

LE DIGITAL SERVICES ACT

PARTIE II : LES OBLIGATIONS DE DILIGENCE RAISONNABLE

Les **Analyses** du cep No. 23/2021

ÉLÉMENTS CLÉS

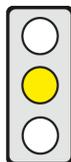
Contexte : Les services numériques qui font office d'intermédiaires, c'est-à-dire qu'ils mettent en relation des utilisateurs avec des fournisseurs de biens, de services et de contenus, sont de plus en plus fréquemment utilisés abusivement pour diffuser des contenus illicites en ligne. Les fournisseurs 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.

Parties concernées : 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) L'introduction d'un mécanisme de notification et d'action facilite le retrait des contenus illicites.

(2) L'échelonnement des obligations en fonction de la nature du FSI sont importantes pour garantir la proportionnalité.



Contre : (1) Les obligations pour les très grandes plateformes en ligne (TGPEL) devraient également s'appliquer aux plus petites plateformes si celles-ci présentent certains risques « systémiques » qui sont à définir de manière plus précise.

(2) L'octroi à la Commission de l'habilitation à préciser la notion d'« utilisateur actif » d'une plateforme en ligne ainsi que la méthodologie pour calculer le nombre de ses bénéficiaires, est contraire au droit de l'UE. Ces questions fondamentales devraient être réglementées directement par le DSA.

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.

Fiche technique

► 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 Analyses du cep 22/2021](#)].
- 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.
- En particulier, le DSA définit des normes harmonisées concernant:

- les exemptions de responsabilité pour les FSI [[Les Analyses du cep 22/2021](#)];
- les obligations claires de diligence raisonnable pour les FSI, adaptées à des catégories spécifiques de FSI [cette Analyse du cep];
- les règles de surveillance, de coopération et de mise en œuvre [[Les Analyses du cep 24/2021](#)].

► **Obligations de diligence raisonnable pour tous les FSI**

- La Commission souhaite établir des obligations de diligence raisonnable claires et équilibrées pour les FSI [considérant 34]. Les FSI doivent:
 - désigner un représentant légal responsable s'ils ne sont pas établis dans l'UE [Art. 2 (d), Art. 11];
 - établir un point de contact unique pour la communication, entre autres avec les autorités et la Commission, et spécifier une ou plusieurs langues officielles de l'UE pour la communication, y compris au moins une des langues officielles du pays dans lequel le FSI ou son représentant légal est établi [Art. 10];
 - expliquer dans leurs conditions générales (« CG ») comment ils restreignent et modèrent – par exemple en supprimant – le contenu illégal ou incompatible avec leurs CG, à l'aide notamment d'algorithmes, et comment ils respectent les droits fondamentaux des bénéficiaires de leurs services et les droits et les intérêts légitimes de toutes les parties concernées lorsqu'ils restreignent le contenu [Art. 2 (p), 12];
 - et décrire leurs activités de modération du contenu dans des rapports annuels de transparence [Art. 13], à l'exception des FSI de petite taille.

► **Obligations supplémentaires de diligence raisonnable pour les fournisseurs de services d'hébergement, y compris les plateformes en ligne.**

- En outre, les fournisseurs de services d'hébergement doivent :
 - mettre en place des « mécanismes de notification et d'action » électroniques permettant aux utilisateurs de signaler les contenus illégaux de leurs services [Art. 14]; toutes les notifications doivent contenir l'adresse URL exacte du contenu et une justification de son caractère illégal;
 - informer les bénéficiaires concernés par leur décision de supprimer ou de bloquer des contenus et fournir un exposé des motifs qui doit contenir des détails supplémentaires, entre autres sur l'utilisation de moyens automatisés pour prendre la décision de supprimer ou de bloquer des contenus [Art. 15].
- Si un fournisseur de services d'hébergement reçoit une notification indiquant qu'un contenu spécifique est illégal, il est considéré comme ayant connaissance ou conscience de cette illégalité. Il ne peut alors pas invoquer l'exemption de responsabilité applicable s'il n'agit pas rapidement pour supprimer ou bloquer ce contenu. [Art. 14 (3), Art. 5 (1), voir [Les Analyses du cep 22/2021](#)]

