la définition de plateforme est prévue dans le DSA, à savoir la diffusion « *purement accessoire* » d'un autre service¹⁵³. Le DSA lui-même offre un exemple éclairant : la section des commentaires aux articles d'un journal en ligne ne devrait pas être considéré comme un service de plateforme, même s'il s'agit de stockage et diffusion au public des informations, car ce service est purement accessoire au service principal, qui est la diffusion des articles rédigés par le journal¹⁵⁴. Toutefois, les commentaires sur un réseau social font partie intégrale du service rendu par ce dernier, et, par conséquent, ne peuvent pas bénéficier de cette exemption¹⁵⁵.

Enfin, dans la catégorie de plateformes en ligne, le Règlement distingue encore deux sous-catégories : les plateformes en ligne permettant aux consommateurs de conclure

¹⁴⁶ Cela est témoigné par les titres des articles écrits sur le Règlement, à la fois anglophones et francophones qui présentent le DSA comme un outil de régulation des plateformes, principalement. En tant qu'exemples, voir DURAND VIEL Laure, « Le DSA (règlement européen sur les services numériques), une étape majeure dans la régulation des plateformes numériques », *Légipresse hors série*, 2022, pp. 53-61, NUNZIATO Dawn, *op. cit.*, NAVARO AUBOURTIN Quentin et WEILL Mathieu, *op. cit.*, BLANDIN-OBERNESSER Annie, *op. cit.*, TINIÈRE Romain, *op. cit.*, et DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*

¹⁴⁷ Règlement DSA, article 3, point g), sous iii).

¹⁴⁸ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 24-25, point 7.

¹⁴⁹ Règlement DSA, article 3, point k).

¹⁵⁰ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵¹ Règlement DSA, considérant 13.

¹⁵² *loc. cit.*

¹⁵³ Règlement DSA, article 3, point i).

¹⁵⁴ Règlement DSA, considérant 13.

¹⁵⁵ *loc. cit.*

des contrats à distance avec des professionnels et les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne¹⁵⁶.

Concernant les plateformes en ligne permettant aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec des professionnels, elles sont liées à des obligations spécifiques, concernant surtout la traçabilité des professionnels afin de protéger les consommateurs en ligne¹⁵⁷. Une analyse détaillée de leur régime juridique échappe aux objectifs du présent mémoire. Quant aux très grandes plateformes et moteurs de recherche en ligne, leur définition et les obligations particulières qui leur incombent font partie d'une analyse approfondie *infra* (dans la **Partie II**), vu que leur régime juridique traduit une atténuation de la logique *ex ante* pure présente dans le reste du Règlement, en combinaison avec une approche par les risques, et nécessite, dès lors, une juxtaposition détaillée avec les dispositions analysées dans cette partie du mémoire.

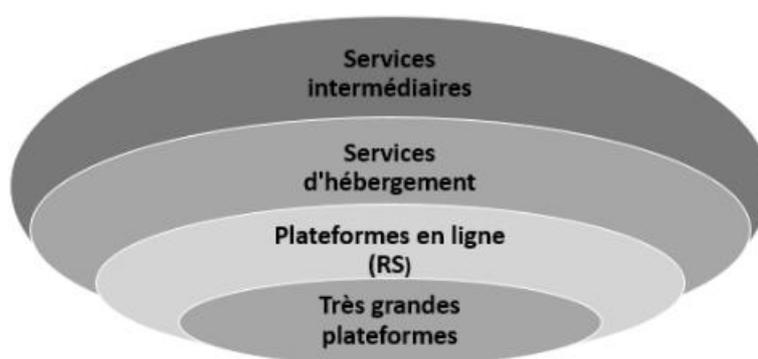


fig. 1 : La structure des services couverts par le Règlement. En dehors des services d'hébergement, les services intermédiaires comprennent également les services de simple transport et les services de mise en cache. Source : Conseil d'État, op. cit. p. 71.

§3. Cartographie générale des dispositions substantielles et de leur nature diversifiée

Après avoir présenté les différentes catégories et sous-catégories de fournisseurs visées par le Règlement, il convient d'exposer les régimes juridiques définis dans celui-ci pour chacune de ces catégories. Notre analyse est forcément courte, et a pour but d'esquisser les grandes lignes de ces règles, vu qu'une analyse plus détaillée, en lien avec la problématique du mémoire, est tentée par la suite (dans le **Chapitre 2**).

¹⁵⁶ Par précision juridique, il faut noter que les très grands moteurs de recherche en ligne ne sont pas une sous-catégorie de plateformes. Pour leur définition et la place des moteurs de recherche en ligne sur la pyramide d'ascension normative instaurée par le DSA, voir *infra*, **Partie II, Chapitre 1, Section 1**.

¹⁵⁷ Règlement DSA, article 30.

Les dispositions du DSA se divisent en trois types¹⁵⁸ : les dispositions relatives à la responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires et les dispositions relatives au devoir de « diligence » des hébergeurs, des plateformes et de très grandes plateformes en ligne font la partie substantielle de ce dernier. La troisième catégorie des dispositions relatives à l'organisation de sa propre mise en œuvre par les autorités européennes et nationales, ne fait pas partie de l'analyse tentée par ce mémoire, comme on a déjà précisé lors de l'introduction.

Les dispositions régissant la responsabilité civile des fournisseurs ne s'alignent pas clairement avec la double nature, à la fois procéduralisante et *ex ante* des obligations de diligence applicables à tout fournisseur de service intermédiaire (sauf, comme on a déjà évoqué, les fournisseurs des services de très grandes plateformes en ligne ou de très grands moteurs de recherche en ligne). Partant, une analyse approfondie n'est pas visée par le mémoire ci-présent, elles sont, pour autant, présentées brièvement *infra* (dans la **Section 3**) en tant que considération liminaire, en dehors des distinctions entre approche par les risques et approche procéduralisante et entre régulation *ex ante* et intervention *ex post*.

Les obligations de diligence figurent dans le chapitre III du Règlement et se déclinent en sévérité en fonction de l'emplacement de chaque fournisseur dans la pyramide des services intermédiaires, ce qui permet de conclure à une « *approche par couches* »¹⁵⁹ adoptée par le DSA. Un fournisseur de services de mise en cache, par exemple, est concerné uniquement par les obligations imposées à tous les fournisseurs des services intermédiaires, figurant dans la section 1 dudit chapitre. Au contraire, un fournisseur des services d'hébergement est soumis à la fois aux exigences pesant sur tous les fournisseurs des services intermédiaires, et à celles pesant spécifiquement aux fournisseurs des services d'hébergement. De manière plus générale, dans la mesure où les fournisseurs de services intermédiaires entrent dans un certain nombre de catégories différentes en raison de la nature de leurs services et de leur taille, ils devraient respecter toutes les obligations correspondantes du présent règlement se rapportant à ces services¹⁶⁰.

Section 3 : La responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires et la notion du contenu illicite en tant qu'observations liminaires importantes

Afin de mieux pouvoir concevoir de l'importance des obligations de diligence imposées aux entités régulées, il convient de faire, en guise d'introduction, une courte

¹⁵⁸ CARRE Stéphanie, *op. cit.*, p. 273.

¹⁵⁹ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 40-41, point 32.

¹⁶⁰ Règlement DSA, considérant 41.

présentation du régime de responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires. Comme on a déjà évoqué, ces dispositions n'imposent pas d'obligations aux opérateurs, et, partant, ne peuvent pas être interprétées sous l'angle de la vocation procéduralisante et *ex ante* des obligations de diligence présentées *infra*. En outre, vu que le régime de responsabilité civile est repris presque à l'identique de l'ancienne Directive e-Commerce, ce sujet fut déjà abordé de manière très détaillée à travers des années, à la fois au niveau académique et jurisprudentiel¹⁶¹. Il en va de même pour l'exclusion d'une obligation de surveillance généralisée sur les contenus en ligne. Une analyse approfondie de ces régimes, avec référence à leur évolution jurisprudentielle dans le temps, échappe aux objectifs du présent mémoire. Ils sont présentés brièvement en tant qu'observation liminaire (§1).

De la même façon, il convient de se référer brièvement à la notion du contenu illicite, qui irrigue la totalité des dispositions du Règlement visant la modération des contenus en ligne. En réalité, il s'agit de l'une catégorie des contenus en ligne que les fournisseurs sont tenus de modérer, l'autre étant les contenus contraires aux conditions générales des fournisseurs (§2).

§1 : L'exemption de responsabilité civile des fournisseurs comme un choix décevant, cependant justifié

Le chapitre II (articles 4-10) du Règlement DSA est consacré au régime de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires. Le Règlement instaure un régime étendu d'exemption de responsabilité civile¹⁶², qui comprend une disposition-clé, concernant l'absence d'obligation de surveillance générale sur les contenus¹⁶³. Ce régime est complété par une double possibilité d'injonction de la part de l'État concernant l'action contre les contenus illicites¹⁶⁴ et la fourniture des informations¹⁶⁵.

Le DSA exempte de la responsabilité civile tous les types de services intermédiaires, à savoir les services de simple transport, de mise en cache et d'hébergement¹⁶⁶. Chaque type de service intermédiaire est soumis à ses propres conditions pour cette

¹⁶¹ À titre indicatif, une présentation du régime de la responsabilité civile des fournisseurs, ainsi que des limites de l'interdiction d'une obligation de surveillance générale sur les contenus peut être trouvée dans DUBOUT Édouard, *op. cit.*, pp. 11-13 et DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 28-39, points 15-18, CASTETS-RENARD Céline, « Commerce électronique », *Répertoire Dalloz de droit européen* (en ligne), 2016, consulté le 12 juin 2024, points 97-95, ainsi que dans GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, PAILLER Ludovic, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2023, p. 1002-1026.

¹⁶² Règlement DSA, articles 4-7.

¹⁶³ Règlement DSA, article 8.

¹⁶⁴ Règlement DSA, article 9.

¹⁶⁵ Règlement DSA, article 10.

¹⁶⁶ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 27-28, point 14.

irresponsabilité, qui sont quasi-identiques à celles prévues par l'ancienne Directive e-Commerce¹⁶⁷. Le critère décisif qui irrigue toutes les conditions d'irresponsabilité est le rôle passif et neutre du fournisseur du service¹⁶⁸. Concernant plus précisément le régime pour les hébergeurs, leur responsabilité ne saurait être engagée que si le fournisseur ait effectivement connaissance de l'activité illégale ou du contenu illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas conscience de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illégale ou le contenu illicite est apparent¹⁶⁹, ou s'il n' agisse pas promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible, dès le moment où il en prend conscience¹⁷⁰. Ces conditions, reprises à l'identique de la Directive e-Commerce¹⁷¹, réaffirment le principe selon lequel seule une connaissance positive et concrète d'un contenu illicite spécifique pourrait écarter cette exemption de responsabilité pour un hébergeur¹⁷². Ce régime très bénéfique aux fournisseurs de services intermédiaires illustre le choix du DSA de ne pas imposer d'obligation de surveillance générale aux fournisseurs sur les informations qu'ils traitent¹⁷³.

Ce choix du Règlement peut paraître décevant¹⁷⁴. Le DSA s'appuie toujours sur la distinction binaire, la *summa divisio*¹⁷⁵, faite dans la Directive e-Commerce entre « éditeur », qui sélectionne les contenus activement, et « hébergeur », qui se contente de mettre à disposition des informations produites par les autres sans intervention de sa part¹⁷⁶. Cette qualification juridique des grandes plateformes comme hébergeurs censés neutres et passifs est considéré par certains comme « *totalelement inappropriée au regard du rôle très structurant de la vie économique et sociale qui est devenu le leur* »¹⁷⁷. Toutefois, plusieurs justifications de ce choix du DSA peuvent être prises en compte, comme la « neutralité » des hébergeurs, encore considérée comme existante par certains¹⁷⁸ ou une possible entrave à l'innovation¹⁷⁹ ou à la liberté des hébergeurs

¹⁶⁷ *Ibidem*, point 15 et GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, PAILLER Ludovic, *op. cit.*, p. 1000, point 1317 *in fine*.

¹⁶⁸ Voir par exemple la condition de ne pas modifier les informations transmises, qui est commune pour les services de simple transport et de mise en cache : Règlement DSA, article 4, paragraphe 1, point c) et article 5, paragraphe 1, point a).

¹⁶⁹ Règlement DSA, article 6, paragraphe 1, point a).

¹⁷⁰ Règlement DSA, article 6, paragraphe 1, point b).

¹⁷¹ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 28-30, point 16.

¹⁷² DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 603, point 6.

¹⁷³ Règlement DSA, article 8.

¹⁷⁴ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 164. Certains auteurs ont conclu que, par sa répétition presque à l'identique, le cadre instauré par la Directive e-Commerce n'est pas seulement conservé, mais renforcé, en raison de l'effet uniforme et directe d'un Règlement, contrairement à une Directive. Voir, en ce sens, BLUMANN Claude, DUBOIS Louis et RUBIO, Nathalie, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2024, point 1021.

¹⁷⁵ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁶ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, pp. 704-705.

¹⁷⁷ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁸ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 602, point 5.

¹⁷⁹ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 705.

d'exercer une activité commerciale¹⁸⁰. Selon nous, la justification la plus convaincante serait celle de l'opportunité (ou, plutôt, de l'inopportunité) d'accorder à une entreprise privée le rôle de « censeur général » de la communication en ligne¹⁸¹. Compte tenu des enjeux démocratiques de l'innovation technologique (voir *supra*, dans l'introduction), et des risques systémiques pour la liberté d'expression présents dans les très grandes plateformes (voir *infra*, dans la **Partie II, Chapitre 1, Section 2**), une surveillance généralisée de leur part pourrait bien conduire à des abus.

Le régime défini dans le chapitre II du Règlement peut paraître trop souple, et, partant, témoignant d'une réserve importante du DSA, qui nuit à ses ambitions plus interventionnistes. Néanmoins, il ne s'agit que de la première partie des dispositions substantielles de celui-ci. Il a même été proposé que le maintien de ce régime souple fait partie d'un compromis de la part de la Commission¹⁸² : les fournisseurs des services intermédiaires continuent de jouir des exemptions larges de responsabilité civile, mais ils sont soumis à des règles ciblées de diligence. Ce sont ces règles de diligence qui sont au cœur du Règlement.

§2 : La non-harmonisation de la notion du contenu illicite et sa justification juridique technique

En tournant vers la notion du contenu illicite, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une notion centrale pour le Règlement, vu que la lutte contre de tels contenus est liée à l'accomplissement d'un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable¹⁸³. Un contenu illicite est défini comme « *toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit* »¹⁸⁴. Il convient de faire deux précisions sur cette définition :

Premièrement, il s'agit d'une conception très large, qui correspond *grosso modo* à ce qui est illicite hors ligne¹⁸⁵. Il comprend les contenus illicites en eux (comme le discours haineux), et les contenus qui deviennent illicites en raison de leur relation à une autre activité illicite (comme les images représentant des abus sexuels commis sur des enfants)¹⁸⁶. Deuxièmement, on constate que le législateur européen laisse de la marge

¹⁸⁰ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸¹ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 706.

¹⁸² *Ibidem*, p. 704.

¹⁸³ Règlement DSA, considérant 12.

¹⁸⁴ Règlement DSA, article 3, point h).

¹⁸⁵ Règlement DSA, considérant 12.

¹⁸⁶ *loc. cit.*

aux législateurs nationaux pour donner du sens substantiel à cette notion¹⁸⁷. Cela s'explique d'une manière juridique technique, à savoir par le manque de compétence expansive de l'UE sur le droit pénal¹⁸⁸, qui est susceptible de servir comme la base juridique la plus répandue pour un contenu illicite (comme les infractions pénales de diffamation ou des abus sexuels, pour reprendre les exemples du DSA lui-même). On ne peut pas parler, par conséquent, de manque d'ambition du DSA sur ce point, vu que son choix est justifié par les limites de la compétence législative de l'Union. En tout cas, ce renvoi à la législation nationale n'exclut pas l'intervention du droit ou du juge européens. En effet, lorsqu'une autorité nationale agit sur le fondement du Règlement (par exemple, lors d'une enquête pénale concernant la qualification d'un contenu en ligne comme illicite), elle est considérée mettant en œuvre le droit de l'Union et, alors, la Charte trouve lieu à s'appliquer pour contrôler son appréciation¹⁸⁹.

Chapitre 2 : La procéduralisation et la logique ex ante dans la quasi-totalité des obligations de diligence

Les obligations de diligence représentent la partie essentielle des dispositions substantielles du Règlement. Le DSA lui-même reconnaît qu'établir un ensemble clair, efficace, prévisible et équilibré d'obligations harmonisées de diligence¹⁹⁰, qui visent à garantir différents objectifs de politique publique¹⁹¹, est nécessaire. Ces obligations concernent l'effectivité¹⁹² du Règlement, et elles sont censées être ciblées¹⁹³, exigeantes et réalistes¹⁹⁴. Il s'agit d'une implication des fournisseurs dans la lutte contre les contenus illicites qu'ils n'ont pas générés, mais qui, en tout cas, ont été générés en utilisant leurs services¹⁹⁵. Le Chapitre III du Règlement y est consacré.

Il est difficile de diviser, *in abstracto*, les obligations de diligence en catégories claires et juridiquement distinctes, en s'appuyant strictement à leur nature juridique. En effet, la façon la plus concise de diviser les obligations de diligence est en fonction de la place de la catégorie des fournisseurs visée dans la hiérarchie des services intermédiaires. Néanmoins, si on tentait d'en faire certains regroupements, on se rendrait rapidement compte qu'un grand nombre des dispositions porte soit sur l'encadrement du pouvoir de modération des fournisseurs par la voie de la procéduralisation, soit sur des obligations de transparence du fonctionnement des services intermédiaires, surtout

¹⁸⁷ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁸ EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, p. 1000.

¹⁸⁹ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁹⁰ Règlement DSA, considérant 40.

¹⁹¹ *loc. cit.*

¹⁹² DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 31-32, point 19

¹⁹³ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 706.

¹⁹⁴ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 604, point 9.

¹⁹⁵ *loc. cit.*

concernant le pouvoir de modération. En outre, diverses autres dispositions existent concernant autres aspects du fonctionnement des services, comme les systèmes de recommandation ou les voies de communication des fournisseurs avec les autorités publiques de contrôle. Le contenu spécifique de ces dispositions, ainsi que son importance pour l'approche par la procéduralisation et l'encadrement *ex ante* que fait le Règlement sont détaillés par la suite.

Avant de nous lancer dans cette analyse, il convient de préciser ce qui est entendu par le terme « *modération* ». La modération des contenus est conçue par le Règlement comme l'ensemble des actions des fournisseurs pour la détection des contenus illicites ou incompatibles avec leurs conditions générales, et les mesures qu'ils prennent afin de lutter contre ces contenus, comme par exemple les mesures réduisant la visibilité d'un contenu ou le retirant¹⁹⁶. Le souci du DSA d'encadrer le pouvoir de modération des fournisseurs s'explique par son rôle évident quant à la lutte contre les contenus illicites, tout en influençant les droits fondamentaux des utilisateurs. Il n'est pas difficile d'envisager qu'un exercice trop limité du pouvoir de modération pourrait laisser un grand nombre de contenus illicites passer sans conséquence pour les destinataires qui sont à leur origine, ou qu'une politique de modération très restrictive, voire arbitraire, porterait atteinte à la liberté d'expression des destinataires.

Il convient, dès lors, de nous tourner vers l'analyse des obligations de diligence pesant sur les différentes catégories de fournisseurs des services intermédiaires, toujours sous l'angle de l'approche par la procéduralisation et la régulation purement *ex ante*. Tout d'abord, il convient de traiter des obligations applicables à tous les fournisseurs des services intermédiaires, qui paraissent plutôt souples (*Section 1*). Au contraire, les obligations pesant sur les fournisseurs des services d'hébergement témoignent une volonté plus dynamique du législateur européen (*Section 2*). Notre analyse s'achève avec les obligations portant sur les services de plateforme, où une atténuation de l'approche adoptée pour les autres fournisseurs est constatée (*Section 3*).

