
La responsabilité allégée des hébergeurs de contenus à la suite du Digital Services Act

Auteur : Duquenne, Florent

Promoteur(s) : Van Cleynenbreugel, Pieter

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2020-2021

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/12023>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La responsabilité allégée des hébergeurs de contenus à la suite du Digital Services Act

Florent Duquenne

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2020-2021

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Pieter Van Cleynenbreugel
Professeur et Directeur du Liège Competition and Innovation Institute

Résumé

Le 8 juin 2000 le Parlement Européen adoptait la directive 2000/31 sur le commerce électronique visant à définir un cadre réglementaire et harmonisé sur les pratiques en ligne. Depuis, Internet a connu des développements fulgurants et fait partie intégrante de notre quotidien. Des entreprises telles que Google, Apple, Amazon, Facebook ou encore Microsoft ont su tirer leurs épingles du jeu et s'imposent aujourd'hui comme des mastodontes inévitables lorsqu'il est question de marché numérique.

Vingt ans plus tard, la Commission sous l'impulsion d'Ursula von der Leyen annonce son souhait de prendre en compte les évolutions du secteur dans un nouveau texte: le Digital Services Act. Ce texte qui doit être dévoilé début décembre 2020 et soumis au Parlement européen prévoit notamment deux grosses nouveautés par rapport à la directive 2000/31. D'une part, la Commission européenne a prévu de s'attaquer aux abus de positions dominantes sur le web et devrait intégrer de nouveaux mécanismes dans le Digital Services Act permettant de promouvoir une concurrence saine. D'autre part, la Commission a exprimé son souhait de revoir le régime de responsabilité allégée des hébergeurs qui est actuellement en vigueur concernant le contenu posté sur leurs plateformes.

L'objet de ce travail de fin d'étude portera sur ce deuxième volet. Après une analyse du régime actuellement en vigueur organisé par la directive 2000/31 et ses applications en jurisprudence ainsi que par d'autres instruments pertinents tels que la directive 2019/790 sur les droits d'auteurs, une comparaison sera effectuée avec le régime qui sera proposé par la Commission en décembre afin de pouvoir en tirer des enseignements. Au terme de cette comparaison, il sera intéressant de pouvoir examiner comment la législation s'adapte afin de tenir compte au mieux des pratiques de ce secteur qui évolue constamment.

La réalisation de ce travail de fin d'études a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma gratitude.

Je voudrais adresser toute ma reconnaissance au professeur Van Cleynenbreugel, pour sa patience, sa disponibilité et surtout ses judicieux conseils, qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Table des matières

Résumé	2
Table des matières	6
I. Introduction	9
II. La directive e-commerce	10
Le régime de responsabilité allégé organisé par la directive e-commerce	10
Règles communes	12
Absence d'obligation générale de surveillance	12
Obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes	13
Première catégorie : Activités de transport, de fourniture et d'accès aux réseaux	13
Seconde catégorie : Forme de stockage dite "Caching"	15
Troisième catégorie : Hébergement	16
Emergence et caractéristiques du web 2.0	19
L'interprétation évolutive de la directive e-commerce par la Cour de Justice	20
L'arrêt Google France du 23 mars 2010	20
L'arrêt Netlog du 16 février 2012	22
L'arrêt L'Oréal contre Ebay du 12 juillet 2011	23
L'arrêt Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook du 3 octobre 2019	25
Bilan de la directive e-commerce vingt ans plus tard	27
Le flou juridique autour de plusieurs notions clefs de la directive	27
Une réglementation en fonction des activités	28
La mise en oeuvre des procédures de retrait	29
La nécessité d'une nouvelle intervention législative	30
III. Le Digital Services Act	33
Analyse du Règlement	33
Chapitre I - Dispositions générales	33
Objet et champ d'application	33
Définitions	33
Chapitre II - Responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires	35
Chapitre III - Obligations de diligence pour un environnement en ligne sûr et transparent	37
Dispositions applicables à tous les fournisseurs de services intermédiaires	37
Dispositions supplémentaires applicables aux fournisseurs de services d'hébergement, y compris aux plateformes en ligne	38
Dispositions supplémentaires applicables aux plateformes en ligne	39
Dispositions supplémentaires applicables aux très grandes plateformes en ligne	42
Autres dispositions concernant les obligations de diligence	47
Tableau récapitulatif	49

Chapitre IV - Mise en oeuvre, coopération, sanctions et contrôle de l'application des règles	50
Autorités compétentes et coordinateurs nationaux pour les services numériques	50
Comité européen des services numériques	51
Surveillance, enquêtes, coercition et contrôle concernant les très grandes plateformes en ligne	51
Quelles réponses amène le Digital Services Act aux limites du régime actuellement en vigueur?	53
Flou juridique autour de plusieurs notions clés	53
Une réglementation en fonction des activités	54
La mise en oeuvre des procédures de retrait	55
IV. Conclusion	56
Bibliographie	59

I. Introduction

En 1991, Tim Berners Lee annonce la création du World Wide Web marquant ainsi le début d'une épopée technologique et d'un tournant dans la communication. En 30 ans, le Web a connu une évolution exponentielle. En 1994, Amazon lance une plateforme de librairie en ligne, en 1997 c'est l'apparition de Google qui s'impose comme moteur de recherche. En 2004, un certain Facebook s'impose et lance la vague des réseaux sociaux. Aujourd'hui, grâce à la démocratisation du matériel informatique ainsi que de l'arrivée de l'internet mobile, tout le monde a accès au web. Alors qu'en 1992 on recense un million d'appareils connectés au web, c'est désormais plus de 4 milliards d'utilisateurs qui sont connectés en ligne¹.

Le web est devenu partie intégrante de notre quotidien. Une étude rapporte que le temps moyen passé sur le web quotidiennement est aujourd'hui de 6h30². Les personnes nées au début des années 2000 sont parfois même appelées les "enfants du numérique". Tandis que le web ne cesse d'évoluer, il a fallu le réglementer. En Europe, l'Union adopte des premières réglementations dans la fin des années 90 afin de structurer et donner un cadre légal clair aux acteurs souhaitant évoluer sur le web. Or, Internet étant un endroit propice aux innovations et à la créativité, les évolutions législatives semblent toujours avoir un train de retard.

En 2020, alors candidate à la présidence de la Commission Européenne, Ursula von der Leyen annonce son souhait d'entreprendre une réforme ambitieuse du cadre légal numérique. Celle-ci a pour objectif de proposer des règles adaptées aux réalités d'aujourd'hui ainsi que de permettre à l'Union de tenir tête aux mastodontes du web apparus entre-temps. Ce souhait se concrétisera dans les Digital Market Act et Digital Services Act présentée au Conseil et Parlement européen en décembre 2020.

L'objectif de ce travail sera de s'attarder sur la question épineuse de la responsabilité des hébergeurs de contenu qui occupe une place centrale dans le Digital Services Act. Pour pouvoir cerner au mieux les enjeux du problème, nous envisagerons l'évolution du régime depuis son adoption en 2000 afin de pouvoir mettre en lumière ses limites. Nous procéderons ensuite à une analyse du régime proposé par le Digital Services Act afin d'examiner de quelle manière il répond aux insuffisances du régime actuellement en vigueur.

¹ Auclert F., «Le Web a 30 ans : les quatre grandes phases de son évolution », Futura-Tech, 12 mars 2019.

² «Digital 2021 Global Overview Report », We are social.

II. La directive e-commerce

L'essor de l'Internet a entraîné une véritable révolution au même titre que l'écriture ou l'imprimante. De sa naissance dans les années 60 et à sa démocratisation dans les années 90, le web n'a jamais cessé de s'étendre et de connecter toujours plus d'utilisateurs. Très vite, on se rend compte du potentiel quasi-illimité de cet outil formidable et de la nécessité d'élaborer un cadre légal propre à façonner une évolution et un usage sain d'Internet. C'est pourquoi le 8 juin 2000, le Parlement Européen adopte la «Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur³» plus communément connue comme la «Directive e-commerce».

Au début des années 2000, Internet est loin d'être ce qu'il est aujourd'hui. La directive est adoptée plus dans une optique de protection que de régulation⁴. Comme l'explique le premier considérant de la directive, Internet est un moyen essentiel pour rassembler les Etats et les peuples européens au niveau économique et social. L'objectif de la directive est donc d'établir un cadre juridique clair et uniforme caractérisé par une coordination entre les États membres afin d'éliminer les obstacles nationaux pour promouvoir la croissance d'Internet tout en le rendant le plus sécurisé possible pour ses utilisateurs.

Le régime de responsabilité allégé organisé par la directive e-commerce

Internet est par définition un outil mondial auquel n'importe qui peut avoir accès. Il est très facile de dissimuler ses traces et l'identification de personnes mal intentionnées n'est pas toujours aisée. Il n'est donc pas étonnant que les victimes de comportements sur Internet se soient rapidement tournées vers les intermédiaires afin d'obtenir la réparation de leurs dommages. En effet, ces intermédiaires sont souvent de grosses entreprises publiques facilement identifiables et disposant de moyens financiers importants qui assurent leurs solvabilités. Craignant qu'une avalanche d'actions en responsabilité à l'encontre des intermédiaires techniques résulte en un frein au développement d'Internet, la Commission européenne a jugé bon de se doter d'une législation prévoyant un régime de responsabilité allégé en faveur de différents acteurs⁵.

³ 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»), OJ L 178, 17.7.2000

⁴ George, F. et Hubin, J., « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », A&M, 2017/3, p. 208-237.

⁵ Montero E., «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in X., Le commerce électronique européen sur les rails, coll. Cahiers du CRID, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.

Le considérant 40 de la directive sur le commerce électronique nous éclaire sur l'intention du législateur. Il prévoit que :

«Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence. Les prestataires des services ont, dans certains cas, le devoir d'agir pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin. La présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible⁶»

Un des objectifs de la directive est donc d'établir un cadre légal clair et commun sur la responsabilité des prestataires de services agissant en ligne.

Cette section de la directive fait écho à une législation américaine adoptée quelques années plus tôt, le Digital Millennium Copyright Act⁷. La section deux du Digital Millennium Copyright Act intitulée *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* met en place un régime de *safe harbour* pour les acteurs intermédiaires. La directive s'inspire fortement de cette législation américaine mais s'en écarte sur un point.

Alors que le champ d'application du Digital Millennium Copyright Act ne couvre que les atteintes à la propriété intellectuelle et au droit d'auteur, la directive a vocation à s'appliquer à tous types d'infractions. Ainsi, aux traditionnelles atteintes au droit d'auteur et de la propriété intellectuelle s'ajoutent les infractions relevant de la concurrence déloyale, la publicité trompeuse, l'atteinte à la vie privée, la diffamation, la diffusion de contenu pédopornographique, l'incitation à la haine ou encore la désinformation⁸.

La directive met en place un régime de responsabilité favorable au profit de trois catégories d'acteurs en fonction des activités exercées. Il est important de toujours bien définir les activités exercées car un opérateur qui n'exerce pas réellement les activités qu'il prétend exercer n'est pas à l'abri d'une requalification. De plus, lorsqu'une société a plusieurs activités il faut garder à l'esprit que l'exonération ne fonctionnera que pour la partie des activités concernées.

⁶ 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»), considérant 40, OJ L 178, 17.7.2000

⁷ Digital Millennium Copyright Act (DMCA), PUBLIC LAW 105-304—OCT. 28, 1998

⁸ Montero E., «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in X., Le commerce électronique européen sur les rails, coll. Cahiers du CRID, point 521, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.

Le régime est détaillé aux articles 12 et suivant de la directive et a été transposé en Belgique dans le livre XII du Code de droit économique par la loi du 11 mars 2003. Dans le cadre de notre exposé nous examinerons d'abord les règles communes aux trois catégories avant d'examiner en détail les règles propres à chaque catégorie.

Règles communes

1. Absence d'obligation générale de surveillance

L'article 15 alinéa 1 de la directive prévoit que :

«1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites⁹»

L'absence d'obligation générale de surveillance est le premier principe applicable à l'ensemble des intermédiaires. Il est un principe essentiel de la directive qui a été réaffirmé à de nombreuses reprises par la Cour de Justice ¹⁰. Celui-ci s'analyse en une interdiction faite aux Etats membres qui ne peuvent exiger des prestataires intermédiaires l'obligation d'effectuer des contrôles en amont et en aval de l'information postée grâce à leurs services. Les craintes qui justifiaient l'instauration de ce principe étaient d'une part, la charge de travail énorme imposée aux intermédiaires au vu de la quantité d'informations circulant sur le Net et, d'autre part, une forme de censure préventive qui aurait vite eu pour effet de restreindre la liberté d'expression.

Il est important de noter que l'article 15 de la directive pose une interdiction aux États membres d'instaurer une obligation générale de surveillance à charge des intermédiaires mais cela ne les empêche pas de le faire sur une base volontaire. Ainsi, de nombreuses entreprises disposant de moyens suffisants, qui sont un minimum soucieuses de leur image et de la qualité de leurs services, n'hésitent pas à mettre en place des mécanismes de modérations. Ces différents mécanismes ne sont bien sûr pas interdits et sont même encouragés mais comme nous allons le voir par la suite, ils sont susceptibles de placer les intermédiaires techniques dans des positions délicates.

Le considérant 47 de la directive tempère cependant cette interdiction de surveillance générale. Il prévoit que *«L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général.*

⁹ 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»), article 15, OJ L 178, 17.7.2000

¹⁰ C.J.U.E., 3 octobre 2019, Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited, C-18/18, voir point 42.

Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale¹¹».

Ainsi, cette obligation à charge des Etats membres ne peut pas faire obstacle à des contrôles ciblés et temporaires lorsque la loi nationale le prévoit. C'est par exemple le cas lorsque le ministère public exige d'un intermédiaire qu'il surveille un suspect particulier ou bien un groupe de discussion. Cette exception rejoint la seconde obligation applicable aux intermédiaires, l'obligation de collaboration.

2. Obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes

L'article 15 alinéa 2 de la directive quant à lui prévoit que :

«2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement¹²»

Cette obligation impose aux intermédiaires de collaborer avec les autorités publiques compétentes lorsqu'une infraction est constatée et que ces dernières en font la demande. Les intermédiaires sont dès lors tenus de se comporter de manière responsable et de collaborer loyalement. Ils n'ont pas la possibilité de rester passifs et ne peuvent opposer leur rôle d'intermédiaire afin de ne pas donner suite aux demandes des États lorsqu'une infraction est constatée.

Première catégorie : Activités de transport, de fourniture et d'accès aux réseaux

L'article 12 de la directive énonce que :

«1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication,

¹¹ 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»), considérant 47, OJ L 178, 17.7.2000

¹² 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»), article 15, OJ L 178, 17.7.2000

le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation¹³»

Les sociétés visées à l'article 12 sont les fournisseurs d'accès à internet tels que Proximus ou VOO en Belgique. Toute société qui a pour activité la transmission sur un réseau de communication d'informations fournies par le destinataire du service ou bien la fourniture d'un accès au réseau communication ne peut pas voir sa responsabilité engagée pour une information transmise grâce à ses services si elle répond à trois conditions cumulatives :

- Elle ne doit pas être à l'origine de la transmission des informations ;
- Elle ne doit pas sélectionner le destinataire de la transmission ;
- Elle ne doit pas sélectionner ou modifier les informations faisant l'objet de la transmission.

En pratique, ces trois conditions sont aisément remplies de sorte que l'on peut dire que les fournisseurs d'accès à Internet bénéficient d'une exonération quasi automatique dès lors qu'il s'agit d'informations qui lui sont étrangères. Ce faisant, l'article consacre la thèse de neutralité dans le chef des fournisseurs d'accès à Internet. Leur responsabilité ne peut être engagée au civil ou au pénal lorsqu'ils se sont contentés de permettre le transport de l'information.

Il reste que, comme l'indique le considérant 44 de la directive, un *«prestataire de services qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service afin de se livrer à des*

¹³ 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»), article 12, OJ L 178, 17.7.2000

activités illégales va au-delà des activités de "simple transport" ou de "caching" et, dès lors, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues pour ce type d'activité¹⁴»

Un fournisseur d'accès à Internet veillera dès lors à bien maintenir sa neutralité et à ne pas interférer vis-à-vis des informations transmises par son réseau.

Seconde catégorie : Forme de stockage dite "Caching"

L'article 13 de la directive prévoit que :

«1. Les États membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

a) le prestataire ne modifie pas l'information;

b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;

c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;

d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et

e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

¹⁴ 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»), considérant 44, OJ L 178, 17.7.2000

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation¹⁵»

Sont ici visés les prestataires d'une activité de stockage sous forme temporaire, c'est-à-dire les prestataires d'un service de stockage en cache. La mise en cache est un procédé informatique visant à optimiser la rapidité des opérations. Le cache est une couche de stockage de données grande vitesse qui stocke un sous-ensemble de données, généralement transitoires, de sorte que les demandes futures pour ces données sont traitées le plus rapidement possible en accédant à l'emplacement de stockage principal des données.

L'entreprise pratiquant la mise en cache bénéficie du régime dérogatoire de responsabilité dès lors qu'elle répond à cinq conditions :

- Elle ne modifie pas l'information;
- Elle se conforme aux conditions d'accès à l'information;
- Elle se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;
- Elle n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information
- Elle agit promptement pour retirer l'information qu'elle a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'elle a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

Ces prestataires voient leurs responsabilités immunisées au civil et au pénal dès lors qu'ils ne modifient pas les informations stockées sur leurs services et qu'ils se conforment à l'obligation générale de coopération. Ici aussi, le considérant 44 de la directive indique qu'un prestataire de type caching qui collabore délibérément avec l'un des destinataires de son service ne peut bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité.

Troisième catégorie : Hébergement

L'article 14 de la directive prévoit que :

«1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service,

¹⁵ 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»), article 13, OJ L 178, 17.7.2000

le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible¹⁶»

L'article 14 de la directive vise les hébergeurs de contenus. Ces derniers sont exonérés de leurs responsabilités dès lors qu'ils répondent à deux conditions :

- l'hébergeur n'a pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'a pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente
- l'hébergeur, dès le moment où il a de telles connaissances, agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Il s'ensuit de la lecture de cet article qu'à la différence des entreprises de fourniture de réseau qui ont principalement une obligation d'abstention, les hébergeurs de contenus ont le devoir de s'abstenir de modifier l'information à laquelle s'ajoute une obligation d'intervention dès lors qu'ils ont connaissance d'une infraction. Aucune autre obligation n'est en principe mise à leur charge.

A cet article 14 il faut cependant ajouter le considérant 48 de la directive qui prévoit que *«la présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et*

¹⁶ 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»), article 14, OJ L 178, 17.7.2000

qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites¹⁷» On peut s'étonner de la philosophie de ce considérant qui semble autoriser une sorte d'obligation générale de surveillance qui va à l'encontre de ce qui est prescrit par l'article 15 de la directive. Lors de l'adoption de la directive, certains auteurs mettaient déjà en avant le caractère contradictoire de ce texte avec le reste du régime dès lors qu'on attend des intermédiaires techniques une neutralité totale qu'ils peuvent perdre lorsqu'ils effectuent des activités de modération. D'autres soulignent les risques potentiels liés à son interprétation dès lors qu'il ouvre la porte à une censure préventive.

Ce considérant permet de mettre en lumière une critique majeure énoncée à l'encontre de l'article 14 : Le rôle de censeur dévoué aux hébergeurs de contenus¹⁸. En effet, ces derniers pour éviter tous risques de voir leurs responsabilités engagées seront vite tentés de supprimer tous les contenus qui leur seront signalés par des utilisateurs. Ce faisant, les hébergeurs sont érigés en juge, rôle qu'ils n'ont pas à avoir. Des problèmes peuvent facilement surgir lorsque qu'un hébergeur aura supprimé un contenu qu'un juge aura finalement décidé licite ou à l'inverse, lorsqu'il aura décidé de laisser en ligne un contenu finalement jugé illicite par un juge.

Pour certains¹⁹, l'article 14 de la directive ne va pas assez loin dans les détails et est source d'insécurité juridique. Pour éviter le problème cité plus haut il aurait par exemple été envisageable de prévoir un régime plus détaillé avec un mécanisme de censure pour une liste d'infractions flagrantes où le caractère illicite ne peut être débattu (contenu pédopornographique par exemple) et de prévoir une autre procédure lorsque la caractère illicite fait l'objet de discussions.

Une autre critique formulée à l'encontre du régime est le flou laissé autour du degré de connaissance requis dans le chef de l'hébergeur pour l'obliger à agir²⁰. Suffit-il d'une dénonciation anonyme ou faut-il une déclaration plus formelle émanant par exemple des autorités publiques?

Comme on peut le voir, déjà lors de son adoption, le régime de responsabilité des hébergeurs de contenus soulève plus de questions que celui des fournisseurs de réseaux ou des formes de stockage en cache qui laissent moins de place à l'interprétation. Mais surtout, en vingt ans, le web va considérablement évoluer. Alors que les activités de fourniture de réseaux et de forme de stockage en cache vont connaître de nombreuses évolutions sur le plan de la technique, leurs activités en soi restent les mêmes. Il en est tout autre pour les hébergeurs de contenus

¹⁷ 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»), considérant 48, OJ L 178, 17.7.2000

¹⁸ Fiedler K., «E-Commerce review: Opening Pandora's box?», 20 juin 2019, EDRI

¹⁹ Montero E., «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in X., Le commerce électronique européen sur les rails, coll. Cahiers du CRID, point 541, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.

²⁰ Michaux, B., Hermoye, S., & Lejeune, F. (2018). 2017: retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce. In Respect des droits intellectuels en Belgique: 10 ans depuis la transposition de la Directive 2004/48 (pp. 57-82). Larcier

qui vont profiter des avancées techniques pour également modifier leurs activités et proposer de nouveaux services. C'est l'émergence du Web 2.0 (ou Web participatif) qui va totalement chambouler la structure de l'Internet que l'on connaissait jusque-là. Le régime juridique mis en place par la directive au début des années 2000 va soudainement sembler obsolète quelques années seulement après son adoption...

Emergence et caractéristiques du web 2.0

On situe l'émergence du Web 2.0 aux alentours de 2007. Concrètement, on peut le résumer comme une complexification des technologies du web qui permettent de simplifier son utilisation pour les utilisateurs. Le développement de nouveaux programmes et de nouvelles interfaces permet de rendre plus accessible l'utilisation d'un ordinateur et favorise la naissance de nouvelles plateformes "user-friendly". Ce mouvement va être renforcé par la suite avec l'apparition et la démocratisation des "smartphones".

La philosophie du Web 2.0 d'un point de vue social peut se résumer ainsi : Le Web est perçu comme une plateforme où l'internaute est co-développeur des applications. Grâce à des interfaces souples et légères, l'internaute participe activement à la création de contenu en ligne.

Avec le Web 2.0 apparaît également le terme de "média social". Des plateformes déjà existantes comme MSN, Ebay ou MySpace qui connaissaient alors déjà un succès prennent un nouvel essor. Les utilisateurs sont de plus en plus nombreux et on voit apparaître de nouvelles entreprises sur le Web. C'est entre autres le succès de Youtube en 2006, de Facebook et d'Instagram aux alentours de 2010, de Twitter en 2012 ou plus récemment de Tik Tok.

Ces nouvelles plateformes ont rapidement bouleversé les équilibres atteints par la directive e-commerce de 2000. Mais en plus des changements apportés sur le plan fonctionnel, c'est aussi sur le plan économique que les cartes sont rebattues. Internet devient en quelque sorte la propriété exclusive des quelques entreprises qui ont réussi à tirer leurs épingles du jeu. Le Web s'apparente de plus en plus à une jungle où les opérateurs économiques les plus faibles disparaissent ou finissent manger par plus gros qu'eux.

C'est l'apparition des géants du web dont les plus grands ténors sont aujourd'hui les GAFAM (pour Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). On peut citer aussi Airbnb, Alibaba Group, LinkedIn, Microsoft, Netflix, Twitter, Uber, Yahoo!,... Ces sociétés ont pour point commun d'avoir su innover une application informatique en la rendant accessible au grand public. Ce faisant, ces sociétés se créent des bases de données considérables et engendrent des chiffres d'affaires toujours plus élevés. Ces entreprises ont désormais acquis un tel statut que l'on peut les qualifier d'incontournables. Certaines d'entre elles ont acquis une telle puissance qu'elles peuvent mettre dans l'embarras de nombreux Etats lors de négociations.

D'un point de vue fonctionnel, ces nouvelles plateformes basent leurs activités sur l'interaction entre les utilisateurs. Sans qu'il soit possible de les regrouper sous une définition unique, ces plateformes présentent différentes caractéristiques communes, telles que «la possibilité d'intervenir sur des marchés multifaces, de permettre à des parties appartenant à deux groupes d'utilisateurs au moins d'interagir directement par voie électronique, de mettre en relation différents types d'utilisateurs, d'offrir des services en ligne adaptés aux préférences des utilisateurs et fondés sur des données fournies par les utilisateurs, de classer ou de référencer des contenus, notamment au moyen d'algorithmes, des biens et des services proposés ou mis en ligne par des tiers, de réunir plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la prestation d'un service ou encore de l'échange ou du partage de contenus, d'informations, de biens ou de services²¹».

Ces nouvelles plateformes jouent principalement un rôle d'hébergeur mais elles vont au-delà des prestataires techniques visés par la directive e-commerce dès lors qu'elles jouent un rôle d'intermédiation et de mise en contact entre différents utilisateurs. Leurs activités ne se limitent plus à un rôle passif vis à vis des informations traitées. Pour ces nouvelles plateformes, un enjeu de taille est de savoir si elles peuvent bénéficier du régime de responsabilité allégé des hébergeurs ou si elles répondent de celui de l'éditeur qui est moins permissif. Le régime des hébergeurs de contenus mis en place par la directive de 2000 qui soulevaient déjà plusieurs questions est maintenant muet et inadapté quant au traitement à appliquer à ces nouveaux acteurs²².

En l'absence d'une intervention du législateur européen pendant plusieurs années, c'est la Cour de Justice qui s'est chargée de faire avancer la situation.

L'interprétation évolutive de la directive e-commerce par la Cour de Justice

Pour s'assurer que le régime mis en place par la directive e-commerce reste pertinent, il a fallu le faire évoluer afin qu'il puisse prendre en compte l'apparition des nouvelles plateformes typiques au Web 2.0 sur Internet. Pendant de nombreuses années, c'est la Cour de Justice de l'Union européenne qui s'est efforcée de préciser le champ d'application de la directive ainsi que l'interprétation à réserver à certains termes.

L'arrêt Google France du 23 mars 2010

Un premier arrêt important où la Cour décide d'étendre le régime de responsabilité allégée des hébergeurs à un prestataire de service qui n'était pas explicitement prévu par la directive lors de son adoption est l'arrêt *Google France* du 23 mars 2010²³.

²¹ George, F. et Hubin, J., « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », A&M, 2017/3, p. 208-237.

²² Zolynsky C., « Réseaux sociaux et droit de propriété intellectuelle : quelle efficacité face aux géants de l'internet? », in "L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet volume 2", 2015, p. 103 -120.

²³ C.J.U.E., 23 mars 2010, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA, C-236/08.

