



ATELIER #3: Catégorisation des services (25 juin)

Participant(e)s :

Pierre-Yves Beaudouin / Thibault Guiroy / Jean-Sébastien Mariez / Naphica Papanicolaou / Aymeric Belaud

Reprenant et modernisant largement la [directive E-commerce](#) de 2000, la **Législation sur les services numériques** ([Digital Services Act, DSA](#)) a été proposée par la Commission européenne le 15 décembre 2020 dans un contexte particulier : assassinat de Samuel Paty en France, *Capitol Hill* aux États-Unis, menace terroriste...

Les propositions du DSA visent la mise en responsabilité des plateformes numériques au regard des risques induits dans la diffusion de contenus et produits illicites, dangereux ou contrefaits. Le texte prévoit notamment des obligations de modération pour les plateformes afin de rendre inaccessibles des “*contenus illicites*”

De fil en aiguille, le texte a dérivé par rapport à ses objectifs initiaux, de la désinformation à la lutte contre la contrefaçon, ce qui laisse consommateurs et entreprises dans une situation d’incertitude rendant nécessaire un débat public. Si le sens de l’Histoire est d’adapter le droit à la technologie, les participants ont néanmoins soulevé et débattu différents points de tension sous-jacents qui doivent rester à l’esprit des législateurs, afin de conserver un texte lisible et applicable. Cette note synthétise les idées qui ont émergé lors du *workshop* du 25 juin 2021 sur le DSA.

Définir et classer les “contenus illicites”

La lutte contre les “*contenus illicites*” implique en premier lieu une définition claire de ce que sont ces contenus illicites. L’article 2, point g, de la proposition de DSA définit le contenu illicite comme “*toute information qui, en soi ou de par sa référence à une activité, y compris la vente de produits ou la prestation de services, n’est pas conforme au droit de l’Union ou au droit d’un État membre, quel qu’en soit l’objet précis ou la nature précise*”.

La définition est donc extrêmement large et polysémique puisqu’elle comprend à la fois la notion d’ordre public européen, c’est-à-dire les libertés de circulation, le droit de la concurrence ou encore la Charte des droits fondamentaux de l’Union

européenne... et les droits particuliers de chacun des vingt-sept États membres de l'Union européenne. Cela pose a priori deux problèmes pratiques, pour appliquer le texte.

Le premier est celui de l'équilibre entre les principes européens en jeu : faut-il préférer le respect du secret des correspondances à celui de la lutte contre la pédopornographie ? Faut-il préférer la liberté d'expression à la lutte contre les discours de haine ? Ensuite, et c'est un deuxième point de friction, les droits des États membres divergent profondément sur de nombreux aspects. La France par exemple, a la particularité culturelle d'avoir une conception particulière de la laïcité, qui échappe complètement à des pays du Sud comme l'Espagne ou l'Italie.

Ensuite, si des justifications voire des exemptions sont acceptables au profit de telle ou telle entreprise au nom, par exemple, d'un enjeu de sécurité comme que la lutte contre le terrorisme, en sera-t-il de même s'agissant de la lutte contre la contrefaçon, qui devrait être introduite dans le texte. Il est important de clarifier et de "classer" les objectifs du DSA pour permettre aux acteurs concernés de proposer une réponse efficace, sans se mettre en porte-à-faux avec la législation européenne sur les services numériques.

La catégorisation des acteurs

Concrètement, le DSA contient des règles applicables aux "*services intermédiaires en ligne*" qui sont utilisés par les consommateurs européens. En fonction de leur rôle, de leur taille et de leur impact sur l'écosystème en ligne, les obligations sont différentes selon ces services. Le texte propose donc quatre catégories d'acteurs, fondus les uns dans les autres, soumis à des obligations particulières :

- les **services intermédiaires** qui proposent des infrastructures de réseau : fournisseurs d'accès à internet et bureaux d'enregistrement de noms de domaine ;
- les **services d'hébergement** tels que les services de *cloud* et d'hébergement en ligne ;
- Les **plateformes en ligne** qui réunissent vendeurs et consommateurs (places de marché en ligne, les boutiques d'applications, les plateformes de l'économie collaborative et les plateformes de réseaux sociaux) ;
- les "**très grandes plateformes en ligne**" dès lors qu'elles touchent plus de 10 % des 450 millions de consommateurs en Europe.

Les opérateurs, selon qu'ils soient de très grandes plateformes ou de simples services intermédiaires, ne sont pas tous traités de la même façon dans le texte proposé par la Commission, qui veut imposer davantage d'obligations aux opérateurs considérés comme ayant davantage de maîtrise et de contrôle sur les contenus publiés.

Si l'on reste dans une répartition binaire hébergeur/éditeur, la notion de plateforme est une innovation réglementaire, qui n'existait pas dans la directive E-commerce. La logique sous-jacente est néanmoins bien connue, notamment du droit européen de la concurrence, c'est celle de la "*responsabilité particulière*" de l'acteur économique important sur l'identification et le contrôle du contenu.

En France, la loi pour une République numérique (2016) avait déjà introduit la notion de plateforme en plus des catégories de la directive E-commerce et depuis, chaque texte qui arrive — dont la proposition de loi Avia retoquée par le Conseil des Sages — vient greffer des nouvelles obligations sur cette catégorie-là.

