

Le pluralisme politique en ligne : enjeux démocratiques et solutions juridiques

Par Marcel MORITZ, Maître de conférences HDR à l'Université de Lille, CERAPS, UMR 8026

Le pluralisme politique, dans les médias en général et en ligne en particulier, peut-être appréhendé sous plusieurs angles. D'un point de vue politique, il est perçu comme un excellent révélateur de l'état de santé d'une démocratie. D'un point de vue juridique, il est le fruit d'une lente et souvent complexe genèse, entre pluralisme interne et externe, période électorale et temps « ordinaire », autorégulation et droit positif. Le pluralisme politique en ligne est aussi particulièrement fragile. L'actualité ne cesse de nous en fournir des exemples criants, à l'instar de la chappe de plomb qui s'est abattue ces derniers mois sur les médias en ligne russes ou encore des débats passionnés relatifs au rachat de Twitter par Elon Musk. Ces illustrations attestent que le pluralisme politique dans les médias n'est pas un acquis naturel, bien au contraire. Il possède deux ennemis que l'histoire du droit des médias français révèle avec force.

Le premier ennemi potentiel du pluralisme, c'est la puissance publique elle-même. Car les médias, c'est le pouvoir. Aussi, aucun des grands médias historiques n'a échappé à cette main basse de l'État. L'affichage, la presse écrite, la radio, la télévision, sans compter le mythique télégraphe Chappe, tous ont connu la même histoire, celle d'un monopole originel imposé par la puissance publique.

Le second ennemi potentiel du pluralisme a été découvert avec la libéralisation du marché des médias. La presse écrite avec la loi de 1881, la radio et la télévision au début des années 1980 ont connu une phase de libéralisation qu'on pourrait imaginer salvatrice s'agissant du respect du pluralisme. Et pourtant, avec la libéralisation est apparue un prédateur naturel du pluralisme : le marché lui-même. Tout comme la puissance publique a longtemps voulu se réserver les faveurs d'un monopole des médias, de puissants industriels ont, avec la libéralisation de ces secteurs, tenté d'imposer leur domination. Il a donc fallu trouver des solutions, limiter les concentrations, les positions dominantes. En France, cela est parfaitement illustré par la lutte qu'a menée la gauche dans les années 1980 contre l'empire que Robert Hersant développait. Il s'agit de la célèbre loi du 23 octobre 1984¹ (dite anti-Hersant), qui a engendré la tout aussi célèbre décision du Conseil

¹ Loi n°84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse

Constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984 sur le pluralisme², laquelle affirme dans son considérant 38 que « *le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle* ». Près de quarante années plus tard, si les conditions de position dominante prévue par la loi de 1984 n'ont jamais été réunies, les débats autour des concentrations dans le monde des médias restent intenses. Les inquiétudes nourries autour de la fusion – finalement avortée du fait des garanties réclamées par l'Autorité de la concurrence – entre Bouygues, RTL Group, TF1 et le groupe M6 en sont une excellente illustration³.

Or l'ensemble de ces médias traditionnels, que d'aucuns qualifieraient de médias du siècle dernier, ont tous un point commun : ils sont aisément susceptibles d'un encadrement juridique car ils reposent sur des acteurs identifiables et sur lesquels le législateur peut faire peser une responsabilité. Ainsi la presse nécessite des éditeurs, des imprimeurs, des distributeurs, des revendeurs. Quant à la radio et la télévision, elles ont besoin des ondes hertziennes pour être diffusées. Et comme les ondes hertziennes appartiennent par détermination de la loi au domaine public⁴, il faut que les chaînes de radio et de télévision disposent d'une autorisation, accordée par une autorité administrative indépendante : la HACA⁵ (1982), la CNCL⁶ (1986), le CSA⁷ (1989), et aujourd'hui l'ARCOM⁸ (depuis le 1^{er} janvier 2022). Ce lien entre domanialité publique des fréquences hertziennes et pouvoirs accordés à une autorité de contrôle est historiquement fondamental.