Cette affaire oppose la société Google à la marque Louis Vuitton, cette dernière ayant cité Google devant les tribunaux français. La marque reprochait à Google l'utilisation de son service "adwords" qui permet de vendre des mots-clefs à des tiers afin de profiter d'un meilleur référencement sur le moteur de recherche. En l'espèce, Google avait accepté de vendre les mots-clefs "Louis Vuitton" à des sites de contrefaçons qui profitaient alors d'un référencement aussi bien classé, voire mieux, que de celui de la marque officielle. Google est alors condamné par les juridictions françaises pour s'être rendu coupable de contrefaçons de marques et se pourvoit en cassation. La Cour de cassation sursoit à statuer et décide de poser à la Cour de Justice des questions préjudicielles. Au-delà des interrogations portant sur le droit de la propriété intellectuelle, la Cour demande si :

« le prestataire de service de référencement payant peut-il être considéré comme fournissant un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, au sens de l'article 14 de la [directive 2000/31], de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il n'ait été informé par le titulaire de la marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur?²⁴ »

La Cour répond à la question ainsi :

L'article 14 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 (« directive sur le commerce électronique »), doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données²⁵ »

Ce faisant, la Cour de Justice va décider d'étendre le régime de responsabilité des hébergeurs aux prestataires de services de référencement tels que Adwords lorsque ces derniers se limitent à un rôle d'intermédiaire au caractère neutre et purement technique. C'est la première fois que la Cour étend le champ d'application du régime de responsabilité des hébergeurs à d'autres prestataires de services. Par la suite, elle va transposer par sa jurisprudence à d'autres types de plateformes propres au Web 2.0

²⁴ C.J.U.E., 23 mars 2010, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA, C-236/08, point 32.

²⁵ C.J.U.E., 23 mars 2010, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA, C-236/08, point 121.

L'arrêt Netlog du 16 février 2012

L'affaire oppose la Belgique à la société Netlog²⁶. Netlog gère une plateforme de réseau social en ligne regroupant plusieurs dizaines de millions de profils d'utilisateurs. Sur la plateforme, les utilisateurs peuvent communiquer, publier des photos ou encore poster des extraits vidéo. La SABAM, société de gestion belge représentant les auteurs, compositeurs et éditeurs belges intente une action contre Netlog car cette dernière permet la diffusion illicite de contenus protégés dès lors qu'aucune redevance n'est reversée à la SABAM. Décidant de surseoir à statuer, le juge belge demande à la Cour si :

« les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 et 2002/58, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite par un juge national à un prestataire de services d'hébergement de mettre en place un système de filtrage

- des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services;*
- qui s'applique indistinctement à l'égard de l'ensemble de ces utilisateurs;*
- à titre préventif;*
- à ses frais exclusifs, et*
- sans limitation dans le temps,*

capable d'identifier des fichiers électroniques contenant des œuvres musicales, cinématographiques ou audiovisuelles sur lesquelles le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer la mise à disposition du public desdites œuvres qui porte atteinte au droit d'auteur²⁷»

La Cour va répondre directement en son point 27 *«qu'un exploitant d'une plateforme de réseau social en ligne, tel que Netlog, stocke sur ses serveurs des informations fournies par des utilisateurs de cette plateforme, relatives à leur profil, et qu'il est ainsi un prestataire de services d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31»*

Rappelant ensuite l'interdiction à charge des États membres d'obligation générale de surveillance, elle examine si les demandes de la SABAM conduisent en l'espèce à mettre à charge de Netlog une obligation générale de surveillance. La Cour réalise une mise en balance entre le respect au droit de la propriété intellectuelle et la liberté d'entreprendre. Elle en conclut en l'espèce au point 47 que *«l'injonction de mettre en place le système de filtrage litigieux doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence que soit assuré un juste*

²⁶ C.J.U.E., 16 février 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV, C-360/10.

²⁷ C.J.U.E., 16 février 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV, C-360/10, point 26

équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les prestataires de services d'hébergement».

Par cet arrêt, on voit que la Cour ne voit pas d'inconvénient à étendre le régime de responsabilité des hébergeurs de contenus aux prestataires de réseaux sociaux. Si dans l'arrêt la cour ne fait pas allusion à l'exigence de neutralité pour pouvoir bénéficier du régime dérogatoire, le gérant d'un réseau social devra toutefois démontrer qu'il s'est borné à jouer le rôle d'un intermédiaire technique et neutre et qu'il n'a pas influencé ou eu connaissance des informations postées.

Or cette condition de neutralité est souvent difficile à prouver dans le chef d'un réseau social. En effet, ces opérateurs se limitent rarement à mettre en contact leurs utilisateurs. Ils trient également les informations postées à l'aide d'algorithmes afin de pouvoir proposer le contenu le plus adapté aux envies des usagers et ont souvent des équipes de modérations de contenus.

Ainsi, si ces derniers peuvent en principe pouvoir bénéficier du régime de responsabilité allégée des hébergeurs ils doivent cependant amener la preuve de leurs neutralités vis à vis des informations postées ce qui peut rapidement devenir problématique.

L'arrêt L'Oréal contre Ebay du 12 juillet 2011

Dans cette affaire, le groupe L'Oréal avait attiré Ebay devant les tribunaux britanniques car elle lui reprochait de favoriser la vente de produits portant atteinte à son droit de marque²⁸. En plus de se questionner sur les atteintes au droit d'auteur, le tribunal s'interroge sur la responsabilité d'Ebay dans le litige et pose à la Cour de Justice la question suivante :

«Si, pour qu'un tel usage tombe dans le champ d'application de l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la [directive 89/104] et de l'article 9, paragraphe 1, sous a), du [règlement n° 40/94] tout en restant en dehors du champ d'application de l'article 7 [...] de la [directive 89/104] et de l'article 13 [...] du [règlement n° 40/94], il suffit que la publicité ou que l'offre à la vente soit destinée aux consommateurs situés sur le territoire couvert par la marque:

a) un tel usage est-il ou comprend-il un stockage 'des informations fournies par un destinataire du service' au sens de l'article 14, paragraphe 1, de la [directive 2000/31]?

b) si l'usage ne consiste pas exclusivement dans des activités tombant dans le champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la [directive 2000/31], mais qu'il comprend de telles activités, l'exploitant de la place de marché en ligne est-il exonéré de responsabilité dans la mesure où l'usage consiste dans de telles activités et, si tel est le cas, des dommages et intérêts ou d'autres compensations financières peuvent-ils être alloués eu égard à un tel usage pour autant que celui-ci n'est pas exonéré de responsabilité?

²⁸ C.J.U.E., 12 juillet 2011, L'Oréal SA contre eBay International AG, C-342/09.

c) la connaissance par l'exploitant de la place de marché en ligne du fait que des produits ont fait l'objet d'une publicité, qu'ils ont été proposés à la vente ou vendus sur son site Internet en violation de marques enregistrées et que la violation de ces marques est susceptible de se poursuivre au travers de la publicité, de l'offre à la vente et de la vente effectuées pour les mêmes produits ou des produits similaires par les mêmes utilisateurs ou des utilisateurs différents du site Internet équivaut-t-elle à avoir 'effectivement connaissance' ou à avoir des 'connaissances', au sens de l'article 14, paragraphe 1, de la [directive 2000/31]?²⁹»

Encore une fois, la Cour décide d'étendre le régime de responsabilité allégé des hébergeurs à une place de marché en ligne. La Cour répond dans ses conclusions que *«l'article 14, paragraphe 1, 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 («directive sur le commerce électronique»), doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à l'exploitant d'une place de marché en ligne lorsque celui-ci n'a pas joué un rôle actif qui lui permette d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées.*

Ledit exploitant joue un tel rôle quand il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci.

Lorsque l'exploitant de la place de marché en ligne n'a pas joué un rôle actif au sens visé à l'alinéa précédent et que sa prestation de service relève, par conséquent, du champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31, il ne saurait néanmoins, dans une affaire pouvant résulter dans une condamnation au paiement de dommages et intérêts, se prévaloir de l'exonération de responsabilité prévue à cette disposition s'il a eu connaissance de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité des offres à la vente en cause et, dans l'hypothèse d'une telle connaissance, n'a pas promptement agi conformément au paragraphe 1, sous b), dudit article 14.»

La Cour confirme sa jurisprudence Adwords, un intermédiaire technique peut bénéficier du régime de responsabilité allégé si il se borne à jouer un rôle purement technique. En l'espèce, une place de marché en ligne peut bénéficier du régime prévu par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, lorsqu'elle fournit un service qui consiste à stocker sur son serveur les offres à la vente, à fixer les modalités de son service, à être rémunérée pour celui-ci et à donner des renseignements d'ordre général à ses clients³⁰. La Cour a toutefois précisé que l'exploitant de la place de marché en ligne perdait le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité lorsqu'il prêtait une assistance consistant notamment à optimiser la présentation des offres à la vente ou à promouvoir ces offres. Dans cette situation, il quitte

²⁹ C.J.U.E., 12 juillet 2011, L'Oréal SA contre eBay International AG, C-342/09, point 50

³⁰ C.J.U.E., 12 juillet 2011, L'Oréal SA contre eBay International AG, C-342/09, point 117

en effet la position de neutralité exigée par la Cour de justice, et joue un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives aux offres³¹.

L'arrêt Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook du 3 octobre 2019

Les derniers arrêts examinés montrent la volonté de la Cour d'étendre le régime de responsabilités allégées des hébergeurs aux prestataires intermédiaires similaires lorsque cela est possible. Cependant il ne faut pas croire que la Cour ne rende que des arrêts favorables à ces plateformes. Par exemple, dans un arrêt récent la Cour est venue préciser les contours de l'interdiction d'obligation générale de surveillance et de l'obligation de surveillance spécifique³².

Dans cet arrêt, une députée autrichienne avait attiré Facebook en justice car un utilisateur avait posté des propos injurieux et diffamatoires à l'encontre de la députée. Suite au refus de Facebook d'effacer le contenu litigieux, elle avait obtenu d'un tribunal autrichien un ordre de cessation envers Facebook qui s'exécuta. Par la suite se posa cependant la question de savoir si cette interdiction ne valait qu'à l'encontre des propos litigieux visés par le jugement ou si l'interdiction s'étendait également pour les contenus litigieux similaires à venir. Une question fut donc posée à la Cour rédigée en ces termes :

« 1) *L'article 15, paragraphe 1, de la [directive 2000/31] s'oppose-t-il, d'une manière générale, à ce que l'une des obligations énumérées ci-après soit imposée à un hébergeur qui n'a pas promptement retiré certaines informations illicites, à savoir non seulement retirer ces informations illicites elles-mêmes, au sens de l'article 14, paragraphe 1, sous a), de [cette] directive, mais également d'autres informations identiques :*

- *au niveau mondial ;*
- *dans l'État membre concerné ;*
- *du destinataire concerné du service au niveau mondial ;*
- *du destinataire concerné du service dans l'État membre concerné ?*

2) *En cas de réponse négative à la première question : en va-t-il de même concernant les informations de contenu équivalent ?*

3) *En va-t-il de même concernant les informations de contenu équivalent, dès le moment où l'exploitant a connaissance de cette circonstance ? ³³»*

³¹ C.J.U.E., 12 juillet 2011, L'Oréal SA contre eBay International AG, C-342/09, point 118

³² C.J.U.E., 3 octobre 2019, Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited, C-18/18.

³³ C.J.U.E., 3 octobre 2019, Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited, C-18/18, point 20.

En d'autres termes, la question s'est alors posée de savoir si l'injonction de cessation pouvait également être étendue aux déclarations textuellement identiques et/ou aux contenus équivalents dont l'hébergeur n'a pas connaissance.

Après avoir rappelé l'importance de l'interdiction de l'obligation générale de surveillance, la Cour conclut que :

«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 (« directive sur le commerce électronique »), notamment l'article 15, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction d'un État membre puisse :

- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est identique à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de ces informations ;*
- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est équivalent à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, pour autant que la surveillance et la recherche des informations concernées par une telle injonction sont limitées à des informations véhiculant un message dont le contenu demeure, en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu au constat d'illicéité et comportant les éléments spécifiés dans l'injonction et que les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information déclarée illicite précédemment ne sont pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu, et*
- enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations visées par l'injonction ou de bloquer l'accès à celles-ci au niveau mondial, dans le cadre du droit international pertinent»*

Il résulte de cet arrêt que la Cour vient tempérer l'interdiction de l'obligation générale de surveillance. Comme elle le note en son point 45, n'est pas une obligation générale de surveillance mais une obligation spécifique de surveillance une décision où «des éléments spécifiques dûment identifiés par l'auteur de l'injonction, tels que le nom de la personne concernée par la violation constatée précédemment, les circonstances dans lesquelles cette violation a été constatée ainsi qu'un contenu équivalent à celui qui a été déclaré illicite. Des différences dans la formulation de ce contenu équivalent, par rapport au contenu déclaré illicite, ne doivent pas, en tout état de cause, être de nature à contraindre l'hébergeur concerné à procéder à une appréciation autonome dudit contenu».

La Cour de justice ne s'oppose donc pas à ce qu'une juridiction puisse enjoindre à un hébergeur de bloquer l'accès au niveau mondial à un contenu identique ou similaire déclaré illicite précédemment. Cet arrêt est lourd de conséquences pour les hébergeurs et plus particulièrement pour les réseaux sociaux qui sont particulièrement affectés par cette jurisprudence.

Bilan de la directive e-commerce vingt ans plus tard

Le bilan de la directive 2000/31 sur le commerce électronique semble mitigé. D'un côté elle s'est vite retrouvée dépassée par la technique mais d'un autre elle a réussi à traverser une vingtaine d'années sans subir de modifications majeures en grande partie grâce à la jurisprudence de la Cour de justice. Cependant, comme le note le considérant premier du 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 (ci après dénommé Digital Services Act):

«les services de la société de l'information et surtout les services intermédiaires sont devenus une composante importante de l'économie de l'Union et de la vie quotidienne des citoyens de l'Union. Vingt ans après l'adoption du cadre juridique existant applicable à ces services, établi par la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, des services et des modèles économiques nouveaux et innovants, tels que les réseaux sociaux et les places de marché en ligne, permettent aux utilisateurs professionnels et aux consommateurs de transmettre et d'accéder à l'information et d'effectuer des transactions de manière inédite. Une majorité de citoyens de l'Union utilise désormais ces services au quotidien. Toutefois, la transformation numérique et l'utilisation accrue de ces services ont également engendré de nouveaux risques et défis, tant pour les utilisateurs individuels que pour la société dans son ensemble.»³⁴

Les changements opérés au secteur du Web sont devenus tellement importants qu'il est maintenant devenu difficile de s'imaginer continuer à avancer avec un cadre juridique datant du début des années 2000 afin de régler les problèmes d'aujourd'hui. Cela est notamment dû à plusieurs limites mises en avant dans un rapport de la Commission européenne³⁵ qu'il nous semble nécessaire d'exposer dans le cadre de notre examen.

