

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Paquet « *Digital Services Act* » : approfondir le marché intérieur et clarifier les responsabilités en matière de services numériques. Étude d'impact préliminaire relative à la révision de la directive sur le commerce électronique. Commentaires des autorités françaises.

A. Contexte, évaluation, définition des problèmes et test de subsidiarité

Des constats partagés

Les autorités françaises soutiennent la volonté de la Commission européenne de renforcer et d'approfondir le marché unique numérique, qui doit être un espace où sont garantis **non seulement la libre prestation de service par les entreprises dans l'ensemble de l'Union Européenne, mais aussi les droits des utilisateurs à un environnement numérique sûr** et respectueux de leurs libertés fondamentales.

Elles partagent le constat de la Commission sur les très importantes évolutions qu'a connues le monde numérique depuis l'adoption de la directive sur le commerce électronique (2000/31/CE), qui ont conduit à donner une ampleur sans précédent à des problèmes tels que la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables, ou encore de fausses informations. Elles relèvent également l'existence de risques préoccupants pour la sécurité des consommateurs (produits dangereux ne respectant pas les normes européennes, voire interdits) et la remise en cause des droits reconnus aux consommateurs européens (fausses promotions, non-respect du droit de rétractation ou des règles de garanties, etc.), en lien avec la vente, par l'intermédiaire des places de marché, de nombreux produits proposés par des vendeurs de pays tiers qui ne respectent pas les règles européennes et ne peuvent être contactés, que ce soit par les consommateurs ou les autorités compétentes. La concurrence qu'ils exercent vis-à-vis des entreprises européennes, respectueuses de ces droits et exigences, qu'il s'agisse d'industriels, d'importateurs ou de distributeurs, est déloyale.

Un cadre réglementaire aujourd'hui insuffisant

Le régime d'irresponsabilité conditionnelle prévu par la directive sur le commerce électronique, destiné à l'origine à des acteurs jouant un rôle purement passif au regard des informations stockées, a pu être appliqué à des plateformes numériques qui jouent un rôle important dans la mise en avant et le caractère « viral » des contenus, ou dans la présentation et la hiérarchisation d'offres de biens et services proposés aux consommateurs par des tiers.

L'absence de toute obligation à la charge de ces plateformes en matière de lutte contre la diffusion de contenus, biens et services problématiques, au-delà de la simple réponse *a posteriori* à un signalement (procédure dite « *notice and takedown* »), a largement contribué à l'ampleur des problèmes identifiés.

En ce qui concerne les places de marché, en particulier, la surveillance du marché, quand bien même ses moyens et son efficacité seraient renforcés, ne peut pas pallier les insuffisances des professionnels négligents ou indécents, si les places de marché n'opèrent aucun contrôle *a priori* des annonces mises en ligne. En effet, une large part des produits proposés sont expédiés directement au consommateur final

depuis des pays tiers, avec une probabilité très limitée de contrôle aux frontières, et sans qu'il existe une personne, physique ou morale, responsable sur le territoire européen¹.

Il est manifeste que les problèmes évoqués ici n'ont été que très partiellement traités par des **initiatives purement volontaires** de certains services, qui sont par ailleurs par construction impossibles à contrôler. Ainsi, les rapports d'évaluation du « Code de bonnes pratiques contre la désinformation », publiés récemment par le groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA) et par la Commission (DG CNECT) témoignent des limites d'une démarche reposant sur la seule bonne volonté des acteurs. Il en va de même pour la « *Safety Pledge* » européenne du 25 juin 2018, engagement volontaire signé par 6 places de marché uniquement, qui n'impose ni obligation de résultats ni même de moyens ; les contrôles de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'ont d'ailleurs pas montré que la situation des signataires de cet engagement était meilleure que celle des non-signataires.

En termes de protection des intérêts économiques des consommateurs, ce sont l'effectivité des droits reconnus à ces derniers et l'efficacité de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales, et notamment trompeuses, qui sont en jeu, les opérateurs de places de marché se retranchant le plus souvent derrière les obligations du seul vendeur pour s'exonérer de toute responsabilité. C'est en réponse à ces constats et aux insuffisances du cadre réglementaire européen actuel qu'ont pu être adoptées, dans certains États membres, des initiatives législatives visant à protéger les citoyens et consommateurs, en mettant à la charge des intermédiaires numériques des obligations nouvelles. Si les autorités françaises sont favorables à une intervention cohérente au niveau européen pour définir un socle commun ambitieux d'obligations applicables dans l'ensemble du marché intérieur, pour autant, elles soulignent **la nécessité d'assurer une implication appropriée des États membres**. À cet égard, elles relèvent que les services qui ont le plus fort impact dans un pays donné ne sont pas forcément « établis » dans ce pays, au sens de la directive sur le commerce électronique.