On comprend mieux alors à quel point le développement du Web, et davantage encore du Web dit « 2.0 » au milieu des années 2000, a constitué une révolution majeure. Pas seulement sur le plan technique, avec une décentralisation des serveurs, mais aussi juridique ; l'abolition de tout filtre éditorial et la logique de services gratuits rémunérés grâce au profilage publicitaire permet aux individus de s'adresser aisément à un auditoire parfois considérable. A titre d'illustration, Cristiano Ronaldo dispose de plus de 550 millions de followers sur Instagram. Aucune chaîne de télévision au monde ne peut se targuer de tels chiffres d'audience. Même la finale du super bowl, événement sportif le plus regardé aux États-Unis, n'a été vue que par un peu plus de 200 millions d'américains. En d'autres termes, Internet est devenu d'évidence un média de masse, qui pourtant échappe assez largement aux règles habituellement imposées à de tels médias. Ainsi, les contraintes juridiques applicables à la communication au public en ligne demeurent très

² Décision n°84-181 DC

³ *TF1 et M6 abandonnent leur projet de fusion*, Le Monde, 16 septembre 2022.

⁴ Article L. 2111-17 Code général de la propriété des personnes publiques : « Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'Etat ».

⁵ Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle

⁶ Commission nationale de la communication et des libertés

⁷ Conseil supérieur de l'audiovisuel

⁸ Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique

souples, notamment au sein de l'Union Européenne, du fait d'un principe de quasi-irresponsabilité des hébergeurs instauré par la directive de 2000⁹.

Il en résulte, au sein de l'Union comme ailleurs dans le monde, des atteintes nombreuses au pluralisme, une propagation de fausses informations, une réécriture permanente de l'histoire sur les réseaux sociaux. Tout cela peut avoir des conséquences importantes et influencer sur le cours de processus électoraux, comme l'illustre au moment de notre colloque l'élection de Ferdinand "Bongbong" Marcos Jr. aux Philippines : *« les souvenirs douloureux du régime de Marcos, qui se distinguait par la corruption, la répression politique et les crimes de masse sur la population semblent oubliés. Un blanchiment permis dans le cadre de cette élection par une stratégie bien rodée de réécriture de l'histoire sur internet par les partisans de Bongbong. Ses militants, pendant des mois, ont inondé le web et investi les réseaux sociaux pour dresser le portrait d'une famille Marcos « normale », capable de lutter contre la corruption endémique dans le pays grâce à la poigne d'un homme fort »*¹⁰.

Cet exemple n'est évidemment pas isolé, et de nombreux États sont aujourd'hui confrontés à la remise en cause de leurs processus démocratiques du fait d'atteintes au pluralisme politique, ce qui s'explique par le fait que l'information transite aujourd'hui essentiellement en ligne, le plus souvent sans aucun contrôle éditorial. Cette situation engendre une pluralité d'enjeux qui méritent d'être décrits (I), avant d'exposer quelques solutions juridiques (II).

I- Atteintes au pluralisme politique en ligne et enjeux démocratiques

Internet et les réseaux sociaux se sont développés avec une promesse : celle d'un univers communicationnel techniquement décentralisé, horizontalisé, un « village planétaire »¹¹ dans lequel tout le monde aurait sa place. Au point de questionner parfois sur la nécessité même d'un encadrement juridique et d'avoir, dans les années 1990 et au début des années 2000, fait croire à certains que la technologie serait neutre et qu'il n'était nul besoin de créer un droit spécial de la communication au public en ligne. Encore aujourd'hui, certains, tel Elon Musk, revendiquent une liberté d'expression totale en ligne. S'agissant de twitter, on constatera toutefois la duplicité certaine de son nouveau dirigeant, qui tient un discours libertaire non sans pratiquer une censure radicale des contenus susceptibles de lui nuire¹². Cet exemple illustre bien l'importance d'un encadrement juridique du pluralisme des services de communication au public en ligne, à la fois en termes de pluralisme externe qu'interne.

⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000

¹⁰ <https://www.marianne.net/monde/asie/philippines-vers-un-retour-de-la-dynastie-marcos-au-pouvoir>

¹¹ Expression utilisée par Marshall McLuhan dans son ouvrage *The Medium is the Message* (1967).