1. Le flou juridique autour de plusieurs notions clefs de la directive

Une première limite du régime est due au flou juridique laissé autour de plusieurs notions clefs de la directive. Pour illustrer nos propos, nous nous attarderons sur la notion de «neutralité des acteurs» qui a engendré beaucoup de discussions.

³⁴ 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, considérant 1, COM/2020/825 final.

³⁵ Commission Staff Working Document "E-commerce action plan 2012-2015", 23 avril 2013, SWD(2013) 153 final. et

Recommandations de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C(2018) 1177 final.

Comme nous l'avons vu, une condition à remplir dans le chef des hébergeurs pour pouvoir profiter d'une exonération de responsabilité est qu'ils doivent avoir adopté un comportement neutre vis à vis de l'information, c'est à dire qu'ils ne doivent pas avoir eu connaissance du caractère illicite de l'information. C'est une position confirmée par la Cour de justice dans son arrêt Google Adwords où elle confirme qu'un prestataire doit être exonéré *«lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées»*.

Or cette exigence de neutralité soulève plusieurs questions³⁶. Par exemple, comment doit-on apprécier le degré de connaissance requis? Peut-on affirmer qu'une plateforme qui met en place un système automatique de filtrage a pu prendre connaissance d'une information litigieuse? Si oui, ces plateformes ne se retrouvent-elles pas dans une situation paradoxale? Car d'un côté elles sont encouragées à prévenir les infractions mais de l'autre elles peuvent être tenues responsables d'une information illicite dès lors qu'elles n'ont pas pu empêcher sa publication alors qu'elles en avaient connaissance. Cette question est d'autant plus pertinente à l'heure actuelle où la majorité des plateformes ont recours à des intelligences artificielles et à des algorithmes afin de détecter le contenu illicite³⁷.

Une autre notion qui peut porter à confusion est celle d'illégalité. Que doit-on entendre par les termes «activité ou information illicite» prévus à l'article 14 de la directive? Si certains contenus ne prêtent pas à débat (contrefaçons, pédopornographie, contenu terroriste ou incitant à la violence,...), il n'empêche que les évolutions du web et de la société font apparaître de nouveaux types de contenus sensibles comme la désinformation, de la publicité trompeuse, ou des pratiques commerciales déloyales comme le spam. En l'absence de réglementations claires, ce sont les intermédiaires qui deviennent en quelque sorte "juges" de ce qui est illégal ou pas, ce qui est une grande source d'insécurité juridique.

Ces termes qui sont sujets à interprétations ont parfois été transposés littéralement par des Etats membres mais d'autres ont donné leurs interprétations ou ont ajouté des précisions d'où il en résulte une insécurité juridique

2. Une réglementation en fonction des activités

Les articles 12 à 14 de la directive e-commerce prévoient des exemptions en fonction des activités des prestataires intermédiaires (fournisseur, stockage en cache, hébergeur). Or comme on l'a vu, le Web 2.0 a fait apparaître de nouveaux types de plateformes qui exercent souvent des activités mixtes. Par exemple, des plateformes comme Youtube ne se limitent pas à un simple hébergement de vidéos mais elle influence aussi sur leurs présentations et sur la façon dont elles sont proposées aux utilisateurs.

³⁶ «EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information, new rules for a new age? Chapter 6. Liability of online intermediaries», DLA Piper, Novembre 2009, p.19

³⁷ Robin A., «La neutralité de l'Internet, garantie d'un réseau ouvert», in «Numérique : nouveaux usages, nouveaux droits», Faculté de Droit de Perpignan, Mars 2017, Perpignan, France.

Le législateur européen de la fin des années 90 ne pouvait pas savoir que des plateformes massives de diffusions de vidéos, des réseaux sociaux ou des marketplaces en ligne verraient le jour. De plus, certaines divergences résultant de la transposition de la directive et de son application par les juridictions nationales existent entre les Etats membres. Par exemple, l’Autriche, la Hongrie, l’Espagne et le Portugal ont adopté des régimes spécifiques pour les moteurs de recherches. Il résulte que des cas similaires connaissent des résolutions différentes d’un Etat membre à un autre.

Un site de diffusion de vidéos qui modifie la présentation des vidéos comme Dailymotion a pu bénéficier du régime d’exemption des hébergeurs en France³⁸ alors qu’un site comme Youtube a été tenu pour responsable en Allemagne³⁹. Grâce à l’intervention de la Cour de Justice le régime a pu être adapté un minimum mais il serait malgré tout préférable d’avoir un cadre légal clair et uniforme.

3. La mise en oeuvre des procédures de retrait

L’article 14 de la directive pose les bases de la procédure de retrait en énonçant que «le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l’accès à celles-ci impossible⁴⁰».

Selon le considérant 40 de la directive «les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d’intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence. Les prestataires des services ont, dans certains cas, le devoir d’agir pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin. La présente directive doit constituer la base adéquate pour l’élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l’accès à celles-ci impossible. Il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d’accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu’ils soient encouragés par les États membres. Il est dans l’intérêt de toutes les parties qui participent à la fourniture de services de la société de l’information d’adopter et d’appliquer de tels mécanismes. Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en oeuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection

³⁸ Cour d’appel de Paris, 13 octobre 2010, Roland Madgane vs Dailymotion.

³⁹ C.J.U.E., 16 juillet 2020, Frank Peterson vs Google Inc, C-682/18

⁴⁰ 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»), article 14, OJ L 178, 17.7.2000

et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques⁴¹».

On voit que le but de la directive était d'instaurer un cadre procédural clair, efficace et harmonisé dans l'Europe ou les mécanismes volontaires de la part des intermédiaires sont encouragés. Le constat reste cependant mitigé⁴².

Tout d'abord, malgré la publication de codes de conduite, il y a eu peu de concrétisations des mécanismes volontaires en Europe. Ensuite, il résulte encore une fois que de nombreuses disparités entre les Etats membres existent à cause de la marge de manœuvre laissée par la transposition de la directive. Ainsi, comme le déplorent les acteurs du secteur, nous n'avons pas de règles communes sur l'obligation de notification, sur la possibilité d'un droit de réponse, sur les conséquences d'un retrait injustifié, sur l'absence de retrait de contenu illicite ou sur la procédure interne pour déterminer l'illégalité ou non d'un contenu.

La nécessité d'une nouvelle intervention législative

Comme il ressort de notre exposé, si la directive e-commerce a su tant bien que mal résister grâce à l'intervention de la Cour de Justice, il n'empêche qu'il existe de nombreuses zones d'ombres et d'incertitudes liées à l'évolution fulgurante de la technologie et des disparités entre les Etats membres. Le législateur européen étant bien conscient de ces différents obstacles, et les étoiles étant alignées au niveau politique, nous assistons depuis quelques années à un nouveau mouvement législatif visant à mieux encadrer les acteurs du web.

En témoigne cet état d'esprit, le législateur européen a récemment adopté la Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE qui vise à établir un cadre juridique clair, uniforme et adapté aux pratiques d'aujourd'hui sur la question du respect de la propriété intellectuelle sur le web. L'article 17 de cette directive a fait couler beaucoup d'encre car il mentionne entre autres que :

« Les États membres prévoient qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public aux fins de la présente directive lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs.

Un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive

⁴¹ 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»), considérant 40, OJ L 178, 17.7.2000

⁴² Clément-Fontaine M., «De la contrainte à la coopération: l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques», in "L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet", 2015, p. 3-16.

2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés.

2. Les États membres prévoient que, lorsqu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne obtient une autorisation, par exemple en concluant un accord de licence, cette autorisation couvre également les actes accomplis par les utilisateurs des services relevant du champ d'application de l'article 3 de la directive 2001/29/CE lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs.

3. Quand un fournisseur de services de partage de contenus en ligne procède à un acte de communication au public ou à un acte de mise à la disposition du public, dans les conditions fixées par la présente directive, la limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ne s'applique pas aux situations couvertes par le présent article.⁴³»

Ce texte a fait l'objet d'un important lobbying au titre de la part de nombreux acteurs du web car il déroge explicitement au régime de responsabilité allégé des hébergeurs mis en place par la directive e-commerce. Ce texte qui prend en compte les réalités actuelles met en place un système "responsabilisant" pour ces plateformes qui doivent obtenir des autorisations préalables des titulaires de droit intellectuels au risque de se voir être tenu responsable pour des infractions au droit d'auteur sur leurs plateformes. Même s'il existe des exceptions et des possibilités de justifications en l'absence d'autorisations préalables, un intermédiaire a maintenant une obligation active et il ne peut se retrancher derrière son caractère passif et neutre afin d'être exonéré de sa responsabilité. On peut également noter que le régime prévu est plus strict en fonction de la taille et de l'ancienneté des entreprises concernés.

Cette directive s'inscrit dans la lignée d'autres développements législatifs (on pense par exemple au Règlement général de la protection des données personnelles de 2016⁴⁴ ou à la directive de 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union⁴⁵) et démontre la volonté de l'Union européenne de mieux encadrer les acteurs du web.

Cette volonté est bien présente au niveau européen avec par exemple Thierry Breton, commissaire au Marché intérieur, qui est on ne peut plus clair lorsqu'il affirme que «Internet

⁴³ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, article 17, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125

⁴⁴ 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, J.O.U.E 4 mai 2016.

⁴⁵ Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, OJ L 194, 19.7.2016, p. 1–30.

ne peut rester un far-west⁴⁶». Mais cette insécurité juridique cause également des tracas dans le chef des premiers intéressés. Mark Zuckerberg, CEO de Facebook, appelait lui-même à plus de régulations en pointant du doigt les vides juridiques⁴⁷.

C'est pour toutes ces raisons que sous la tutelle de la présidente Ursula Von der Leyen, les commissaires Margrethe Vestager et Thierry Breton chargés de promouvoir une Europe numérique⁴⁸ ont présenté en décembre 2020 un nouveau Règlement relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE. Proposée parallèlement au «Digital Services Market» qui a vocation à réguler les structures d'entreprises actives sur le web, le Règlement qui est plus communément appelé le «Digital Services Act» est actuellement en attente de vote devant le Parlement Européen et se donne pour objectif de moderniser la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

C'est ce «Digital Services Act» qui va retenir notre attention. En examinant son contenu nous allons tenter de comprendre comment il compte moderniser le cadre juridique en vigueur et quelles réponses il compte apporter aux limites précédemment soulignées.

⁴⁶«Bruxelles veut ramener l'ordre dans le far-west numérique», lematin.ch, 24 novembre 2020

(<https://www.lematin.ch/story/bruxelles-veut-ramener-lordre-dans-le-far-west-numerique-982975740966>)

⁴⁷Macias A., «Facebook CEO Mark Zuckerberg calls for more regulation of online content», CNBC, 15 février 2020

(<https://www.cnn.com/2020/02/15/facebook-ceo-zuckerberg-calls-for-more-government-regulation-online-content.html>)

⁴⁸ Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2019-2024

III. Le Digital Services Act

Analyse du Règlement

Afin de pouvoir comprendre la logique du Règlement et examiner quelles réponses il amène aux limites du régime actuellement en vigueur, il est nécessaire d'analyser le Digital Services Act dans son ensemble.

Chapitre I - Dispositions générales

- Objet et champ d'application

Comme l'annonce le Parlement européen⁴⁹, le but du Digital Services Act est de réussir à proposer une réforme ambitieuse du cadre juridique qui sera adapté aux enjeux actuels tout en conservant les principes phares du régime de la directive e-commerce. Au-delà d'un travail d'harmonisation, il s'agit donc de proposer les meilleures conditions pour la fourniture de services numériques, de garantir la sécurité et le respect des droits fondamentaux en ligne et de mettre en place un système de gouvernance solide et durable pour les intermédiaires évoluant sur ce marché⁵⁰. Ces objectifs sont affirmés à l'article 1 du Règlement proposé.

L'article continue en précisant que le Règlement n'a pas vocation à remplacer totalement le régime actuellement en vigueur mais à le compléter. A l'exception des modifications apportées aux règles de la section 4 de la directive e-commerce, les autres actes traitant de sujets particuliers comme le contenu terroriste⁵¹ ou le droit d'auteur⁵² restent d'application. Le Digital Services Act servira de socle commun (droit commun) auquel se référer en l'absence de *lex specialis*⁵³.

- Définitions

⁴⁹ Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques: améliorer le fonctionnement du marché unique (2020/2018(INL))

⁵⁰ 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, considérants 1 à 4, 2020/0361 (COD)

⁵¹ Règlement (UE) .../... du Parlement européen et du Conseil - proposition de règlement relatif aux contenus à caractère terroriste en ligne, COM/2018/640 final, 12 septembre 2018

⁵² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

⁵³ 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, article 1 §5, considérant 9, 2020/0361 (COD)

Dans un souci de clarté, le Règlement énonce en son article 2 ce qu'il faut entendre par plusieurs notions clefs relevant de son champ d'application. On note la définition bienvenue de plusieurs notions sujettes à interprétations.

Tout d'abord en ce qui concerne le "contenu illicite". Sans se risquer à en donner une définition précise, l'article 2 le définit 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 précise⁵⁴»*.

Cette définition est le résultat du souhait de la Commission qui préfère garder une définition large du concept. A titre informatif, elle fournit une liste non exhaustive de contenus à caractère illicite comme «les discours de haine illégaux ou les contenus à caractère terroriste et les contenus discriminatoires illégaux, soit se rapportent à des activités illégales, comme le partage d'images représentant des abus sexuels commis sur des enfants, le partage illégal d'images privées sans consentement, le harcèlement en ligne, la vente de produits non conformes ou contrefaits, l'utilisation non autorisée de matériel protégé par le droit d'auteur ou les activités impliquant des infractions à la loi sur la protection des consommateurs⁵⁵». On note qu'il importe peu à cet égard que l'illégalité de l'information ou de l'activité procède du droit de l'Union ou d'une législation nationale conforme au droit de l'Union et que la nature ou l'objet précis du droit en question soit connu.