► **Obligations supplémentaires de diligence raisonnable pour les plateformes en ligne.**

- Les plateformes en ligne sont des fournisseurs de services d'hébergement qui non seulement stockent des contenus émanant de tiers mais aussi – à la demande de leurs bénéficiaires – diffusent ces contenus au public, par exemple les réseaux sociaux, les places de marché et les plateformes de voyage, à moins que cette diffusion ne soit purement annexe à leur service principal [art. 2 (h), considérant 13].
- Les plateformes en ligne – à l'exception de celles de petite taille [Art. 16] – doivent remplir des obligations de diligence supplémentaires. Elles doivent par exemple :
 - décider en priorité des notifications soumises par des « signaleurs de confiance » – des entités indépendantes peuvent se voir accorder ce statut si elles remplissent des conditions harmonisées, par exemple, représenter des intérêts collectifs et disposer d'une expertise [Art. 19];
 - permettre à leurs bénéficiaires de résoudre les litiges relatifs à la décision d'une plateforme de supprimer un contenu ou de suspendre ses services par le biais d'un système interne de traitement des réclamations [Art. 17] et par la décision contraignante d'un organe de règlement extrajudiciaire des litiges indépendant et certifié qui dispose d'une expertise et respecte des règles équitables [Art. 18];
 - prendre des mesures contre les abus, par exemple suspendre temporairement la fourniture de leurs services aux bénéficiaires du service qui fournissent « fréquemment » des contenus « manifestement » illicites ou cesser de traiter les réclamations des personnes qui soumettent « fréquemment » des réclamations « manifestement » infondées [Art. 20];
 - notifier les soupçons d'infractions pénales graves aux autorités répressives ou judiciaires compétentes [Art. 21];
 - veiller à ce que les bénéficiaires du service puissent comprendre que les informations affichées sont de la publicité, identifier pour le compte de qui elles sont affichées et qu'ils puissent identifier les principaux paramètres utilisés pour déterminer pourquoi une publicité leur est montrée [Art. 24];
 - tracer les professionnels et veiller à ce qu'ils puissent uniquement utiliser sa plateforme pour l'offre et la vente à distance de produits ou de services aux consommateurs s'ils fournissent avant d'utiliser la plateforme des informations fiables, par exemple leurs coordonnées, y compris bancaires, ainsi qu'une autocertification du professionnel attestant qu'il ne fournissent que des produits ou des services licites [traçabilité des professionnels, Art. 22].

► **Obligations de diligence raisonnable supplémentaires pour les très grandes plateformes en ligne (TGPL)**

