

LE DIGITAL SERVICES ACT

PARTIE I : LE CHAMP D'APPLICATION ET LES EXEMPTIONS DE RESPONSABILITÉ

Les Analyses du cep No. 22/2021

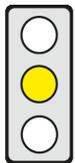
ÉLÉMENTS CLÉS

Contexte : Les services numériques qui font office d'intermédiaires, c'est-à-dire qu'ils mettent en relation des utilisateurs avec des fournisseurs de biens, de services et de contenus, sont de plus en plus fréquemment utilisés abusivement pour diffuser des contenus illicites en ligne. Les fournisseurs de ces services jouent donc un rôle central dans la lutte contre les contenus illicites, mais manquent de transparence sur la manière dont ils modèrent les contenus – notamment sur leur manière de les supprimer.

Objectif de la réglementation : La Commission souhaite réglementer et harmoniser les responsabilités des fournisseurs de services intermédiaires (FSI), y compris les plateformes en ligne, ainsi que les procédures de surveillance et d'application du droit, afin d'améliorer le marché intérieur de ces services et de créer un environnement en ligne sécurisé et transparent.

Acteurs concernés : Les fournisseurs de services intermédiaires, y compris les plateformes en ligne comme les réseaux sociaux et les places de marché, les utilisateurs professionnels et privés (« bénéficiaires ») des services intermédiaires.

Pro :



- (1) Le fait que le DSA s'applique également aux FSI qui ne sont pas basés dans l'UE permet d'uniformiser les règles du jeu entre les FSI de l'UE et ceux des pays tiers.
- (2) En précisant que les fournisseurs qui prennent des mesures contre les contenus illicites de leur propre initiative peuvent également bénéficier des exemptions de responsabilité, la « clause du bon samaritain » élimine les facteurs qui dissuadent les FSI de prendre des mesures volontaires contre les contenus illicites. Cependant, il convient de clarifier les conditions qui empêchent un FSI d'invoquer cette clause.

Contra :

- (1) L'articulation du DSA avec le droit national et la portée de son éventuel effet de blocage ne sont pas claires.
- (2) L'extension de la responsabilité des FSI « actifs » interfère illégalement avec leurs droits fondamentaux. Le DSA doit préciser quand un FSI a un rôle « actif ».

Les passages les plus importants du texte sont indiqués par une ligne verticale dans la marge.

CONTENU

Titre

Proposition COM(2020) 825 du 15 décembre 2020 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.

Résumé

► Objectifs et définitions

- Les services numériques faisant office d'intermédiaires, c'est-à-dire mettant en relation des utilisateurs avec des fournisseurs proposant des biens, des services et des contenus, sont de plus en plus souvent utilisés abusivement pour diffuser des contenus illicites en ligne. Les fournisseurs de ces services jouent donc un rôle central dans la lutte contre les contenus illicites, mais manquent de transparence sur la manière dont ils modèrent les contenus – notamment sur leur manière de les supprimer.
- Avec la législation sur les services numériques (Digital Services Act, DSA), la Commission souhaite actualiser et harmoniser les responsabilités des fournisseurs de services intermédiaires (FSI) afin :
 - d'améliorer le marché intérieur des services intermédiaires (SI) ;
 - et de créer un environnement en ligne sûr et transparent où les droits fondamentaux sont protégés – par exemple la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté de mener une activité commerciale [Art. 1].
- Les SI sont des services de simple transport, de mise en cache ou d'hébergement [Art. 2 (f), (b)].
 - Les services de simple transport consistent soit à transmettre des contenus émanant de tiers par le biais d'un réseau de communication, soit à fournir un accès à un tel réseau, par exemple des services d'accès à Internet ;
 - Les services de mise en cache consistent à transmettre des contenus de tiers via un réseau de communication, ce qui implique le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de ces contenus – par exemple sur un serveur auxiliaire – dans le seul but d'accélérer la transmission ultérieure de ces contenus.

- Les services d'hébergement consistent à stocker le contenu fourni par les utilisateurs (« bénéficiaires ») du service à leur demande, par exemple les services de streaming vidéo et de cloud et les plateformes en ligne telles que les places de marché et les réseaux sociaux.
- On considère comme un contenu illicite toute information qui, en vertu de la législation nationale ou européenne, [Art. 2 (g), considérant 12]
 - est illégale en soi - par exemple un contenu terroriste ;
 - ou qui concerne des activités, des produits ou des services illégaux - par exemple, la vente de contrefaçons.