Ensuite, faisant sienne la jurisprudence de la Cour de Justice, le Règlement clarifie le statut des nouveaux acteurs du web 2.0. Le Règlement crée une nouvelle sous-catégorie d'hébergeurs regroupant les "plateformes en lignes". L'article 2 les définit comme «, tout fournisseur de service d'hébergement qui, à la demande d'un bénéficiaire du service, stocke et diffuse au public des informations, à moins que cette activité ne soit une caractéristique mineure et purement accessoire d'un autre service qui, pour des raisons objectives et techniques, ne peut être utilisé sans cet autre service, et pour autant que l'intégration de cette caractéristique à l'autre service ne soit pas un moyen de contourner l'applicabilité du présent règlement⁵⁶»

Ces plateformes en ligne regroupent les réseaux sociaux ainsi que les places de marchés en ligne qui se voient donc appliquer le régime prévu aux hébergeurs ainsi que des obligations propres. Le Règlement précise qu'un hébergeur de contenu ne se verra pas qualifier de

⁵⁴ 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, article 2 point g, 2020/0361 (COD)

⁵⁵ 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, considérant 12, 2020/0361 (COD)

⁵⁶ 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, article 2 point h, 2020/0361 (COD)

plateforme en ligne lorsque le service relevant de cette catégorie est accessoire (comme c'est le cas par exemple pour la section commentaire d'un journal en ligne)⁵⁷.

Enfin, l'article 2 définit ce qu'il faut entendre pour les activités de "diffusion au public" et de "modération des contenus". L'article prévoit que par diffusion au public il faut entendre *«le fait de mettre des informations à la disposition d'un nombre potentiellement illimité de tiers, à la demande du bénéficiaire du service ayant fourni ces informations»*⁵⁸. Quant à la modération de contenu, ce sont *«les activités entreprises par les fournisseurs de services intermédiaires destinées à détecter et à repérer les contenus illicites ou les informations incompatibles avec leurs conditions générales, fournis par les bénéficiaires du service, et à lutter contre ces contenus ou informations, y compris les mesures prises qui ont une incidence sur la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus illicites ou informations, telles que leur rétrogradation, leur retrait ou le fait de les rendre inaccessibles, ou sur la capacité du bénéficiaire à fournir ces informations, telles que la suppression ou la suspension du compte d'un utilisateur»*⁵⁹.

Comme nous allons l'examiner dans la suite de notre exposé, ces définitions sont importantes dès lors que ce sont des notions clefs lorsqu'il s'agit d'apprécier la neutralité d'un intermédiaire technique.

Chapitre II - Responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires

Les **articles 3 et 4 du Règlement** reprennent à l'identique le régime de la directive e-commerce mis en place pour les intermédiaires effectuant des activités de "simple transport" et de "mise en cache". Ces activités n'ayant pas subi d'évolutions majeures sur le fond, il n'était pas nécessaire de revoir le régime leur étant applicable.

Au contraire, les articles 5 et suivant du Règlement apportent des nouveautés au régime applicable aux hébergeurs de contenus.

Tout d'abord, l'**article 5 du Règlement** reprend la formulation de l'article 14 de la directive e-commerce mais y ajoute un nouvel alinéa. Celui-ci prévoit que l'exonération de responsabilité ne peut s'appliquer lorsque l'hébergeur présente une information de sorte qu'un consommateur moyen et raisonnablement informé serait amené à croire qu'elle provient de l'hébergeur lui-même ou d'un prestataire sous son autorité. Dans une telle hypothèse,

⁵⁷ 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, considérant 13, 2020/0361 (COD)

⁵⁸ 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, article 2 point i, 2020/0361 (COD)

⁵⁹ 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, article 2 point p, 2020/0361 (COD)

l'hébergeur ne satisferait plus à l'exigence de neutralité. Cet alinéa vise par exemple le cas d'une place de marché en ligne qui ferait la promotion sans le savoir de produits contrefaits en les faisant apparaître en évidence sur leur site.

Pour le reste, il se déduit de l'article 5 que le régime initial de la directive e-commerce reste en vigueur. Hormis le cas visé par le nouvel alinéa, un hébergeur de contenu continue à être exonéré de sa responsabilité dès lors qu'il remplit la condition de neutralité et qu'il respecte son obligation d'agir lorsqu'il prend connaissance de contenu illicite. Les autorités de chaque Etats membres gardent la possibilité de prononcer des injonctions à l'encontre des hébergeurs afin de retirer du contenu illicite même si ces derniers sont neutres.

Une grande nouveauté est apportée par l'**article 6 du Règlement**. Cet article prévoit que les hébergeurs de contenus ne perdent pas le bénéfice de l'exonération de responsabilité lorsqu'ils *«procèdent de leur propre initiative à des enquêtes volontaires ou exécutent d'autres activités destinées à détecter, repérer et supprimer des contenus illicites»*.

Cette disposition est la bienvenue dès lors qu'elle apporte une solution à la question délicate de la modération. On a vu que la situation était paradoxale car les hébergeurs étaient encouragés à effectuer par eux même des activités de modérations mais que ce faisant ils pouvaient perdre leur exigence de neutralité. Désormais, pour autant que cette activité de modération soit menée avec bonne foi et diligence⁶⁰, l'hébergeur de contenu continuera à pouvoir bénéficier du régime dès lors qu'une telle activité ne fera pas obstacle à la condition de neutralité dans son chef.

L'**article 7 du Règlement** reprend l'interdiction d'obligation générale de surveillance prévue à l'article 15 de la directive e-commerce qui reste un principe essentiel au bon développement du marché numérique. Cependant, alors que l'article 15 de la directive e-commerce envisageait en son second alinéa la possibilité de prévoir une obligation de surveillance applicable à un cas spécifique, cette dernière fait maintenant l'objet d'une réglementation plus détaillée aux **article 8 et 9 du Règlement**.

Les Etats membres gardent donc la possibilité d'émettre des injonctions prévoyant une obligation de surveillance spécifiques mais ces injonctions devront désormais répondre à des conditions clairement définies afin d'assurer l'efficacité du système. Afin de bien en délimiter les contours, les injonctions devront maintenant : exposer les motifs de l'injonction, indiquer les adresses URL litigieuses, indiquer le champ d'application territorial, informer des voies de recours et être rédigées dans la langue de l'intermédiaire. En outre, lorsqu'une autorité

⁶⁰Proposition 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, considérant 25, 2020/0361 (COD)

envisage d'émettre une injonction, elle devra au préalable effectuer une mise en balance des différents intérêts en jeu⁶¹.

Chapitre III - Obligations de diligence pour un environnement en ligne sûr et transparent

L'article 16 de la directive e-commerce énonce que les Etats membres et la Commission encouragent le développement de Codes de conduite. Vingt ans plus tard, force est de constater que les initiatives sur ce sujet n'ont pas eu l'impact souhaité. A cette fin, le Règlement dédie un chapitre entier à des obligations de diligence nécessaires à l'amélioration et à la mise en place d'un marché numérique efficace, sûr et transparent. Consciente des réalités économiques, la Commission met en place un système original afin que «*les obligations de diligence soient adaptées au type et à la nature de service intermédiaire concerné*⁶²». Il en résulte qu'à l'inverse d'avoir un régime commun à tous les intermédiaires, nous nous retrouvons avec un régime à obligations croissantes subdivisé en quatre catégories à savoir : l'ensemble des intermédiaires, les hébergeurs, les plateformes en ligne et enfin les très grandes plateformes en ligne.

1. Dispositions applicables à tous les fournisseurs de services intermédiaires

Les articles 10 à 13 du Règlement prévoient des obligations applicables à tous les intermédiaires techniques évoluant sur le marché numérique sans exception. Tout d'abord, afin d'assurer une communication fluide et efficace, les intermédiaires ont l'obligation de nommer un point de contact unique et de rendre publique les informations concernant ce point de contact en ce compris la ou les langues pouvant être utilisées pour le contacter.

Ensuite, les entreprises établies en dehors de l'Union européenne ont l'obligation de désigner des représentants légaux qui seront les interlocuteurs désignés de ces entreprises avec les autorités compétentes chargées d'assurer le respect du Règlement. Les informations concernant ces représentants légaux devront être rendues publiques. Ces derniers ne devront pas prendre leurs rôles à la légère car ils pourront être tenus pour responsable du non-respect des obligations prévues par le Règlement.

Dans le même souci de transparence, le Règlement affirme la pratique désormais courante des conditions générales. Les fournisseurs de services intermédiaires ont l'obligation d'indiquer les modalités d'application de leurs systèmes de modération. Il est également rappelé aux intermédiaires qui se livrent à des activités de modérations qu'ils doivent agir de manière

⁶¹ 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, considérant 31, 2020/0361 (COD)

⁶² 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, considérant 35, 2020/0361 (COD)

diligente, objective et proportionnée en effectuant à chaque fois une mise en balance des intérêts en jeu.

Enfin, afin de contrôler la mise en place réelle d'un environnement transparent en ligne et de responsabiliser les entreprises, tous les fournisseurs de services intermédiaires devront publier un rapport annuel. Ce rapport devra être facilement compréhensible et traiter de la façon dont la modération a été effectuée au cours de l'année. Il devra reprendre en outre une série d'informations prévues à l'article 13 du Règlement. Etant donné les moyens devant être mis en oeuvre pour la rédaction de tels rapports, une exception est prévue au profit des micros et petites entreprises tel que défini dans la recommandation 2003/361/CE de la Commission⁶³.

2. Dispositions supplémentaires applicables aux fournisseurs de services d'hébergement, y compris aux plateformes en ligne

Les articles 14 et 15 du Règlement prévoient des règles supplémentaires applicables à tous les hébergeurs de contenus, les intermédiaires de simple transport et de mise en cache ne sont donc pas concernés. Comme le souligne la Commission, *«les fournisseurs de services d'hébergement jouent un rôle particulièrement important dans la lutte contre les contenus illicites en ligne, car ils stockent les informations fournies par les bénéficiaires du service et à la demande de ceux-ci, et permettent généralement à d'autres bénéficiaires d'accéder à ces informations, parfois à grande échelle. Il est important que tous les fournisseurs de services d'hébergement, quelle que soit leur taille, mettent en place des mécanismes de notification et d'action faciles à utiliser⁶⁴»*.

Les hébergeurs de contenus auront donc l'obligation, si ce n'est pas encore le cas, de mettre en place un mécanisme efficace de notification et d'action. Grâce à ces mécanismes, n'importe qui devrait pouvoir signaler à l'hébergeur la présence de contenu illicite sur ses serveurs. Le mécanisme de notification devra permettre au minimum à l'utilisateur : de signaler les raisons pour lesquelles il considère le contenu illicite, une adresse électronique claire du contenu illicite, l'adresse électronique de l'individu procédant à la notification ainsi qu'une déclaration de bonne foi.

⁶³ Selon l'article 2 de la recommandation, sont ainsi des micros ou petites entreprises:

2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros.

3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros.

Recommandations de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, 2003/361/CE, J.O.U.E. 20 mai 2003.

⁶⁴ 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, considérant 40, 2020/0361 (COD)

Un hébergeur qui reçoit une telle notification ne sera plus réputé être neutre au sens de l'article 5 du Règlement. Il aura donc l'obligation d'examiner de manière diligente et objective la réclamation. En cas de contenu illicite il aura l'obligation d'agir promptement sous peine de voir sa responsabilité engagée. De plus, l'hébergeur a l'obligation de tenir informé le requérant de sa décision.

Si l'hébergeur décide de retirer du contenu, il a l'obligation de tenir informé l'utilisateur concerné des raisons de son choix. Il doit en outre lui notifier le retrait de l'information illicite, les faits et circonstances ayant guidé son choix, le fonctionnement des moyens automatisés si ceux-ci ont été utilisés, une référence au fondement juridique ou contractuel violé ainsi que les différentes voies de recours s'offrant à l'utilisateur qui souhaite contester la décision.

Enfin, les hébergeurs seront tenus de publier leurs décisions sanctionnant du contenu illicite dans une base de données accessible au public.

3. Dispositions supplémentaires applicables aux plateformes en ligne

Au sein des hébergeurs de contenus, des règles supplémentaires sont également prévues pour les plateformes en ligne. En effet, que ce soit à travers les réseaux sociaux ou les places de marchés en ligne, ce sont elles qui sont le plus susceptibles d'être confrontées à du contenu illicite en raison de leurs fortes utilisations. Il était donc logique de prévoir des obligations supplémentaires dans leurs chefs. Ces dernières sont nombreuses et sont reprises aux **articles 16 à 24 du Règlement**.

Avant toutes choses, le Règlement prévoit encore une fois une exception au profit des petites et micros entreprises. Une telle exception est justifiée dès lors que des moyens importants doivent être mis en œuvre pour se conformer aux exigences du Règlement. Une application de ces règles sans distinction de la taille des entreprises conduirait inévitablement à exclure les acteurs disposant de moins de ressources financières ainsi qu'à prévenir l'apparition de nouvelles plateformes sur le marché. Ce résultat n'est pas souhaitable car il favoriserait les plus grosses entreprises au détriment des règles de concurrence. Cela étant dit, analysons les obligations mises à charge des plateformes en ligne qui sont au nombre de huit.

- Système interne des réclamations

En plus de l'obligation de mettre en place un système de notifications, les plateformes en ligne devront également mettre en place un système interne de réclamation. Ces recours internes devront être ouverts gratuitement et par voie électronique à disposition de l'utilisateur lésé pour une durée de 6 mois. La plateforme en ligne devra traiter la requête de manière diligente et objective et aura l'obligation de tenir le plaignant informé dans les meilleurs délais.

Ces mécanismes ne seront pas un préalable obligatoire à un recours juridictionnel et vise à compléter, sans altérer, les possibilités de recours⁶⁵.

- Règlement extrajudiciaire des litiges

Dans la même optique de compléter sans altérer les possibilités de recours, le Règlement favorise la résolution extrajudiciaire des litiges en offrant une procédure alternative.