Mais finalement, quels intermédiaires techniques faut-il faire entrer dans le dispositif ? Par exemple, faudrait-il prendre en compte les *Registrars* (les bureaux d'enregistrement des noms de domaine) ? Ils ont la capacité de bloquer un site, en désactivant le nom de domaine, mais ne sont ni hébergeur, ni éditeur. Faut-il leur imposer, à eux aussi, des obligations du même niveau que les plateformes, alors qu'ils ne sont que de simples intermédiaires techniques n'ayant absolument aucune vision ni aucun contrôle sur les contenus ? Faut-il un minimum de lien entre l'acteur visé par l'obligation et le contenu problématique ?

La question se pose également de savoir à partir de quand un acteur de cloud cesse d'être un intermédiaire technique pour devenir une plateforme. Ces entreprises peuvent très bien développer de nouvelles méthodes et technologies pour toucher leurs publics et leurs clients, pour éviter de se retrouver dans une catégorie, afin d'éluider les obligations qui y sont liées.

Ces questions restent ouvertes, en gardant à l'esprit que les critères de la réglementation doivent être technologiquement neutres pour résister à l'évolution de la manière dont les acteurs économiques proposent leurs services aux consommateurs et aux entreprises.

La modération

La catégorisation des acteurs par taille, avec les "grandes plateformes" risque de mettre dans de mêmes catégories des acteurs à la culture et au *business model* très différents. Par exemple, la modération est très différente entre Wikipédia et Facebook ou Twitter. L'imposition de mêmes contraintes à des acteurs finalement très différents peut endommager des mécanismes qui fonctionnent bien. Il pourrait donc être pertinent de définir des sous-catégories exemptables pour qualifier les plateformes qui sont modérées par une communauté humaine et non pas majoritairement par des algorithmes. Par exemple, une plateforme comme Wikipédia est organisée autour d'un système de notification qui permet à la communauté de modérer.

Efficace aujourd'hui, ce modèle serait inutilement complexifié par une couche de formalisme légal. Lorsque la modération est déjà organisée par les citoyens, les

préconisations du DSA sont difficilement réalisables pour les plateformes peu technologiques puisqu'elles nécessitent d'avoir une capacité d'omniscience sur les publications. L'organisation de la modération est tout à fait envisageable pour les géants comme Youtube qui reçoit pas moins de 500.000 signalements par jour, ou Twitter et Facebook. En revanche, elle peut s'avérer matériellement difficile pour les autres intermédiaires, plus petits, moins organisés et moins enclins à engager des ressources humaines et matérielles de recherche et de développement.

Créer une catégorisation en fonction du niveau de contrôle d'un intermédiaire pourrait être une solution propre à répondre à ces enjeux, en regardant ce sur quoi le prestataire a ou n'a pas la main. Partir de l'opérationnel et du fonctionnel et prendre acte que tout le monde ne fait pas la même chose pourrait permettre d'éviter aux intermédiaires de petite taille de tomber dans le champ d'application matériel du DSA.

L'articulation du DSA avec les autres réglementations

Comme pour le *Digital Markets Act*, se pose la question délicate de l'articulation des normes entre elles : normes européennes verticales et horizontales, normes constitutionnelles des États membres, libertés fondamentales...

On pense notamment aux réglementations verticales qui concernent le numérique, sur le terrorisme ou le Copyright. Mais le DSA, qui touche à la liberté d'expression, peut aussi se heurter au droit constitutionnel des États membres. Le Conseil constitutionnel français a par exemple élevé au rang de liberté fondamentale, la possibilité de s'exprimer sur les réseaux sociaux¹. Concernant la suppression du contenu, le DSA entre donc opposition complète avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Un autre point a retenu l'attention des participants, concernant le "*principe du pays d'origine*". Ce principe prévu par la Directive E-commerce de 2000 prévoit que les fournisseurs de services ne doivent se conformer qu'aux lois de l'État membre dans lequel ils sont légalement établis lorsqu'ils opèrent à travers le marché unique. Ce principe implique d'admettre la réciprocité des réglementations entre les États membres et fait naître une certaine frustration qui se cristallise en France sur le sujet des contenus haineux. Le texte sur la lutte contre les séparatismes a donc une approche très assumée de battre en brèche le principe du pays d'origine afin de permettre d'appliquer le droit français alors même que telle ou telle plateforme a son établissement dans un autre pays de l'Union, l'Irlande par exemple.

Une solution envisageable pour réconcilier les États membres serait de proposer et d'organiser une meilleure coopération entre les autorités des États membres en

¹ Isabelle Falque-Pierrotin, "La Constitution et Internet", Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel - n° 36, juin 2012, [lien](#)

créant une “soupape de sécurité” dans l’ensemble du marché unique. La coopération avec les régulateurs locaux et la montée en compétence des régulateurs sur la question du digital, dans un dialogue constant avec les acteurs du secteur pourrait permettre de lutter plus efficacement contre la publication de contenus illicites et ses conséquences.

En l’état, le texte proposé par le Berlaymont ne permet pas encore de comprendre comment les autorités publiques vont effectivement lutter contre les contenus illicites et catégoriser les différents services intermédiaires et quelle sera la répartition des tâches entre les différentes autorités nationales impliquée, ce qui laisse les acteurs concernés dans un sentiment général d’insécurité juridique.

Les travaux ci-dessus sont issus d’ateliers organisés par le Mouvement Européen – France, What’s Up EU et Sciences Po Alumni.