Section 1 : Les obligations de diligence applicables à tous les fournisseurs des services intermédiaires et un manque de sévérité compréhensible

Dans la première section du chapitre III du Règlement DSA, on retrouve les obligations incombant à tous les fournisseurs des services intermédiaires. On peut les distinguer en deux catégories : les obligations d'accessibilité du fournisseur (articles 11, 12 et 13 DSA) et les obligations de transparence relative à la modération des contenus (articles 14 et 15 DSA).

¹⁹⁶ Règlement DSA, article 3, point t).

Afin de garantir une communication fluide et efficace¹⁹⁷ avec le fournisseur, ce dernier est obligé de désigner un point de contact pour les autorités publiques (autorités nationales, Commission, Comité européen des services numériques)¹⁹⁸ et un pour les destinataires du service offert¹⁹⁹. Il faut faire deux précisions sur ce point : premièrement, ces points de contact sont compris d'une façon « opérationnelle », sans localisation physique, accessibles par voie électronique²⁰⁰. Deuxièmement, le point de contact pour les autorités publiques est soumis à des règles plus strictes, par rapport au point de contact conçu pour les destinataires, dans l'intérêt d'assurer une communication « *bidirectionnelle* »²⁰¹. La différence principale concerne l'exigence d'avoir des points de contact multilingues pour les autorités publiques. Dès lors, le fournisseur est tenu d'offrir la possibilité de communiquer à la fois dans une langue largement comprise dans l'Union, une autre langue officielle d'un État membre et la langue officielle de l'État membre d'établissement du fournisseur ou de son représentant légal²⁰².

L'accessibilité des fournisseurs des services intermédiaires est complétée par l'obligation de désigner un représentant légal, établi dans un État membre où les services du fournisseur sont proposés, lorsque le fournisseur n'est pas lui-même établi sur le territoire de l'Union²⁰³. Ce représentant peut être une personne physique ou morale, disposant des pouvoirs et ressources suffisants afin d'être un interlocuteur sérieux des autorités publiques²⁰⁴. Il peut servir simultanément comme point de contact, cependant ces obligations restent distinctes et chacune doit remplir ses propres conditions²⁰⁵. Ce représentant légal peut être tenu responsable des violations du DSA de la part du fournisseur, sans préjudice de la responsabilité du fournisseur lui-même²⁰⁶.

Quant aux obligations de transparence imposées à tous les fournisseurs des services intermédiaires, elles concernent essentiellement la politique de modération des contenus qu'ils appliquent. Le Règlement impose à tous les fournisseurs d'inclure dans leurs conditions générales²⁰⁷, qui sont censées couvrir l'ensemble des clauses régissant la relation contractuelle entre le fournisseur de services intermédiaires et les destinataires du service²⁰⁸, des informations « *sur les politiques, procédures, mesures et outils utilisés à des fins de modération des contenus, y compris la prise de décision*

¹⁹⁷ Règlement DSA, considérant 42.

¹⁹⁸ Règlement DSA, article 11.

¹⁹⁹ Règlement DSA, article 12.

²⁰⁰ Règlement DSA, considérant 42.

²⁰¹ *loc. cit.*

²⁰² Règlement DSA, article 11, paragraphe 3.

²⁰³ Règlement DSA, article 13, paragraphe 1.

²⁰⁴ *loc. cit.* et Règlement DSA, considérant 44.

²⁰⁵ Règlement DSA, considérant 44.

²⁰⁶ Règlement DSA, article 13, paragraphe 3.

²⁰⁷ Règlement DSA, article 14.

²⁰⁸ Règlement DSA, article 3, point u).

fondée sur des algorithmes et le réexamen par un être humain, ainsi que sur le règlement intérieur de leur système interne de traitement des réclamations »²⁰⁹. La communication de la part du fournisseur doit être rédigé dans un langage clair, simple, intelligible, aisément abordable et dépourvu d’ambiguïté²¹⁰. On peut conclure à la nécessité d’y inclure l’ensemble de la politique de modération appliquée, afin de la rendre opposable au fournisseur²¹¹. Cela implique également une obligation de tout fournisseur de créer une politique de modération, afin d’avoir quelque chose à rendre public.

Pour achever les obligations de transparence, il faut se référer brièvement au rapport annuel prévu dans l’article 15 du DSA. Ce rapport, qui concerne tous les fournisseurs des services intermédiaires en excluant seulement les microentreprises et les petites entreprises²¹², contient des informations portant sur l’ensemble des activités de modération²¹³. Il faut souligner que le contenu du rapport est clairement précisé dans le DSA, et que ce contenu est plus étendu pour certaines catégories des fournisseurs (voir l’exemple des obligations de transparence supplémentaires pour les fournisseurs des services de plateforme, *infra* dans la **Section 3, §1**)²¹⁴.

Le régime applicable à tous les fournisseurs est caractérisé comme « *très souple* »²¹⁵, ou même « [minimal] *au regard de ce qui suit* »²¹⁶. Il s’agit, en l’espèce, d’une première illustration de la logique de procéduralisation *ex ante* présente tout au long des dispositions du Règlement, à l’exception de celles portant sur les plus grandes plateformes. Ainsi, les exigences abordées ci-dessus n’influencent pas le fond de la politique de modération appliquée par les fournisseurs. Au contraire, elles visent surtout à assurer un certain niveau des garanties d’ordre procédural. Dans ces conditions, tentons d’esquisser les grandes lignes de ces aspects présents dans les dispositions abordées ci-dessus.

Premièrement, la double nature *ex ante* et procéduralisante est évidente dans le cas des dispositions du DSA sur l’accessibilité. Le raisonnement sous-tendant ces exigences, concernant les points de contact et les représentants légaux, nous paraît clair : c’est dans l’intérêt du contrôle du respect aux exigences du DSA. Prenons l’exemple des points de contact entre opérateurs et régulateurs : en effet, à quoi d’autre pourrait se référer la « *communication bidirectionnelle fluide et efficace* » que le DSA lui-même fixe comme objectif des points de contact avec les autorités publiques ? Le souci d’assurer

²⁰⁹ Règlement DSA, article 14, paragraphe 1.

²¹⁰ *loc. cit.*

²¹¹ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 605, point 13.

²¹² Règlement DSA, article 15, paragraphe 2.

²¹³ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 605, point 14.

²¹⁴ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 40-41, point 32.

²¹⁵ BERTRAND Brunessen, *op. cit.*, p. 164.

²¹⁶ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 604, point 10.

que la puissance publique aurait un interlocuteur sérieux au sein des entités régulées s'impose, dès lors, au préalable, *ex ante*, avant toute communication échouée ou réussie entre les autorités de régulation et les fournisseurs des services intermédiaires. Simultanément, il s'agit d'une obligation décidément procédurale, n'ayant aucune incidence directe sur la façon dont fonctionnent les entités régulées sur le fond.

La vocation procéduralisante est davantage claire en ce qui concerne les obligations générales de transparence énoncées ci-dessus. Effectivement, elles ne définissent pas des critères substantiels à suivre pour trouver la bonne politique de modération, notamment concernant le respect des droits fondamentaux des destinataires du service²¹⁷. Il incombe aux entreprises de tenir « *dûment compte des droits et des intérêts légitimes de toutes les parties impliquées, et notamment des droits fondamentaux des destinataires du service, tels que la liberté d'expression, la liberté et le pluralisme des médias et d'autres libertés et droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés dans la Charte* »²¹⁸. Autrement dit, les fournisseurs sont libres de limiter des contenus non-illicites (il convient de souligner que le pouvoir de définition d'un contenu illicite reste, pour la plupart, avec les États membres, voir *supra*, dans le **Chapitre 1, Section 3, §2**), en les qualifiant comme incompatibles avec leurs conditions générales²¹⁹. Les fournisseurs demeurent libres à « concevoir » leurs conditions générales de la façon dont ils veulent, sans contrainte juridique directe. Plus précisément, l'article 14, paragraphe 4, susmentionné concerne seulement l'application de leurs conditions générales, et non leur conception. Quant à la conception substantielle de celles-ci, aucune contrainte n'est énoncée, sauf dans le considérant 47, qui impose un devoir d'agir de manière « *non arbitraire et non discriminatoire et tenir compte des droits et des intérêts légitimes des destinataires du service, y compris les droits fondamentaux consacrés dans la Charte* », disposition qui, en raison de son placement dans les considérants au lieu d'un placement dans un article de substance, semble peu pratiquement contraignante. En réalité, les fournisseurs qui ne sont pas soumis à des obligations plus strictes (par exemple, ceux qui ne sont ni hébergeurs ni plateformes) peuvent adopter une politique de modération très peu encadrée. Le choix procéduralisant paraît clair, et il n'est pas sans critiques : en effet, ces constatations donnent lieu à des réflexions sur la « *privatisation de la mise en balance des droits et libertés fondamentaux* »²²⁰.

Le caractère *ex ante* est également clair. Les dispositions du Règlement portant sur le contenu du rapport annuel de transparence sont très descriptives, laissant très peu de marge de manœuvre pour les entités régulées. En outre, le rapport doit être rédigé et

²¹⁷ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 37-38, point 27.

²¹⁸ Règlement DSA, article 14, paragraphe 4.

²¹⁹ DURAND-VIEL Laure, *op. cit.*, pp. 60-61.

²²⁰ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 37-38, point 27.

publié au moins une fois par an, ce qui signifie qu'il doit se faire *sans aucun lien concret* avec une procédure en manquement aux exigences du DSA en cours. Dès lors, l'obligation générale de transparence pèse au préalable sur les opérateurs, et, ainsi, intervient de façon dynamique sur leur fonctionnement, malgré son caractère procédural.

Malgré le caractère précis et *ex ante* des obligations incombant à tous les fournisseurs des services intermédiaires, leur vocation procéduralisante, ou, plutôt, le manque d'injonction spécifique sur le fond du fonctionnement des services offerts par les entités régulées nous conduit à conclure que ce régime tend à la réserve. Toutefois, cela ne devrait pas décevoir : en effet, les fournisseurs qui sont exclusivement soumis à ce régime, à savoir les fournisseurs des services de simple transport ou de mise en cache, ne sont pas ceux qui posent la grande majorité des enjeux sociétaux du monde numérique. Les risques principaux relèvent de l'autre catégorie de fournisseur, qui est celle des hébergeurs. Pour eux, les obligations leurs incombant *ex ante* justifient une conclusion différente. C'est à ces obligations qu'on se tourne par la suite.

Section 2 : Les obligations pesant sur les fournisseurs des services d'hébergement et le progrès difficile vers un encadrement dynamique

Le Règlement DSA édicte certaines obligations de diligence pour tous les hébergeurs, qui s'ajoutent aux obligations qu'on évoque *supra*. Ces obligations portent sur l'encadrement du pouvoir de modération des hébergeurs, étant donné que la seule obligation qui incombe à tous les fournisseurs des services intermédiaires quant à leur politique de modération est d'en adopter une et de la rendre publique dans leurs conditions générales (voir *supra*, dans la **Section 1**). Le régime pour les hébergeurs comprend aussi certaines obligations de transparence intensifiées, par rapport aux autres services intermédiaires.

Le DSA fait encore une fois le choix de procéduraliser l'encadrement du pouvoir de modération. En effet, il impose aux fournisseurs des services d'hébergement d'instaurer un mécanisme en interne pour la gestion de leur contrôle sur les contenus illicites. Malgré la manière très détaillée et stricte dont les différents stades d'un tel mécanisme procédural sont décrits, qui démontre, par ailleurs, un fort accent sur la logique de la régulation *ex ante* du Règlement, les dispositions présentées ci-dessous ne touchent quasiment pas du tout à la substance de l'exercice du contrôle des contenus illicites effectué par les opérateurs. Autrement dit, le Règlement définit de façon stricte et *ex ante* la question de comment modérer les contenus, mais ne répond pas à la question de quoi modérer.

Plus précisément, l'encadrement du pouvoir de modération est censé être assuré par l'obligation d'établir des mécanismes de « notification et action »²²¹ au sein de l'hébergeur. Par « mécanismes de notification » le DSA entend des outils, mis à la disposition des utilisateurs afin de signaler, par voie électronique et facilement, à l'hébergeur « *la présence au sein de leur service d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite* »²²². Il s'agit d'une nouveauté du Règlement, qui n'existait pas dans l'ancienne Directive e-Commerce²²³. Un certain formalisme est associé à la notification de la part d'un utilisateur²²⁴ : elle doit être « *suffisamment précis[e] et dûment étayé[e]* »²²⁵ et contenir des informations précises sur l'illicéité alléguée et l'emplacement électronique du contenu, les coordonnées électroniques du notifiant et une déclaration assurant que le notifiant pense « de bonne foi » que le contenu notifié soit illicite²²⁶.

Il convient de faire deux précisions importantes : D'abord, une telle notification est censée donner connaissance du contenu illicite à l'hébergeur « *aux fins de l'article 6* »²²⁷, ce qui permet d'écarter son exemption de responsabilité civile (voir *supra*, **Chapitre 1, Section 3, §I**). Néanmoins, cet écartement de l'irresponsabilité peut seulement avoir lieu si l'illégalité du contenu est évidente « *sans examen juridique détaillé* »²²⁸. Partant, seuls les contenus « *manifestement illicites* »²²⁹ qui sont notifiés peuvent donner lieu à l'engagement de la responsabilité du fournisseur.

Deuxièmement, il faut s'interroger sur le devoir incombant à l'hébergeur d' « agir », ou, plutôt, de réagir après une telle notification. Tout d'abord, le fournisseur est tenu d'envoyer un accusé de réception de la notification²³⁰. Ensuite, et de manière plus significative, le fournisseur est tenu de prendre une décision sur la notification²³¹. Plus précisément, dans cette décision, le fournisseur « *peut décider s'il est d'accord ou non avec cette évaluation [comme contenu illicite] et s'il souhaite ou non retirer ce contenu ou rendre l'accès à ce contenu impossible ("action")* »²³². On peut distinguer les deux parties d'une telle décision ainsi : la décision sur l'illicéité du contenu et la décision sur l' « action », à savoir les mesures considérées nécessaires afin d'y remédier²³³. Il s'agit

²²¹ Règlement DSA, article 16.

²²² Règlement DSA, article 16, paragraphe 1 DSA.

²²³ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 34-35, point 22.

²²⁴ *loc. cit.*

²²⁵ Règlement DSA, article 16, paragraphe 2.

²²⁶ *loc. cit.*

²²⁷ Règlement DSA, article 16, paragraphe 3.

²²⁸ *loc. cit.*

²²⁹ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 605, point 16.

²³⁰ Règlement DSA, article 16, paragraphe 4.

²³¹ Règlement DSA, article 16, paragraphe 6.

²³² Règlement DSA, considérant 50.

²³³ Voir aussi Règlement DSA, considérant 53, qui énonce que les mécanismes de notification et action doivent « *permettre au fournisseur de services d'hébergement concerné de prendre une décision [...], en*

d'une obligation de surveillance ciblée (sur les contenus notifiés), qui récompense l'absence de mécanisme de surveillance générale (voir *supra*, dans le **Chapitre 1, Section 3, §1**)²³⁴. La partie principale de la décision de l'hébergeur après une notification porte sur les mesures qu'il compte prendre afin de remédier à l'illicéité du contenu. Ces mesures varient selon leur intensité : elles peuvent impliquer seulement une restriction de visibilité du contenu (entendue largement, par exemple par le biais d'une rétrogradation dans les systèmes de classement ou de recommandation ou d'une « démonétisation » du contenu, à savoir une restriction des recettes publicitaires associées à ce contenu²³⁵), ou bien un retrait du contenu, ou la suppression même du compte du destinataire à l'origine de contenu²³⁶. Il s'agit des mesures qui sont déjà couramment pratiquées dans la politique de modération de certaines très grandes plateformes en ligne, comme le site de partage des vidéos en ligne YouTube²³⁷.

Comme on a déjà évoqué, le DSA semble réservé quant à l'édiction des critères contraignants sur le fond de la politique de modération des fournisseurs des services d'hébergement. Malgré sa préférence, en l'espèce, pour la logique procéduralisante, on peut distinguer une tentative d'intervenir sur le fond des décisions de modération. Même s'il ne définit pas de critères concrets auxquels devrait d'appuyer tout hébergeur pour prendre une décision suivant une notification, celui-ci est tenu de prendre sa décision de manière « *diligente, non arbitraire et objective* »²³⁸, exigences qui comportent, de toute façon, des aspects substantiels. En outre, la procédure du traitement de la notification est tenue de respecter « *les droits et intérêts légitimes de toutes les parties affectées, en particulier leurs droits fondamentaux garantis par la Charte, indépendamment de l'État membre dans lequel ces parties sont établies ou résident et du domaine juridique en cause* »²³⁹, ce qui semble également sortir du champ de la procédure pure et entrer dans celui de la substance. Cependant, il est clair que le Règlement privilégie l'approche procéduralisante : même si ces dispositions peuvent paraître très protectrices des droits fondamentaux des parties concernées, vu que le DSA dans son ensemble vise à les conjuguer avec le monde numérique²⁴⁰, il y a lieu de

ce qui concerne [...] la question de savoir si ce contenu doit ou non être considéré comme un contenu illicite et s'il doit être retiré ou si l'accès à ce contenu doit être rendu impossible ».

²³⁴ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 605-606, point 17.

²³⁵ Règlement DSA, considérant 55.

²³⁶ Règlement DSA, article 17, paragraphe 1.

²³⁷ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, p. 38, point 28.

²³⁸ Règlement DSA, article 16, paragraphe 6.

²³⁹ Règlement DSA, considérant 52. Le même considérant comprend une énumération non-exhaustive des droits qui sont concernés, comme « *pour les destinataires du service, le droit à la liberté d'expression et d'information, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit à la non-discrimination et le droit à un recours effectif; pour les fournisseurs de services, la liberté d'entreprise, y compris la liberté contractuelle; pour les parties affectées par un contenu illicite, le droit à la dignité humaine, les droits de l'enfant, le droit à la protection de la propriété, y compris la propriété intellectuelle, et le droit à la non-discrimination* ».

²⁴⁰ TINIÈRE Romain, *op. cit.*, p. 704.

s'interroger sur l'absence de stipulation concernant les droits fondamentaux dans l'article 16 lui-même, et sur leur consécration indirecte, par le biais d'un considérant.

L'encadrement procédural de la modération des contenus s'achève avec une autre obligation dans laquelle l'approche procéduralisante est très claire : afin de garantir les droits fondamentaux du destinataire à l'origine du contenu illicite, le DSA prévoit une obligation d' « *exposé des motifs* », lié à la décision de restreindre de toute façon un contenu²⁴¹. Le contenu de cet exposé est détaillé dans l'article 17, paragraphe 2, DSA, et, pour l'essentiel, couvre les motifs derrière la qualification du contenu comme illicite, les faits pris en compte pour cette qualification et les recours possibles pour le destinataire, soit par un système interne des réclamations, soit par un règlement extrajudiciaire des litiges ou par un recours juridictionnel. Il s'agit d'une obligation de nature procédurale évidente, vu qu'aucune mention n'est faite sur la question de quels motifs peuvent être invoqués afin de restreindre ou non un contenu donné.

En ce qui concerne la transparence renforcée des hébergeurs quant à leur action de modération, l'article 15, paragraphe 1, sous b), prévoit la divulgation, par le biais du rapport annuel déjà évoqué *supra* (dans la **Section I**), du nombre des notifications reçues et traitées via le mécanisme de l'article 16, ainsi que les décisions prises par l'hébergeur.

Avec les obligations pesant sur les fournisseurs des services d'hébergement, le Règlement DSA s'est montré plus ambitieux. On ne saurait pas lui reprocher son choix procéduralisant sur ce point: en effet, il n'est que la conséquence logique du choix principal de laisser une large marge d'appréciation aux entités régulées quant à la définition de leur politique de modération dans leurs conditions générales. Ainsi, le DSA ne cherche pas à imposer une certaine politique de modération aux fournisseurs, mais il se borne à assurer que cette politique de modération s'exerce de manière diligente et non-arbitraire, sur la base des règles communes pour tout fournisseur. En ce sens, l'encadrement strict *ex ante* est tout à fait nécessaire et témoigne la vocation plus interventionniste du Règlement. De surcroît, des ambitions plus étendues du DSA sont également évidentes : comme on a déjà évoqué, il serait difficile d'interpréter l'exigence que les décisions suivant une notification soient prises de manière « objective » d'une façon exclusivement procédurale. Effectivement, le Règlement tente de s'immiscer dans le fonctionnement de systèmes de notification et action sur le fond. En l'espèce, selon nous, l'équilibre entre réserve et ambition, entre intervention de la puissance publique dynamique et respect pour la liberté d'entreprise et la liberté contractuelle des fournisseurs tend vers l'ambition. Cette tendance se renforce par la

²⁴¹ Règlement DSA, article 17 et considérant 54.

suite, avec les obligations encore pour restrictives imposées aux fournisseurs des services de plateforme.