Ainsi, les autorités étatiques pourront certifier des organes spécialisés, indépendants et impartiaux ayant démontré leurs efficacités comme “organe de règlement extrajudiciaire”. Ces derniers pourront être saisis par des utilisateurs dans des litiges les opposant à une plateforme en ligne. Afin d’encourager le système, il est prévu que les frais de procédure ne pourront être déraisonnables et qu’ils seront mis à charge de la plateforme en ligne lorsque l’organe juge en faveur de l’utilisateur. A l’inverse, si l’organe juge en faveur de la plateforme, l’utilisateur ne sera tenu que de payer ses propres frais de procédures.

- Signaleurs de confiance

Afin de cibler plus efficacement les contenus illicites et d’aider les plateformes en ligne dans leurs fonctions de modération, le Règlement propose la création d’un statut de “signaleur de confiance”.

Le statut sera accordé par les Etats membres seulement aux entités qui auront démontré «qu’elles ont une expertise et une compétence particulières dans la lutte contre les contenus illicites, qu’elles représentent des intérêts collectifs et qu’elles travaillent de manière diligente et objective⁶⁶». La Commission précise qu’il pourra s’agir d’organismes publics déjà existants. La conséquence pratique du statut vient du fait que les plateformes en ligne auront l’obligation de traiter prioritairement les notifications de contenus illicites effectuées par des signaleurs de confiance.

- Mesures de lutte et de protection contre les utilisations abusives

Comme le note la Commission, une utilisation malintentionnée abusive des services offerts par les plateformes en ligne nuit à la confiance et porte atteinte aux droits et intérêts légitimes des parties concernées⁶⁷. Il est donc important que les plateformes en ligne sanctionnent effectivement de tels comportements.

⁶⁵ 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, considérant 44, 2020/0361 (COD)

⁶⁶ 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, considérant 46, 2020/0361 (COD)

⁶⁷ 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, considérant 47, 2020/0361 (COD)

Cette obligation revêt deux aspects. D'une part les plateformes ont l'obligation de suspendre, après un avertissement, les utilisateurs qui postent fréquemment des contenus manifestement illicites. D'autre part, les plateformes devront également sanctionner les utilisateurs qui soumettent fréquemment des notifications ou des réclamations manifestement infondées. Pour apprécier si un comportement est abusif ou non les plateformes devront avoir égard à la fréquence des opérations, à leurs gravités ainsi qu'à l'intention de l'utilisateur.

Il y a ici un risque que les plateformes agissent de manière arbitraire aux dépens des utilisateurs. C'est pourquoi leurs conditions générales doivent énoncer de manière claire leurs politiques sur le sujet. De plus, leurs décisions devront toujours pouvoir faire l'objet de recours. En outre, le considérant 47 nous éclaire sur la portée du terme "manifeste". Il précise qu'il convient de considérer *«des informations comme des contenus manifestement illicites et des notifications ou réclamations comme manifestement infondées lorsqu'il est évident pour un profane, sans aucune analyse de fond, que le contenu est illicite ou que les notifications ou réclamations sont infondées»*.

- Notification des soupçons d'infractions pénales

Afin d'assurer une meilleure coopération entre les Etats membres et les plateformes en ligne, ces dernières ont l'obligation d'informer les autorités compétentes lorsqu'elles soupçonnent qu'une infraction pénale grave impliquant une menace pour la sécurité ou la vie d'autrui a été commise, est commise ou est susceptible de l'être.

Pour savoir quelles sont les infractions visées il est nécessaire de se référer à la directive 2011/93/UE⁶⁸.

- Traçabilité des professionnels

Comme le note la Commission, *«afin de contribuer à un environnement en ligne sûr, fiable et transparent pour les consommateurs, ainsi que pour les autres parties intéressées telles que les professionnels concurrents et les titulaires de droits de propriété intellectuelle, et de dissuader les professionnels de vendre des produits ou des services en violation des règles applicables, il convient que les plateformes en ligne permettant aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec des professionnels garantissent la traçabilité de ces derniers»*⁶⁹.

⁶⁸ Directive 2011/93/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, OJ L 335, 17 décembre.2011.

⁶⁹ 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, considérant 49, 2020/0361 (COD)

A l'heure où la majorité des plateformes en ligne tirent leurs revenus de la conclusion de contrats permettant à des entreprises d'effectuer de la promotion sur leurs plateformes, il est normal que des exigences minimales de publicité soient mises en place. Ainsi, le Règlement prévoit que les plateformes devront obtenir une série d'informations de la part de leurs cocontractants avant de les autoriser à utiliser leurs services. Les informations devant être obtenues sont énumérées à l'article 22 du Règlement. Il est en outre prévu que certaines informations puissent être accessibles au public comme le nom, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique de l'entreprise, le registre commercial sur lequel elle est inscrite ainsi qu'un engagement de sa part de se conformer aux règles de l'Union. La plateforme en ligne aura le devoir d'évaluer dans la mesure du raisonnable la véracité des informations et de transmettre celles-ci aux autorités compétentes sur injonction. En cas d'informations erronées, la plateforme en ligne ne peut proposer ses services à l'entreprise.

- Obligations relatives aux rapports de transparence incombant aux fournisseurs de plateformes en ligne

A la liste des informations devant figurer au rapport annuel que chaque fournisseur de services intermédiaires doit rendre, le Règlement ajoute trois exigences pour les plateformes en ligne. Ces dernières devront indiquer un état des lieux sur les règlements de litiges extrajudiciaires les concernant, un état des lieux sur les mesures de lutte contre les utilisations abusives utilisées ainsi qu'un exposé des mécanismes de modérations automatiques utilisés en détaillant leurs fonctionnements.

- Transparence de la publicité en ligne

La publicité en ligne est devenue une composante majeure du web 2.0. Aujourd'hui, de nombreuses plateformes en ligne se reposent sur un "business model" basé sur la publicité en ligne afin de pouvoir offrir gratuitement leurs services aux utilisateurs. Si celle-ci n'est pas une mauvaise chose en soi, elle présente des dangers potentiels car elle permet de réaliser facilement la promotion de contenus illicites. Conscient de ces dangers, le Règlement consacre un article à sa réglementation.

Désormais, les plateformes en ligne devront s'assurer qu'une publicité puisse être identifiable en tant que contenu publicitaire par l'utilisateur, qu'elle indique clairement de qui elle émane et qu'elle indique selon quels paramètres la publicité a été recommandée à l'utilisateur.

- 4. Dispositions supplémentaires applicables aux très grandes plateformes en ligne

La dernière catégorie envisagée par le Règlement est celle des "très grandes plateformes en ligne". Compte tenu de l'impact dans l'Union européenne et sur le monde en général qu'ont un nombre limité d'entreprises, la Commission a tenu à encadrer plus strictement ces acteurs. A cet égard, le considérant 53 de la directive résume la position de la Commission :

Étant donné le rôle important que jouent les très grandes plateformes en ligne, en raison de leur audience, exprimée notamment en nombre de bénéficiaires du service, dans la facilitation du débat public, des transactions économiques, et de la diffusion d'informations, d'opinions et d'idées, et compte tenu de l'influence qu'elles exercent sur la manière dont les bénéficiaires obtiennent et communiquent des informations en ligne, il est nécessaire d'imposer à ces plateformes des obligations spécifiques qui viennent s'ajouter aux obligations applicables à toutes les plateformes en ligne. Ces obligations supplémentaires imposées aux très grandes plateformes en ligne sont nécessaires pour répondre aux considérations de politique publique, dans la mesure où il n'existe pas d'autres mesures moins restrictives qui permettraient d'atteindre effectivement le même résultat.

Ces très grosses plateformes en ligne ont grandement contribué à développer des outils formidables et ont permis de connecter entre eux des milliards d'utilisateurs. On connaît maintenant leur fonctionnement, ces entreprises fournissent leurs services gratuitement et en échange elles récoltent les données personnelles des utilisateurs. Le problème survient de l'utilisation parfois peu louable qui est faite de ces données. Des scandales et événements récents comme le Cambridge Analytica ou la participation de Facebook dans le Brexit et les élections américaines ont ouvert les yeux du public et des autorités sur la nécessité de mieux encadrer ces entreprises. Il est intéressant de noter que cette prise de conscience n'a pas lieu qu'au niveau européen, car un peu partout dans le monde et même aux Etats-Unis la question du statut de ces entreprises fait actuellement l'objet de nombreux débats⁷⁰.

Dans ce contexte, le Règlement envisage en ses **articles 25 à 33** un régime particulier applicable uniquement à ces "très grandes plateformes en ligne".

Tout d'abord, le Règlement définit ce qu'il faut entendre par "très grande plateforme en ligne". Est réputée être une très grande plateforme en ligne toute plateforme qui fournit à l'intérieur de l'Union ses services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires égal ou supérieur à 45 millions. Ce nombre de 45 millions n'a pas été choisi au hasard car il représente en réalité 10% de la population de l'Union européenne, une procédure étant prévue afin de réviser ce nombre au besoin. Les entreprises visées doivent aussi avoir un impact significatif sur le marché unique. Cela veut dire réaliser un chiffre d'affaires annuel dans l'Espace économique européen d'au moins 6,5 milliards d'euros sur les trois dernières années fiscales⁷¹. L'entreprise doit également proposer sa plateforme dans au moins trois États-Membres. Avec ces critères, les Gafa sont clairement dans le viseur de la Commission européenne. Actuellement, les principaux intéressés seront Google, Amazon, Facebook,

⁷⁰ Picard A., «Aux Etats-Unis, un rapport parlementaire veut casser les « monopoles » des Gafa», Le Monde, 7 octobre 2020.

(https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/10/07/aux-etats-unis-un-rapport-veut-casser-les-monopoles-des-gafa_6055097_3234.html)

⁷¹ Deneux M., «Régulation des géants du numérique : les 5 points à retenir du Digital Act européen», LSA, 16 décembre 2020.

(<https://www.lsa-conso.fr/regulation-du-numerique-le-projet-de-la-commission-europeenne-en-5-points,368543>)

Microsoft mais aussi Samsung, Booking qui propose des services de réservations d'hôtels, Alibaba le géant chinois de la vente à distance, Byte Dance qui gère la plateforme Tik Tok et le groupe Snap Inc responsable de la plateforme Snapchat.

Concrètement, le Règlement leur impose huit obligations supplémentaires qui viennent s'ajouter à toutes celles précédemment examinées.

- Evaluation des risques

En raison des impacts que les très grandes plateformes en lignes peuvent avoir sur la société et sachant que ces dernières sont souvent optimisées dans une optique de profits au détriment de la sécurité en ligne des utilisateurs, le Règlement leur impose de procéder à une évaluation annuelle des risques liés au fonctionnement et à l'utilisation de leurs services. Dans l'évaluation des risques, les très grandes plateformes en lignes devront bien prendre en compte le fonctionnement de leurs algorithmes et de leurs systèmes automatisés.

Cette évaluation devra porter sur trois catégories de risques différents. Tout d'abord, les risques "traditionnels" c'est-à-dire tout le contenu illicite que l'on connaît déjà comme la contrefaçon, la pédopornographie, les discours de haine, etc. Ensuite, une évaluation spécifique devra être dévolue aux atteintes potentielles faites à l'exercice des différents droits fondamentaux prévus par la Charte des droits fondamentaux⁷². Le Règlement cite expressément le droit à la vie privée et familiale, le droit à la liberté d'expression et d'information, l'interdiction de la discrimination et le respect des droits de l'enfant. Enfin, une attention particulière devra être accordée afin d'évaluer une catégorie de "nouveaux risques" étroitement liés aux très grandes plateformes en ligne⁷³. Ces risques concernent la manipulation d'informations sur ces plateformes qui peuvent rapidement avoir des effets néfastes sur la société. A titre illustratif, la Commission européenne envisage les manipulations d'informations avec *«un effet prévisible sur la santé, le discours civique, les processus électoraux, la sécurité publique et la protection des mineurs, eu égard à la nécessité de préserver l'ordre public, de protéger la vie privée et de lutter contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses. Ces risques peuvent résulter, par exemple, de la création de faux comptes, de l'utilisation de robots et d'autres comportements automatisés ou partiellement automatisés, susceptibles de conduire à la diffusion rapide et généralisée d'informations qui constituent un contenu illicite ou sont incompatibles avec les conditions générales d'une plateforme en ligne⁷⁴»*.

⁷² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, J.O.C.E., 18 décembre 2000

⁷³ Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : Lutter contre la désinformation en ligne: une approche européenne, COM(2018) 236 final, 26 avril 2018

⁷⁴ 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, considérant 58, 2020/0361 (COD)

- Atténuation des risques

Une fois les risques évalués et identifiés, les très grandes plateformes en lignes auront l'obligation de prendre des mesures d'atténuation des risques raisonnables proportionnées et efficaces. Le Règlement donne une liste exemplative des mesures pouvant être prises comme l'adaptation des systèmes de modérations ou de recommandations, des sanctions contre des contenus publicitaires déterminés, la mise en valeur d'une source d'information faisant autorité ou encore une coopération accrue avec les signaleurs de confiance et d'autres plateformes.

A la suite de ces obligations d'évaluation et d'atténuation des risques, un rapport annuel sera publié par le Comité Européen des Services numériques⁷⁵ afin de synthétiser les risques rencontrés et donner des bonnes pratiques devant être adoptées pour contrer ces risques. En outre, la Commission européenne se réserve la faculté de publier des orientations générales sur l'atténuation des risques afin d'orienter les politiques d'applications des très grandes plateformes en lignes sur des sujets précis.

- Audit indépendant

Afin de garantir un maximum de transparence et au vu de l'importance des enjeux liés aux obligations mis à charge des très grandes plateformes en ligne, ces dernières devront accepter de se livrer annuellement à des audits indépendants. Cette obligation est une mesure forte dès lors qu'elle constitue une ingérence dans l'indépendance des très grandes plateformes en ligne à qui on a souvent reproché un manque de transparence.

Les audits ne pourront être réalisés que par des organisations qualifiées et indépendantes aux frais des très grandes plateformes en ligne. Les rapports porteront sur le respect des obligations du chapitre III ainsi que sur le respect des articles 35 et suivant. Le rapport devra émettre un avis soit positif, soit positif assorti de commentaires, soit négatif. Un avis négatif entraîne l'obligation de se conformer aux recommandations émises en adoptant un rapport de mise en œuvre qui doit être publié dans le mois suivant la réception des recommandations.