¹² https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/twitter/twitter-suspend-les-comptes-de-journalistes-travaillant-sur-elon-musk_5547804.html

S'agissant du pluralisme externe, l'enjeu, désormais bien connu, est celui de la concentration des services et des données entre les mains de quelques puissants géants du numérique (Meta, Twitter, TikTok, etc.). Qu'un groupe (Meta) possède à lui seul Facebook, Instagram et WhatsApp pose ainsi d'évidents questionnements, qui ont légitimé la démarche d'Elon Musk dans son rachat de Twitter pour 44 milliards de dollars, en faisant un acte citoyen, militant en faveur de la liberté d'expression, illustré par le désormais célèbre tweet annonçant le rachat : *the bird is freed*¹³...

Cette concentration d'un tel pouvoir médiatique entre les mains de grands groupes ou d'individus fortunés constitue évidemment une menace pour le pluralisme politique. Qu'on songe par exemple à l'éviction de Donald Trump du réseau Twitter ; il ne s'agit pas ici de se prononcer pour ou contre, mais simplement de se demander s'il est sain qu'un ancien président des USA soit banni d'un des principaux réseaux sociaux du monde, ceci sans aucune décision de justice, mais par une décision unilatérale dudit réseau. Ce constat de la toute-puissance de ces réseaux sociaux est encore plus inquiétant lorsque l'on sait les liens qui unissent certains grands groupes aux Etats, donnant naissance à ce que Shoshana Zuboff décrit fort justement comme l'âge du capitalisme de surveillance¹⁴. Les récentes critiques autour du fonctionnement des traitements de données et algorithmes de TikTok pourraient également être citées en exemple d'un manque évident de transparence et d'implication étatique forte¹⁵. Il existe donc, pour employer un terme anglosaxon très utilisé depuis quelques mois, des « *gatekeepers* » institutionnels, privés et/ou publics.

S'agissant du pluralisme interne, l'enjeu central nous paraît être celui des bulles de filtre. Le phénomène est finalement assez ancien, puisqu'il a été décrit avec une grande acuité par Eli Pariser dans un ouvrage de référence publié en 2011 : *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*. L'auteur y démontre que les contenus en ligne sont personnalisés (ce que nous ignorons de moins en moins), mais surtout que cette personnalisation laisse filtrer uniquement certaines informations, celles qui - pour employer une sémantique longtemps utilisée par Google dans ses conditions générales - sont « susceptibles de nous plaire ». Or, et c'est tout le problème, ce filtrage écarte de notre portée immédiate de très nombreux contenus, ceux qui ne sont pas susceptibles de nous plaire. L'on pourrait aisément n'y voir aucun mal. Après tout, si j'aime le football, pourquoi Youtube me proposerait-il une vidéo de patinage artistique au risque de me faire fuir, alors qu'une vidéo de football me plaira beaucoup plus probablement ? Tout le problème est qu'évidemment cette personnalisation va beaucoup plus loin et peut parfois avoir des conséquences politiques. Il nous semble ainsi que l'élection de Donald Trump a constitué un assez bon exemple des conséquences potentiellement délétères de ce filtrage, avec des

¹³ <https://www.forbes.fr/business/the-bird-is-freed-elon-musk-devient-le-nouveau-pdg-de-twitter/>

¹⁴ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism : The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York, 2019, 704 p.

¹⁵ <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/ils-savent-que-c-est-un-algorithme-chinois-qui-controle-leur-destin-sur-tiktok-les-influenceurs-entre-gloire-et-angoisse-20221123>