Section 3 : Les services de plateforme et l'atténuation de la logique ex ante et de la procéduralisation

Dans la section 3 du chapitre III, le Règlement DSA prévoit toute une série d'obligations supplémentaires incombant uniquement aux plateformes. Il s'agit d'un environnement normatif très riche, portant sur plusieurs aspects de leur fonctionnement, même au-delà de la modération des contenus. Ainsi, leur qualification pour les objectifs du présent mémoire, à savoir leur caractérisation comme obligations purement *ex ante* ou non, et reflétant une logique uniquement procéduralisante ou non, devient complexe. Afin de mieux les présenter, interpréter et analyser, il convient de les diviser en obligations portant sur l'encadrement renforcé de la politique de modération au sens strict (§1)²⁴², obligations « périphériques » portant également sur la politique de modération (§2)²⁴³ et obligations de transparence ciblée concernant des aspects particuliers des activités des fournisseurs²⁴⁴, à savoir la publicité en ligne, le système de recommandation et les interfaces en ligne (§3)²⁴⁵. Cette présentation nous permettra de conclure à une certaine *atténuation* de la dévotion du Règlement à la régulation *ex ante* et l'approche par la procéduralisation. En effet, nous pourrions distinguer des traces d'une approche plus ambitieuse, qui sera mise à l'évidence lors de notre présentation des dispositions portant sur les « très grandes plateformes en ligne » et les « très grands moteurs de recherche en ligne » (*infra*, dans la **Partie II**)

À titre liminaire, il faut souligner que toutes les obligations pesant sur les plateformes (sauf celle de l'article 24, paragraphe 3, concernant l'accès aux données dont jouissent les autorités publiques) ne concernent pas les plateformes qui peuvent être qualifiées de microentreprises ou de petites entreprises dans le sens de la recommandation 2003/361/CE²⁴⁶, sauf si elles peuvent être qualifiées comme des très grandes plateformes²⁴⁷.

²⁴² Règlement DSA, articles 20, 21 et 24.

²⁴³ Règlement DSA, articles 22-23.

²⁴⁴ Règlement DSA, articles 26-27.

²⁴⁵ Règlement DSA, article 25.

²⁴⁶ JOUE L124/36.

²⁴⁷ Règlement DSA, article 19, paragraphes 1 et 3.

§1 : L'encadrement de la modération stricto sensu comme illustration assez claire de la combinaison de la logique ex ante et de la procéduralisation

Le législateur européen a voulu encadrer davantage le système de modération appliqué par les plateformes en ligne. Pour elles, seule l'exigence d'avoir des mécanismes de notification et action (abordés *supra*, dans la **Section 2**) ne suffit pas. En revanche, les destinataires du service de plateforme (à savoir, les utilisateurs) doivent être en mesure de « *contester facilement et efficacement certaines décisions des fournisseurs de plateformes en ligne, relatives à l'illicéité d'un contenu ou à son incompatibilité avec les conditions générales, qui ont une incidence négative pour eux* »²⁴⁸. Il s'agit de l'obligation d'instaurer un système interne de traitement des réclamations, conformément à l'article 20 du Règlement. Le choix de ce dernier de garantir un tel droit d'accès à une réclamation se justifie par sa volonté d'instaurer une « *garantie participative* »²⁴⁹ comme contrepoids au devoir des plateformes de définir et mener une politique de modération sur le fond. Par ailleurs, on devrait également mentionner que de telles procédures internes de recours ne sont pas une nouveauté pour le monde numérique, mais elles ont déjà été introduites par certaines plateformes, de façon volontaire et, certes, non juridiquement encadrée. On parle, en l'espèce, surtout du *Facebook Oversight Board*²⁵⁰, créé volontairement par Facebook en 2020²⁵¹.

Le DSA dispose que ce système doit être ouvert à toute réclamation contre une décision de modération suivant une notification (par exemple, une décision de retrait d'un contenu jugé illicite), y compris des réclamations de la partie notifiant contre une décision de refus de restreindre le contenu notifié²⁵². Cette voie de recours interne reste ouverte pour 6 mois suivant la communication de la décision au destinataire concerné²⁵³. Lorsque le fournisseur considère une réclamation comme bien fondée, il est tenu d'« *infirmier* » sa décision initiale²⁵⁴. Le traitement de la réclamation doit se dérouler « *en temps opportun, de manière non discriminatoire, diligente et non arbitraire* »²⁵⁵.

Il est vrai que, d'après les dispositions du DSA, ce système demeure résolument interne et sous le contrôle direct du fournisseur, ce qui peut créer des doutes légitimes quant à

²⁴⁸ Règlement DSA, considérant 58.

²⁴⁹ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁰ Conseil d'État, *op. cit.*, pp. 172-174.

²⁵¹ Oversight Board, sur *Oversight Board* (en ligne), consulté le 10 juin 2024.

²⁵² Règlement DSA, article 20, paragraphe 1. La limitation du système de réclamation à seuls les destinataires à l'origine du prétendu contenu illicite a été vivement critiqué lors de la Proposition initiale de la Commission, voir par exemple EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*, pp. 1010-1012. Cette limitation n'existe plus dans le DSA.

²⁵³ Règlement DSA, article 20, paragraphe 2.

²⁵⁴ Règlement DSA, article 20, paragraphe 4.

²⁵⁵ *loc. cit.*

son efficacité²⁵⁶. Cependant, la possibilité pour l'utilisateur de saisir la plateforme elle-même avant de saisir la justice ne peut qu'offrir un niveau de protection des droits fondamentaux renforcé²⁵⁷. En toute hypothèse, cette possibilité est loin d'être le seul recours possible de l'utilisateur.

En répondant de sorte aux critiques de l'internalisation de la procédure de réclamation, le Règlement prévoit, dans son article 21, une externalisation du différend, en évitant, pour autant, la saisine directe de la justice²⁵⁸. Il s'agit de la possibilité du règlement extrajudiciaire des litiges. Cette possibilité est ouverte à tout destinataire d'une décision du fournisseur après une réclamation conformément à l'article 20²⁵⁹, mais aussi pour « *les réclamations qui n'ont pas été résolues par le système interne de traitement des réclamations visé audit article* »²⁶⁰. Cette disposition, prise en combinaison avec le considérant 59²⁶¹, nous conduit à conclure que l'accès au règlement extrajudiciaire n'est pas forcément lié à la soumission d'une réclamation en vertu de l'article 20. Également, il faut souligner que rien n'empêche l'utilisateur de saisir la justice à tout moment²⁶², à savoir avant une notification, après une notification mais avant une réclamation, après une réclamation, ou après une décision sur la réclamation. De surcroît, la saisine parallèle du juge et de l'organe de règlement extrajudiciaire est envisageable²⁶³.

Quant à la forme de ce règlement extrajudiciaire, faute de définition précise dans le DSA, on devrait entendre toute procédure visant à régler les litiges en dehors du cadre judiciaire²⁶⁴. Par conséquent, toutes les formes sont envisageables, comme la médiation, la conciliation et l'arbitrage²⁶⁵. Quant à l'organe chargé de régler le litige, l'article 21 énonce des garanties strictes et détaillées d'indépendance et d'expertise²⁶⁶. Cet organe peut être établi par l'État²⁶⁷, ou avoir des origines non-étatiques. Dans ce dernier cas, il faut avoir reçu un agrément d'une autorité publique, qui veille sur le respect des garanties énoncées dans ledit article²⁶⁸. Finalement, il importe de préciser

²⁵⁶ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 39-40, point 30.

²⁵⁷ *loc. cit.*

²⁵⁸ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁹ Règlement DSA, article 21, paragraphe 1.

²⁶⁰ *loc. cit.*

²⁶¹ « *Les destinataires du service devraient pouvoir choisir entre le mécanisme interne de traitement des réclamations, un règlement extrajudiciaire des litiges et la possibilité d'engager, à tout moment, une procédure judiciaire* »

²⁶² Règlement DSA, article 21, paragraphe 1, dernière alinéa et OKYAY N. Kansu, « Les mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges à l'ère du numérique : analyse des *Digital Services Act* (DSA) et *Digital Markets Act* (DMA) », *Dalloz IP/IT*, 2023, p. 293.

²⁶³ Règlement DSA, considérant 59 (« *les parties ne devraient pas être empêchées d'engager une procédure judiciaire concernant le même litige* »).

²⁶⁴ Cette définition est issue de l'article 2 du Règlement en ligne des litiges de consommation, voir OKYAY N. Kansu, *op. cit.*, p. 293.

²⁶⁵ OKYAY N. Kansu, *op. cit.*, p. 290.

²⁶⁶ Règlement DSA, article 21, paragraphe 3.

²⁶⁷ Règlement DSA, article 21, paragraphe 6.

²⁶⁸ Règlement DSA, article 21, paragraphe 3.

que les décisions de cet organe concernant le litige ne sont pas vêtues de valeur juridiquement contraignante²⁶⁹.

Finalement, il convient de se référer aux obligations de transparence. Suivant son « *approche par couche* »²⁷⁰, le Règlement DSA prévoit des obligations de transparence intensifiées pour les fournisseurs des services des plateformes, concernant leurs activités de modération des contenus. Ces obligations viennent s'ajouter aux informations qui doivent être divulguées dans le rapport annuel prévu par l'article 15 DSA (voir *supra*, dans la **Section I**)²⁷¹. Les informations visées portent sur le fonctionnement du mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges²⁷² (par exemple, le nombre des litiges transmis à ce mécanisme) et sur les suspensions des comptes pour utilisations abusives, en vertu de l'article 23 (voir *infra*, §2)²⁷³. L'article 24 dispose également, dans ses paragraphes 2 à 4, pour une publication à partir de 17 février 2023 et tous les six mois par la suite de la moyenne mensuelle des destinataires actifs dans l'Union. Ces informations sont liées à une possible désignation d'une plateforme ou d'un moteur de recherche comme « *très grand* », ce qui lui impose un régime tout particulier d'obligations supplémentaires (voir *infra*, dans la **Partie II**). Les obligations de transparence intensifiée pour les plateformes sont conclues par une obligation de divulguer à la Commission européenne toutes leurs décisions de modération et leurs exposés de motifs appliquant le DSA et leur politique de modération²⁷⁴. L'objectif pour la Commission est de créer une base de données accessible au grand public pour ces décisions, afin qu'une analyse soit possible et qu'une modération non-satisfaisante (par exemple, une modération discriminatoire ou avec des biais politiques) puisse être détectée²⁷⁵.

Le couple normatif du système interne de traitement des réclamations et du règlement extrajudiciaire des litiges, en combinaison avec les obligations de transparence intensifiée, semble fermement situé dans la logique qui irrigue les dispositions substantielles du Règlement ne portant pas sur les plus grands fournisseurs, à savoir l'approche procéduralisante, qui s'effectue par l'édition des règles strictes qui sont à suivre par tout fournisseur, au préalable de tout comportement préjudiciable ou illicite de la part des entités régulées. Effectivement, très peu est dit par le Règlement sur les critères que le fournisseur devrait appliquer afin de traiter une réclamation quelconque sur le fond. En revanche, le DSA semble considérer que l'obligation d'instaurer la possibilité d'un « pourvoi » interne, dont la procédure est très bien décrite dans le

²⁶⁹ Règlement DSA, article 21, paragraphe 2 *in fine*.

²⁷⁰ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, p. 40, point 32.

²⁷¹ Règlement DSA, article 24, paragraphe 1.

²⁷² Règlement DSA, article 24, paragraphe 1, point a).

²⁷³ Règlement DSA, article 24, paragraphe 1, point b).

²⁷⁴ Règlement DSA, article 24, paragraphe 5.

²⁷⁵ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, p. 41, point 33.

Règlement, suffit en elle-même pour assurer la bonne application de la politique de modération du fournisseur, qui, par ailleurs, est définie par ce dernier. Il en va de même pour le règlement extrajudiciaire des litiges : offrir la possibilité aux destinataires de résoudre un différend avec un fournisseur des services de plateforme sans recourir à la justice est censé les aider, en leur accordant la possibilité d'éviter les procédures judiciaires coûteuses et lentes. La procédure reste, en tout état de cause, sous le fort contrôle des autorités publiques, qui demeurent la seule entité pouvant agréer les organes compétents pour un tel règlement. Sur ces points, le Règlement DSA ne fait pas preuve d'ambition particulière.

§2 : La tentative de basculement vers la régulation du fond du fonctionnement des plateformes à travers les dispositions sur les signaleurs de confiance et la protection contre les utilisations abusives.

L'encadrement de la modération qu'exercent les plateformes n'est pas achevé par seules les exigences de recours interne (système de réclamations) et externe (règlement extrajudiciaire) contre les décisions des fournisseurs. Le Règlement DSA prévoit ainsi une autre forme de participation publique à la modération, à savoir les signaleurs de confiance, et une contre-garantie de protection contre les utilisations abusives du système de modération. En ce faisant, il semble abandonner, au moins partiellement, la vocation principalement procéduralisante des dispositions présentées *supra*.

Plus précisément, en parallèle au système de notification auquel tous les particuliers ont accès et qu'on aborde *supra* (dans la **Section 2**), le DSA distingue une catégorie spéciale des entités dont les notifications soumises aux fournisseurs doivent être traitées en priorité²⁷⁶ : il s'agit des « *signaleurs de confiance* ». Ces signaleurs peuvent prendre la forme des « *entités publiques, [...] ou il peut s'agir d'organisations non gouvernementales et d'organismes privés ou semi-publics* »²⁷⁷. En tout cas, pour obtenir ce statut spécial, l'entité doit recevoir un agrément par le coordinateur des services numériques de chaque État, à savoir de l'autorité compétente de veiller sur l'application du DSA²⁷⁸, et l'entité doit faire preuve d'indépendance et des compétences particulières pour la détection, de manière objective, des contenus illicites²⁷⁹. Concernant l'opportunité et l'objectif de cette disposition, il y a lieu de se demander si les signaleurs de confiance deviennent « *en quelque sorte des agents des plateformes* »²⁸⁰, ou si ils sont une garantie de participation de la société civile au

²⁷⁶ Règlement DSA, article 22, paragraphe 1 et considérant 61.

²⁷⁷ Règlement DSA, considérant 61.

²⁷⁸ Règlement DSA, article 22, paragraphe 2.

²⁷⁹ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 35-36, point 23.

²⁸⁰ *loc. cit.*

processus de la modération des contenus²⁸¹, visant à « *injecter une forme hybride de démocratie* »²⁸². Pour nous, ce qui surprend est le fait que leur nature juridique ne connaît quasiment pas d'exceptions : dans le considérant 61 du DSA on voit des exemples allant de EUROPOL aux associations professionnelles. Il n'existe rien dans le DSA qui empêcherait, par exemple, la désignation d'un organisme public dur (par exemple, un Ministère) comme signaleur de confiance. Par conséquent, ce n'est pas que la société civile qui est visée par cette disposition. Au contraire, le DSA laisse aux autorités nationales une marge pour créer une classe des signaleurs privilégiés, qui sera définie avec des critères plutôt nationaux, voire politiques (par exemple, le niveau de confiance aux organismes non-gouvernementaux, l'engagement des associations professionnelles nationales etc).

Quant à la protection contre les utilisations abusives, il faut distinguer deux types d'utilisation abusive. Le premier type renvoie à une utilisation abusive de la plateforme elle-même, par la diffusion fréquente des contenus manifestement illicites²⁸³. Dans ce cas-là, la plateforme est tenue de suspendre le compte de l'utilisateur pour un délai raisonnable et après un avertissement préalable. Cette sanction pour publication de contenu manifestement illicite est le « *plancher minimal* »²⁸⁴ des sanctions qu'une plateforme peut imposer. En réalité, la plateforme est libre de définir dans sa politique de modération un régime bien plus strict, prévoyant par exemple la suppression d'un compte²⁸⁵, même sans exigeant la publication des contenus « *manifestement* » illicites²⁸⁶.

La deuxième catégorie d'abus concerne l'utilisation du système de notification et action et du traitement des réclamations qu'on aborde *supra* (dans la **Section 2**). Le paragraphe 2 de l'article 23 du DSA prévoit la suspension du traitement des notifications et réclamations soumises par des particuliers qui soumettent fréquemment des notifications et réclamations manifestement infondées. La logique du DSA semble simple : l'utilisation abusive des mécanismes instaurés pour protéger les droits fondamentaux des destinataires « *nuit à la confiance et porte atteinte aux droits et intérêts légitimes des parties concernées* »²⁸⁷. Cette disposition paraît vouloir responsabiliser les utilisateurs des plateformes et contrebalancer leur accès à des

²⁸¹ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 17.

²⁸² *ibidem*, p. 30.

²⁸³ Règlement DSA, article 23(1)

²⁸⁴ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 38-39, point 29.

²⁸⁵ *loc. cit.*

²⁸⁶ Voir Règlement DSA, considérant 63 : « *Les règles du présent règlement relatives aux utilisations abusives ne devraient pas empêcher les fournisseurs de plateformes en ligne de prendre d'autres mesures pour lutter contre la fourniture de contenus illicites par les destinataires de leurs services ou contre tout autre usage abusif de leurs services, y compris par la violation de leurs conditions générales, conformément au droit de l'Union et au droit national applicables* »

²⁸⁷ Règlement DSA, considérant 63.

mécanismes sophistiqués de traitement des notifications qui leur est garanti par le Règlement.

Malgré le caractère « périphérique » de ces dispositions, qui ne couvrent pas l'essentiel de l'exercice de la politique de modération, elles sont importantes pour les objectifs de notre analyse. À savoir, elles démontrent une tentative de basculement à une régulation du fond des activités de modérations des plateformes. Au préalable, il faut souligner que ces dispositions demeurent dans la stricte logique de la régulation *ex ante*, étant donné que les systèmes prévus sont clairement définis et leur instauration est imposée antérieurement à tout comportement des plateformes.

Quant à leur caractère procéduralisant ou non, il est plus difficile à discerner. En effet, prévoyant la priorité des signaleurs de confiance influence le fond du fonctionnement de la politique de modération. Certes, il ne s'agit que d'une influence indirecte : rien n'oblige les fournisseurs de considérer valides les notifications soumises par les signaleurs de confiance. Cependant, vu le nombre potentiellement illimité des notifications totales, avoir une priorité en réalité pourrait bien focaliser l'activité de la modération des fournisseurs sur les sujets et les contenus que les signaleurs de confiance, qui, pour rappel, sont désignés par les autorités des États membres, considèrent importants et appropriés.

L'espoir du DSA d'influencer le fond du fonctionnement des plateformes est encore plus clair en ce qui concerne les utilisations abusives. En réalité, ce que prévoit le Règlement n'est qu'une injonction d'adopter une certaine décision de modération dans le cas d'utilisation abusive. Bien évidemment, l'approche procéduralisante n'est pas totalement absente, vu que l'évaluation de s'il y a eu une utilisation abusive demeure avec les fournisseurs. Toutefois, le Règlement impose un choix substantiel : l'utilisation abusive des plateformes, ou des systèmes de notifications vaut une décision restrictive de la part des fournisseurs. Cette conclusion est corroborée par le fait que, dans l'article 23, paragraphe 3, DSA des critères à évaluer, non-exhaustifs mais certainement contraignants, sont énoncés. La différence par rapport au silence relatif du Règlement sur les critères à appliquer lors d'une simple notification à un hébergeur est particulièrement instructive à cet égard. Partant, on conclut que le Règlement DSA n'a pas peur de s'immiscer davantage dans le fonctionnement interne des fournisseurs, sans départ de sa logique *ex ante*, dans l'espoir de leurs influencer sur le fond, malgré certains aspects clairement procéduraux de ces obligations.