Les autorités françaises relèvent que, comme le précise l'étude d'impact, les enjeux qui y sont traités sont étroitement liés à **d'autres initiatives, de nature législative ou non**, actuellement envisagées par la Commission. À cet égard, la possible mise à jour du code de bonnes pratiques sur la désinformation, qui repose sur une démarche purement volontaire des acteurs, ne saurait être exclusive de mesures contraignantes adéquates et proportionnées dans le cadre d'une initiative législative.

En outre, l'initiative envisagée doit non seulement, comme le souligne l'étude d'impact, préserver les acquis des **récents textes européens de législation sectorielle**, notamment la directive relative au droit d'auteur dans le marché unique numérique et de la directive sur les services de médias audiovisuels modifiée, mais également veiller à ne pas créer de nouveaux cas d'exonération de responsabilité de contenus susceptibles de s'appliquer à des services qui diffusent largement des contenus protégés.

B. Objectifs poursuivis et options envisagées

L'étude d'impact, après avoir évoqué le scénario de base (*statu quo* complété par d'éventuelles initiatives volontaires), distingue 3 options, les options 1 et 2 étant présentées comme alternatives, tandis que l'option 3 interviendrait en complément.

- **Option 1**

L'option 1 consiste à rendre contraignantes les obligations procédurales prévues dans la Recommandation de 2018 relative aux contenus illicites, sans modifier la directive sur le commerce électronique. Il n'est pas précisé si ces obligations s'appliqueraient uniquement aux plateformes numériques, seules mentionnées dans l'étude d'impact, ou à l'ensemble des prestataires de services qui sont visés dans la Recommandation. Il semble que seules les dispositions de cette Recommandation relatives aux mécanismes de signalement et de recours ainsi qu'aux mesures de transparence seraient rendues obligatoires, à l'exclusion de celles

¹ Même s'il est à noter que le règlement (UE) 2019/1020 sur la surveillance du marché et la conformité des produits prévoit certaines obligations pour les places de marché électroniques et la présence d'une « personne responsable » pour la plupart des catégories de produits soumis à une législation européenne harmonisées, cette obligation ne couvre pas tous les produits, et dans de nombreux cas la mise à disposition des consommateurs de produits importés via les places de marché interviendra en réalité sans que personne ne vérifie en amont qu'une telle « personne responsable » soit effectivement présente sur le territoire européen.

consacrées aux mesures proactives et aux mesures de sauvegarde contre les retraits injustifiés, dont l'application resterait volontaire.

Cette option, dont la portée est restreinte aux seuls contenus illicites et aux seules obligations procédurales, et aux seules plateformes établies dans l'Union européenne, et qui ne reprend qu'une partie des mesures préconisées par la Recommandation, apporte une **réponse insuffisante** au regard des enjeux identifiés.

En particulier, il apparaît indispensable que ce futur cadre puisse s'appliquer à des services qui ne sont pas établis sur le territoire de l'Union européenne.

- **Option 2**

L'option 2 comporte des éléments supplémentaires par rapport à l'option précédente.

D'une part, elle élargit le champ d'une éventuelle initiative de régulation à **d'autres types de contenus, à d'autres acteurs et à d'autres problématiques** (fonctionnement des algorithmes, publicité politique ou ciblée).

Les autorités françaises sont favorables à une approche large en matière de contenus, intégrant à l'analyse non seulement les contenus illicites, mais aussi d'autres types de contenus tels que les contenus préjudiciables mais non illicites, ceux qui sont licites mais soumis à des conditions restrictives de diffusion pour protéger les mineurs (par exemple, les contenus pornographiques), ou encore les contenus de désinformation, qui en général ne sont pas illicites mais peuvent l'être dans certains cas.