► **Champ d'application du DSA**

- Le DSA s'applique aux SI qui sont fournis à des bénéficiaires du service établis ou résidant dans l'UE, même si le FSI est basé en dehors de l'UE, à condition qu'il y ait un « lien substantiel » avec l'Union. Cette situation est supposée existante, par exemple, si le FSI focalise ses activités sur l'UE ou si le FSI a effectivement un nombre significatif d'utilisateurs dans l'UE. [Art. 1 (3), considérants 7, 8].
- Le DSA établit des règles générales sur la fourniture de SI qui ne modifient pas, mais complètent la législation suivante, et qui ne s'appliquent que dans la mesure où cette législation ne contient pas de règles plus spécifiques [considérant 9-11] :
 - la directive sur le commerce électronique (« DCE ») [2000/31/CE] ;
 - d'autres textes législatifs sectoriels plus spécifiques de l'UE, par exemple la directive sur les services de médias audiovisuels [2010/13/UE], la proposition de règlement sur les contenus terroristes en ligne [COM(2018) 640], et la législation de l'UE sur le droit d'auteur ;
 - le droit de l'Union européenne relatif à la protection des consommateurs et à la protection des données personnelles et de la vie privée, en particulier le règlement général sur la protection des données (UE) 2016/679 (RGPD).
- En particulier, le DSA définit des normes harmonisées concernant :
 - les exemptions de responsabilité pour les FSI [Les Analyses du cep sur le DSA – Partie I] ;
 - les obligations claires de diligence raisonnable pour les FSI, adaptées à des catégories spécifiques de FSI [[Les Analyses du cep 23/2021](#)];
 - les règles de surveillance, de coopération et de mise en œuvre [[Les Analyses du cep 24/2021](#)].

► **Exemptions de responsabilité pour les FSI**

- Les exemptions de responsabilité pour les FSI sont supprimées de la DCE et intégrées, globalement de manière inchangée, dans le DSA.
- La responsabilité des FSI qui transmettent ou stockent des contenus illégaux n'est pas engagée, en vertu de la législation européenne ou nationale, dans les cas suivants :
 - lorsque les fournisseurs de services de simple transport, s'ils n'initient pas la transmission, ne choisissent pas le récepteur ou le contenu transmis ni ne modifient le contenu [Art. 3] ;
 - lorsque les fournisseurs de services de cache agissent rapidement pour retirer ou bloquer le contenu qui a été retiré ou bloqué à la source initiale de la transmission [Art. 4] ;
 - lorsque les fournisseurs de services d'hébergement n'ont pas de connaissance effective du caractère illégal du contenu ou de l'activité hébergée, qu'ils n'ont pas connaissance de faits ou de circonstances révélant l'illégalité du contenu et qu'ils agissent rapidement pour retirer ou bloquer le contenu dès qu'ils en prennent connaissance [Art. 5].
- Les plateformes en ligne sont toutefois responsables en vertu de la « législation relative à la protection des consommateurs » si elles suscitent la fausse impression qu'un produit, un service ou un contenu fourni par un commerçant tiers est fourni par la plateforme elle-même [Art. 5 (3)].
- Les prestataires des services suivants peuvent également bénéficier des exemptions de responsabilité dans la mesure où leurs services sont qualifiés de services de simple transport, de mise en cache ou d'hébergement [considérant 27] :
 - les réseaux locaux sans fil ;
 - les services de noms de domaine (SND) et les registres de noms de domaine de premier niveau ;
 - les autorités de certification qui délivrent des certificats numériques ;
 - des réseaux d'acheminement de contenus tels que Amazon Web Services qui, par exemple, améliorent les fonctions d'autres FSI ;
 - des services utilisés à des fins de communication et les services en ligne tels que la téléphonie sur Internet (voix sur IP), la messagerie et les services de courrier électronique.
- Les FSI ne peuvent pas bénéficier des exemptions de responsabilité s'ils ne fournissent pas leurs services de manière « neutre » – c'est-à-dire qu'ils ne font que traiter de manière technique et automatique les contenus des tiers – mais jouent un « rôle actif » qui leur permet d'avoir connaissance de ces contenus ou de les contrôler [considérants 18, 20].
- Les exemptions de responsabilité peuvent également s'appliquer aux FSI qui entreprennent des activités volontaires visant à détecter, identifier et agir contre les contenus illicites, à condition que le FSI mène ces activités « de bonne foi et de manière diligente » [« Clause du bon samaritain », Art. 6, considérant 25].