- Système de recommandation

Les systèmes de recommandations jouent un rôle primordial dans la manière dont sont présentées les informations à l'utilisateur. En enregistrant le contenu recherché et en filtrant les préférences, les systèmes automatisés vont toujours plus loin pour dénicher du contenu pouvant potentiellement nous intéresser. Ces mécanismes sont tellement perfectionnés qu'ils donnent parfois l'impression d'être sur écoute et jouent un très grand rôle sur la sélection et la transmission d'informations potentiellement illicites.

⁷⁵ voir page 50

Par conséquent, le Règlement prévoit que les très grandes plateformes en ligne ont l'obligation de rendre accessibles et aisément compréhensibles toutes les informations concernant le mode de fonctionnement de ces systèmes de recommandations. En outre, l'utilisateur doit être en mesure d'avoir un impact sur le système de recommandation et de pouvoir en modifier les principaux paramètres.

- Transparence renforcée de la publicité en ligne

Au même titre que les systèmes de recommandations, la publicité en ligne joue un rôle primordial pour les plateformes en ligne. Ces dernières dépendent beaucoup de la publicité en ligne afin de pouvoir générer des revenus tout en pouvant proposer leurs services gratuitement. Cependant, en raison de son accessibilité, la publicité en ligne peut entraîner des dérives et être utilisée à de mauvaises fins comme pour de la promotion de produits contrefaits ou afin de proposer du contenu sensible à une tranche d'utilisateurs sélectionnés par les systèmes de recommandations.

Afin de mieux encadrer la publicité en ligne et d'assurer un maximum de transparence, les très grandes plateformes en ligne auront l'obligation de tenir un registre public recensant les différentes annonces publiées grâce à leurs services. A l'aide de ce registre, un utilisateur devra être en mesure de pouvoir déterminer de qui provient la publicité et surtout de savoir quel est le public cible de la publicité.

- Accès aux données et contrôles des données

Pour pouvoir s'assurer du bon respect des différentes obligations prévues par le Règlement, la Commission européenne a prévu une autre obligation forte à charge des très grandes plateformes en ligne. Sur demande motivée de la Commission ou du coordinateur de l'Etat membre, les très grandes plateformes en ligne peuvent se voir contraintes de devoir donner l'accès à des données spécifiques. Ces données seront ensuite examinées par des chercheurs agréés et indépendants dans le but d'établir des rapports et des recommandations sur différents sujets comme «sur les données nécessaires pour évaluer les risques et les éventuels préjudices causés par les systèmes de la plateforme, les données concernant l'exactitude, le fonctionnement et les tests des systèmes algorithmiques de modération de contenu, des systèmes de recommandation ou des systèmes de publicité, ou encore les données concernant les processus et les résultats de la modération de contenu ou des systèmes internes de traitement des réclamations au sens du présent règlement⁷⁶».

Comme pour l'obligation de se soumettre à un rapport d'audit indépendant, cette obligation constitue une mesure forte qui s'apparente à une intrusion dans la vie de l'entreprise. C'est

⁷⁶ 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, considérant 64, 2020/0361 (COD)

pourquoi une très grande plateforme en ligne peut ne pas donner suite à la demande lorsqu'elle arrive à prouver que la demande est disproportionnée au vu des moyens à mettre en œuvre ou du respect de la confidentialité et du secret d'affaire.

- Responsable de la conformité

Au vu des nombreuses obligations mises à charge des très grandes plateformes en ligne et des enjeux sociétaux liés à la question de leurs responsabilités, les très grandes plateformes en ligne auront l'obligation de nommer un ou plusieurs responsables de la conformité chargés de veiller au bon respect du Règlement. Ces derniers doivent pouvoir exercer leurs fonctions de manière indépendante et sont chargés d'informer et contrôler les très grandes plateformes en ligne tout en coopérant avec la Commission et les coordinateurs des Etats membres.

- Obligations en matière de rapports pour les très grandes plateformes en ligne

Comme pour les plateformes en ligne, les très grandes plateformes en ligne doivent adapter leurs rapports annuels pour y inclure les obligations les concernant. Ainsi, en plus de toutes les exigences énoncées aux articles 13 et 23 les très grandes plateformes en ligne doivent inclure les rapports sur l'évaluation et atténuation des risques, le rapport d'audit et les recommandations du rapport d'audit. A la différence des autres intermédiaires, les très grandes plateformes en ligne doivent publier un rapport tous les six mois et une faculté leur est laissée de rendre des informations confidentielles lorsqu'elles prouvent que la publication des informations entraîne d'importants risques de vulnérabilité.

5. Autres dispositions concernant les obligations de diligence

En ses **articles 34 à 37**, le Règlement énonce une série d'objectifs et de moyens à mettre en œuvre afin d'élaborer des Codes de conduite et des normes sectorielles volontaires. Il est important de noter que les dispositions n'imposent pas des obligations et que la participation à l'élaboration de ces normes et codes se fait sur base volontaire. Cependant le refus sans motif valable d'une plateforme à l'élaboration de ces normes et codes sera pris en compte par la Commission européenne.

La Commission européenne donne une liste de sujets que les codes traiteront comme la désinformation ou la publicité en ligne. En outre, la Commission européenne encourage l'élaboration d'un protocole de crise qui pourra servir comme base afin d'associer les plateformes en ligne pour faire face aux situations de crise affectant la sécurité ou la santé publique.

Tableau récapitulatif⁷⁷

	Services intermédiaires <i>(obligations cumulatives)</i>	Services d'hébergement <i>(obligations cumulatives)</i>	Plateformes en ligne <i>(obligations cumulatives)</i>	Très grandes plateformes <i>(obligations cumulatives)</i>
Communication d'informations sur la transparence	•	•	•	•
Obligations d'adopter des conditions d'utilisation respectant les droits fondamentaux	•	•	•	•
Coopération avec les autorités nationales à la suite d'injonctions	•	•	•	•
Points de contact et, le cas échéant, représentant légal	•	•	•	•
Obligations de notification et d'action, et obligation de fournir des informations aux utilisateurs		•	•	•
Mécanisme de réclamation et de recours et règlement extrajudiciaire des litiges			•	•
Signaleurs de confiance			•	•
Mesures contre les signalements et contre-signalements abusifs			•	•
Examen des références des fournisseurs tiers («KYBC»)			•	•
Transparence de la publicité en ligne pour les utilisateurs			•	•
Signalement des infractions pénales			•	•
Obligations en matière de gestion des risques et responsable de la conformité				•
Audit des risques externes et responsabilité publique				•
Transparence des systèmes de recommandation et choix des utilisateurs pour l'accès à l'information				•
Partage des données avec les autorités et les chercheurs				•
Codes de conduite				•
Coopération en matière de réaction aux crises				•

⁷⁷ «Législation sur les services numériques: garantir un environnement en ligne sûr et responsable», Commission européenne (ec.europa.eu).

Chapitre IV - Mise en oeuvre, coopération, sanctions et contrôle de l'application des règles

Le dernier chapitre du Règlement aborde le contrôle et le respect de ce dernier par les différents intermédiaires. Pour ce faire, le Règlement organise la mise en place de différents organes ainsi que la création de procédures afin de garantir l'effectivité du régime.

1. Autorités compétentes et coordinateurs nationaux pour les services numériques

Comme pour de nombreux instruments de droit européen, les Etats membres occupent une place centrale dans l'application et le contrôle du Règlement. En ses **articles 38 à 46**, le Règlement prévoit comment les Etats membres doivent s'organiser pour faire respecter adéquatement les différentes obligations aux intermédiaires techniques.

Tout d'abord, les Etats membres devront désigner au moins une autorité compétente (qui peut être une autorité nationale déjà existante) chargée de l'application et du contrôle du Règlement. Cette autorité compétente devra également être désignée comme "coordinateur pour les services numériques" qui fera office de point de contact pour toute question concernant le Règlement. Etant donné le rôle crucial qui est dévolu aux autorités compétentes et aux coordinateurs pour les services numériques, les Etats membres devront s'assurer que ces derniers puissent agir en toute indépendance et qu'ils disposent de moyens suffisants afin de pouvoir mener à bien leur mission.

Chaque Etat membre sera responsable et compétent vis -à -vis des opérateurs ayant leur établissement principal⁷⁸ dans ledit Etat membre. Les opérateurs établis dans des Etats tiers relèvent de la compétence de l'Etat membre où leur représentant légal est inscrit. En l'absence de représentant légal, tous les Etats membres sont compétents à la condition de respecter le principe non bis in idem.

Les coordinateurs pour les services numériques auront des pouvoirs d'enquête de sorte qu'ils seront en mesure d'exiger des informations des intermédiaires, de procéder à des enquêtes sur place et de pouvoir interroger les membres du personnel ou les représentants. De même, ils auront la capacité de conclure des accords avec les intermédiaires et exiger de ceux-ci des mesures de redressement lorsqu'une infraction est constatée. Enfin, ils pourront les sanctionner en prononçant des mesures provisoires, des ordres de cessation, des amendes et des astreintes. Les sanctions devront être efficaces, proportionnées et dissuasives. Des éléments tels que la gravité ou la récurrence de l'infraction détermineront l'ampleur de la sanction. Afin d'éviter des abus, le Règlement fixe des seuils limites. Une sanction ne pourra

⁷⁸ c'est-à-dire dans lequel le fournisseur a son administration centrale ou son siège statutaire, au sein duquel sont exercées les principales fonctions financières ainsi que le contrôle opérationnel comme l'indique le considérant 76.

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, considérant 76, 2020/0361 (COD)

pas dépasser 6% du chiffre d'affaire annuel, une astreinte ne pourra dépasser 5% du chiffre d'affaire quotidien et un manquement aux obligations d'informations ne pourra entraîner une sanction dépassant 1% du chiffre d'affaire annuel.

Pour assurer le respect des droits des tiers, le Règlement prévoit que les particuliers ou des organisations représentatives soient en mesure de saisir le coordinateur pour les services numériques. Lorsqu'une mesure est susceptible de porter atteinte à des droits de tiers, la Commission européenne souligne qu'il est préférable que celle-ci soit adoptée par une autorité judiciaire⁷⁹.

Enfin, les coordinateurs nationaux pour les services numériques devront publier des rapports annuels reprenant leurs actions. Pour assurer une coopération maximale entre les Etats membres, le Règlement prévoit plusieurs procédures de coopération entre les différents coordinateurs nationaux. Ceux-ci peuvent également mener des enquêtes conjointes et saisir la Commission européenne lorsqu'ils ont des soupçons quant au respect du Règlement par une très grande plateforme en ligne.

2. Comité européen des services numériques

Même si les Etats membres sont les premiers intéressés lorsqu'il s'agit de faire respecter le Règlement, il est nécessaire de créer une institution indépendante au niveau européen pour pouvoir assurer une application cohérente et uniforme du Règlement. C'est pourquoi le Règlement organise en ses **articles 47 à 49** la mise en place d'un "Comité européen des services numériques".

Ce dernier sera composé par des hauts fonctionnaires représentant les coordinateurs nationaux de chaque Etat membre et présidé par la Commission européenne. Chaque Etat membre disposera d'une voix de vote et les décisions seront prises à la majorité simple. Le Comité veillera principalement à uniformiser l'action européenne au sein des Etats membres en coordonnant et en initiant des actions. Il jouera également un rôle important dans la surveillance des très grandes plateformes en ligne.

3. Surveillance, enquêtes, coercition et contrôle concernant les très grandes plateformes en ligne

Comme le souligne la Commission européenne, «*compte tenu de l'importance des très grandes plateformes en ligne, eu égard à leur audience et à leur poids, leur manquement aux obligations spécifiques qui leur sont applicables est susceptible d'affecter un nombre substantiel de bénéficiaires des services dans différents États membres et peut causer des*

⁷⁹ 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, considérant 82, 2020/0361 (COD)

*préjudices importants à la société, alors même qu'il peut aussi être particulièrement complexe de détecter ces manquements et d'y remédier⁸⁰». Pour ces raisons, en plus des obligations supplémentaires déjà mises à leur charge, les très grandes plateformes en ligne devront répondre d'un régime spécial de surveillance et de sanctions. Ce régime spécial fait l'objet d'un long exposé détaillé aux **articles 50 à 66 du Règlement.***

Concrètement, les coordinateurs nationaux pour les services numériques ainsi que le Comité et la Commission européenne ont un devoir de vigilance par rapport aux très grandes plateformes en ligne. Premièrement, lorsqu'un coordinateur national prend connaissance d'une infraction au Règlement, il a la possibilité de proposer à la très grande plateforme en ligne de se soumettre à un rapport d'audit volontaire afin de contrôler si le plan proposé par la plateforme permet de remédier à l'infraction.

Si à la suite de cette étape la très grande plateforme en ligne reste en infraction, l'affaire devient du ressort exclusif de la Commission européenne. La Commission européenne peut agir de sa propre initiative ou sur recommandation du Comité européen des services numériques. La Commission européenne informe la plateforme ainsi que le coordinateur national qu'elle se saisit de l'affaire, ce faisant le coordinateur national ne peut plus exercer ses pouvoirs d'enquêtes mais continue d'assister la Commission dans l'affaire.

Afin de pouvoir déterminer si une infraction a bien eu lieu et son ampleur, la Commission européenne dispose de nombreux pouvoirs d'enquêtes comme la demande de renseignements, le pouvoir de mener des entretiens et de recueillir des déclarations ainsi que le pouvoir d'effectuer des inspections sur place. La Commission européenne peut également prononcer des mesures provisoires lorsqu'un préjudice grave risque d'être causé. Une très grande plateforme en ligne qui fait l'objet d'une procédure peut proposer des engagements à la Commission européenne afin de rétablir le respect du Règlement. La Commission est libre de refuser ou d'accueillir ces engagements. Si elle se prononce favorablement, elle rend les engagements obligatoires et déclare qu'il n'y a plus lieu d'agir. Cette faculté est sans préjudice du droit de rouvrir la procédure en cas de non-respect des engagements ou en cas de survenance de faits nouveaux.