§3 : Les obligations des plateformes ne portant pas sur la modération, entre déjà vu et originalité dans leurs approches

Le régime juridique pour les plateformes en ligne comprend également certaines dispositions qui échappent à la notion de modération des contenus, et portent sur des aspects différents de l'utilisation d'un service de plateforme. Il s'agit des dispositions instaurant un devoir supplémentaire de transparence sur la publicité en ligne et le système de recommandation et des clauses sur la conception des interfaces en ligne des plateformes. On constate une tentative du DSA à encadrer ce que certains appellent le « *pouvoir d'influence* »²⁸⁸ des plateformes, à savoir leur capacité de peser indirectement sur le comportement des utilisateurs en ligne et, potentiellement, hors ligne. L'analyse de ces dispositions nous fournit des indices sur l'ambition du DSA et sur son départ de la logique procéduralisante *ex ante*.

L'outil privilégié par le Règlement pour cet encadrement est la transparence. En effet, concernant la publicité en ligne, le DSA reconnaît son rôle important comme source principale de financement des fournisseurs des plateformes, vu que la très grande majorité des utilisateurs les utilise gratuitement²⁸⁹. La notion de publicité est entendue largement par le DSA²⁹⁰, avec la promotion des informations comme l'essentiel de la définition, sans avoir forcément un but commercial²⁹¹. Partant, la publicité politique est également couverte par cette définition. La publicité en ligne est censée avoir des « *risques importants* »²⁹², soit comme contenu illégal elle-même, ou, de manière plus intéressante, comme vecteur d'amplification des contenus préjudiciables en ligne, comme des contenus de désinformation. Les plateformes sont tenues de signaler clairement qu'un contenu donné est de la publicité, de divulguer à la fois la personne bénéficiant d'une publicité donnée et la personne payant pour la publicité, et de présenter les paramètres qu'elles appliquent pour cibler les utilisateurs avec des publicités spécifiques²⁹³. Le régime pour la publicité se complète par une obligation de substance, et non de transparence : il s'agit d'une interdiction du profilage publicitaire à la base des « *catégories particulières de données à caractère personnel* », définies

²⁸⁸ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 41-46, points 34 *et seq.*

²⁸⁹ Règlement DSA, considérant 68.

²⁹⁰ Règlement DSA, article 3, point r) : « *les informations destinées à promouvoir le message d'une personne physique ou morale, qu'elles aient des visées commerciales ou non commerciales, et présentées par une plateforme en ligne sur son interface en ligne, moyennant rémunération, dans le but spécifique de promouvoir ces informations* »

²⁹¹ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 42-43, point 35.

²⁹² Règlement DSA, considérant 68.

²⁹³ Règlement DSA, article 26, paragraphe 1.

dans l'article 9 du RGPD²⁹⁴, comme l'identité politique ou ethnique de la personne concernée.²⁹⁵

Quant au système de recommandation, il comprend tout système même partiellement automatisé pour suggérer certains contenus spécifiques aux destinataires, en hiérarchisant les informations d'une façon ou d'une autre²⁹⁶. Il s'agit, bien évidemment, d'un système que tout utilisateur des réseaux sociaux connaît très bien, qui vise à lui suggérer des contenus non-vus, à la base de sa préférence présumée²⁹⁷. Un devoir de transparence est imposé aux fournisseurs : ils sont tenus de présenter les critères utilisés par leur système de recommandation, ainsi que les raisons pour avoir sélectionné ces critères²⁹⁸. De surcroît, l'utilisateur doit être informé des possibilités dont il dispose pour influencer ce système²⁹⁹. On constate que l'utilisateur obtient un rôle actif et devient « *élément du système* », choix qui s'inscrit dans une logique d'autodétermination communicationnelle³⁰⁰.

Allant au-delà de la transparence, l'encadrement du pouvoir d'influence des plateformes se complète par des obligations substantielles pour la conception et l'organisation des interfaces en ligne. Les interfaces sont définies très largement, comme « *tout logiciel, y compris un site internet ou une section de site internet, et des applications, notamment des applications mobiles* »³⁰¹. Autrement dit, il s'agit de l'ensemble du « *design* » d'une plateforme, y compris ses fonctionnalités. Le DSA interdit toute manipulation par les interfaces qui entravent substantiellement la capacité des destinataires à prendre des décisions libres et éclairées³⁰². Est interdit, par exemple, le fait de rendre la procédure d'annulation d'un service nettement plus compliquée que celle de s'y inscrire, ou le fait de demander à plusieurs reprises à un destinataire du service de faire un choix lorsque ce choix a déjà été fait³⁰³. On parle ici d'une tentative d'encadrer les « *dark patterns* »³⁰⁴ des plateformes, à savoir des interfaces et

²⁹⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, « *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)* », JOUE L 119/1.

²⁹⁵ Règlement DSA, article 26, paragraphe 3.

²⁹⁶ Règlement DSA, article 3, point s).

²⁹⁷ Pour une juxtaposition entre la définition technique d'un système de recommandation comme « *des outils logiciel qui fournissent des suggestions d'articles qui sont les plus susceptibles d'intéresser un utilisateur particulier* » et les différentes définitions juridiques dans la réglementation européenne, voir BUSCH Christoph, « From Algorithmic Transparency to Algorithmic Choice: European Perspectives on Recommender Systems and Platform Regulation », in *Recommender Systems : Legal and Ethical Questions*, Springer, 2023, pp. 35-37.

²⁹⁸ Règlement DSA, article 27, paragraphe 1 et 2.

²⁹⁹ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, p. 43, point 36.

³⁰⁰ *loc. cit.*

³⁰¹ Règlement DSA, article 3, point m).

³⁰² Règlement DSA, article 25, paragraphe 1.

³⁰³ Règlement DSA, considérant 67.

³⁰⁴ BUSCH Christoph, *op. cit.*, p. 49.

expériences utilisateur (*user experiences*) mises en œuvre sur les plateformes de réseaux sociaux qui amènent les utilisateurs à faire des choix non intentionnels et non souhaités, et potentiellement préjudiciables³⁰⁵.

Bien entendu, la logique de la procéduralisation *ex ante* reste dominante dans ces dispositions, surtout sur les exigences de transparence sur la publicité ou sur les systèmes de recommandation. Toutefois, même en ce qui concerne la publicité, le DSA montre ses ambitions : en imposant l'offre d'un modèle non basé sur le profilage, il impose une obligation à la fois *ex ante* et *portant sur le fond* du fonctionnement des plateformes. Ses réserves sont atténuées autre part également : l'interdiction des manipulations des interfaces en ligne porte également sur le fond du fonctionnement des opérateurs. De surcroît, sont présents ici des indices qui nous permettent de conclure à une atténuation de la logique *ex ante*. Effectivement, le devoir de ne pas manipuler ses interfaces s'impose au préalable. Toutefois, le contenu exact de cette stipulation n'est pas défini dans le Règlement. Autrement dit, aucun comportement *spécifique* n'est édicté au préalable, et les fournisseurs des services de plateforme disposent d'une grande marge d'appréciation quant à la manière dont ils respectent cette exigence. Pour nous, cela renvoie plutôt à la logique d'une régulation *ex post*, malgré le fait que, par précision juridique, il s'agit d'une injonction imposée *ex ante*. Un exemple bien plus clair de la même logique est la régulation de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne qui est analysée par la suite.

Conclusion intermédiaire : Les obligations de diligence incombant à tous sauf les plus grands comme une première étape de la mise en balance entre ambition et réalisme

L'analyse substantielle du contenu du DSA nous permet d'arriver à certaines réflexions sur la stratégie européenne du numérique : tout d'abord, sa complexité juridique indéniable, témoignée par la hiérarchie des fournisseurs stricte, la multitude des règles précises et de sévérité croissante pour chaque type de fournisseur, et les différents aspects juridiques de l'environnement numérique identifiés et tranchés par le Règlement (responsabilité civile, diligence, transparence), renvoie à un cadre juridique qui se veut complet. Le DSA n'a pas vocation d'imposer des obligations exceptionnelles, réservées pour un certain nombre de cas précis. Contrairement à l'ancienne Directive e-Commerce, qui visait à régler *l'exception*, à savoir les

³⁰⁵ Lignes directrices 03/2022 du Comité européen de la protection des données, « Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them », 14 février 2023, disponible (en anglais) dans « Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them », sur *Comité européen de la protection des données* (en ligne), publiées le 24 février 2023, consultées le 15 juin 2024, point 3.

conditions de responsabilité civile des intermédiaires en ligne, le DSA définit *la règle générale*, à laquelle tout fournisseur est soumis. Il vise à réguler *ex ante* la fourniture des services numériques dans son intégralité, en n'excluant aucun fournisseur de services intermédiaires de son champ d'application matériel. Cela est aussi la raison pour l'approche asymétrique concernant les obligations de diligence et transparence, qui varient en fonction de la place de chaque fournisseur dans la hiérarchie de dangerosité établie par le Règlement : elle contrebalance le fait que le droit européen s'applique désormais *de principe* dans les services intermédiaires, et non plus *exceptionnellement*, lors d'un aspect juridique précis. En parallèle, ses finalités ambitieuses, en lien clair avec des objectifs de politique publique, voire d'intérêt général, dépassant une simple tentative de correction des certaines défaillances du marché numérique et visant la protection des droits fondamentaux démontrent ce qui fut déjà soulevé dans l'introduction : l'UE, en adoptant un tel ensemble législatif, assume pleinement le rôle traditionnel de la puissance publique comme prescripteur de comportements *ex ante*. L'action publique est réhabilitée comme contrepoids essentiel du pouvoir économique privé dans le monde du numérique³⁰⁶.

Cette réhabilitation d'une notion de puissance publique assez traditionnelle est corroborée par le fait que le DSA définit les contours d'un ensemble des devoirs, et non d'un ensemble des droits³⁰⁷. Deux indices conduisent à cette conclusion : premièrement, et de façon évidente, la quasi-totalité des dispositions présentées ci-dessus obligent les fournisseurs à suivre un certain comportement. Souvent, ces obligations se consistent à offrir un certain droit aux utilisateurs (comme le devoir d'avoir un système de notification et action, ou un système de réclamations contre les décisions de modération), mais ils restent essentiellement des devoirs. Deuxièmement, et de façon plus intéressante, le DSA, en instaurant un tel cadre juridique pour l'environnement numérique, renforce les devoirs des utilisateurs des services en ligne également. Bien qu'aucune disposition expresse du Règlement ne vise directement les utilisateurs, et que la notion de contenu illicite reste à être définie par le législateur national, des éléments comme la possibilité des plateformes de les punir, par une décision suivant une notification ou en appliquant l'article 23 sur les utilisations abusives, il est évident que l'impunité *de facto* dont jouissent souvent les utilisateurs à l'origine des contenus illicites est atteinte, et, partant, leur devoir préexistant de ne pas partager de contenus illicites est renforcé. Ces deux aspects des devoirs présents dans le DSA mettent à l'évidence que l'approche adoptée par l'UE se rapproche de la notion de l'État prescripteur traditionnel, selon laquelle la législation énonce des devoirs pour les particuliers.

³⁰⁶ DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 35.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 35-36.

Néanmoins, l'interventionnisme public dont fait preuve le DSA n'est pas illimité. Comme on a démontré tout au long de l'analyse *supra*, il est modéré par l'approche qu'il suit, à savoir son approche par la procéduralisation. Au lieu d'influencer le fond du fonctionnement des services numériques, en imposant, par exemple, certains critères que les fournisseurs doivent appliquer lors de la définition et l'exercice de leur politique de modération, il préconise son encadrement procédural strict. En effet, même si les fournisseurs retiennent la « compétence » de définir leur propre politique de modération dans leurs conditions générales d'utilisation, ils ne possèdent que d'une marge d'appréciation très limitée quant à son exercice, qui doit se passer par le biais des mécanismes procéduraux prévus, décrits de manière détaillée et imposés *ex ante* par le Règlement DSA.

La mise en balance entre, d'une part, la mise en œuvre des objectifs de politique publique que vise le Règlement et, d'autre part, ses réserves est difficile. Il ressort de l'analyse ci-dessus que, même si la très grande majorité des dispositions substantielles contiennent, à la fois, des éléments « réalistes » et des éléments « ambitieux », leur contenu normatif n'est pas parfaitement divisé en deux, entre réserve et interventionnisme. Effectivement, on constate dans certaines dispositions un *départ* de la logique de la procéduralisation *ex ante* qui irrigue la totalité de l'analyse faite *supra*. Ainsi, le Règlement tente d'influencer de manière plus directe le fond du fonctionnement de l'environnement numérique, parfois en diluant un peu la logique d'une pure régulation *ex ante*.

En réalité, un tel départ ne se fait pas au hasard. Il est cristallisé par la suite de la réglementation substantielle faite par le DSA. On parle de la partie du Règlement consacrée à la régulation des plus grands opérateurs en ligne, de ceux qu'on entend lorsqu'on parle de manière générale et en dehors du contexte juridique des « *plateformes en ligne* ». Cette partie, qui est interprétée et analysée par la suite de notre mémoire, montre à quel point l'ambition du DSA d'influencer la substance des plus grandes plateformes en ligne est avérée. Il en demeure, cependant, que même cette partie plus ambitieuse du DSA est modérée par la nature juridique des dispositions choisies par celui-ci. Il ne s'agit que d'une autre étape pour la difficile mise en balance entre interventionnisme et réalisme qu'on cherche à démontrer tout au long de notre mémoire.

PARTIE II : L'équilibre différencié dans la régulation des « très grandes plateformes en ligne » et des « très grands moteurs de recherche en ligne »

La régulation, à savoir l'encadrement juridique de l'activité privée, des entreprises gérant les très grandes plateformes du monde numérique pourrait être qualifiée comme le point focal des dispositions du DSA. En effet, le Règlement semble être principalement conçu pour « dompter »³⁰⁸ les mastodontes de l'économie numérique, qui sont, par ailleurs, les sources majeures des risques y associés. Bien évidemment, les dispositions concernant les très grandes plateformes en ligne (ci-après : les TGP) et les très grands moteurs de recherche en ligne (ci-après : les TGMR) s'inscrivent à l'approche par couches adoptée de manière générale par le Règlement (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 2, §2**), vu que les TGP et les TGMR ne sont que la dernière étape de la pyramide d'ascension normative instauré par lui. Partant, aucun opérateur considéré comme un TGP ou un TGMR ne saurait échapper aux autres obligations lui incombant en vertu du Règlement, vu l'application parallèle de tous les régimes auxquels est soumis l'opérateur³⁰⁹.

Toutefois, les dispositions les concernant, figurant dans la section 5 du chapitre III du Règlement, retiennent une certaine autonomie, et constituent un écosystème normatif distinct³¹⁰. La différence principale entre les dispositions qu'on a déjà présentées ci-dessus et les dispositions visant les TGP et TGMR concerne la nature de la structure juridique adoptée, en liaison avec la double distinction faite *supra* entre obligation purement *ex ante* ou non, et approche par la procéduralisation ou régulation du fond du fonctionnement des opérateurs. Effectivement, un nouvel équilibrage entre ambition et réalisme dans le retour de la puissance publique s'impose pour les plus grands fournisseurs.

À titre liminaire, il convient de préciser que le Règlement DSA bâtit les règles portant sur les TGP et les TGMR autour d'une obligation substantielle principale, à savoir l'évaluation et l'atténuation des risques systémiques. Ce qu'il convient de préciser ici

³⁰⁸ Voir l'intitulé explicitement provocatif des certains articles sur le DSA : allant du « Taming the giants » (EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, *op. cit.*), à « Taming the few » (LAUX Johann, WACHTER Sandra et MITTELSTADT Brent, « Taming the few: Platform regulation, independent audits, and the risks of capture created by the DMA and DSA », *Computer Law and Security Review* (en ligne), 2021, consulté le 10 juin 2024).

³⁰⁹ Voir Règlement DSA, considérant 41 : « Dans la mesure où les fournisseurs de services intermédiaires entrent dans un certain nombre de catégories différentes en raison de la nature de leurs services et de leur taille, ils devraient respecter toutes les obligations correspondantes du présent règlement se rapportant à ces services ».

³¹⁰ LAUX Johann, WACHTER Sandra et MITTELSTADT Brent, *op. cit.*, p. 3.

est que le Règlement DSA ne se borne plus à encadrer l'exercice du pouvoir de modération, dont la définition demeure essentiellement avec les fournisseurs. Dès lors, les règles concernant les TGP et les TGMR témoignent un départ de la logique procéduralisante des obligations visant les autres catégories de fournisseurs des services intermédiaires, et cherchent à modifier le fond de leur fonctionnement. Cette tentative, qui est mise en évidence *infra*, notamment par les mesures d'atténuation des risques systémiques que les TGP et TGMR sont censés adopter, se justifie par un changement conceptuel de l'approche du législateur européen : très conscient des dangers sociétaux, voire démocratiques, posés par le fonctionnement des TGP et TGMR en raison de leur taille, il adopte une *approche par les risques* spécifiques et systémiques posés par chaque opérateur. Autrement dit, chaque fournisseur est censé répondre aux risques spécifiques posés par les services qu'il offre, même en modifiant le fond de son fonctionnement. La présentation des bases conceptuelles de ce rééquilibrage est analysée en premier temps (**Chapitre 1**).

La vocation beaucoup plus ambitieuse de l'obligation d'évaluation et atténuation des risques systémiques est modérée par un changement de technique législative : contrairement aux obligations de diligence concernant les autres tranches des services intermédiaires en ligne, qui sont bâties en tant qu'un ensemble normatif applicable *ex ante*, enjoignant des comportements concrets aux fournisseurs, la structure juridique retenue pour les plus grands fournisseurs accepte une certaine atténuation de la régulation purement *ex ante*. Plus précisément, à travers notre présentation de cette structure, on se rend rapidement compte du fait que le Règlement n'énonce pas de comportements précis, définis au préalable par le législateur, qui incombent aux très grandes plateformes. Au contraire, il fixe des objectifs, il leurs impose des obligations de résultat et il réserve le contrôle final (et de toute façon décisif) aux autorités nationales et européennes chargées de veiller sur son application, ainsi qu'à la justice nationale ou européenne qui effectue un contrôle juridictionnel des décisions de ces autorités. Nous soutenons que, en réservant une marge d'appréciation d'une telle envergure aux autorités publiques et à la justice au niveau national et européen, le DSA en réalité semble consacrer des prérogatives majeures à la puissance publique, renforçant son rôle. L'influence du fond des services numériques, prise en combinaison avec l'atténuation partielle de la nature *ex ante*, est analysée par la suite, ainsi que certains éléments du contrôle non-public prévu par le Règlement qui, pour nous, est lié à cette atténuation de la logique *ex ante* (**Chapitre 2**).

Toutefois, l'obligation d'évaluation et d'atténuation des risques systémiques n'est pas la seule obligation pesant sur les TGP et les TGMR. En effet, il existe des dispositions supplémentaires l'accompagnant. Quant à elles, elles suivent la logique purement *ex ante* présente dans les autres parties du DSA, comme l'habilitation de la Commission d'enjoindre certaines actions spécifiques aux fournisseurs en cas de crise (article 36 du

Règlement), l'offre d'au moins une option de système de recommandation qui ne repose pas sur le profilage (article 38 du Règlement) ou des exigences de transparence plus étendues (articles 39 et 42 du Règlement). Ces dispositions plus périphériques ne présentent pas, pour nous, d'intérêt aigu pour les questions posées dans le présent mémoire, et, partant, ne sont pas analysées davantage.

Eu égard aux considérations précédentes, nous arrivons à certaines conclusions intermédiaires sur le caractère du retour de la puissance publique, comme il est mis en évidence à travers ce rééquilibrage pour les plus grands fournisseurs des services intermédiaires en ligne. Nous tentons de soutenir qu'au lieu de voir les limitations « réalistes » de ce cadre réglementaire comme des concessions, voire des aveux d'échec, il serait plus utile de les considérer comme des assurances importantes pour la viabilité continue du Règlement.