- Les très grandes plateformes en ligne (TGPL) sont des plateformes qui comptent au moins 45 millions de « bénéficiaires actifs » mensuels en moyenne dans l’UE – soit 10% de la population de l’UE – et qui ont été désignées comme TGPL par le coordonnateur pour les services numériques, une autorité désignée par l’État membre dans lequel la plateforme est établie [Art. 25].
- La Commission adoptera des actes délégués sur la manière de calculer ou d’ajuster le nombre de bénéficiaires [Art. 25 (3)].
- La Commission veut imposer des obligations de diligence raisonnable supplémentaires aux TGPL. En raison de leur portée, les TGPL jouent un rôle central en facilitant les débats publics et les transactions économiques, et en influençant la manière dont les bénéficiaires obtiennent et communiquent les informations; elles présentent donc des risques plus élevés pour la société. [Considérant 53]
- Les TGPL doivent évaluer régulièrement les « risques systémiques » importants découlant de l’utilisation ou de l’abus de leurs services [Art. 26]:
 - la diffusion de contenus illicites, par exemple par le biais de comptes ayant une large audience;
 - les effets négatifs, notamment de ses algorithmes, sur les droits fondamentaux comme la liberté d’expression;
 - la manipulation intentionnelle de leurs services ayant un impact, par exemple, sur la santé publique, le discours « civique », la sécurité publique et les processus électoraux, par exemple par l’utilisation de faux comptes ou de bots informatiques.
- Lors de l’évaluation des risques systémiques, les TGPL doivent également analyser leurs systèmes automatisés [art. 2 (n)-(p), art. 26 (2)]:
 - des systèmes de modération des contenus visant à détecter et à restreindre les contenus illicites ;
 - les systèmes de recommandation qui suggèrent des informations aux bénéficiaires ou déterminent l’ordre dans lequel elles sont affichées;
 - et les systèmes de publicité, qui affichent des annonces promouvant des messages de toute nature moyennant paiement.
- Les TGPL doivent adopter des mesures adéquates pour atténuer ces risques, par exemple en adaptant leurs systèmes de modération ou de recommandation, ou en réduisant leurs revenus publicitaires pour certains contenus [Art. 27, considérant 58].
- En outre, les TGPL doivent notamment :
 - archiver sur un serveur public les publicités affichées et les informations connexes, par exemple les paramètres de la publicité ciblée [Art. 30] ;
 - se soumettre à des audits annuels indépendants pour vérifier qu’ils respectent toutes les obligations de diligence raisonnable et les engagements volontaires et, en cas de rapport d’audit négatif, mettre en œuvre les mesures recommandées [Art. 28] ;
 - divulguer les principaux paramètres utilisés dans leurs systèmes de recommandation pour hiérarchiser les informations ainsi que les possibilités de les modifier; les bénéficiaires doivent pouvoir choisir une option qui ne relève pas du profilage – c’est-à-dire de la création d’un profil personnel au moyen d’une analyse automatisée des données personnelles collectées [Art. 29] ;
 - donner aux autorités de contrôle, à des fins de surveillance, et aux chercheurs, l’accès à ses données [Art. 31];
 - et nommer un responsable de la conformité qui contrôle le respect des règles du DSA [Art. 32].

Déclaration de la Commission sur le respect du principe de subsidiarité

Les règles régissant le fonctionnement des services numériques transfrontaliers ne peuvent être harmonisées qu’au niveau européen (voir [Les Analyses du cep 22/2021](#)).

Contexte politique

Le Parlement européen a publié des résolutions [[2020/18/INL](#), [2020/19/INL](#) et [2020/2022/INI](#)] assorties 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 sur les nouvelles règles pour les 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 du consommateur, 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

Un point de contact unique facilite la transmission et l'exécution des injonctions judiciaires ou administratives. C'est pourquoi il est également nécessaire pour les FSI non implantés dans l'UE de désigner un représentant légal. Pour permettre une application transfrontalière efficace du DSA, les FSI devraient être obligés de communiquer avec les autorités et les tribunaux en anglais, lorsque cela est demandé, en plus d'une langue officielle de leur choix.

L'introduction d'un mécanisme de notification et d'action facilite le retrait des contenus illicites. Toutefois, le DSA devrait aussi réglementer la langue dans laquelle les notifications doivent être soumises et, par exemple, stipuler que les utilisateurs peuvent dans tous les cas soumettre des notifications en anglais.

D'une part, le fait que les FSI risquent de perdre l'exemption de responsabilité [cf. [Les Analyses du cep 22/2021](#)] dès qu'ils sont informés d'un contenu illégal par le biais d'une notification incite les FSI à retirer rapidement ce contenu. D'autre part, il existe un risque de surblocage – blocage de contenus légaux – si les FSI agissent trop hâtivement et suppriment également des contenus légaux par crainte de devoir en répondre.

Un système interne de traitement des réclamations permet aux FSI de corriger plus facilement les mauvaises décisions imputables à un algorithme de surblocage, contribuant ainsi à protéger les droits des personnes concernées. Toutefois, ce système devrait également être disponible lorsqu'une plateforme décide de ne pas supprimer un contenu. Ainsi, les plateformes devraient également être tenues de justifier leur décision de ne pas supprimer un contenu signalé.