Il est également approprié d'adopter une **approche large en matière d'acteurs** soumis à des obligations, en incluant dans l'analyse l'ensemble des acteurs - qu'ils soient ou non, en l'état actuel du droit, qualifiés d'hébergeurs - qui jouent un rôle dans la dissémination au public de contenus ou de produits illicites ou préjudiciables, notamment les plateformes de partage de contenus et les places de marché, mais aussi les moteurs de recherche, les acteurs de la publicité ou encore les opérateurs de messagerie. Les responsabilités et obligations qui seraient le cas échéant mises à la charge de ces acteurs devront naturellement être adaptées à leur situation particulière et proportionnées à leur rôle, leur modèle, leur audience et leurs ressources. Enfin, les autorités françaises sont favorables à l'extension des obligations aux acteurs établis hors de l'Union européenne.

D'autre part, l'option 2 envisage un régime de responsabilité et d'obligations plus strict. Toutefois, la **création d'obligations supplémentaires, d'une part, et la révision du régime de responsabilité des hébergeurs** défini par la directive sur le commerce électronique, d'autre part, **devraient être considérés comme des sous-options, qui pourraient être mises en œuvre à titre alternatif ou cumulatif, et qui n'ont pas nécessairement vocation à s'appliquer intégralement aux mêmes acteurs**. Au demeurant, dans la consultation publique sur le projet d'acte sur les services numériques (DSA), la révision du régime de responsabilité des intermédiaires numériques fait l'objet d'une section distincte de celle consacrée aux mesures que ceux-ci devraient adopter en matière de modération des contenus.

Ainsi, pour les **plateformes ayant une activité de place de marché**, l'absence de toute obligation à leur charge au-delà de la simple réponse *a posteriori* à un signalement, lorsque ces plateformes bénéficient du statut d'hébergeur, n'est pas compatible avec la spécificité de leur activité. Acter une reconnaissance de cette spécificité de l'activité des places de marché permettrait d'accroître leur sécurité juridique, en clarifiant les évolutions jurisprudentielles récentes et en fixant les obligations précises auxquelles il est souhaitable que les places de marché soient assujetties.

Les autorités françaises seront attentives à ce que toute proposition éventuelle intègre un réel **renforcement des obligations à la charge des plateformes**, ainsi que de nouvelles garanties pour les utilisateurs. Atteindre cet objectif implique en particulier de se départir d'une logique purement volontaire de la part des plateformes et au contraire de mettre à leur charge, sous le contrôle d'une autorité de régulation indépendante dotée de **pouvoirs d'intervention et de sanction crédibles et dissuasifs** (financiers mais aussi de restriction d'accès à ces services, si nécessaire), des obligations proportionnées de nature à lutter de manière efficace contre les problématiques identifiées dans l'étude d'impact. Dans ce contexte, la réflexion proposée autour d'une clause du type « **bon Samaritain** » destinée, par hypothèse, à inciter les plateformes à prendre des mesures volontaires de lutte contre les contenus illicites sur une base *a priori* facultative, paraît contradictoire. Elle est par ailleurs problématique dans la mesure où elle pourrait

conduire à une extension du régime d'irresponsabilité conditionnelle à certains acteurs là où, comme la Commission le souligne, l'objectif est au contraire de renforcer cette responsabilité.

De façon générale, les autorités françaises estiment que la réponse adéquate aux problématiques liées à la modération des contenus **ne consiste ni uniquement ni même nécessairement en une modification du régime de responsabilité des intermédiaires numériques**. D'une part, il convient de veiller à ne pas créer de nouveaux cas d'exonération de responsabilité au profit d'acteurs qui tirent directement profit de la diffusion massive de contenus. D'autre part et avant tout, il est indispensable de mettre à la charge des acteurs concernés par ces problématiques - qui ne représentent pas l'ensemble des hébergeurs, voire ne sont pas nécessairement des hébergeurs au sens de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique - des obligations positives en matière de lutte contre la prolifération de biens ou contenus illicites, préjudiciables ou de désinformation.

