DSA/DMA: Comment atteindre les ambitions numériques européennes ?

ATELIER #4: Les grands sujets de régulations à venir *(02 juillet)*

Participant(e)s :
Aymeric Belaud / Cyrille Dalmont/ Ronan Hardouin / Asma Mhalla

---

Le Digital Services Act est un acte législatif complexe, qui est en pleine mutation, avec de nombreux amendements déposés en vue de l'examen du texte au Parlement européen. Cette note souhaite aborder plusieurs sujets en lien avec la gouvernance de la régulation des contenus, et l'articulation entre les différentes autorités qui interviennent. Le but est d'ouvrir un certain nombre de débats, sur la place des juges judiciaires, les moyens matériels nécessaires, et l'articulation politique et juridique entre le niveau européen et celui des États membres.

La place des juges et de l'extra-judiciaire dans le dispositif de gouvernance

La faiblesse des moyens de la justice, notamment en France, pose la question de la capacité du système judiciaire à jouer son rôle. Avec 11 juges pour 100 000 habitants, la France est à la traîne, et ne semble pas prendre le chemin d'un rattrapage.

La lutte contre les contenus illégaux, en particulier les appels à la haine et à la discrimination, nécessite un volet pénal, afin de fixer, symboliquement et médiatiquement, les limites. Le récent procès de l'affaire dite "Mila" est emblématique. Le harcèlement en ligne dont a été victime cette adolescente a été très médiatisé, et l'absence de réponse pénale à ces faits serait catastrophique. Même si l'ensemble des faits délictueux commis en ligne ne peuvent pas faire l'objet de poursuites systématiques, il est nécessaire que des procès aient lieu.

Le contrôle des contenus implique aussi une qualification juridique, entre licite et illicite, qui relève de l'office d'un juge. Plusieurs décisions constitutionnelles et les débats, en particulier sur la proposition de loi Avia, ont rappelé ce passage obligé. Dans un débat européen où nos partenaires n'ont pas, comme nous, une faiblesse structurelle du système judiciaire, les solutions de déjudiciarisation que nous avons privilégiées (en confiant la mission aux plateformes), les solutions pourraient poser un point de blocage. C'est un point qu'il faut avoir à l'esprit, car le risque

pourrait aller jusqu'à un contentieux, condamnant la France pour ne pas avoir mis en œuvre les dispositifs nécessaires à l'application du DSA.

Plusieurs pistes existent, toutefois, pour délester en partie les juridictions. Le DSA semble chercher, à réduire la place du juge, notamment avec un mécanisme de règlement extra-judiciaire.

Celui-ci pose question, surtout s'il a vocation à être utilisé plus ou moins massivement, pour pallier l'insuffisance des moyens de la justice.

Plusieurs pistes sont possibles, mais les moyens qui devront être mises en œuvre, amènent à penser que les plateformes pourraient être sollicitées. Il est possible que les mécanismes qui se mettent en place en ce moment, comme par exemple la "cour suprême" de Facebook, ne soient ainsi légitimées en étant considérées comme une forme de "règlement extra-judiciaire".

Une autre possibilité est la mise en place d'autorités administratives, dépendantes ou pas du régulateur, qui assurent une partie des tâches de poursuite et de sanction, en articulation avec les magistrats de l'ordre judiciaire. C'est le modèle qui a présidé, en France, à la création de la Hadopi, qui va fusionner avec le régulateur de l'audiovisuel, qui sera en première ligne dans l'application du DSA en France.

Une troisième piste peut être le recours à une forme d'arbitrage privé, qui ne dépend ni des régulateurs, ni des plateformes.

Quels organismes en seront chargés ? Selon quelles procédures ? Quelle articulation avec les juridictions judiciaires ? Tout cela doit être éclairci et cadré, de manière impérative, avec un débat explicitant ce que la Commission européenne entend faire avec ce mécanisme.

Quels moyens pour la régulation ?

La question des moyens pour appliquer le DSA doit aussi être creusée. La masse de contenus à surveiller et à traiter est énorme, et demande des moyens considérables. En l'état actuel de leurs moyens financiers, mais aussi en compétences techniques, les régulateurs (nationaux comme européens) risquent de pas être en mesure de tout suivre et devront déléguer largement.

Ce sont les États et la commission européenne qui sont ici en première ligne, et doivent préciser les moyens dont elles entendent se doter, concrètement, pour la mise en œuvre. Lors des débats, les parlementaires européens devront être particulièrement attentifs à cet aspect de "faisabilité" des mesures de régulation qu'ils proposent et votent.

La question du financement de cette régulation doit être posée. Relève-t-elle de fonds publics ou d'une forme de contribution des plateformes, ou de l'écosystème numérique dans son ensemble ?

La question des moyens amène aussi à poser la question de la coopération des régulateurs avec les plateformes, car la mise à niveau des régulateurs ne sera pas immédiate, si jamais elle a lieu. Pendant encore un certain temps, l'expertise technique sera très largement du côté du régulé. Comment opérer, si ce n'est des transferts de compétences, au moins des transferts d'information sur ce qui se passe effectivement sur les réseaux.

Plus largement, les régulateurs auront toujours besoin des plateformes, qui resteront chargées de la mise en œuvre des décisions de régulation. Cela demande de clarifier les rôles respectifs, mais également de s'interroger sur les conditions pour s'assurer d'une coopération loyale et de bonne foi des plateformes, notamment sur la transparence du fonctionnement des algorithmes et des mécanismes de détection.