Chapitre 1 : Les bases conceptuelles du rééquilibrage entre ambition et réalisme

Comme on a déjà évoqué, les règles pesant sur les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne constituent un régime réglementaire distinct au sein du DSA, ayant une certaine autonomie. En outre, elles font preuve d'une nouvelle mise en balance entre interventionnisme et prudence, en dépassant la logique présente dans les dispositions régissant les autres tranches de fournisseurs des services intermédiaires, à savoir la logique de la procéduralisation par une régulation purement *ex ante*. Ce changement ne va pas de soi. Avant de le présenter, il convient de s'interroger sur sa justification.

Selon nous, les bases conceptuelles pour ce rééquilibrage sont deux : premièrement la notion de la taille des fournisseurs visés, qui joue un rôle majeur quant à la définition d'un fournisseur comme TGP ou TGMR (*Section 1*), et deuxièmement la notion du risque posé par de tels fournisseurs, qui devient « *systémique* » dans leur fonctionnement (*Section 2*).

Section 1 : Le choix quantitatif exprès du DSA quant à la définition des TGP et des TGMR en lien avec la question des risques posés

Le DSA différencie sa définition des très grandes plateformes en ligne et des très grands moteurs de recherche en ligne par rapport aux autres catégories de fournisseurs des services intermédiaires, en adoptant un critère quantitatif : ce qui rend cet ensemble des règles applicable à un fournisseur des services de plateforme est *la taille* de ce dernier, en combinaison avec une exigence formelle, à savoir une désignation du fournisseur

comme TGP ou TGMR par la Commission européenne³¹¹. Pour rappel, les différenciations entre les autres catégories de services intermédiaires se font par des critères qualitatifs : la différence entre service de mise en cache et service d'hébergement, ou de service d'hébergement simple et service de plateforme ne relève pas de la taille des opérateurs, mais de la nature des services qu'ils proposent (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 2, §2**). Au contraire, ce qui articule la différence entre plateforme en ligne et TGP n'est que la taille de l'opérateur. Il en va de même pour les moteurs de recherche : un « simple » moteur de recherche n'est soumis qu'aux obligations incombant à tous les services intermédiaires³¹². Atteindre les seuils d'utilisateurs requis et être désigné ainsi par la Commission transforme le « simple » moteur de recherche en TGMR.

Plus précisément, est nécessaire pour une plateforme, afin d'être qualifiée de TGP, d'atteindre un seuil de destinataires actifs dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions³¹³, qui correspond à environ 10% de la population de l'Union³¹⁴. Le même seuil est retenu pour les moteurs de recherche³¹⁵. Il importe de souligner que la notion de « *destinataire actif* » est conçue de manière extrêmement large, couvrant toute personne physique ou morale ayant eu une interaction, même superficielle, avec le service en question³¹⁶. Il incombe à la Commission de vérifier que cette condition soit

³¹¹ Règlement DSA, article 33.

³¹² La catégorie des services intermédiaires à laquelle appartiennent les « simples » moteurs de recherche n'est pas évidente. Vu la différenciation entre TGP et TGMR, on conclut qu'ils ne constituent pas des plateformes. Il y a lieu de considérer qu'ils ne constituent des services d'hébergement non plus, faute de stockage des données et d'information. En ce sens, la modification sur le considérant 13 du Règlement DSA, proposée par la rapporteuse de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen (dont le rapport portant référence 2020/0361(COD) est disponible, en anglais, ici (consulté le 10 juin 2024): https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/IMCO-PR-693594_EN.pdf), qui caractériserait les moteurs de recherche comme des services d'hébergement, voire des plateformes, n'a pas été retenue. Le DSA définit les moteurs de recherche comme des services intermédiaires (article 3, point j), mais, vu que toute plateforme ou tout service d'hébergement sont aussi des services intermédiaires, cela n'empêche pas *in abstracto* une qualification différente. De toute façon, qualifier les « simples » moteurs de recherches uniquement comme service intermédiaire en ligne semble être la solution la plus convaincante, voir en ce sens GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, PAILLER Ludovic, *op. cit.*, p. 1048-1049.

³¹³ Règlement DSA, article 33, paragraphe 1.

³¹⁴ Règlement DSA, considérant 76.

³¹⁵ Alors que nous avons déjà eu l'opportunité de définir ce qui est une plateforme en ligne (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 2, §2**), la notion de moteur de recherche n'a pas encore été abordée. Le DSA définit un moteur de recherche comme un service intermédiaire qui permet aux utilisateurs de formuler des requêtes afin d'effectuer des recherches sur, en principe, tous les sites internet ou tous les sites internet dans une langue donnée, sur la base d'une requête lancée sur n'importe quel sujet sous la forme d'un mot-clé, d'une demande vocale, d'une expression ou d'une autre entrée, et qui renvoie des résultats dans quelque format que ce soit dans lesquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé (Règlement DSA, article 3, point j).

³¹⁶ Pour la définition complète, voir DSA, article 3, points p) et q), ainsi que le considérant 77. Cette conception très large n'est pas sans interrogations, voir par exemple DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 46-47, point 40, où les auteurs relèvent la problématique des faux comptes, qui devraient en être exclus.

satisfaite, avant de procéder à une désignation conformément à l'article 33, paragraphe 4, DSA. La vérification se fait à la base des informations communiquées à la Commission en vertu d'autres dispositions du Règlement (surtout l'article 24, paragraphe 2) ou d'autres informations mises à la disposition de la Commission³¹⁷.

La Commission européenne a déjà désigné ainsi 24³¹⁸ différentes plateformes et moteurs de recherche³¹⁹. Il s'agit d'un ensemble très diversifié : on y retrouve des réseaux sociaux « classiques », comme Facebook ou Instagram, des places de marché en ligne comme Shein ou Temu, des plateformes de partage de vidéos comme Youtube ou TikTok, et même des sites pornographiques comme XVideos ou Pornhub.

Quelle justification pour ce choix quantitatif, subordonné à une procédure formelle ? La réponse se trouve à la notion centrale de la régulation des TGP et des TGMR, c'est-à-dire la notion du risque. Dans l'approche conceptuelle suivie par le DSA, les risques systémiques posés par les TGP et les TGMR sont étroitement, même causalement, liés à la taille des opérateurs³²⁰. En effet, la taille et la notoriété des services déjà désignés servent comme un indice en ce sens : qui pourrait engendrer plus de risques que les acteurs les plus connus du monde numérique, dont presque personne, au moins pour certains d'entre eux, n'ignore le nom ? Même si le choix quantitatif du législateur européen n'est pas sans critiques, étant donné que, s'il est admis que la taille d'un opérateur est bel et bien liée aux risques qu'il crée, il ne va pas de soi que tout opérateur en dessous du seuil n'engendre pas de risques élevés³²¹, il est bien clair que les TGP et les TGMR ne sont pas les seuls services intermédiaires à engendrer des risques. Toutefois, leur portée énorme sert à les amplifier et à en augmenter l'incidence³²². Cette amplification des risques déjà existants, qui les rend systémiques, sert comme une première base conceptuelle pour la régulation des plus grands opérateurs.

³¹⁷ Règlement DSA, article 33, paragraphe 4, premier alinéa *in fine*.

³¹⁸ Une liste des services désignés comme TGP et TGMR, ainsi que les mesures adoptées par la Commission à leur égard, est disponible en ligne: Commission européenne, « Supervision des très grandes plateformes en ligne et des moteurs de recherche désignés dans le cadre de la DSA », sur *Commission européenne* (en ligne), mis à jour le 13 juin 2024, consulté le 15 juin 2024.

³¹⁹ Il convient de souligner que plusieurs plateformes ou moteurs de recherche désignés peuvent appartenir au même groupe économique ou entité juridique. Par exemple, la Commission a désigné à la fois Google Play, Google Maps, Google Shopping, Youtube, et Google Search comme TGP et TGMR, tandis qu'ils appartiennent tous au même groupe, à savoir Google Ireland Ltd.

³²⁰ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 46-47, point 40. Voir également LATIL Arnaud, *op. cit.*, p. 146 : « plus l'activité exercée est importante, plus les dommages causés, même mineurs et pris isolément, risquent d'affecter un grand nombre d'utilisateurs ».

³²¹ LAUX Johann, WACHTER Sandra et MITTELSTADT Brent, *op. cit.*, p. 7, qui soulèvent la question des plateformes-niches, au-dessous des seuils, qui présentent des problèmes majeurs, comme les plateformes de « revenge porn ».

³²² Règlement DSA, considérant 76.

Section 2 : La notion du risque, au cœur de la régulation des plus grands fournisseurs, justifie un changement d'approche

La *ratio legis* du régime spécial applicable aux TGP et aux TGMR se résume à la notion des risques. En conceptualisant les opérateurs d'une taille gigantesque comme des porteurs des risques, le DSA développe un raisonnement selon lequel un degré de dangerosité est *inhérent* même au fonctionnement normal de tels opérateurs. En raisonnant ainsi, le Règlement adopte la formule des « *risques systémiques* », autour desquels l'obligation substantielle d'évaluation et d'atténuation est bâtie³²³. Autrement dit, selon le Règlement, il est peu probable, voire inconcevable, qu'une TGP ou un TGMR ne produise pas des risques à évaluer et atténuer.

La notion de risque n'est pas nouvelle dans la régulation du numérique. Une approche par les risques renvoie à un effort de mitiger les externalités négatives qui résultent d'un certain domaine. Cet effort nécessite d'abord une évaluation, une « *cartographie* », qui conduit à une « *gestion* » efficace³²⁴. En réalité, l'approche par les risques correspond à une logique de proportionnalité³²⁵ : un niveau plus élevé de risque posé par une certaine activité nécessite et justifie une démarche plus interventionniste de la puissance publique. Partant, l'approche par les risques permet au pouvoir public de s'adapter graduellement aux changements technologiques, car, au lieu d'essayer de « deviner » la prochaine nouveauté technologique et l'encadrer directement, le pouvoir public régite ses effets négatifs, conçus de manière générale, sans référence directe aux moyens exacts qui produisent ces externalités négatives³²⁶. Eu égard aux considérations qui précèdent, on conclut à l'existence d'un élément intrinsèquement *ex post* de l'approche par les risques, malgré l'imposition des obligations *ex ante* aux opérateurs. Ce point, qui est central pour notre analyse, est élaboré tout au cours de la présente partie du mémoire.

En se tournant vers la cartographie des risques systémiques, il convient de rappeler que, comme il fut déjà soulevé dans l'introduction, le monde numérique fait preuve d'un nombre des risques et des enjeux très élevé. Il y a lieu, partant, de s'interroger sur la typologie des risques systémiques, inhérents aux TGP et aux TGMR. Heureusement, le DSA offre une liste, non-exhaustive, de risques qu'il considère valant une évaluation approfondie. Il s'agit du risque de propagation de contenu illicite, d'effet négatif pour les droits fondamentaux des utilisateurs, d'effet négatif pour le discours public ou le

³²³ Voir Règlement DSA, considérant 79, qui semble relier le modèle économique, même, des plateformes à la création des risques systémiques.

³²⁴ Voir, en ce sens, ILIOPOULOU-PENOT, *op. cit.*, p. 949.

³²⁵ Voir Règlement DSA, considérant 76 : Les TGP et les TGMR sont soumis à des obligations « *proportionnellement à leurs effets sur la société* ».

³²⁶ Voir, en ce sens, LATIL Arnaud, *op. cit.*, p. 4.

processus démocratique³²⁷, et d'effet négatif pour la santé publique et les violences sexistes³²⁸.

En analysant ces catégories de manière plus détaillée, on se rend compte qu'il s'agit des problématiques bien présentes dans le reste du DSA également. Concernant le risque de propagation de contenu illicite, il renvoie au souci du DSA de transposer ce qui est illicite hors ligne à l'environnement numérique, ainsi qu'il est témoigné par la définition large de ce qui constitue du contenu illicite (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 3, §2**)³²⁹. Quant au sujet des droits fondamentaux, il y a lieu de rappeler qu'il irrigue le DSA tout entier, et qu'il est lié étroitement à sa finalité, à savoir l'environnement en ligne sûr, prévisible et fiable (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 1, §1**). Par la suite, il convient de souligner que, même si les enjeux démocratiques posés par la société numérique sont moins bien détaillés dans les clauses du DSA et ses considérants, ils font partie intégrale de tout bilan des risques sociétaux liés au monde numérique. La catégorie qui suscite plus d'interrogations est la dernière catégorie spéciale des risques systémiques, à savoir les risques pour la santé publique, les mineurs, le bien-être mental ou physique ou les violences à caractère sexiste. En effet, cette catégorie semble comprendre des risques disparates, qui, dans la plupart des cas, seraient couverts par les autres catégories des risques énumérés. Il serait, par exemple, difficile de trouver un lien pratique entre la santé publique et les violences sexistes, ou envisager une menace pour le bien-être physique d'une personne qui n'aurait pas d'incidence sur ses droits fondamentaux. En réalité, ce qui ressort de cette énumération des risques est l'existence d'une illicéité *lato sensu*, qui dépasse ce qui est sanctionné directement par le droit européen ou national. Partant, les TGP et les TGMR sont tenus d'adresser également les contenus dommageables qui ne sont pas illicites *per se* (*lawful but awful*)³³⁰.

L'approche par les risques, choisie de manière expresse par le DSA, justifie, voire nécessite, le changement de technique juridique et le rééquilibrage entre « retour » et « réalisme » puissance publique. Premièrement, la nature des risques systémiques énumérés ci-dessus nous donne une idée de la vocation bien plus ambitieuse du Règlement quant aux TGP et TGMR. En effet, leur définition très large laisse penser à des finalités plus étendues du DSA et aux méthodes pour y arriver : lorsqu'il vise à atténuer la quasi-totalité des risques posés par les services numériques, il n'est pas inconcevable qu'il touche au fond du fonctionnement de l'environnement numérique.

³²⁷ Pour une présentation des défis liés aux processus électoraux, avec un focus sur le droit français, voir Conseil d'État, *op. cit.*, pp. 118-121.

³²⁸ Règlement DSA, article 34, paragraphe 1.

³²⁹ Voir Règlement DSA, considérant 80 pour une liste indicative de contenu illicite susceptible d'être amplifié sur les TGP et les TGMR.

³³⁰ Voir en ce sens DUBOUT Édouard, *op. cit.*, p. 21-22, et FOLKERT Wilman, « The Digital Services Act – an Overview », *SSRN* (en ligne), 2022, consulté le 10 juin 2024, p.13.

Sans qu'il soit dit expressément, l'envergure des risques couverts par la notion des risques systémiques laisse de la place pour un départ de l'approche par la procéduralisation vers une tentative plus interventionniste, concernant la substance des services numériques. Deuxièmement, la modération de cette vocation ambitieuse, avec la dilution de la logique *ex ante*, est également mise en évidence à travers les exemples donnés. Effectivement, le Règlement ne se borne pas à définir *ex ante* les externalités possibles qu'il juge inacceptables et, dès lors, punissables. Au contraire, il définit de manière très large ce qui est un risque systémique, voire il ne le définit pas du tout : dans les considérants du Règlement, on ne trouve que des exemples, sans définition abstraite. Il en va de même pour les quatre catégories énoncées : elles ne constituent que des exemples, énumérés de manière indicative. De cette façon, tout comportement, pratique ou acte des opérateurs est, potentiellement, créateur des risques systémiques, ce qui peut être vérifié uniquement *ex post*.

Chapitre 2 : L'objectif d'influencer le fond du fonctionnement des services intermédiaires et l'atténuation de l'approche purement *ex ante*

Le Règlement DSA prévoit un écosystème normatif distinct pour les géants du monde numérique, qui vise désormais le fond de leur fonctionnement. Afin d'illustrer cette vocation plus ambitieuse et l'abandon progressif de la logique purement *ex ante* qu'on a déjà évoqué, il convient d'analyser l'obligation substantielle principale pesant sur les TGP et les TGMR, à savoir l'obligation d'évaluation et atténuation des risques systémiques (*Section 1*). Toutefois, une conclusion selon laquelle le DSA fait un choix « définitif » de diluer son objectif de réguler les services numériques *ex ante* quant aux plus grands fournisseurs ne saurait pas être retenue : en réalité, il semble préconiser un retour « souple » à la régulation purement *ex ante* (*Section 2*). La présentation de la nouvelle mise en balance faite par le Règlement devrait également comprendre les mécanismes de contrôle non-étatique prévus par ce dernier, qui sont, pour nous, en lien direct, voire causal, avec son choix d'introduire des éléments de régulation *ex post* pour les TGP et TGMR (*Section 3*).

Section 1 : L'obligation substantielle d'évaluation et atténuation des risques, une obligation de nature *ex ante* diluée et visant le fond des services numériques

L'obligation principale incombant aux TGP et TGMR est l'évaluation et l'atténuation des risques systémiques, inhérents à leur fonctionnement. Même s'il s'agit, *stricto sensu*, de deux obligations distinctes, il convient de les examiner conjointement, vu leur connexité qui est mise en évidence par la suite. De manière générale, les TGP et les

TGMR sont tenus, en premier lieu, d'identifier et cartographier les risques systémiques de façon plus ou moins détaillée (obligation d'évaluation, article 34 DSA), et, en deuxième lieu, ils doivent adopter des mesures concrètes afin d'y répondre (obligation d'atténuation, article 35 DSA).

Le DSA adopte une approche très large quant au devoir d'évaluation. Premièrement, il est précisé que les risques peuvent découler de la conception ou du fonctionnement de services de TGP ou de TGMR et de leurs systèmes connexes, y compris des systèmes algorithmiques, ou de l'utilisation faite de leurs services³³¹. Autrement dit, un risque systémique peut être lié à n'importe quel point de fonctionnement du service offert, même en dehors de la question de la modération des contenus en ligne et même malgré les intentions et/ou les efforts de l'opérateur, en raison de son usage courant ou d'un algorithme dont le fonctionnement reste obscur. Par la suite, le Règlement exige que l'évaluation se fasse de manière proportionnée et spécifique, avant d'énumérer les quatre risques systémiques susmentionnés, dont le contrôle est toujours nécessaire pour les opérateurs. La structure juridique de l'évaluation des risques se complète par une énumération des facteurs aggravants devant être pris en compte, dont le système de recommandation (voir également *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 2, Section 3, §3**) et les systèmes de modération des contenus, ainsi que les utilisations manipulatrices intentionnelles³³². L'évaluation des risques doit se tenir au moins une fois par an³³³. À la base des risques spécifiques recensés, les TGP et les TGMR sont tenus d'adopter des mesures d'atténuation raisonnables, proportionnées et efficaces³³⁴.

De toute façon, il convient de préciser que le DSA ne reste pas complètement silencieux sur la manière dont les opérateurs doivent remplir leurs obligations. Au contraire, il fournit des indices indispensables, qui laissent suggérer aux opérateurs ce qui est attendu d'eux, sans, pour autant, lier la puissance publique qui est tenue de veiller sur le respect de ces obligations. Parmi ces indices indispensables figurent l'énumération indicative des risques systémiques (voir *supra*, dans le **Chapitre 1, Section 2**), l'analyse de certains facteurs aggravants qui sont à prendre en compte³³⁵, et, surtout, la liste non-exhaustive,

³³¹ Règlement DSA, article 34, paragraphe 1.

³³² Règlement DSA, article 34, paragraphe 2.

³³³ Règlement DSA, article 34, paragraphe 1.

³³⁴ Règlement DSA, article 35, paragraphe 1.

³³⁵ Règlement DSA, considérant 84. Le Règlement explique, par exemple, que les TGP et TGMR doivent prendre en compte le risque des « *informations qui ne sont pas illicites mais alimentent les risques systémiques recensés dans le présent règlement* », ce qui nécessite « *une attention particulière à la manière dont leurs services sont utilisés pour diffuser ou amplifier des contenus trompeurs ou mensongers, et notamment à la désinformation* ».

mais bien étendue, des mesures atténuantes qui pourraient répondre à certains risques systémiques potentiels³³⁶.