- Un FSI peut obtenir des informations ou des connaissances par le biais d'enquêtes menées de sa propre initiative [considérant 22]. Ces activités ne doivent pas être prises en compte pour déterminer s'il peut bénéficier d'une exemption de responsabilité [considérant 25].

► **Obligations de surveillance pour les FSI et les autorités nationales**

- Comme dans le cadre de la DCE, les FSI n'ont toujours pas d'obligation générale de surveiller les contenus de tiers qu'ils transmettent ou stockent, ni de rechercher activement des faits indiquant une activité illégale [Art. 7, considérants 16 et 28].
- Les tribunaux et les autorités administratives nationales peuvent toutefois imposer des obligations de surveillance spécifiques aux FSI par le biais d'injonctions, même lorsque le FSI concerné remplit les conditions des exemptions de responsabilité [considérants 24, 28 et suivants]. Ces tribunaux et autorités peuvent ordonner aux FSI :
 - d'agir contre – par exemple pour retirer ou bloquer – un élément spécifique de contenu illégal défini dans l'injonction [Art. 8] ;
 - ou de fournir des informations spécifiques concernant des bénéficiaires spécifiques du service [Art. 9].
- Les injonctions doivent [art. 8 (2 a, b), considérant 31] :
 - expliquer pourquoi le contenu est illégal, contenir une clause d'appel et être émis dans la langue choisie par le FSI ;
 - être limitée au territoire strictement nécessaire, en tenant compte des droits des tiers et du fait que le contenu est également illégal dans d'autres États membres.
- Le FSI qui reçoit une injonction doit informer l'autorité émettrice de la manière dont il s'est conformé à cet ordre [Art. 8 (1)].
- Les injonctions relatives à des contenus ou à des informations illicites spécifiques ne restreignent pas, en principe, la liberté des FSI de fournir leurs services au-delà des frontières nationales. Par conséquent, les autorités nationales peuvent également adresser des injonctions aux FSI basés dans un autre État membre sans avoir à justifier une dérogation au principe en vigueur dans le pays d'origine de la DCE. [Considérant 33]

Déclaration de la Commission sur le respect du principe de subsidiarité

Les conditions permettant aux services numériques transfrontaliers de se développer dans l'UE ne peuvent être harmonisées qu'au niveau européen. Cela crée une sécurité juridique, réduit les coûts de mise en conformité et s'avère nécessaire pour couvrir les FSI basés en dehors de l'UE ainsi que pour construire un système coordonné de supervision des services numériques, renforcé au niveau de l'UE [considérant 4].

Contexte politique

Le Parlement européen a publié des résolutions [2020/18/INL, 2020/19/INL et 2020/2022/INI] dotées de recommandations sur le DSA. Avec le Digital Markets Act (voir [cepInput](#), **Les Analyses** du cep [14/2021](#) et [15/2021](#), le DSA fait partie de la proposition de la Commission relative aux nouvelles règles s'appliquant aux plateformes numériques.

Procédure législative

Adoption par la Commission	15.12.20
Adoption par le Parlement européen et le Conseil,	non déterminé
Publication au Journal officiel de l'Union européenne	non déterminé
Entrée en vigueur	non déterminé

Options pour influencer le processus politique

Directions générales :	DG Réseaux de communication, contenu et technologie
Commissions du Parlement européen :	IMCO (marché intérieur et protection des consommateurs, compétente. Rapporteur : Christel Schaldemose (Danemark, S&D), LIBE, JURI, ITRE, ECON TRAN, CULT, FEMM
Mode de prise de décision au Conseil :	Majorité qualifiée (acceptation par 55 % des États membres qui représentent 65 % de la population de l'UE).

Formalités

Compétence :	Art. 114 du TFUE (marché intérieur)
Type de compétence législative :	Compétence partagée (art. 4 (2) TFUE)
Procédure :	Art. 294 TFUE (procédure législative ordinaire)

ÉVALUATION

Évaluation de l'impact économique

Le fait que le DSA s'applique également aux FSI qui ne sont pas basés dans l'UE permet d'uniformiser les règles du jeu entre les FSI de l'UE et ceux des pays tiers.