Les autorités françaises recommandent donc de combiner, d'une part, un **renforcement du régime de responsabilité à raison des contenus** (« *notice and take down* ») afin de contraindre les plateformes à retirer promptement les contenus manifestement illicites qui leur sont signalés, sous le contrôle du juge, et, d'autre part, un **mécanisme de supervision reposant sur des obligations de moyens** sous le contrôle d'un régulateur indépendant qui définirait des recommandations contraignantes relatives à ces obligations et sanctionnerait les éventuels manquements systémiques : les services concernés devraient mettre en place des dispositifs visant à lutter efficacement contre les contenus, biens et services illicites ou préjudiciables tout en protégeant les droits des utilisateurs et des consommateurs, et déployer des moyens techniques et humains appropriés et proportionnés aux enjeux. De telles obligations sont conçues pour garantir un niveau adéquat de protection pour les utilisateurs, mais aussi de souplesse pour les services concernés, puisqu'ils conserveraient une certaine marge de manœuvre dans le choix des solutions les plus appropriées, un tel dispositif permettant de compenser l'absence de responsabilité primaire de ces intermédiaires au titre des contenus auxquels ils donnent accès.

En ce qui concerne les obligations mises à la charge des acteurs visés, il convient de saluer l'accent mis dans l'étude d'impact sur la **transparence**. À cet égard, il serait utile de distinguer ce qui relève de la transparence envers le grand public, par exemple, des explications claires sur la politique de modération de la plateforme et une communication publique sur les résultats de cette politique, de ce qui relève de l'accès aux données accordé à des chercheurs et des tiers indépendants à des fins de recherche et de contre-expertise, et de ce qui relève de la transparence envers le régulateur, auquel les plateformes devraient rendre compte régulièrement et qui devrait être doté de pouvoirs d'audit et d'enquête adaptés à ses missions. Pour autant, la transparence **ne saurait suffire**, et il apparaît indispensable d'envisager des obligations positives de nature à traiter de manière efficace, y compris de façon préventive, les problèmes identifiés.

L'étude d'impact mentionne un certain nombre d'autres mesures, en relevant que certaines d'entre elles pourraient constituer un **socle d'obligations de base** imposées à tous les acteurs, tandis que d'autres pourraient en revanche n'être obligatoires que pour certains acteurs (caractère « **asymétrique** »). Comme le propose l'étude d'impact, plusieurs critères de différenciation pourront être employés, notamment la taille (chiffre d'affaires, audience) mais aussi le type de service, ou encore l'identification de risques particuliers liés à ce service (par exemple, si le service cible une audience jeune). Au-delà d'une possible différenciation en fonction des fonctionnalités des différents services, il convient de souligner, plus largement, que les **plateformes de partage de contenus et les places de marché soulèvent des enjeux largement différents**. De ce fait, le cas des plateformes de partage de contenus et celui des places de marché appellent des réponses différentes, en ce qui concerne à la fois le régime de responsabilité et la nature des obligations mises à leur charge.

Ainsi, pour les places de marché, ces obligations devraient **viser à assurer aux consommateurs le même niveau de protection que s'ils effectuaient leurs achats dans des magasins physiques**. Elles devraient donc être applicables à toute place de marché, quelle que soit sa taille ou son importance (à l'inverse d'une approche « asymétrique »), car la garantie de la sécurité des produits ou du respect des droits des consommateurs doit être effective en toutes circonstances.

Ce nouveau cadre de régulation inclurait des obligations spécifiques permettant de garantir que les autorités disposent d'un **interlocuteur en ce qui concerne les questions de sécurité et de conformité des produits**, ainsi que des conditions de vente et, de manière plus générale, de la protection du

consommateur. En ce sens, les places de marché devraient mettre en place les moyens nécessaires en vue de répondre de façon satisfaisante aux risques et situations critiques créés quand les vendeurs tiers ne sont pas présents sur le territoire européen ou s'ils sont défaillants au regard de leurs obligations.

Pour éviter un risque de fragmentation du cadre législatif, il conviendrait que les **obligations propres aux places de marché soient définies dans un texte horizontal**. En effet, si elle reposait sur un ajustement des divers actes européens établissant le cadre complexe et multiforme de la protection des consommateurs, un tel chantier serait particulièrement difficile à coordonner. Ainsi, par exemple, la seule révision de la directive sur la sécurité générale des produits (2001/95/CE) ne permettrait *a priori* pas de traiter l'ensemble du sujet, car il convient de prendre également en compte toutes les règles relatives à la sécurité et à la conformité des produits dits « harmonisés », soit un grand nombre de directives et règlements sectoriels (jouets, produits électriques, cosmétiques, machines, équipements de protection individuels, etc.).