Le traitement prioritaire des notifications des « signaleurs de confiance » accélère le retrait des contenus illicites. Toutefois, le fait que les signaleurs doivent représenter des intérêts collectifs réduit inutilement leur nombre.

L'obligation de signaler les soupçons d'infractions pénales graves devrait s'appliquer à tous les FSI. La définition d'infraction pénale « grave » doit cependant être précisée.

Les obligations de transparence pour la publicité peuvent protéger contre la manipulation. En outre, une interdiction de la publicité personnalisée destinée aux mineurs devrait également être envisagée, car les améliorations proposées pour rendre la publicité personnalisée plus reconnaissable sont inadéquates pour ce groupe.

Les fournisseurs de services de diffusion en direct et les moteurs de recherche devraient être soumis à certaines obligations du DSA, telles que les obligations supplémentaires applicables aux fournisseurs de services d'hébergement.

Évaluation juridique

Compétence législative de l'UE et subsidiarité

Le DSA se fonde à juste titre sur la compétence relative au marché intérieur [art. 114 (1) TFUE] et, il est compatible avec le principe de subsidiarité [voir [Les Analyses du cep 22/2021](#)].

Proportionnalité par rapport aux États membres

Le choix d'un règlement plutôt que d'une directive est proportionné. Pour créer un cadre qui s'applique uniformément à tous les États membres dans la lutte contre les contenus illicites par les FSI qui élimine les différences juridiques existantes, des règles uniformes et directement applicables sont préférables. Celles-ci faciliteront également l'application effective des obligations et les États membres pourront toujours déterminer ce qui constitue un contenu illicite et qui en est responsable. Le DSA est cependant disproportionné dans la mesure où son articulation avec le droit national et la portée de son effet de blocage n'est pas clarifiée [voir [Les Analyses du cep 22/2021](#)].

Compatibilité avec le droit communautaire

Les obligations applicables aux FSI portent atteinte à la liberté d'entreprise [Art. 16 de la Charte des droits fondamentaux]. Elles répondent toutefois à un objectif légitime, à savoir la protection de droits fondamentaux contradictoires, notamment la liberté d'expression et d'information [Art. 11 CDF], d'une part, et les droits des bénéficiaires à la vie privée [Art. 7, 8 CDF] ainsi que les droits de propriété intellectuelle des tiers [Art. 17 CDF], d'autre part. Les obligations plus strictes imposées aux TGPL en matière d'identification et de réduction des « risques systémiques » et d'archivage de la publicité se justifient en principe par la protection de la sécurité et de la santé publiques ainsi que la préservation de la démocratie – reconnues par l'UE comme des objectifs relevant de l'intérêt général [Art. 2 TUE, CJUE C-402/05 P - Kadi et al Barakaat, para. 303 - Art. 52 (1) de la Charte des droits fondamentaux (CDF)]. La formation du libre-arbitre et l'ouverture des débats publics à tous les citoyens sont essentielles à une participation démocratique équitable. Les obligations en la matière pour les TGPL sont cependant trop vagues. Le DSA doit être plus spécifique sur ce que sont les « risques systémiques » et quand les manipulations sont susceptibles d'avoir un effet négatif sur la société, notamment sur le discours « civique ».

L'échelonnement des obligations en fonction de la nature du FSI sont importantes pour garantir la proportionnalité. Toutefois, dans un premier temps, cet échelonnement doit être encore davantage se fonder sur les risques que présentent les FSI. Seuls les FSI dont les activités présentent un faible risque de violation des droits fondamentaux ou de l'intérêt général devraient être exemptés des obligations pour les plateformes en ligne et les TGPL. À l'inverse, **les obligations pour les TGPL devraient également s'appliquer aux petites plateformes** de moins de 45 millions d'utilisateurs **si ces plateformes présentent certains risques « systémiques » qui sont à définir de manière plus précise.** Le « niveau de risque » et donc la catégorie d'obligations applicables à un FSI ne devraient pas être liés exclusivement à son chiffre d'affaires, ses effectifs en termes de personnel ou le nombre de ses utilisateurs. L'existence de risques dans le cas de plateformes comptant plus de 45 millions d'utilisateurs, et l'absence de risques dans le cas de celles comptant moins de 5 millions d'utilisateurs, pourrait toutefois être supposées, sous réserve de réfutation.