Quelques mécanismes, comme la clause "du bon samaritain" sont proposés pour fluidifier cette coopération. Ils permettent aux plateformes, qui vont plus loin que ce qui est demandé, où prennent les devants sur ce qui sera demandé par les régulateurs. Ce serait un recul, pour la régulation, si les plateformes se comportaient en outils passifs, ne répondant qu'aux injonctions du régulateur, sans prendre d'initiatives.

Le débat sur ce principe du bon samaritain, mais aussi sur ceux qui peuvent apporter les mêmes bénéfices, est nécessaire, car sans coopération fluide entre les régulateurs et les plateformes, les effets du DSA seront largement amoindris.

La coordination entre le niveau européen et national est problématique

La nécessité d'un socle éthique commun

Le DSA porte sur les libertés fondamentales, et un domaine où les sensibilités des différents pays peuvent être très éloignées. Rien de commun entre la vision suédoise, et hongroise, de la visibilité de l'homosexualité. Autre exemple, le droit au Blasphème, reconnu et défendu par la France, au nom de sa conception de la laïcité, est très loin d'être partagé partout en Europe.

Cela impose donc d'avoir une articulation complexe entre des règles édictées au niveau européen, et d'autres qui peuvent relever de chaque État. Cet édifice est particulièrement fragile, car la base légale du texte est le marché unique, et la volonté d'éviter une fragmentation des réglementations. La voie apparaît très

étroite, pour les participants aux panels, qui s'interrogent pour savoir comment la Commission européenne sera en mesure d'intervenir pour garantir cette cohérence.

Le panel estime que la création d'un socle éthique commun, lors des débats politiques au Parlement, est indispensable. Il n'est pas possible de renvoyer cette question centrale, du cadrage de ce qui est illicite, aux États membres. Un objectif qui, bien que nécessaire, apparaît compliqué en pratique, sauf à ne fixer qu'un nombre limité de motifs d'illicéité, justifiant la mise en œuvre des mécanismes du DSA.

La faille du principe du pays de destination

Le basculement possible vers le principe du pays de destination rend ce sujet encore plus crucial. Outre que ce principe va à l'encontre du principe de pays d'origine, sur lequel est bâti toute la réglementation du numérique, il permet à un petit État de lancer des procédures qui peuvent avoir des ressorts très politiques.

Ce risque, au regard des tensions existantes avec plusieurs pays d'Europe centrale, sur l'État de droit, n'est pas juste théorique. Les débats parlementaires doivent aborder le risque potentiel d'instrumentalisation de cette nouvelle réglementation.

Les conflits de normes

Outre les rivalités de compétences entre régulateurs, se pose aussi des questions de compatibilité entre normes juridiques. Un risque d'affrontement existe entre le droit européen et les normes constitutionnelles des États.

Lors de sa décision sur la PPL Avia, le conseil constitutionnel français a posé le droit de pouvoir s'exprimer sur les réseaux sociaux comme une liberté constitutionnellement reconnue. La réglementation européenne devra donc trouver un équilibre pour que la nécessaire suppression des contenus illicites puisse avoir lieu, sans pour autant "surbloquer" les contenus, au point de porter atteinte à la liberté d'expression.

Le risque de conflit est d'autant plus réel que dans plusieurs pays, à commencer par l'Allemagne et la France, les cours constitutionnelles ou les hautes juridictions, ont pris des décisions ou eu des débats questionnant la primauté du droit européen. Le DSA, au regard de ce contexte particulier, ne peut pas se permettre de comporter des non-dits ou des sujets qui ne soient pas clairement tranchés.

Il est apparu important aux membres du panel de souligner qu'à l'issue du processus législatif, entre les États membres, la Commission européenne et le Parlement, une phase judiciaire s'ouvrira. Elle se terminera par des décisions de la CJUE, et des cours constitutionnelles nationales. Leurs décisions pourraient dénaturer, voire priver de ces effets majeurs, une réglementation mal ficelée.

Une prise de pouvoir non assumée de la Commission

Derrière ces questions de gouvernance, apparaît, en filigrane, un conflit de pouvoir et une volonté de la Commission de gagner davantage de pouvoir et de compétences. Pour certains intervenants, la Commission européenne n'a pas le pouvoir et la délégation de souveraineté suffisante, sur des sujets de Libertés publiques, pour assumer les fonctions qui lui sont données par le DSA.

Le choix de passer par un Règlement a particulièrement étonné les participants au panel. Sur des sujets qui touchent d'aussi près les cultures nationales, mais aussi, des questions de préservation des Libertés fondamentales, une directive aurait sans doute été plus appropriée. En effet, on risque de se retrouver avec un règlement très long et détaillé, qui est en fait une directive, avec ses modalités d'application. La question se pose, de la manière de concilier le fait que ce soit un règlement, et l'engagement de laisser une part de décision aux États, sur la liste des contenus sur lesquels s'appliquent le règlement.

Derrière cette question, se pose celle d'une montée en puissance du pouvoir "quasi fédéral" des institutions européennes, qui existe déjà en droit de la concurrence, et qui serait ainsi étendu à un secteur, la régulation des contenus (pour lutter contre la haine en ligne ou protéger le consommateur) où elle est actuellement absente. Cette question hautement politique, voire constitutionnelle, doit être abordée dans les débats parlementaires.

Il existe donc un risque contentieux sur la gouvernance, qui doit être explicité et analysé, au regard des Traités, mais également des positions des États membres sur ce qui doit rester dans le giron des souverainetés nationales. Il est nécessaire que ces questions politiques, qui sont l'un des grands non-dits de ce paquet DMA-DSA soient clairement mises sur la table, et fassent l'objet d'un débat politique approfondi.

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