Malgré l'application du principe du pays d'origine, les FSI doivent toujours faire face à des définitions nationales différentes de la notion de contenu illégal, ce qui se manifeste notamment lorsqu'ils reçoivent la notification qu'un contenu est illégal de la part d'un utilisateur et qu'ils doivent décider de le supprimer ou non de leurs services. Les coûts réglementaires pour les FSI peuvent aussi augmenter en raison d'une loi française nouvellement adoptée rendant illégaux certains contenus « potentiellement nuisibles », élargissant ainsi considérablement le champ des contenus illégaux en France. En Pologne, également, la désinformation pourrait être à terme aussi qualifiée d'illégale par la loi. L'interdiction d'une obligation générale de surveillance empêche les Etats membres d'imposer une telle obligation aux FSI. Cette interdiction, autant que les exemptions de responsabilité, permettent en principe aux FSI de stocker et de distribuer les contenus fournis par les bénéficiaires du service sans contrôle préalable. Elles sont donc importantes pour garantir la liberté d'expression et d'information, pilier central de l'Internet, et la Commission a raison de laisser le régime d'exemption de responsabilité inchangé par rapport à la DCE. Toutefois, **il reste à déterminer comment certains types de SI – par exemple les SND ou les réseaux d'acheminement de contenu – peuvent être qualifiés de services de simple transport, de mise en cache ou d'hébergement.**

En précisant que les fournisseurs qui prennent des mesures contre les contenus illicites de leur propre initiative peuvent également bénéficier des exemptions de responsabilité, la « clause du bon samaritain » élimine les facteurs qui dissuadent les FSI de prendre des mesures volontaires visant à détecter, identifier et agir **contre les contenus illicites. Cependant,** il faut préciser que les FSI qui entreprennent de telles activités ne sont pas en soi exemptés de responsabilité ; ils doivent retirer les contenus illégaux dont ils ont eu connaissance, mais ne sont pas responsables, en tant que fournisseur « actif », des autres contenus illégaux qu'ils ont négligés ou jugés légaux alors qu'ils ne le sont pas. **Il convient également de clarifier les conditions qui empêchent un FSI d'invoquer cette clause parce qu'il n'a pas mis en œuvre ces mesures volontaires « avec diligence ».** En outre, il reste à déterminer si cette clause peut inciter le FSI à « surbloquer » les contenus – c'est à dire bloquer des contenus licites.

Étant donné que les FSI ont les capacités techniques pour supprimer les contenus illégaux et qu'ils peuvent même parfois en tirer profit, le DSA prévoit à juste titre que les FSI peuvent être tenus d'agir contre des contenus illégaux spécifiques.

Évaluation juridique

Compétence législative de l'UE

Le DSA est à juste titre fondé sur la compétence en matière de marché intérieur [Art. 114, paragraphe 1, du TFUE].

Subsidiarité

Dans l'ensemble, les obligations uniformes de lutte contre les contenus illicites pour les FSI établis dans l'UE et dans les pays tiers [[Les Analyses du cep 23/2021](#)], celles qui instituent un système de surveillance efficace [[Les Analyses du cep 24/2021](#)] et les exemptions de responsabilité déjà inscrites dans le droit communautaire ne peuvent être réglementés de manière significative qu'au niveau de l'UE.

Proportionnalité par rapport aux États membres

Bien qu'il contienne de nombreuses propositions réglementaires appropriées, le DSA est globalement disproportionné et doit donc être révisé. Ainsi, d'une part, il existe une ambiguïté quant à sa relation avec le droit national et la portée de son éventuel effet de blocage. L'harmonisation prévue par le DSA en termes d'obligations relatives aux FSI se caractérise notamment par la non-adoption de la clause d'exemption, contenue dans la DCE, qui permettait aux États membres de déterminer leurs propres procédures régissant le retrait du contenu hébergé. D'autre part, le DSA ne règle pas certaines questions essentielles, telles que la question de savoir quel contenu est illégal, quand les FSI sont responsables ou encore quand les tribunaux et les autorités nationales peuvent émettre des injonctions, et ne prévoit pas d'obligation substantielle pour les fournisseurs de supprimer les contenus illégaux. L'harmonisation n'est donc pas totale et l'articulation du DSA avec le droit national de la responsabilité et le droit administratif et procédural national en est simultanément réduite. Il reste toutefois à déterminer si les États membres peuvent toujours réglementer les points non évoqués par le DSA, et dans quelle mesure ils sont autorisés à adopter ou à conserver des règles plus strictes, par exemple pour sauvegarder le pluralisme des médias ou assurer la protection des mineurs vis-à-vis des médias.