pro-Trump cernés de discours pro-Trump et des anti-Trump entourés d'anti-Trump (mésestimant ainsi la probabilité de son élection). Et lorsque quatre années plus tard le capitole est pris d'assaut par des supporters de Trump convaincus que l'élection avait été volée, force est de reconnaître que leurs réseaux sociaux leur donnaient raison. Entourés virtuellement de supporters de Trump, enfermés dans leur bulle filtrée ils pensaient pour la plupart légitimement que l'élection avait été truquée. Le phénomène des bulles de filtre est d'autant plus dangereux qu'il se double d'un second phénomène dit de « chambre d'écho », qui facilite la montée des discours extrêmes et des fausses informations par un phénomène de confortation mutuelle. Il arrive ainsi qu'une majorité d'individus se met à croire en une version dénaturée d'une information véridique, ou en une information fautive. En somme, les bulles de filtre sont donc d'une dangerosité extrême car elles aboutissent à une négation pure et simple du pluralisme. Il faut donc, à côté des *gatekeepers* institutionnels, lutter contre les *gatekeepers* algorithmiques qui font et défont l'accessibilité des contenus en ligne.

Les États semblent prendre progressivement – bien que tardivement – conscience de ces dangers et du fait que ces remises en cause du pluralisme confortent, même si elles n'en sont certainement pas la cause unique, les discours haineux, la montée des populismes ou encore la remise en cause de nos institutions publiques. Face à ces défis, de nombreux gouvernements tentent désormais de réagir afin de renforcer non pas le pluralisme en ligne mais les pluralismes en ligne. Car, ainsi que nous l'avons exposé, il ne s'agit pas seulement de garantir une pluralité de l'offre (le pluralisme « externe », comme en matière de presse écrite) mais aussi un certain pluralisme « interne » (comme dans la plupart des États démocratiques en matière de télévisions ou de radios). Telles sont précisément les deux directions que prend l'Union Européenne, non sans certaines difficultés.

II- Atteintes au pluralisme politique en ligne et solutions juridiques

En écho à la première partie, il s'agit donc de partir à la recherche de solutions en vue de la restauration du pluralisme externe (les *gatekeepers* institutionnels), puis du pluralisme interne (les *gatekeepers* algorithmiques »).

Face aux *gatekeepers* institutionnels, le droit de la concurrence semble une solution adaptée. Il s'agit de lutter contre les concentrations et abus de position dominante afin de laisser prospérer une certaine pluralité dans le domaine des offres de services en ligne, notamment des réseaux sociaux. Il n'y a là rien de neuf. Lorsque Facebook a racheté Whatsapp en 2014, l'opération fut évidemment analysée sous l'angle du droit de la concurrence. En l'espèce l'Union Européenne avait autorisé le rachat, mais sur la base

d'une déclaration largement fallacieuse de Facebook, ce qui avait ensuite valu au groupe d'être sanctionné à hauteur de 110 millions d'euros en 2017¹⁶.

Mais ce n'est rien à côté de Google, condamné en 2018 à payer 4,34 milliards d'euros pour avoir abusé de la position dominante d'Android¹⁷, afin d'asseoir la suprématie de son service de recherche en ligne. Cette pénalité s'ajoute à une amende de 2,42 milliards en 2017 (pour abus de position dominante sur son comparateur de produits, sanction confirmée le 10 novembre 2021 par le Tribunal), et suivie en 2019 d'une amende de 1,49 milliard d'euros (APD en matière de publicité en ligne liée à sa régie publicitaire AdSense), soit un total de plus de 8 milliards d'euros de sanctions en à peine quelques années. Malgré ces montants impressionnants, force est de constater que le pluralisme demeure largement une utopie dans le secteur de la communication au public en ligne. A titre d'exemple, Google constitue aujourd'hui un ensemble tentaculaire de plus de 230 services en ligne. Et aucune contrainte juridique n'a empêché Elon Musk, l'homme le plus riche du monde, de racheter Twitter...