Enfin, des règles horizontales propres aux places de marché devraient veiller à cibler leur activité visant les consommateurs installés sur le territoire européen, sans considération du lieu d'implantation juridique de ces places de marché, et donc être applicables à celles établies dans un pays tiers. En effet, les consommateurs vivant en Europe doivent pouvoir bénéficier de la protection du droit européen sur l'offre de produits qui leur est accessible en Europe. En la matière, les principes du règlement n° (CE) 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », pourraient être généralisés.

Sur le fond, les principales obligations qui pourraient être appliquées aux places de marché en ligne pour protéger les consommateurs devraient inclure les points suivants :

- obligation de filtrer les annonces avant leur apparition en ligne (en veillant à ce qu'apparaissent la référence et l'identité des vendeurs) ;
- obligation de gérer les annonces illicites, notamment celles proposant des produits dangereux, interdits ou déjà rappelés ;
- obligation générale de coopérer avec les autorités de surveillance du marché et les douanes.

- **Option 3**

L'option 3, qui en réalité a vocation à être combinée avec l'une ou l'autre des options précédentes, consiste à renforcer la coopération entre régulateurs. Les autorités françaises approuvent cette initiative, qui apparaît indispensable pour répondre efficacement aux enjeux identifiés.

L'étude d'impact part toutefois du postulat selon lequel cette coopération serait fondée sur le **principe du pays d'origine** : une telle affirmation mérite d'être interrogée. L'étude d'impact devrait adopter une approche plus ouverte sur les avantages et inconvénients de ce principe ainsi que sur les règles de détermination de la compétence qui pourraient être appliquées en fonction des situations, ou encore pour tenir compte de la taille de certains opérateurs plus à même, comme le souligne l'étude d'impact, de pouvoir prendre en compte différentes réglementations nationales. En outre, à supposer même que ce principe soit réaffirmé, il serait souhaitable de revenir sur le champ des exceptions qu'il admet, afin de tenir compte des besoins impérieux qui peuvent aujourd'hui s'imposer aux États membres en matière de régulation des acteurs du numériques, et sur la procédure de notification dont elles devraient, le cas échéant, s'accompagner.

Ainsi, l'étude d'impact pourrait identifier l'instance la mieux placée pour agir dans chaque situation : si l'attribution de compétences de régulation à l'autorité de l'État d'établissement de la plateforme favorise des règles harmonisées au sein du marché unique, **les autorités des autres États sont légitimes pour intervenir**, en particulier, lorsque sont en jeu des questions nécessitant la prise en compte de spécificités nationales ou locales. Il convient donc d'envisager des mécanismes de coordination permettant qu'elles soient associées aux différentes étapes du processus de régulation sous une forme suffisamment étroite - qui pourra varier selon les situations : information, consultation, participation facultative/obligatoire/de droit aux opérations de recueil d'information ou d'audit, dialogue sur les mesures contraignantes, ainsi qu'une faculté d'adopter elles-mêmes des mesures contraignantes dans certains cas qui le justifient, en prévoyant une articulation adéquate avec le rôle de l'autorité d'établissement. Un tel renforcement de la coordination entre autorités de régulation nationales compétentes devrait s'envisager dans le cadre d'un réseau européen de régulateurs dotés des moyens et compétences appropriés. À l'inverse, l'hypothèse de la création d'une agence européenne spécialement dédiée à ces questions, qui se substituerait à une forme

de régulation décentralisée, ne semble pas de nature à garantir la prise en compte des préoccupations des pays de destination évoquées précédemment.

Par ailleurs, il convient de rappeler qu'au-delà du socle commun d'infractions harmonisées en droit de l'Union européenne (contenus terroristes, pédopornographiques, racistes et xénophobes), **la définition du caractère illicite d'un contenu relève de la compétence des Etats membres**, et qu'un tel choix est étroitement lié à la culture et à l'histoire de chacun d'eux. Aussi, l'objectif ne doit pas être de chercher à harmoniser complètement ces définitions, mais plutôt d'explorer des solutions permettant de concilier au mieux le respect de la souveraineté des Etats membres et la sécurité juridique des acteurs numériques. Les autorités françaises se tiennent à la disposition de la Commission pour toute autre précision utile.