Le DSA semble avoir inclus les règles de la DCE sur les exemptions de responsabilité pour les FSI sans y apporter aucun changement, mais selon les considérants, le principe du pays d'origine de la DCE ne s'applique plus aux injonctions d'action qui portent sur des contenus ou sur des éléments d'information illicites spécifiques. Il est donc plus facile pour les autorités et les tribunaux d'ordonner le blocage ou le retrait de contenus illégaux dans leur pays à l'encontre de FSI implantés dans d'autres États membres. Alors que la portée des injonctions nationales sera limitée au strict nécessaire et que l'autorité émettant l'injonction doit à la fois tenir compte des droits des tiers et examiner si le même contenu est également illégal dans d'autres pays, on peut encore douter qu'un blocage limité à certains pays soit en fait techniquement possible. **Il reste encore à déterminer comment les injonctions transfrontalières, permettant aux autorités d'exercer leurs droits souverains dans d'autres États membres, peuvent être exécutées ou contestées. Le DSA doit donc prévoir des procédures permettant aux autorités concernées, aux FSI et aux fournisseurs de contenu de contester de telles injonctions.**

Compatibilité avec le droit communautaire à d'autres égards

Étant donné que les contenus illicites violant les droits des tiers – par exemple la propriété intellectuelle ou l'honneur personnel – sont de plus en plus souvent transmis par les FSI, il convient d'imposer des obligations plus strictes aux FSI pour qu'ils prennent des mesures contre les contenus illicites. La codification superficielle du concept de « fournisseurs actifs et passifs », développé par la Cour européenne [CJCE, C-236/08 ECLI:EU:C:2010:159, Google France, § 120], dans le DSA rend impossible pour les FSI « actifs » de se prévaloir de l'exemption de responsabilité. **L'extension de la responsabilité des FSI « actifs » est disproportionnée et interfère donc illégalement avec leurs droits fondamentaux, c'est-à-dire le droit d'exercer une activité commerciale [Art. 16 CFR]. Le DSA doit préciser quand un fournisseur a un rôle « actif »** – tel que la connaissance ou le contrôle du contenu – car il existe une incertitude juridique sur ce point. En outre, les FSI qui restent inactifs mais qui tirent un profit substantiel du contenu illégal ne doivent pas être autorisés à se prévaloir des exemptions de responsabilité. Le refus de l'exemption de responsabilité pour les plateformes en ligne qui sont responsables en vertu de la « législation relative à la protection des consommateurs » d'avoir trompé leurs utilisateurs sur leur partenaire contractuel, doit également être clarifié car l'expression « législation relative à la protection des consommateurs » n'est pas clairement défini.

Résumé de l'évaluation

Le fait que le DSA s'applique également aux FSI qui ne sont pas basés dans l'UE permet d'uniformiser les règles du jeu entre les FSI de l'UE et ceux des pays tiers. En précisant que les fournisseurs qui prennent des mesures contre les contenus illicites de leur propre initiative peuvent également bénéficier des exemptions de responsabilité, la « clause du bon samaritain » élimine les facteurs qui dissuadent de prendre des mesures volontaires contre les contenus illicites. Cependant, il convient de clarifier les conditions qui empêchent un FSI d'invoquer cette clause parce qu'il n'a pas mis en œuvre ces mesures « avec diligence ». Bien qu'il contienne de nombreuses propositions réglementaires appropriées, le DSA est disproportionné et doit donc être révisé. Ainsi, d'une part, il existe une ambiguïté quant à son articulation avec le droit national et la portée de son éventuel effet de blocage. D'autre part, il reste encore à déterminer comment les injonctions transfrontalières peuvent être exécutées ou contestées. Le DSA doit prévoir des procédures permettant aux autorités, aux FSI et aux fournisseurs de contenu de contester de telles injonctions. L'extension de la responsabilité des FSI « actifs » interfère illégalement avec leurs droits fondamentaux. Le DSA doit préciser quand un fournisseur a un rôle « actif ».