Il faut donc un droit de la concurrence renforcé, spécifiquement dédié aux enjeux de la communication en ligne. C'est précisément l'objet d'un règlement adopté le 14 septembre 2022 et publié le 12 octobre 2022¹⁸ : le Digital Markets Act¹⁹. Ce règlement donne naissance à un modèle de régulation asymétrique, qui cible spécifiquement les plus grands acteurs (Google, Facebook-Meta, etc.), expressément dénommés dans la version anglaise du texte « *gatekeeper* », en bon français « contrôleur d'accès ». Sont présumés être des contrôleurs d'accès, au sens de la nouvelle législation européenne, les entreprises qui (i) fournissent un ou plusieurs services de plateforme essentiels dans au moins trois pays européens ; (ii) ont un chiffre d'affaires ou une valorisation boursière très élevé : 7,5 milliards d'euros au moins de chiffre d'affaires annuel en Europe dans les trois dernières années ou 75 milliards d'euros ou plus de capitalisation boursière durant la dernière année ; (iii) enregistrent un grand nombre d'utilisateurs dans l'UE : plus de 45 millions d'Européens par mois et 10 000 professionnels par an pendant les trois dernières années.

Avec le règlement, ces contrôleurs d'accès se voient imposer de nouvelles obligations afin de tenter de rééquilibrer la concurrence avec les plus petites entreprises et – ce faisant – de revigorer le pluralisme externe²⁰. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, du règlement, le *gatekeeper* est notamment soumis aux obligations suivantes : a) ne pas croiser les données personnelles des utilisateurs avec celles d'autres de leurs services

¹⁶ <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2017/05/18/32001-20170518ARTFIG00072-la-commission-europeenne-sanctionne-facebook-d-une-amende-de-110-millions-d-euros.php>

¹⁷ A noter que le tribunal de justice de l'Union européenne a confirmé le 14 septembre 2022 l'amende infligée en 2018 par Bruxelles à Google sur le dossier Android. La sanction a cependant été légèrement diminuée, passant de 4,3 milliards d'euros à 4,1 milliards.

¹⁸ Règlement (UE) 2022/1925, 14 septembre 2022, JOUE 12 octobre 2022

¹⁹ Pour une synthèse du texte : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/284907-dma-le-reglement-sur-les-marches-numeriques-ou-digital-markets-act>

²⁰ Romain Moutot, Lutte contre les pratiques déloyales des GAFAM : le DMA est publié !, Dalloz Actualité, 16 novembre 2022.

sans leur consentement ; b) permettre aux utilisateurs professionnels de proposer leurs produits ou services sur d'autres services d'intermédiation à des conditions différentes ; c) permettre aux utilisateurs professionnels de promouvoir leurs offres – sur le service du *gatekeeper* – et de conclure des contrats avec les utilisateurs finals sans forcément passer par la plateforme ; d) ne pas empêcher ou restreindre les utilisateurs professionnels de saisir une autorité compétente concernant les pratiques du *gatekeeper* ; e) ne pas exiger des utilisateurs professionnels qu'ils utilisent, offrent ou interagissent avec un service d'identification du *gatekeeper* ; f) ne pas exiger des utilisateurs professionnels ou finals qu'ils s'inscrivent à un autre des services du *gatekeeper* comme condition d'accès au service principal ; et g) autoriser à titre gratuit aux annonceurs ou aux éditeurs d'accéder aux informations relatives aux prix payés par leurs pairs ainsi que le montant versé à l'éditeur pour la publication d'une annonce publicitaire. En cas d'infraction, la Commission européenne pourra prononcer contre le contrôleur d'accès une amende pouvant aller jusqu'à 10% de son chiffre d'affaires mondial total et, en cas de récidive, jusqu'à 20% de ce chiffre d'affaires. Elle pourra aussi prononcer des astreintes allant jusqu'à 5% de son chiffre d'affaires journalier mondial total. On le voit, les grandes plateformes longtemps portées aux nues pour leur aptitude à donner à tous une large liberté d'expression sont aujourd'hui de plus en plus encadrées par des règles visant à limiter leur emprise économique et – ce faisant – leur impact sur le pluralisme.