On peut s'inspirer de ces points du Règlement afin de conclure au basculement vers une régulation du fond du fonctionnement des services numériques. Effectivement, les risques à évaluer peuvent découler « *de la conception ou du fonctionnement* »³³⁷ des services offerts, alors ils peuvent bien découler des choix substantiels faits par les fournisseurs, comme la définition de leur politique de modération des contenus dans leurs conditions générales. Cela est corroboré de manière très claire par la liste non-exhaustive des mesures atténuantes potentielles : il est précisé expressément que les mesures que les fournisseurs sont tenus d'adopter peuvent inclure « *l'adaptation de la conception, des caractéristiques ou du fonctionnement de leurs services* »³³⁸ ou « *l'adaptation de leurs conditions générales* »³³⁹. Autrement dit, le DSA ne se limite pas à la procéduralisation de la politique de modération des contenus en ligne, dont la définition demeure essentiellement avec les entités régulées. En revanche, la possibilité qu'une modification de la substance de la politique de modération, ou d'autres aspects du fonctionnement des services numériques offerts, soit requise est expressément prévue. On conclut à un départ clair de la réserve relative du DSA quant à la régulation du fond de l'activité numérique constatée *supra* (dans la **Partie I, Chapitre 2**).

Le changement de vocation est accompagné par un changement de technique juridique, qui se traduit par une dilution de la logique de régulation *ex ante* présente dans les obligations pesant sur les autres catégories de fournisseurs. Cependant, lors d'une première lecture, la structure présentée ci-dessus ne semble être qu'une structure *ex ante*. En effet, le Règlement impose des devoirs devant être menés une fois par an aux opérateurs. La question qui se pose concerne, en réalité, la nature de ces devoirs : sont-ils des devoirs prédéfinis et spécifiques, s'inscrivant dans une logique *ex ante* ou s'agit-il des obligations plutôt abstraites, qui nécessitent une ré-évaluation de la part de la puissance publique *ex post* ?

Selon nous, il s'agit ici d'une intrusion d'une logique *ex post*. Plus précisément, le DSA définit, bien évidemment, des exigences qui sont à respecter (l'évaluation et l'atténuation des risques), mais il n'en précise pas les moyens. En réalité, il ne précise les résultats spécifiques attendus non plus : la notion de risque systémique, comme on a déjà évoqué est définie de manière très générale, et même l'énumération faite dans l'article 34, paragraphe 1, points a) à d) n'est qu'indicative. Vu la diversité des

³³⁶ Règlement DSA, article 35, paragraphe 1, points a) – k). Pour une présentation des mesures possibles notamment pour les risques relevant de la désinformation et des contenus haineux, voir TOURKOCHORITI Ioanna, *op. cit.*, pp. 139-144.

³³⁷ Règlement DSA, article 34, paragraphe 1.

³³⁸ Règlement DSA, article 35, paragraphe 1, point a).

³³⁹ Règlement DSA, article 35, paragraphe 1, point b).

opérateurs qui peuvent être qualifiés de TGP et de TGMR, on peut bien s'attendre à ce que les risques spécifiques recensés soient très diversifiés. Ces risques diversifiés ne peuvent être atténués que par des mesures également divergentes. Partant, il incombe aux fournisseurs de TGP et de TGMR de définir à la fois les risques présents dans leurs services et les solutions qui sont à appliquer. Autrement dit, ils sont tenus de définir les résultats attendus (découlant des risques spécifiques recensés) et les moyens d'y arriver (les mesures atténuantes).

Dans un souci de précision juridique, il est indispensable de clarifier qu'on ne peut parler en l'espèce que d'une *atténuation* de la logique *ex ante* du Règlement. Effectivement, même en n'imposant pas des comportements précisés au préalable, en laissant aux opérateurs la possibilité de définir la façon dont ils répondent aux exigences réglementaires et en habilitant les autorités compétentes à veiller sur le respect de ces exigences *après* que le comportement litigieux des opérateurs ait eu lieu, le Règlement DSA ne bascule pas à une régulation *ex post* au sens strict. Plus précisément, la régulation *ex post* au sens strict renvoie à la fixation des limites pour l'activité privée par le législateur et dont l'application est assurée par l'action administrative ou juridictionnelle postérieure de la puissance publique, sans injonction précise au préalable³⁴⁰. En revanche, les obligations pour les TGP et les TGMR s'imposent au préalable aux entités régulées et elles font partie, par conséquent, d'une tentative de régulation *ex ante*. Toutefois, nous soutenons que leurs caractéristiques originales, notamment le manque d'injonction *spécifique* aux fournisseurs, font du contrôle public postérieur le moment décisif de l'intervention publique dans le fonctionnement des opérateurs, et, partant, diluent le caractère *ex ante* des règles imposées. En résumé, même si on ne peut pas parler d'une régulation *ex post* au sens strict, on ne peut que constater la différence claire entre les obligations abordées *supra*, dont le contenu est précisé par le législateur, et les obligations pour les TGP et TGMR, dont le contenu reste à être défini postérieurement³⁴¹.

En effet, l'argumentation précédente est corroborée par l'action répressive déjà effectuée par la Commission à l'égard de certaines TGP³⁴². La Commission a ouvert

³⁴⁰ FRISON ROCHE Marie-Anne, *op. cit.*, pp. 43-44.

³⁴¹ En effet, la confluence des éléments *ex post* et *ex ante* dans la régulation des TGP et des TGMR ne devrait pas surprendre. Même une régulation purement *ex post* ne peut pas être dépourvue de toute rationalité *ex ante*, surtout sur l'influence sur les comportements futurs des intéressés. En ce sens, voir En ce sens, voir CRAMPES Claude, « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 130 : « *La régulation ex post n'apparaît que comme une confirmation, une crédibilisation de la règle ex ante [...] D'un point de vue normatif donc, la régulation même quand elle apparaît ex post, n'a de rationalité que ex ante* ».

³⁴² Une liste de toutes les mesures adoptées par la Commission, comme les désignations comme TGP ou TGMR, les demandes d'information, et les sommaires et communiqués de presse des décisions d'ouverture des procédures en manquement au Règlement est disponible ici: Commission européenne,

des procédures en manquement envers la place de marché en ligne AliExpress, les réseaux sociaux Facebook, Instagram et X (ancien Twitter) et la plateforme de partage des vidéos TikTok. Lors d'une lecture des décisions ouvrant les procédures, on se rend rapidement compte que les manquements allégués de chaque plateforme à l'obligation d'évaluation et atténuation des risques systémiques sont tout à fait différents, et varient en fonction de la nature du service offert par chaque fournisseur : pour AliExpress, le risque engendré concerne la prolifération des transaction illégales en lien avec la protection de la santé des consommateurs. Pour Facebook ou Instagram, c'est leur politique de modération des contenus politiques, en lien avec des enjeux pour les processus électoraux, qui inquiète la Commission, tandis que pour X, c'est surtout son algorithme qui cause des dangers similaires pour le discours public. Quant à TikTok, c'est le *design* addictif de ses interfaces, notamment pour les mineurs, qui est censé ne pas être suffisamment mitigé. On conclut que le contenu normatif de l'obligation d'évaluation et atténuation des risques systémiques ne peut qu'être défini postérieurement au comportement des fournisseurs et qu'il est concrétisé pour chaque fournisseur par la puissance publique *ex post*, dans le cadre d'une procédure semi-contentieuse, comme la procédure en manquement devant la Commission. Il ressort également de l'action de la Commission déjà engagée que cette obligation vise sans aucun doute le fond du fonctionnement des services offerts.

Eu égard aux considérations qui précèdent, il est loisible de conclure au bouleversement de la logique du Règlement DSA en l'espèce. Tandis que pour les autres catégories des fournisseurs des services intermédiaires il a fait le choix clair d'éviter la régulation du fond de leurs services et de se limiter à la procéduralisation de l'exercice de leur politique de modération, en l'occurrence il n'hésite pas à toucher à la substance de leurs activités économiques et des services qu'ils offrent au public. En même temps, peut-être par un souci de ne pas trop entraver leur libre fonctionnement, au lieu d'édicter des comportements précisés au préalable, comme il a fait pour les exigences procédurales déjà abordées, il fait le choix de diluer la logique *ex ante*, en leur laissant une marge de manœuvre importante. L'importance de ce basculement pour la difficile mise en balance entre interventionnisme et réserve, et, plus généralement, pour le rôle dédié à la puissance publique est claire. Cependant, il est nécessaire d'abord de clarifier qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un abandon « définitif » de la régulation *ex ante* pure. En réalité, comme il est soutenu par la suite, le DSA semble prévoir un retour potentiel à une structure juridique sans éléments de régulation *ex post*.

« Supervision des très grandes plateformes en ligne et des moteurs de recherche désignés dans le cadre de la DSA », sur *Commission européenne* (en ligne), mis à jour le 13 juin 2024, consulté le 15 juin 2024.

Section 2 : La possibilité du retour « souple » de la logique ex ante pure

L'éloignement du Règlement DSA d'une logique pure de régulation *ex ante* n'est pas, pour autant, définitif. En effet, lors d'une lecture plus attentive de ses dispositions relatives aux TGP et TGMR, on se rend compte qu'il existe des mécanismes permettant un passage vers l'édiction des comportements précis aux entités régulées, sans leurs laissant de marge d'appréciation importante. Néanmoins, il ne s'agit, en l'occurrence, que d'un passage « souple ». Plus précisément, ce passage peut se produire uniquement à travers des outils de droit souple, donc sans valeur juridique contraignante. Pour nous, ces dispositions du Règlement constituent un autre indice témoignant de la difficulté de mettre en balance les objectifs ambitieux et les réserves de celui-ci, qui est présente tout au long de ses dispositions substantielles.

Le premier passage possible à une définition préalable des comportements qui sont à suivre figure dans la disposition visant l'obligation d'atténuation des risques systémiques. Dans l'article 35, paragraphe 3, est prévu que la Commission, en coopération avec les coordinateurs pour les services numériques, peut publier des lignes directrices sur l'application des mesures atténuantes par rapport à des risques spécifiques, notamment en vue de présenter les bonnes pratiques et de recommander des mesures possibles, en tenant dûment compte des conséquences possibles des mesures sur les droits fondamentaux de toutes les parties concernées consacrés dans la Charte. Bien évidemment, les lignes directrices ne seront pas vêtues de valeur juridique, et il ne s'agira que des recommandations pour les fournisseurs. Cependant, elles pourraient aboutir à une première tentative des autorités européennes de pousser les très grands fournisseurs d'adopter des mesures spécifiques, définies de manière unilatérale par elles au préalable. Effectivement, il pourrait être soutenu que de telles lignes directrices sont, en réalité, nécessaires pour une gouvernance horizontalisée en matière d'atténuation des risques systémiques³⁴³.

À part de l'émission des lignes directrices élaborées unilatéralement par la Commission, le Règlement prévoit une possibilité de co-régulation entre autorités européennes et entités régulées, qui prendra la forme des codes de conduite. Les codes de conduite, qui sont des normes de droit souple élaborées en collaboration avec les entités régulées, ne sont pas quelque chose de nouveau dans la politique européenne du numérique. Comme on a déjà évoqué (dans la **Section 1**, §2 de l'introduction), de tels codes furent parmi les premières étapes d'une régulation des services en ligne, avant l'adoption du DSA. Plus précisément, l'adoption en mai 2016 du « *Code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne* » a incorporé une série des dispositions qui figurent désormais dans le DSA et, partant, sont vêtues de caractère

³⁴³ Voir, en ce sens, FAVRO Karine et ZOLYNSKI Célia, « DSA, DMA : l'Europe encore au milieu du gré », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 220.

contraignant. Pour rappel, vu qu'un code de conduite constitue du droit souple, y adhérer et le respecter demeure une démarche volontaire et juridiquement incontrôlable des entités régulées³⁴⁴.

Le rôle de la Commission et du Comité européen des services numériques est plutôt d'un facilitateur et moins d'une nature décisive, contrairement à ce qui se passe pour les lignes directrices. Ainsi, ils sont tenus d'« *encourager et faciliter* »³⁴⁵ le processus d'élaboration de tels codes, tandis que la définition de leur contenu normatif demeure avec les opérateurs. Toutefois, cela n'empêche pas les autorités européennes de se fixer comme objectif que les codes de conduite définissent clairement la nature des objectifs d'intérêt général visés, qu'ils contiennent des mécanismes d'évaluation indépendante de la réalisation de ces objectifs et que le rôle des autorités concernées soit clairement défini³⁴⁶.

Le contenu normatif de ces codes portera sur la bonne application de l'ensemble des obligations prévues par le DSA. Cela étant, un focus particulier est accordé à la gestion des risques systémiques pour les TGP et les TGMR : la Commission est habilitée d'inviter d'une part les fournisseurs concernés, d'autre part les autorités compétentes et des représentants de la société civile afin qu'ils participent à l'élaboration d'un tel code³⁴⁷. Cette disposition particulière nous permet d'arriver à une conclusion sur le contenu normatif de tels codes. Plus précisément, il n'engendrera pas d'obligations supplémentaires en dehors du Règlement, mais il servira à concrétiser ses points gris, surtout en ce qui concerne l'évaluation et atténuation des risques systémiques. Il est logique de s'attendre à ce qu'un tel code de conduite contienne des engagements *concrets* de la part des fournisseurs afin de répondre aux risques systémiques *spécifiques*, recensés dans plusieurs TGP et TGMR.

Le choix du DSA de laisser de la place à des outils de droit souple pour réguler les plus grands fournisseurs, qui, posent des « *risques systémiques* » peut susciter des interrogations. En effet, si le législateur européen a voulu s'éloigner de la dilution de la logique *ex ante* qu'il a choisie lui-même, pourquoi ne l'a-t-il pas fait en utilisant le droit dur ? Effectivement, cette référence du Règlement à des outils de droit souple a suscité des critiques de la part de certains auteurs qui, à titre d'exemple, relient de telles démarches à l'exercice d'un pouvoir réglementaire de la part des entités régulées³⁴⁸ et,

³⁴⁴ Voir, en ce sens, Règlement DSA, considérant 103 : « *Bien que la mise en œuvre des codes de conduite devrait être mesurable et soumise à un contrôle public, cela ne devrait cependant pas porter atteinte au caractère volontaire de ces codes, ni à la liberté des parties intéressées de décider d'y participer ou non* »

³⁴⁵ Règlement DSA, article 45, paragraphe 1.

³⁴⁶ Règlement DSA, considérant 103.

³⁴⁷ Règlement DSA, article 45, paragraphe 2.

³⁴⁸ DELVOLVÉ Pierre, « Les réseaux sociaux et la puissance publique. Réflexions simples à partir du rapport du Conseil d'État », *RFDA*, 2022, p. 1006.

de manière plus générale, à une privatisation de la gouvernance d'Internet³⁴⁹. Pour nous, cette problématique renvoie clairement à la problématique principale irriguant tout notre mémoire, c'est-à-dire la question de comment encadrer juridiquement les services numériques de manière décisive, mais en même temps pratique. Autrement dit, comment assurer un retour réaliste de la puissance publique. En l'espèce, le DSA semble comprendre que laisser aux entités régulées le soin de définir le comportement qui est à suivre pour respecter les exigences réglementaires devrait avoir des limites, et des injonctions spécifiques devraient, au moins, coexister avec le cadre peu défini de l'obligation d'évaluation et atténuation des risques systémiques. Néanmoins, le législateur européen a opté pour la possibilité d'injonctions souples, ajoutant ainsi une dose de réalisme qui pourrait s'avérer nécessaire. Une tentative d'esquisser ce raisonnement du législateur de manière globale est tentée dans la conclusion de cette partie du mémoire.

Section 3 : Le contrôle non-étatique comme une assurance supplémentaire en lien avec l'atténuation de la logique ex ante

Selon l'argumentation précédente, le législateur européen a fait le choix d'obliger les TGP et les TGMR à évaluer et atténuer leurs risques systémiques, tout en confiant la concrétisation des moyens et des résultats à eux. Comme on a déjà évoqué, il ne s'agit pas de la seule obligation pesant sur les plus grands opérateurs. Parmi les autres obligations leur incombant, la plus pertinente pour évaluer la balance entre ambition et réalisme dans le Règlement est le contrôle non-étatique du respect dû au Règlement. Comme on démontre *infra*, il s'agit des dispositions ayant suscité beaucoup d'interrogations, qui sont en lien avec le choix de diluer la logique de la régulation *ex ante* fait pour les plus grands fournisseurs.

Le contrôle non-étatique des fournisseurs est assuré par deux procédures distinctes, à savoir l'audit indépendant (article 37 DSA) et la fonction interne de contrôle de la conformité (article 41 DSA). On applique la terminologie de « contrôle non-étatique » car il s'agit d'un contrôle diligenté par les entités contrôlées elles-mêmes, soit en collaboration avec des experts indépendants, soit résolument à l'interne de l'entreprise concernée. Un autre terme qui paraît pertinent en l'occurrence est la notion de « *pré-contrôle* »³⁵⁰, qui renvoie au fait que le contrôle non-étatique s'effectue antérieurement au contrôle effectué par la puissance publique, par le biais des procédures administratives et juridictionnelles. Cette clarification est importante quant à la

³⁴⁹ CAUFFMAN Caroline et GOANTA Catalina, *op. cit.*, p. 768.

³⁵⁰ DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 610, point 27.

conclusion de cette partie du mémoire ci-présent, concernant la différenciation entre réglementation *ex ante* et *ex post*.

En commençant par l'audit indépendant, il s'agit, essentiellement, d'une procédure d'évaluation de la conformité des TGP et TGMR avec la réglementation en vigueur, menée par un organe extérieur et indépendant par rapport à l'entité contrôlée. La *ratio legis* de cette procédure et le rendement des comptes de la part des fournisseurs, vérifié par des experts indépendants³⁵¹. L'audit doit se tenir au moins une fois par an, aux frais de l'entité contrôlée, et couvrir la totalité des obligations imposées aux fournisseurs en vertu du DSA³⁵².

Le choix de l'organisation chargée d'effectuer l'audit constitue, selon nous, le point crucial de la procédure. En ce sens, le Règlement précise trois conditions cumulatives pour les organisations d'audit, à savoir leur indépendance, leur expertise et leur objectivité³⁵³. Parmi ces conditions, c'est à l'indépendance qu'attache beaucoup d'importance le législateur européen. Plus précisément, le DSA énonce trois sous-conditions pour que l'indépendance de l'organisation d'audit puisse s'avérer : le fait de ne pas avoir fourni des services autres que d'audit au fournisseur pour les douze mois avant l'audit, le fait de ne pas avoir fourni des services d'audit au fournisseur pour une période dépassant les dix années consécutives et la dissociation des honoraires de l'organisation du résultat de l'audit (honoraires non conditionnels). Les auditeurs doivent, de surcroît, respecter les exigences de rotation de cabinets³⁵⁴.

La procédure d'audit s'achève avec la rédaction, de la part de l'auditeur, d'un rapport d'audit. Le point focal de ce rapport est l'avis d'audit sur le respect, ou non, des obligations incombant au fournisseur, qui peut être positif, positif et assorti des commentaires ou négatif³⁵⁵. Plus précisément, un avis positif correspond à un respect de la totalité des obligations pertinentes et il devrait être assorti de commentaires lorsque l'auditeur souhaite inclure des observations qui n'ont pas d'incidence importante sur le résultat de l'audit, tandis qu'un avis négatif devrait être émis lorsque l'auditeur estime que le fournisseur ne respecte pas ses obligations³⁵⁶. De manière logique, le DSA exige davantage que les fournisseurs soient tenus de prendre dûment

³⁵¹ Règlement DSA, considérant 92.

³⁵² Plus précisément, l'audit concerne les obligations imposées en vertu du Chapitre III du DSA, ce qui exclut tout ce qui concerne le régime de responsabilité civile des fournisseurs (voir *supra*, dans la **Partie I, Chapitre 1, Section 3, §1**). De surcroît, sont couvertes les obligations découlant des Codes de conduite et des protocoles, en vertu des articles 45, 46 et 48 DSA.

³⁵³ Règlement DSA, article 37(3).

³⁵⁴ Règlement DSA, considérant 92.

³⁵⁵ Règlement DSA, article 37, paragraphe 4, point g).

³⁵⁶ Règlement DSA, considérant 93.

en compte les recommandations des auditeurs en les mettant en œuvre ou en justifiant les raisons pour lesquelles ils ne les ont pas mises en œuvre³⁵⁷.