Enfin, lorsque la Commission européenne conclut en un manquement au Règlement, à une mesure provisoire ou à un engagement rendu obligatoire, elle dispose du pouvoir de sanctionner les très grandes plateformes en ligne en défaut. Avant de pouvoir infliger une sanction et pour respecter les droits de la défense, la Commission a cependant l'obligation de notifier la très grande plateforme en ligne qui a l'occasion de faire valoir ses observations dans un délai de 14 jours. A la suite de cette étape, la Commission européenne peut infliger des amendes allant jusqu'à 6% du chiffre d'affaires annuel total, ce montant est abaissé à 1%

⁸⁰ 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, considérant 94, 2020/0361 (COD)

lorsque l'infraction se rapporte aux obligations d'informations. Elle peut également imposer des astreintes allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier. Pour déterminer les montants, la Commission prend en considération la nature, la gravité, la durée et la répétition des infractions. Ces sanctions sont soumises à un délai de prescription de cinq ans et font l'objet de publications.

Quelles réponses amène le Digital Services Act aux limites du régime actuellement en vigueur?

Comme nous venons de le voir à la suite de l'examen du Règlement, la Commission européenne souhaite moderniser sans totalement chambouler le régime actuellement en vigueur. Cette affirmation doit être nuancée pour ce qui est du régime prévu pour les très grandes plateformes en ligne qui amène son lot de changements et de contraintes.

Bien que le Digital Services Act en soit toujours au stade de proposition législative et que des modifications puissent toujours survenir avant son vote au Parlement européen prévu pour décembre 2021, nous pouvons déjà tirer quelques conclusions par rapport aux limites du régime actuellement en vigueur.

Au cours de notre exposé, nous avons mis en avant trois limites du régime actuellement en vigueur. Tout d'abord le flou juridique autour de plusieurs notions clefs, ensuite la problématique d'une réglementation en fonction des activités et enfin la mise en œuvre effective des procédures.

1. Flou juridique autour de plusieurs notions clefs

Le Digital Services Act apporte plusieurs nouveautés bienvenues venant clarifier certains points qui soulevaient alors des questions⁸¹. Tout d'abord concernant le champ d'application de la réglementation. Le Digital Services Act intègre la jurisprudence de la Cour de Justice et consacre légalement le statut de plateforme en ligne en tant qu'hébergeur de contenu.

Ensuite concernant l'exigence de neutralité, un reproche régulièrement émis par les intermédiaires techniques est le caractère paradoxal du régime. En effet, ceux-ci perdent le bénéfice de l'exonération de responsabilité lorsqu'ils prennent connaissance du contenu en se livrant à une activité de modération. Le Digital Services Act règle le problème en consacrant légalement la définition de modération de contenus et en prévoyant que cette dernière n'empêche pas l'application du régime d'exonération de responsabilité. Ces derniers perdent

⁸¹Commission Staff working document 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, p. 36, SWD(2020) 348 final, 15 décembre 2020.

cependant le bénéfice du régime lorsqu'ils interviennent directement sur l'agencement et la manière dont les informations sont présentées aux utilisateurs.

Enfin, le Digital Services Act aborde également la définition de contenu illicite qui soulève actuellement des interrogations. On pourra regretter que la Commission européenne se refuse à adopter une définition de contenu illicite sous forme de liste exhaustive dès lors que cela amènerait plus de sécurité juridique, en particulier dans le chef des hébergeurs se livrant à des activités de modérations qui restent encore en quelque sorte les juges de premières lignes chargés d'apprécier ce qui est illicite ou non. La Commission souligne qu'une définition large de contenu illicite doit être retenue et donne une liste exemplative qui sera complétée par la jurisprudence et la pratique. Cette définition large est également complétée en certain point par le Règlement qui prévoit explicitement le régime à appliquer à des contenus sensibles qui auraient pu prêter à discussions comme la désinformation ou le contenu publicitaire politisé ce qui prévient à l'avance de nombreux débats et renforce la sécurité juridique.

2. Une réglementation en fonction des activités

Un problème du régime actuellement en vigueur est qu'il ne reflète pas bien la réalité économique car en dehors d'une segmentation par activité pour la fourniture de réseaux, de mise en cache et d'hébergeur, le régime est le même pour tous les intermédiaires indépendamment de leur statut sur le marché. Le Digital Services Act prend le problème à bras le corps car en plus de garder une distinction en fonction des activités il adopte une distinction en fonction de la taille des entreprises.

La majorité des utilisateurs sont susceptibles d'être confrontés à du contenu illicite sur des plateformes en ligne. En adoptant un régime différent pour les "petites" plateformes en ligne et les très grandes plateformes en ligne, la Commission européenne assure la mise en place d'un régime plus égalitaire et mieux adapté à la réalité économique.

En permettant aux petites entreprises d'être soumises à des obligations plus restreintes voir à en être même exonérées, la Commission européenne reste en accord avec les objectifs de la directive e-commerce émis vingt ans auparavant à savoir promouvoir le développement d'entreprises actives pour un marché numérique unique attractif⁸². A l'inverse, en soumettant les très grandes plateformes en ligne à de nombreuses obligations de diligence et de transparence, la Commission européenne fait un pas en direction d'une meilleure régulation pour encadrer ces acteurs qui admettent parfois eux-mêmes en avoir besoin.

Il en résulte qu'en adoptant une réglementation adaptée aux activités et moyens de chaque intermédiaire, nous devrions nous diriger vers un marché numérique plus compétitif et plus

⁸² Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : Une stratégie axée sur les PME pour une Europe durable et numérique, COM/2020/103 final, 10 mars 2020

sain pour ses utilisateurs. Sur ce point il faut noter que le Digital Market Act compte bien atteindre cet objectif en agissant directement sur les structures des entreprises actives sur le marché numérique.

3. La mise en oeuvre des procédures de retrait

Une faiblesse du régime actuellement en vigueur est la disparité qui existe entre les Etats membres lorsqu'il s'agit de mettre en place les diverses procédures comme celle de retrait. Le Digital Services Act amène un début de réponse en prévoyant des procédures plus détaillées qui viendront compléter la directive e-commerce et les autres instruments existants.

Le Digital Services Act prévoit également la création de nouveaux organes nationaux. Les coordinateurs des services numériques, chargés de coopérer entre eux ainsi que la création d'un organe supranational, le Comité européen des services numériques, qui sera chargé de veiller à une application cohérente et uniforme du Règlement au sein de l'Union. On voit que la Commission européenne se donne les moyens pour éliminer les disparités existantes entre les Etats membres.

De plus, la Commission européenne a ici choisi la voie du règlement et non de la directive ce qui signifie que ce dernier deviendra automatiquement applicable dans toute l'Union à la date de son entrée en vigueur contrairement à une directive qui doit faire l'objet d'une transposition nationale. Il résulte de ces différents éléments que l'on peut espérer des Etats membres qu'ils s'accordent pour faire front uni, ce qui sera nécessaire face aux très grandes plateformes en ligne.

IV. Conclusion

En conclusion, on ne peut que souhaiter que le Digital Services Act passe l'étape de la proposition et soit voté par le Parlement européen. Celui-ci ne peut que faire du bien au marché numérique au vu des évolutions qu'il propose.

Concernant le régime de responsabilité des intermédiaires en lui-même, ce dernier conserve les atouts qui ont permis aux acteurs du web de se développer. En maintenant un régime de responsabilité allégé et l'interdiction d'obligation générale de surveillance, les intermédiaires techniques gardent une position favorable qui assure que le web reste un endroit propice à la liberté d'expression et à l'innovation. En dépoussiérant le régime pour l'adapter aux pratiques d'aujourd'hui et en y intégrant la jurisprudence de la Cour de justice, le Digital Services Act propose des avantages pour tout le monde.

Tout d'abord, les intermédiaires techniques y trouveront leur compte car il offre un cadre juridique plus clair et remis au goût du jour. Il leur propose un régime de responsabilité adapté en fonction de leurs activités et de leurs tailles, ce qui leur assure un traitement équitable par rapport à leurs situations.

Ensuite, les utilisateurs bénéficieront également du nouveau régime qui garantit de nombreuses obligations de transparence ce qui aboutit à un environnement en ligne plus sécurisé en consacrant légalement plusieurs mesures de protection du consommateur. Les Etats membres bénéficieront aussi de ce Règlement qui amène plus de clarté sur leurs rôles à jouer et se donne les moyens pour assurer une bonne coopération internationale.

Finalement, les seuls qui pourraient appréhender l'arrivée du Digital Services Act sont les très grandes plateformes en ligne pour qui l'adoption du Règlement constituerait un gros chamboulement. En plus de devoir se soumettre à de nombreuses obligations, les très grandes plateformes en ligne devront également accepter plusieurs interventions externes dans leur organisation.

Une intervention législative par rapport aux très grandes plateformes en ligne devient cependant plus que nécessaire. Alors que les places de marchés en ligne ne cessent d'occuper une place de plus en plus importante dans l'économie mondiale, des événements récents ont prouvé que les réseaux sociaux peuvent se révéler aussi néfastes que bénéfiques. Dans des cas extrêmes, une plateforme telle que Facebook peut même être détournée comme arme de destruction massive en atteste le génocide des Rohingyas⁸³. Au vu de ces considérations, il est

⁸³ Ochab E., «Will Facebook Sit On The Evidence Of The Genocide Against The Rohingyas?», Forbes, 30 septembre 2020.

bienvenu que des législations essaient de mieux réguler et responsabiliser un secteur qui semble parfois perdre un peu pied⁸⁴.

⁸⁴ Orłowski J., *“The Social Dilemma”*, Netflix, 26 janvier 2020.

Bibliographie

Législation

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, J.O.C.E., 18 décembre 2000
- 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»), OJ L 178, 17.7.2000
- Directive 2011/93/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, OJ L 335, 17 décembre.2011.
- Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, OJ L 194, 19.7.2016.
- Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, OJ L 130, 17.5.2019.
- 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, J.O.U.E 4 mai 2016.
- Règlement (UE) .../... du Parlement européen et du Conseil - proposition de règlement relatif aux contenus à caractère terroriste en ligne, COM/2018/640 final, 12 septembre 2018.
- 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, considérant 1, COM/2020/825 final.
- Recommandations de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, 2003/361/CE, J.O.U.E. 20 mai 2003.
- Recommandations de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C(2018) 1177 final.
- Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : Lutter contre la désinformation en ligne: une approche européenne, COM(2018) 236 final, 26 avril 2018
- Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions : Une stratégie axée sur les PME pour une Europe durable et numérique, COM/2020/103 final, 10 mars 2020

- Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques: améliorer le fonctionnement du marché unique (2020/2018(INL))
- Commission Staff Working Document “E-commerce action plan 2012-2015”, 23 avril 2013, SWD(2013) 153 final.
- Commission Staff working document 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, p. 36, SWD(2020) 348 final, 15 décembre 2020.
- Digital Millennium Copyright Act (DMCA), PUBLIC LAW 105–304—OCT. 28, 1998

Jurisprudence

- C.J.U.E., 23 mars 2010, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA, C-236/08.
- C.J.U.E., 12 juillet 2011, L’Oréal SA contre eBay International AG, C-342/09.
- C.J.U.E., 16 février 2012, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV, C-360/10.
- C.J.U.E., 3 octobre 2019, Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited, C-18/18.
- C.J.U.E., 16 juillet 2020, Frank Peterson vs Google Inc, C-682/18
- Cour d’appel de Paris, 13 octobre 2010, Roland Madgane vs Dailymotion.

Doctrine

- Benjumea Moreno J., «Publisher or Technical Provider? Monitoring As Editorial Control and the “Safe Harbor” of Art. 14 E-Commerce Directive», Jura Falconis Jg. 49, 2012-2013
- Clément-Fontaine M., «De la contrainte à la coopération: l’évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques», in “L’effectivité du droit face à la puissance des géants de l’internet”, 2015, p. 3-16.
- Fiedler K.,« E-Commerce review: Opening Pandora’s box?», 20 juin 2019, EDRI
- George, F. et Hubin, J., « Les prestataires intermédiaires de la société de l’information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », A&M, 2017/3, p. 208-237.

- Michaux, B., Hermoye, S., & Lejeune, F. (2018). 2017: retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce. In Respect des droits intellectuels en Belgique: 10 ans depuis la transposition de la Directive 2004/48 (pp. 57-82). Larcier
- Montero E., «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in X., Le commerce électronique européen sur les rails, coll. Cahiers du CRID, vol. 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 275.
- Perset K., «The economic and social role of Internet intermediaries», ICCP Committee, 2010, p. 9,
- Robin A., «La neutralité de l'Internet, garantie d'un réseau ouvert», in "Numérique : nouveaux usages, nouveaux droits", Faculté de Droit de Perpignan, Mars 2017, Perpignan, France.
- Zolynsky C., «Réseaux sociaux et droit de propriété intellectuelle : quelle efficacité face aux géants de l'internet?», in "L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet volume 2", 2015, p. 103 -120.

Divers

- Auclert F., «Le Web a 30 ans : les quatre grandes phases de son évolution », Futura-Tech, 12 mars 2019.
- Deneux M., «Régulation des géants du numérique : les 5 points à retenir du Digital Act européen», LSA, 16 décembre 2020.
- Macias A., «Facebook CEO Mark Zuckerberg calls for more regulation of online content», CNBC, 15 février 2020
- Picard A., «Aux Etats-Unis, un rapport parlementaire veut casser les « monopoles » des GAFA», Le Monde, 7 octobre 2020.
- Ochab E., «Will Facebook Sit On The Evidence Of The Genocide Against The Rohingyas?», Forbes, 30 septembre 2020.
- Orłowski J., "The Social Dilemma", Netflix, 26 janvier 2020.
- «Bruxelles veut ramener l'ordre dans le far-west numérique», lematin.ch, 24 novembre 2020 - «Digital 2021 Global Overview Report », We are social.
- «EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information, new rules for a new age? Chapter 6. Liability of online intermediaries», DLA Piper, Novembre 2009, p.19
- Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2019-2024.