Quant aux *gatekeepers* algorithmiques, aux menaces sur le pluralisme interne, l'Union Européenne a aussi bâti sa riposte. Elle a d'abord pris la forme du règlement général sur la protection des données²¹ (RGPD), afin de mieux protéger les données personnelles des utilisateurs. C'est un point important car ce sont précisément ces données qui permettent la personnalisation des contenus. A de nombreux égards cependant, ce texte est insuffisant. Il ne faudrait pas oublier, en effet, qu'il est le fruit d'un intense lobbying et qu'il comporte de nombreuses concessions faites aux géants du numérique. Certes, les données concernant les orientations politiques sont particulièrement protégées car « sensibles » (ce qui était déjà le cas avant le RGPD) et des sanctions historiquement élevées ont été prononcées, telle l'amende administrative de 405 millions d'euros infligée en septembre 2022 à Meta pour son service Instagram. Mais cela demeure insuffisant, de sorte qu'à l'instar du droit de la concurrence, un renforcement s'est imposé. Il prend la forme d'un second règlement, jumeau du Digital Markets Act, le Digital Services Act. Ces deux projets avaient été présentés en même temps, le 15 décembre 2020, et ont adoptés à quelques jours à peine d'intervalle puisque le Digital Services Act a été approuvé par le Conseil de l'Union le 4 octobre 2022 et publié le 27 octobre 2022. Sont notamment concernés par ce texte les intermédiaires en ligne, qu'ils soient établis dans l'Union européenne ou à l'extérieur, remplissant certaines conditions, notamment les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche, utilisés par plus de 45 millions d'Européens par mois. D'évidence, le texte a été pensé pour les géants du numérique, notamment Meta,

²¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016

Amazon, Apple et Google. Les obligations imposées portent notamment sur la transparence des systèmes de recommandation, de coopération, de gestion des risques, de transparence de la publicité en ligne, les mécanismes de plainte et de recours, de coopération avec les autorités nationales. Il s'agit essentiellement d'améliorer les mécanismes de suppression des contenus illégaux en ligne et de protéger les droits fondamentaux des utilisateurs en ligne, en préservant la liberté d'expression. Un contrôle des obligations est également mis en place et les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche seront désormais surveillés – à leurs frais - par la Commission européenne.

On le voit, avec le Digital Services Act et le Digital Markets Act, l'Union Européenne a récemment pris la mesure des enjeux de sauvegarde de la liberté d'expression et du pluralisme soulevés par les grandes plateformes. Elle n'est pas seule. Partout dans le monde les réglementations se durcissent, même aux Etats-Unis²². Il semblerait qu'après quelques années de naïveté - réelle ou feinte - les Etats aient enfin compris que le pluralisme était en danger et que nos démocraties l'également tout autant.

Demeure toutefois une question, en guise de conclusion : n'est-il pas déjà trop tard ? Tout d'abord, un plus grand contrôle par la puissance publique pourrait à certains égards être mal accepté par l'opinion publique. Les suites du rachat de Twitter par Elon Musk auront ici valeur de symbole fort : soit l'opinion publique défendra Elon Musk en sauveur ultime de la liberté d'expression, soit les tentatives de réglementation accrue seront accueillies avec faveur. Derrière ces deux scénarios se dessine une question centrale : celle du sort du contrat social : à qui les citoyens accorde-t-ils leur confiance ? A leur État ou aux géants du numérique ? La réponse n'est malheureusement pas si évidente, et elle varie certainement d'un État à l'autre. Enfin, il faut garder à l'esprit que nos remarques portent sur un web, le web 2.0, qui a plus de 15 ans. Celui de la publicité ciblée, de l'exploitation par certains grands acteurs des données personnelles, des contenus personnalisés par des algorithmes. Et si ce monde s'éteignait plus vite que prévu ? Si le web 3.0, porté par la blockchain et la possession en ligne²³ venait mettre à terre les géants du numérique et redonner le pouvoir aux internautes ? Certains considéreront qu'il s'agit d'une promesse utopique. Il n'en demeure pas moins que le groupe Meta a perdu plus de 60% de sa capitalisation boursière en moins d'un an. Une révolution est peut-être en cours...

²² <https://www.latribune.fr/technos-medias/internet/la-presidence-biden-va-durcir-le-ton-sur-la-regulation-des-gafam-875530.html>

²³ <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/cest-quoi-le-web3-cette-nouvelle-version-dinternet-qui-fait-parler-delle-1376152>