Parallèlement à la procédure d'audit, et, en tout cas, en complémentarité avec elle, tout fournisseur de TGP ou de TGMR est également tenu de créer, au sein de leur entreprise, une fonction de contrôle de conformité. Cette obligation supplémentaire s'explique par la complexité du fonctionnement des systèmes déployés par les fournisseurs et des risques systémiques qu'ils présentent pour la société³⁵⁸. La fonction de conformité est chargée de veiller au respect du DSA par le fournisseur, elle est indépendante des fonctions opérationnelles de ce dernier et devrait disposer d'une autorité, d'une taille et de ressources suffisantes, ainsi que de l'accès à l'organe de direction du fournisseur³⁵⁹. Ainsi, un responsable de contrôle de conformité est nommé : il doit disposer des qualifications élevées, et il est protégé du licenciement sans l'accord préalable de l'organe de direction du fournisseur³⁶⁰. Les devoirs incombant aux fonctions de conformité couvrent, essentiellement, le contrôle du respect, de la part du fournisseur, à l'ensemble des obligations découlant du DSA, aussi en lien avec la procédure d'audit indépendant³⁶¹.

Dès lors, il y a lieu de se concentrer sur la justification et les objectifs de ces procédures. Elles semblent témoigner une volonté claire du législateur européen d'instaurer au sein des fournisseurs, c'est-à-dire au sein des entités susceptibles de porter atteinte au Règlement, un niveau de pré-contrôle, comme on a déjà évoqué. Les fournisseurs sont tenus d'assurer une autosurveillance continue, effectué par la fonction interne de conformité, et une surveillance extérieure, mais toujours privée, par un auditeur. Ce contrôle non-étatique accorde *davantage* de responsabilité, voire des « compétences », aux fournisseurs de TGP ou TGMR. À part de la définition des moyens et de résultats, concernant l'obligation d'évaluation et atténuation des risques, même le contrôle de si le fournisseur s'est montré respectueux de cette obligation et de toute autre obligation découlant du DSA est confié, dans ce stade préliminaire, à l'opérateur lui-même.

Ce choix du législateur européen fut vivement critiqué, souvent sous l'angle d'une privatisation de la régulation et de son exécution (*enforcement*)³⁶². Concernant l'audit indépendant, c'est son objectivité qui suscite des interrogations : selon certains, une entité privée contrôlant une autre entité privée, appliquant, parfois, du droit souple élaboré par d'autres acteurs privés correspond à « *la compliance à son paroxysme*,

³⁵⁷ Règlement DSA, article 37, paragraphe 6.

³⁵⁸ Règlement DSA, considérant 99.

³⁵⁹ Règlement DSA, 41, paragraphe 1.

³⁶⁰ Règlement DSA, 41, paragraphe 2.

³⁶¹ Règlement DSA, article, paragraphe 3, point c).

³⁶² Pour une répudiation vive de l'hybridation entre pouvoir public et opérateurs privés, en dehors du cadre de la régulation du numérique, voir SUPLOT Alain, « The public-private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 129-145.

jusqu'au triomphe, jusqu'à l'étourdissement »³⁶³. De surcroît, l'absence complète d'encadrement des auditeurs (audit des auditeurs), qui demeurent des entités privées avec un but lucratif en concurrence les unes avec les autres suscite des doutes quant à leur indépendance³⁶⁴. Une critique à la fois importante et intéressante concerne le risque de « *capture d'audit* »³⁶⁵ : le nombre relativement limité de « clients », à savoir des TGP et des TGMR qui sont, par ailleurs, de très grandes entreprises d'une puissance économique énorme, conduira, inexorablement, à une forte concurrence au côté de l'offre qui pourrait aussi résulter à une concentration du marché émergent des auditeurs des TGP et des TGMR. Si l'on ajoute la motivation bien claire de tout auditeur de plaire à son client, afin qu'il puisse le retenir comme client, on se rend compte de l'ampleur des interrogations logiques que suscitent les choix du DSA. Quant à la fonction interne de conformité, elle représente, pour certains, une fonction qui ressemble à la police administrative, diluant ainsi la puissance publique³⁶⁶. Finalement, il faut ajouter que ces interrogations ne sont pas adressées par le règlement délégué (UE) 2024/436 de la Commission du 20 octobre 2023 « *complétant le règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil en établissant des règles concernant la réalisation d'audits pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne* »³⁶⁷ : ce dernier se borne à définir plutôt les méthodes à appliquer lors de l'audit, et ne consacre qu'une disposition très générale à l'exigence d'indépendance des auditeurs³⁶⁸.

Malgré le caractère bien justifié de certaines parmi les critiques susmentionnées, selon nous le choix du législateur européen d'imposer un devoir de contrôle non-étatique aux opérateurs ne saurait pas être si vivement critiqué. L'argument principal pour cette position est tiré de la nature de ce contrôle : il s'agit d'un contrôle préalable, d'un pré-contrôle qui ne se substitue pas au contrôle effectué par la puissance publique. Il ne ressort aucunement du Règlement que la Commission peut échapper à son propre devoir de contrôle en s'appuyant sur le contrôle non-étatique effectué par les opérateurs. Partant, il ne s'agit pas d'une réduction, d'un recul de la puissance publique. Au contraire, il s'agit d'encore une obligation imposée aux opérateurs privés qui tend à possiblement réduire l'incidence de non-respect au Règlement et à rendre plus facile et efficace le contrôle public.

³⁶³ DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, *op. cit.*, pp. 50-51, point 44.

³⁶⁴ CAUFFMAN Caroline et GOANTA Catalina, *op. cit.*, pp. 770-771.

³⁶⁵ Pour une analyse détaillée de cette problématique, voir LAUX Johann, WACHTER Sandra et MITTELSTADT Brent, *op. cit.*

³⁶⁶ DELVOLVE Pierre, *op. cit.*, p. 1006.

³⁶⁷ JOUE L, 2024/436.

³⁶⁸ Article 4, paragraphe 1 du Règlement délégué : « *avant de sélectionner un organisme d'audit en vue de réaliser l'audit, le fournisseur audité vérifie si cet organisme remplit les exigences énoncées à l'article 37, paragraphe 3, du règlement (UE) 2022/2065* ».

Ce choix du Règlement s'explique également par un souci plus général de rendre la tâche des autorités administratives chargées de faire respecter le DSA le plus facile possible³⁶⁹. Le DSA se montre soucieux d'assurer le bon fonctionnement du contrôle public de son application en allégeant les coûts de la procédure. Plus précisément, le DSA transpose les coûts à la charge des fournisseurs des TGP et TGMR dans son article 43. De façon un peu surprenante³⁷⁰, c'est l'autorité régulatrice elle-même, à savoir la Commission européenne, qui définira le montant de cette « redevance de surveillance » imposée aux TGP et TGMR individuellement pour chaque fournisseur, simultanément à sa désignation en tant que tel en vertu de l'article 33³⁷¹. Les États membres sont également autorisés de percevoir des redevances similaires auprès des fournisseurs établis sur leur territoire afin d'accomplir leurs devoirs de surveillance en vertu du DSA³⁷². Eu égard aux précisions qui précèdent, il serait très difficile de conclure à un recul du contrôle public ou une substitution du contrôle non-étatique à sa place. Au contraire, le Règlement vise à rendre le contrôle étatique de son application le plus efficace possible.

Le lien entre notre analyse du contrôle non-étatique prévu par le Règlement et le retour réaliste de la puissance public pourrait ne pas être clair lors de la première lecture. Toutefois, il s'agit d'un point essentiel : pour nous, il sert à concrétiser le réalisme de l'interventionnisme du Règlement. Nous ne soutenons pas que les autorités compétentes ne soient pas en mesure de contrôler elles-mêmes le respect dû au DSA, et partant une « privatisation » de ce contrôle est nécessaire, ou que ces dispositions soient un aveu d'échec. Au contraire, nous soutenons que ces procédures privées sont une assurance supplémentaire, rendue nécessaire par le caractère partiellement *ex post* des exigences incombant aux TGP et TGMR. Effectivement, vu que la façon de répondre à l'obligation d'évaluer et atténuer ses risques systémiques n'est pas définie, un niveau de pré-contrôle qui pourrait être postérieurement utile pour le contrôle public est un ajout très réaliste. La question plus générale de si le Règlement s'est montré, en réalité, *trop* réaliste envers les géants du numérique, et les possibles justifications pour ses choix sont abordées par la suite.

³⁶⁹ Le contrôle public de la conformité avec le Règlement pourrait s'avérer très difficile, surtout en raison des asymétries d'information entre opérateurs et régulateurs (voir, en ce sens, BLANDIN-OBERNESSER Annie, *op. cit.*, p. 695). Le DSA lui-même reconnaît l'existence de telles asymétries, voir son considérant 96.

³⁷⁰ Pour certains auteurs, ce pouvoir unilatéral de la Commission « *ne peut se comprendre que dans un système régulé indifférent à toute séparation des pouvoirs* », DREYER Emmanuel, *op. cit.*, p. 610, point 27.

³⁷¹ Règlement DSA, article 43, paragraphe 1.

³⁷² Règlement DSA, considérant 101.

Conclusion intermédiaire : Les concessions réalistes du Règlement comme assurances de sa viabilité continue

Le cadre réglementaire portant sur les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne est fort différent par rapport à celui régissant les autres catégories de fournisseurs des services intermédiaires en ligne. Le législateur européen s'est rendu compte de la complexité et de l'évolution constante des risques posés par les services numériques, qui ont nécessité un départ de son choix de *procéduraliser* leur fonctionnement, notamment leur politique de modération, de manière *ex ante*, sans toucher pour autant au fond de leurs services. La taille des plus grands fournisseurs, qui sert à amplifier les risques déjà existants et à les rendre systémiques, nécessite une intervention substantielle, et non procéduralisante. Cependant, au lieu d'enjoindre des comportements concrets *ex ante*, le DSA laisse une marge de manœuvre importante aux opérateurs, tout en réservant pour la puissance publique le monopole de concrétiser, de manière contraignante, ce qui est attendu des fournisseurs *ex post*³⁷³. Cette adoption, toujours partielle, d'une logique *ex post* n'est pas définitive : elle est complétée par la possibilité d'aboutir à une définition des comportements à suivre au préalable, qui sera, pour autant, sans valeur juridique contraignante, vu qu'elle relèvera des outils de droit souple. Finalement, le Règlement fait un autre ajout réaliste, en exigeant un contrôle préalable non-public du respect dû à lui-même.

Lors d'une première lecture des dispositions portant sur les TGP et les TGMR, le Règlement DSA peut paraître inachevé. Malgré son choix de viser le fond du fonctionnement des services intermédiaires en ligne, le fait qu'il se borne à définir de manière très vague ce qui est attendu de la part des entités régulées suscite des interrogations. Si l'on ajoute la problématique de la privatisation du pré-contrôle du respect des règles que le DSA impose, on pourrait même caractériser le Règlement décevant sur la régulation des plus grands opérateurs en ligne, qui est, par ailleurs, son objectif principal.

Néanmoins, l'état actuel des choses de l'économie numérique a bel et bien nécessité cette concession : comme on a déjà évoqué, les risques systémiques posés par les TGP et les TGMR sont si vastes et divers qu'une tentative de les cartographier *ex ante* pour tous les fournisseurs serait quasi-impossible. De surcroît, l'asymétrie d'information entre puissance publique (législateur et autorités de contrôle) et fournisseurs est si importante que la tâche de prévoir des risques *in abstracto* n'aboutirait pas à un résultat

³⁷³ Ainsi qu'a relevé le Conseil d'État, *op. cit.*, p. 231, « En effet, comme tout dispositif de régulation où l'opérateur choisit, dans une certaine mesure, les moyens qu'il décide d'employer pour parvenir aux buts que lui a fixés le législateur, la réussite du [Règlement DSA] dépend de sa correcte appropriation par les acteurs ainsi que de la vigilance et de l'efficacité du superviseur ».

satisfaisant. Finalement, même si une définition *ex ante* de tout risque systémique et de toute mesure susceptible de l'atténuer était possible pour le législateur européen, cela ne serait pas en mesure de répondre aux défis futurs. En effet, la seule façon d'assurer que le Règlement DSA ne soit pas obsolète après peu d'années est l'introduction d'une logique partiellement *ex post*, sans injonction des comportements précis *ex ante*. En faisant ce choix, le DSA s'est montré réaliste.

De surcroît, on constate que le DSA est aussi conscient des concessions réalistes qu'il a fallu faire, surtout concernant la dilution de la logique *ex ante*, et tente de la minimiser autant que possible. Ainsi témoigne la longue liste des mesures d'atténuation des risques potentielles, présente dans son article 35, paragraphe 1, et les exemples présents dans ses considérants relatifs. En outre, en promouvant l'élaboration des codes de conduite volontaires, le Règlement cherche, en réalité, à concrétiser certaines mesures atténuantes et à les transformer en obligations pesant *ex ante* aux fournisseurs, même si, dans un premier temps, ce passage de l'*ex post* à l'*ex ante* ne peut se faire que par le moyen du droit souple. En effet, rien n'empêche de penser que la régulation partiellement *ex post* adoptée par le DSA ne soit que temporaire. On a déjà vu qu'en matière de la régulation du numérique, ce qui fait partie d'abord du droit souple peut se transformer, postérieurement, en droit dur³⁷⁴. Même si toute prédiction du futur en matière numérique est très risquée, nous ne serions pas surpris de voir les codes volontaires élaborés en vertu du DSA se transformer en obligation de droit dur dans le futur, soit *de facto* par la pratique des autorités de contrôle et la jurisprudence à laquelle elle donnera lieu, soit *de jure* par le biais d'un autre acte législatif.

Les concessions du Règlement DSA envers les TGP et les TGMR, qui ont été si vivement critiquées, ne sauraient pas être regardées comme un manque d'ambition. Comme on a démontré, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une soumission du Règlement aux très grands fournisseurs, mais d'une assurance de la viabilité continue du cadre réglementaire instauré par ce dernier. La viabilité du Règlement passe à la fois par sa résistance à l'obsolescence, et par la possibilité pour les autorités publiques de le faire respecter. L'instauration du pré-contrôle non-étatique sert à aider les autorités à exercer leur propre contrôle, et l'adoption limitée d'une logique *ex post* sert à protéger la viabilité du Règlement contre les évolutions futures de l'environnement numérique. En effet, c'est uniquement au cas où le Règlement DSA se montre capable de s'adapter aux changements technologiques qu'il pourra jouer son rôle comme standard mondial de régulation d'Internet³⁷⁵.

³⁷⁴ Le Code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne de 2016 en fait le principal exemple. Comme on a déjà évoqué, toute une série des engagements présents dans ce code de droit souple figurent désormais, en tant que droit dur, dans le DSA.

³⁷⁵ En ce sens, voir l'intitulé de TOURKOCHORITI Ioanna, *op. cit.* (« *Global Regulator of the Internet* »).

Eu égard aux considérations qui précèdent, le cadre réglementaire visant les TGP et les TGMR devrait être considéré plutôt ambitieux que réservé. En visant directement les joueurs les plus forts de l'économie numérique qui engendrent des risques systémiques pour la société, la démocratie et les droits fondamentaux, en osant imposer des obligations portant sur le fond de leur fonctionnement, en assurant que le devoir de contrôle des autorités publiques soit exercé de la manière la plus efficace possible et en prévoyant la possibilité d'un passage, même souple et incertain, à une régulation *ex ante*, le Règlement DSA fait preuve d'une grande ambition, modérée au strict nécessaire uniquement pour des considérations pratiques portant sur sa viabilité continue. Le rôle de la puissance publique ne se diminue pas : en raison de l'ambiguïté des obligations qui pèsent sur les opérateurs et de la nature non-exhaustive de tout indice accordé par le Règlement, le seul point de repère concret pour ce qui est attendu des opérateurs est la pratique de la Commission³⁷⁶ et la jurisprudence postérieure de la Cour de justice. En ce faisant, le DSA réserve pour la puissance publique le monopole de définir *ex post* ce qui est licite et ce qui est illicite, et ainsi définir *de facto* ce qui est requis pour le futur. On peut parler, par conséquent, d'un vrai retour de la puissance publique, réaliste et viable dans le temps.

³⁷⁶ Qui est l'autorité administrative chargée de veiller sur le contrôle des TGP et TGMR, voir Règlement DSA, articles 65 *et seq.*, ainsi que considérant 124.

CONCLUSIONS : Le Règlement DSA et le réalisme au service de l'ambition

Le Règlement sur les services numériques, le Digital Services Act, constitue la réponse européenne aux enjeux du monde numérique. Les dangers qu'engendre ce nouvel univers touchent à des problématiques que les sociétés européennes considèrent très importants, comme les droits fondamentaux des utilisateurs des services numériques, surtout la liberté d'expression, la liberté de l'information et la lutte contre la désinformation, la propagation des contenus illicites de tout ordre et toute nature, la protection des mineurs et des consommateurs etc. L'Union européenne, consciente de la nécessité d'agir afin de mitiger ces risques, a fait le choix d'une réponse *juridique et normative*, en adoptant le paquet législatif du DSA et du DMA. Son action vient s'opposer à une longue histoire d'hésitation quant à la régulation des services numériques : à la place des actes législatifs d'une portée très limitée, ou des actes de droit souple sans valeur juridique contraignante, s'est substituée la contrainte transversale imposée par la puissance publique. En dépassant les finalités purement économiques et en cherchant à servir l'intérêt général, ainsi qu'en définissant un cadre normatif strict et applicable de principe, l'Union européenne s'est montrée ambitieuse et interventionniste.

Toutefois, la vocation du contenu substantiel du DSA, décrivant les obligations incombant aux fournisseurs des services intermédiaires, n'est pas si claire. En effet, lorsqu'on analyse les dispositions pertinentes du Règlement, on se rend rapidement compte du fait qu'il s'agit, souvent, d'un compromis entre ambition et réserve. Par exemple, on comprend que la très grande majorité des obligations pesant sur toutes les catégories des fournisseurs des services intermédiaires, hormis les plus grands, sont d'une nature décidément *procéduralisante*. Au lieu d'édicter, de manière contraignante, les critères que les opérateurs doivent appliquer lors de la conception de leurs conditions générales et de leur politique de modération, le DSA se borne à imposer l'établissement des mécanismes procéduraux, assurant la bonne application de cette politique dont le contenu substantiel reste à être défini par les opérateurs eux-mêmes. Il s'agit, en l'occurrence, d'un indice démontrant une réserve importante du Règlement, une hésitation d'influencer la substance des services intermédiaires en ligne. En revanche, ces dispositions procéduralisantes sont libellées de manière très descriptive, ne laissant quasiment aucune marge de manœuvre pour les entités régulées. En effet, il s'agit d'une régulation *ex ante* pure, où le législateur énonce au préalable des comportements précis que les entités régulées ne peuvent que suivre sans pouvoir d'appréciation. Ainsi, le DSA se montre ambitieux : il n'hésite pas d'imposer unilatéralement, de façon régaliennne, des obligations précises auxquelles les

fournisseurs privés ne peuvent que se soumettre. Il convient de conclure, en l'occurrence, à une mise en balance difficile entre ambition et réserve, qui tend, selon nous, au réalisme.

Cette mise en balance est présente également dans les dispositions gouvernant les très grandes plateformes et moteurs de recherche en ligne. Cependant, elle se présente renversée : en l'espèce, le Règlement n'hésite pas à viser *le fond* du fonctionnement des services intermédiaires en ligne, en raison des dangers posés par de tels opérateurs, dont la taille amplifie les risques engendrés et les rend systémiques. Ainsi, il se montre bien plus ambitieux, en abandonnant sa logique uniquement procéduralisante présente dans les dispositions pour les autres catégories de fournisseurs. Toutefois, d'autres concessions sont faites en faveur de la prudence : le DSA accepte l'intrusion des éléments de régulation *ex post* pour les plus grands fournisseurs, en n'édicte pas de manière précise les comportements à suivre et en laissant aux entités régulées une liberté importante quant à la définition des moyens pour répondre aux obligations qui leurs incombent. En outre, il n'hésite non plus à confier aux opérateurs un niveau de pré-contrôle du respect dû à lui-même.