L'octroi à la Commission de l'habilitation à préciser, au moyen d'actes délégués, la notion d'« utilisateur actif » d'une plateforme en ligne ainsi que la méthodologie pour calculer le nombre de ses bénéficiaires, est contraire au droit de l'UE [Art. 290, paragraphe 1, TFUE]. Ces questions fondamentales devraient être réglementées directement par le DSA.

Deuxièmement, les obligations des plateformes en ligne doivent être adaptées plus spécifiquement à la ou aux fonction(s) qu'une plateforme offre. En effet, l'illégalité est souvent plus facile à déterminer s'il s'agit d'offres sur les places de marché plutôt que de déclarations sur les réseaux sociaux, où une évaluation du respect – ou non – de la liberté d'expression est nécessaire. Dans la mesure où les plateformes fonctionnent comme des places de marché, elles pourraient donc être soumises à des délais d'action plus courts que les réseaux sociaux.

L'obligation de bloquer les personnes qui fournissent « fréquemment » des contenus « manifestement » illicites – qualifications vagues – ou qui soumettent des réclamations infondées, viole le droit fondamental à la liberté d'expression et d'information. Les critères de blocage des bénéficiaires ou des auteurs de réclamations doivent être réglementés par le DSA et non laissés à la discrétion de la plateforme.

La participation au règlement extrajudiciaire des litiges doit également être volontaire pour les plateformes; leur droit à recourir à la voie judiciaire [Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux] signifie qu'elles doivent, comme les bénéficiaires, avoir le droit de faire examiner par les tribunaux les décisions des organes de règlement des litiges.

Le fait que les FSI doivent déclarer, dans leurs conditions générales, quels sont les contenus qu'ils suppriment – outre les contenus illicites – et que, lors de leur suppression, ils doivent tenir compte des droits fondamentaux des utilisateurs, accroît la transparence pour toutes les parties concernées et contribue à garantir que les FSI ne suppriment pas les contenus de manière arbitraire et qu'ils respectent également la liberté d'expression. L'ingérence qui en résulte dans leur liberté contractuelle est justifiée. Etant donné l'importance des FSI pour la communication d'informations destinées à nourrir le débat public, le législateur européen a l'obligation juridique fondamentale de protéger également la liberté d'expression des utilisateurs; les obligations de protection reconnues par le Charte des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne [Affaire C-265/95 (32)] sont comparables à cet égard.

Pour créer une sécurité juridique, de nombreuses clarifications sont encore nécessaires, par exemple, dans quelle langue les bénéficiaires doivent soumettre les notifications de contenu illégal et dans quelle langue le FSI doit fournir l'exposé des motifs de ses décisions, par exemple pour bloquer le contenu.

Résumé de l'évaluation

L'introduction d'un mécanisme de notification et d'action facilite le retrait des contenus illicites. Le traitement prioritaire des notifications des « signaleurs de confiance » accélère le retrait des contenus illicites. Toutefois, le fait que les signaleurs doivent représenter des intérêts collectifs réduit inutilement leur nombre. L'échelonnement des obligations en fonction de la nature du FSI sont importantes pour garantir la proportionnalité. Cependant, les obligations pour les TGPL devraient également s'appliquer aux plus petites plateformes si celles-ci présentent certains risques « systémiques » qui sont à définir de manière plus précise. L'octroi à la Commission de l'habilitation à préciser la notion d'« utilisateur actif » d'une plateforme en ligne ainsi que la méthodologie pour calculer le nombre de ses bénéficiaires, est contraire au droit de l'UE. Ces questions fondamentales devraient être réglementées directement par le DSA.