Dans l'introduction, on avait posé la question de savoir qui l'emporte, l'ambition ou le réalisme. En effet, en s'appuyant sur les distinctions qu'on a faites, entre régulation purement *ex ante* ou non et entre approche par la procéduralisation ou influence du fond, il semble que le Règlement est divisé en deux : les obligations pesant sur toutes les catégories des fournisseurs, exceptés les plus grands, sont procéduralisantes et *ex ante*, tandis que les obligations pesant sur les géants du numériques visent le fond, mais acceptent une dilution de la logique *ex ante*. Cependant, une conclusion selon laquelle le Règlement serait en pleine harmonie, en balance parfaite entre ambition et réalisme ne saurait pas être retenue.

Malgré les concessions faites par le Règlement et les points dans lesquels il pourrait être plus restrictif, plus interventionniste et avoir moins de confiance aux entités régulées, il ne faudrait pas perdre de vue la nature *originale* du Règlement DSA. Comme on a déjà évoqué, il s'est substitué à l'absence presque complète de règles transversales et contraignantes sur les services numériques. En réalité, il est le premier instrument juridique au monde entier qui régule de manière transversale les services intermédiaires en ligne, qui couvrent, à vrai dire, la très grande majorité des interfaces et des applications numériques avec lesquelles le grand public interagit au quotidien. Avec le DMA, il vise à servir comme un « *droit commun* »³⁷⁷ du numérique. On partage le sentiment selon lequel « [l'action de l'UE sur le numérique est] *l'affirmation, classique, mais appliquée ici à un domaine qui se veut disruptif, du primat du droit et*

³⁷⁷ Conseil d'État, *op. cit.*, p.66.

de la régulation juridique [...] l'Union européenne est la première à assumer cette approche juridique classique, que l'on pensait dépassée, désuète même »³⁷⁸. En dépit de ce caractère fortement pionnier, le DSA ne s'est pas limité à définir un cadre pas trop détaillé, ou trop souple. Au contraire, il a instauré un cadre qui se veut complet, une structure juridique d'une complexité indéniable, avec des obligations précises. Partant, son ambition ne saurait pas être mise en question.

Il est vrai que l'ambition interventionniste du Règlement est modérée par les points qu'on a déjà abordés, comme l'approche procéduralisante pour la plupart de catégories de fournisseurs, l'atténuation de la logique *ex ante* pour les plus grandes plateformes et moteurs de recherche ou la consécration du contrôle non-étatique comme procédure indispensable pour son *enforcement*. Néanmoins, pour nous tous ces points ne démontrent pas de défaitisme, mais du réalisme. En effet, l'intrusion des éléments *ex post* contribue à la défense du Règlement contre l'obsolescence : même si des évolutions technologiques ou sociales changent le fonctionnement des services des plus grands fournisseurs, l'obligation d'évaluer et atténuer les risques systémiques restera intacte. Seuls les moyens pour y répondre, qui ne sont pas définis au préalable, changeront, ce qui garantit l'adaptabilité du Règlement. De surcroît, l'approche procéduralisante peut se justifier par le manque relatif des risques posés par les fournisseurs visés par elle : en effet, charger les autorités compétentes pour veiller sur l'application du DSA de contrôler la conformité de *toutes les plateformes en ligne* avec des obligations portant sur le fond de leur fonctionnement, qui sont, partant, plus difficiles à évaluer, réduirait les ressources disponibles pour le contrôle des plateformes qui sont les vecteurs des vrais risques systémiques pour la société, la démocratie et les droits fondamentaux. L'instauration d'un niveau de pré-contrôle non-public sert la même finalité : rendre l'exécution du devoir de contrôle des autorités le plus efficace possible.

Bien entendu, la question de la mise en balance entre ambition et prudence dans la régulation de l'environnement numérique ne s'arrête pas ici. Plus précisément, en l'état actuel des choses, seule une approche distanciée du contenu substantiel du Règlement peut être tentée. La pratique administrative de la Commission européenne, du Comité européen des services numériques et des autorités nationales compétentes, ainsi que la pratique juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne joueront un rôle majeur quant à l'appréciation de ces questions dans le futur. Il est envisageable qu'un exercice très réservé des pouvoirs accordés aux autorités publiques, surtout en ce qui concerne les très grands fournisseurs, pourrait aboutir à une diminution *de facto* de la portée ambitieuse du Règlement DSA. Toutefois, aucun indice n'existe pour le moment

³⁷⁸ BERTRAND Brunessen, « L'émergence d'une politique européenne 'spontanée' du numérique », in *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 34.

témoignant la probabilité d'une application « bienveillante » de la nouvelle réglementation. En tout état de cause, le rôle que pourrait jouer l'ambition du Règlement dans son application, et sa relation juridique, sur le plan théorique ou pratique, avec le droit de la régulation sectorielle « classique », comme le droit des communications électroniques, donnent matière à des réflexions supplémentaires qui ne peuvent pas être abordées de manière satisfaisante dans le cadre de ce mémoire.

Par conséquent, il nous est loisible de conclure que les points « décevants » du Règlement se justifient par des raisons de réalisme. Allant au-delà de cela, il serait envisageable de soutenir que les concessions réalistes du DSA ne sont pas, en réalité, des concessions, mais des choix *au service* de l'ambition du Règlement. Effectivement, assurer la viabilité de ce dernier dans le temps et son exécution efficace et effective ne fait que nourrir son ambition de réguler de manière décisive l'environnement numérique. Partant, en tentant une réponse à la problématique de notre mémoire, le fait que le Règlement DSA constitue en retour réaliste de la puissance publique ne signifie pas qu'il existe une balance parfaite entre ambition et prudence. Au contraire, il serait envisageable de conclure que *l'ambition l'emporte*, malgré l'existence claire de aspects plus réservés et prudents dans le Règlement.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, contributions à des œuvres collectifs, études institutionnelles, thèses de doctorat

BARNARD Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 7^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2022, 631 p.

BLANDIN- OBERNESSER Annie, « *Digital Services Act et Digital Markets Act : un nouveau cadre européen pour la régulation des plateformes* », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 693-702.

BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Paris, Sirey, 2018, 1035 p.

BLUMANN Claude, DUBOIS Louis et RUBIO Nathalie, *Droit matériel de l'Union européenne*, 9^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2024, 1098 p.

BERTRAND Brunessen, « L'émergence d'une politique européenne 'spontanée' du numérique », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 17-42.

BUSCH Christoph, « From Algorithmic Transparency to Algorithmic Choice: European Perspectives on Recommender Systems and Platform Regulation », in Genovesi Sergio, Kaesling Katharina et Robbins Scott (dir.), *Recommender Systems : Legal and Ethical Questions*, Springer, 2023, pp. 31-54.

CASTETS-RENARD Céline, « Commerce électronique », in *Répertoire Dalloz de droit européen* (en ligne), 2016, consulté le 12 juin 2024, <https://www.dalloz.fr/dalloz>.

CASTETS-RENARD Céline, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 388 p.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2022 - Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, La Documentation française, 2022, 323 p.

CRAMPES Claude, « Les outils des régulations économiques *ex ante* et *ex post* », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, pp. 129-137.

DEFFAINS Bruno et COUDRAY Chloé, « La construction d'une politique européenne du numérique : enjeux économiques », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 47-77.

DUBOUT Édouard, « Les conflits de droits fondamentaux à l'ère numérique », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 115-148.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, pp. 33-48.

GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, PAILLER Ludovic, *Droit des activités numériques*, Paris, Dalloz, 2023, 1056 p.

KELLERBAUER Manuel, « Article 114 », in Kellerbauer Manuel, Klamert Marcus et Tomkin Jonathan (dir.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1235-1255.

LASSERRE Bruno, « Vers un droit de la régulation moderne, efficace et protecteur », in *La scène juridique : harmonies en mouvement – mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Paris, Dalloz, 2019, pp. 387-395.

LATIL Arnaud, *Le droit du numérique : une approche par les risques*, Paris, Dalloz, 2023, 300 p.

MARTI Gaëlle, « Les instruments normatifs de la politique du numérique », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 231-251.

MARTUCCI Francesco, *Droit de l'Union européenne*, 3^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2021, 1006 p.

MARTUCCI Francesco, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, 1^{ère} ed., Paris, Presses universitaires de France, 2021, 449 p.

NAZIROGLOU Georgios, *Intérêt personnel et intérêt général dans l'office du juge administratif*, Seiller Bertrand (dir.), thèse de doctorat, droit, université Paris II Panthéon-Assas, 2021, 759 p.

PLESSIX Benoît, « Intérêt général et souveraineté », in *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 519-528.

TINIÈRE Romain, « L'Union européenne et la régulation des plateformes en ligne – à la recherche de la voie du milieu », in Bertrand Brunessen (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 703-712.

Articles des revues

BERTRAND Brunessen, « Droit européen du numérique », *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2021, pp. 129-194.

CARRE Stéphanie, « Le Règlement DSA : une avancée majeure pour la lutte contre les contenus illicites et la protection des droits fondamentaux des utilisateurs », *Dalloz IP/IT – Droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, mai 2023, pp. 272-277.

CAUFFMAN Caroline et GOANTA Catalina, « A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection », *European Journal of Risk Regulation*, 2021, no. 12, pp. 758-774.

DÉLVOLVÉ Pierre, « Les réseaux sociaux et la puissance publique. Réflexions simples à partir du rapport du Conseil d'État », *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 2022, pp. 999-1006.

DEYER Emmanuel, « Règlement sur les services numériques (DSA) : premiers éléments de présentation », *Légipresse*, novembre 2022, no. 408, pp. 601-613.

DOUVILLE Thibault et NETTER Emmanuel, « Règlement sur les services numériques – De l'encadrement des plateformes communicationnelles », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2023, pp. 19-55.

DUBOUT Édouard, « Modérer la modération : le *Digital Services Act* ou la civilisation du numérique », *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2023, pp. 7-36.

DURAND VIEL Laure, « Le DSA (règlement européen sur les services numériques), une étape majeure dans la régulation des plateformes numériques », *Légipresse hors série*, 2022, no. 67, pp. 53-61.

EIFERT Martin, METZGER Axel, SCHWEITZER Heike et WAGNER Gerhard, « Taming the Giants: The DMA/DSA Package », *Common Market Law Review*, juillet 2021, no. 58, pp. 987-1028.

FAVRO Karine et ZOLYNSKI Célia, « DSA, DMA : l'Europe encore au milieu du gré », *Dalloz IP/IT – Droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, avril 2021, pp. 217-223.

FOLKERT Wilman, « The Digital Services Act – an Overview », *SSRN* (en ligne), 2022, consulté le 10 juin 2024, <https://ssrn.com/abstract=4304586>.

HEIDEBRECHT Sebastian, « From Market Liberalism to Public Intervention: Digital Sovereignty and Changing European Union Digital Single Market Governance », *Journal of Common Market Studies*, janvier 2024, no. 65, pp. 205-223.

HILTUNEN Miika, « Social Media Platforms within Internal Market Construction: Patterns of Reproduction in EU Platform Law », *German Law Journal*, 2023, no. 23, pp. 1226-1245.

ILIOPOULOU-PENOT Anastasia, « La Constitution numérique européenne », *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2023, pp. 945-959.

LAUX Johann, WACHTER Sandra et MITTELSTADT Brent, « Taming the few: Platform regulation, independent audits, and the risks of capture created by the DMA and DSA », *Computer Law and Security Review* (en ligne), novembre 2021, no. 43, consulté le 10 juin 2024, <https://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review>.

NAUGÈS Sabine, « L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle », *L'actualité juridique : droit administratif*, 2007, pp. 672-677.

NAVARO AUBOURTIN Quentin et WEILL Mathieu, « Régulation des plateformes numériques : le moment européen », *Réalités Industrielles*, novembre 2021, pp. 37-40.

NUNZIATO Dawn, « The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation », *Chicago Journal of International Law*, été 2023, no. 24, pp. 115-128.

OKYAY N. Kansu, « Les mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges à l'ère du numérique : analyse des *Digital Services Act* (DSA) et *Digital Markets Act* (DMA) », *Dalloz IP/IT – Droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, mai 2023, pp. 289-294.

SUPIOT Alain, « The public–private relation in the context of today's refeudalization », *International Journal of Constitutional Law*, 2013, no. 11, pp. 129-145.

TOSZA Stanislaw, « Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors », *Computer Law and Security Review* (en ligne), novembre 2021, no. 43, consulté le 10 juin 2024, <https://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review>.

TOURKOCHORITI Ioanna, « The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet », *Chicago Journal of International Law*, été 2023, no. 24, pp. 129-147.

Prises de position, sources numériques et médias

BARLOW John Perry, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », sur *Electronic Frontier Foundation* (en ligne), consulté le 10 juin 2024, <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

Commission européenne, « Le paquet législatif sur les services numériques », sur *Commission européenne* (en ligne), consulté le 10 juin 2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/digital-services-act-package>.

Commission européenne, « Supervision des très grandes plateformes en ligne et des moteurs de recherche désignés dans le cadre de la DSA », sur *Commission européenne* (en ligne), mis à jour le 13 juin 2024, consulté le 15 juin 2024, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/list-designated-vlops-and-vloses>.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Dictionnaire bilingue du Droit de la Régulation et de la Compliance – Ex Ante/Ex Post », sur *mafr.fr* (en ligne), consulté le 14 juin 2024, <https://mafr.fr/fr/article/ex-ante-ex-post2/>.

Oversight Board, sur *Oversight Board* (en ligne), consulté le 10 juin 2024, <https://www.oversightboard.com/>.

PIQUARD Alexandre et LELOUP Damien, « Comment l’algorithme de Facebook échappe au contrôle de ses créateurs », sur *Le Monde* (en ligne), 3 novembre 2022, consulté le 10 juin 2024, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/10/26/comment-l-algorithme-de-facebook-echappe-au-contrôle-de-ses-createurs_6099888_4408996.html.

Actes législatifs de l’UE pertinents et documents accessoires

Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d’information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l’information, JOUE L 241/1.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOUE L 178/1.

Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JOUE L 335/1.

Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC (COM(2020)0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361(COD)) (en anglais), Parlement européen – Comité sur le marché intérieur et la protection des consommateurs, 18 mai 2021, 2020/0361(COD).

Impact assessment accompanying the document “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC” (en anglais), Commission européenne, 15 décembre 2020, SWD(2020) 348 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final.

Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, JOUE L 168/1.

Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, JOUE LI 60/1.

Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE L 186/57.

Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, JOUE L 172/79.

Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), JOUE L 265/1.

Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JOUE L 277/1.

Règlement délégué (UE) 2024/436 de la Commission du 20 octobre 2023 complétant le règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil en établissant des règles concernant la réalisation d'audits pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne, JOUE L, 2024/436.

Actes législatifs nationaux

France, loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, JORF n°0156 du 25 juin 2020, NOR : JUSX1913052L.

Allemagne, Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), Bundesgesetzblatt 2017, Teil I, Nr. 61 du 7 septembre 2017.

Actes de droit souple pertinents

Code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne, 30 juin 2016, disponible dans « Code de conduite de l'UE sur la lutte contre les discours de haine illégaux en ligne », sur *Commission européenne* (en ligne), (consulté le 15 juin 2024), https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-counter-illegal-hate-speech-online_en?prefLang=fr&etrans=fr.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre le contenu illicite – Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », 28 septembre 2017, COM(2017) 555 final.

Lignes directrices 03/2022 du Comité européen de la protection des données, « Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and

avoid them », 14 février 2023, disponible (en anglais) dans « Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them », sur *Comité européen de la protection des données* (en ligne), publié le 24 février 2023, (consulté le 15 juin 2024), https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-032022-deceptive-design-patterns-social-media_fr.

Recommandation (UE) 2018/334, du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, JOUE L 63/50.

Activité de la Cour de justice de l'Union européenne

Conclusions de l'avocat général SZPUNAR dans les affaires jointes C-662/22 à C-667/22, présentées le 11 janvier 2024, EU:C:2024:18.

Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, EU:C:1978:202.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	3
ABRÉVIATIONS.....	4
RÉSUMÉ	5
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION : Le droit face au monde numérique.....	9
Section 1 : L’absence marquée de la puissance publique avant le DSA et son retour avec celui-ci	13
§1 : La première tentative d’encadrer les services numériques avec la Directive sur le commerce électronique, instaurant un régime très favorable aux fournisseurs des services intermédiaires	16
§2 : Les normes de droit souple comme tentative timide de réguler Internet ..	17
§3 : Les obligations de surveillance ciblée et la contrainte sectorielle	19
§ 4 : Le Règlement DSA et la contrainte trans-sectorielle.....	20
Section 2 : La difficile mise en balance de l’ambition et du réalisme dans le contenu substantiel du Règlement DSA	21
PARTIE I : Entre innovation, interventionnisme et réserve, ou le choix de la procéduralisation et de la structure <i>ex ante</i>	26
Chapitre I : Le Règlement DSA, un instrument normatif d’originalité et complexité indéniable	27
Section 1 : L’étendue des finalités du Règlement DSA comme lien avec l’intérêt général	27
§1 : La vision conséquentialiste des finalités du Règlement et l’environnement en ligne « sûr, prévisible et fiable »	28
§2 : La relation tendue avec la facilitation de l’innovation.....	30
§3 : Le bon fonctionnement du marché intérieur comme but final et l’honnêteté douteuse de la Commission.....	32
Section 2 : Les entités visées et la structure stricte adoptée	34

§1 : Le champ d'application matériel du Règlement, ou la quasi-totalité des services en ligne	35
§2 : La hiérarchie stricte des fournisseurs de services intermédiaires et l'« approche par couches ».....	37
§3. Cartographie générale des dispositions substantielles et de leur nature diversifiée.....	39
Section 3 : La responsabilité civile des fournisseurs des services intermédiaires et la notion du contenu illicite en tant qu'observations liminaires importantes.....	40
§1 : L'exemption de responsabilité civile des fournisseurs comme un choix décevant, cependant justifié	41
§2 : La non-harmonisation de la notion du contenu illicite et sa justification juridique technique	43
Chapitre 2 : La procéduralisation et la logique ex ante dans la quasi-totalité des obligations de diligence	44
Section 1 : Les obligations de diligence applicables à tous les fournisseurs des services intermédiaires et un manque de sévérité compréhensible.....	45
Section 2 : Les obligations pesant sur les fournisseurs des services d'hébergement et le progrès difficile vers un encadrement dynamique.....	49
Section 3 : Les services de plateforme et l'atténuation de la logique ex ante et de la procéduralisation.....	53
§1 : L'encadrement de la modération stricto sensu comme illustration assez claire de la combinaison de la logique ex ante et de la procéduralisation	54
§2 : La tentative de basculement vers la régulation du fond du fonctionnement des plateformes à travers les dispositions sur les signaleurs de confiance et la protection contre les utilisations abusives.....	57
§3 : Les obligations des plateformes ne portant pas sur la modération, entre déjà vu et originalité dans leurs approches.....	60
Conclusion intermédiaire : Les obligations de diligence incombant à tous sauf les plus grands comme une première étape de la mise en balance entre ambition et réalisme	62

PARTIE II : L'équilibre différencié dans la régulation des « très grandes plateformes en ligne » et des « très grands moteurs de recherche en ligne ».....	65
Chapitre 1 : Les bases conceptuelles du rééquilibrage entre ambition et réalisme .	67
Section 1 : Le choix quantitatif exprès du DSA quant à la définition des TGP et des TGMR en lien avec la question des risques posés	67
Section 2 : La notion du risque, au cœur de la régulation des plus grands fournisseurs, justifie un changement d'approche.....	70
Chapitre 2 : L'objectif d'influencer le fond du fonctionnement des services intermédiaires et l'atténuation de l'approche purement <i>ex ante</i>	72
Section 1 : L'obligation substantielle d'évaluation et atténuation des risques, une obligation de nature <i>ex ante</i> diluée et visant le fond des services numériques....	72
Section 2 : La possibilité du retour « souple » de la logique <i>ex ante</i> pure	77
Section 3 : Le contrôle non-étatique comme une assurance supplémentaire en lien avec l'atténuation de la logique <i>ex ante</i>	79
Conclusion intermédiaire : Les concessions réalistes du Règlement comme assurances de sa viabilité continue	84
CONCLUSIONS : Le Règlement DSA et le réalisme au service de l'ambition	87
BIBLIOGRAPHIE	91
TABLE DES MATIÈRES	99