

E-COMMERCE

PREMIERES OBSERVATIONS DE L'AFEP

Dans le cadre du « Digital Services Act », la Commission entend réviser d'ici la fin de l'année la directive 2000/31 relative au commerce électronique (« DCE »). Ce cadre législatif vieux de 20 ans répond imparfaitement aux nouveaux comportements et usages du numérique (nouveaux canaux de distribution au bénéfice des entreprises de toute taille, fort accroissement des volumes d'échanges et des contenus illicites) comme à l'émergence de nouveaux et puissants acteurs économiques (plateformes, réseaux sociaux...).

L'Afep souhaite une **actualisation de ce texte pour en renforcer la sécurité juridique** en préservant certains de ses principes les plus structurants. Pour ce faire, elle soutient la rédaction d'un **règlement** afin d'harmoniser ces nouvelles dispositions et de renforcer au sein du marché unique la confiance des consommateurs qui doit être équivalente à celle connue dans le commerce physique.

Cette révision doit être l'occasion de **clarifier les conditions devant être remplies par les acteurs numériques pour être qualifiés d'hébergeurs afin d'être soumis à un régime de responsabilité approprié.**

1. Confirmer certains principes et définitions

- La définition de **services de la société d'information** : elle regroupe tout service proposé normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.
- La définition du « **contenu illicite** »¹ : elle permet d'englober toute information contraire au droit de l'UE ou de l'Etat membre concerné.
- Maintenir le **principe de responsabilité limitée** (articles 12, 13 et 14 DCE) des fournisseurs de services d'hébergement tout en clarifiant son champ d'application.
- Préserver le **principe d'absence d'obligation générale de surveillance** (article 15 DCE) afin de protéger les opérateurs simples intermédiaires techniquement neutres (« hébergeurs passifs »²) tout en l'adaptant à l'essor numérique. **Dans ce cadre, des clarifications sont proposées (voir III).**

2. Etendre le champ d'application de la directive E-commerce aux prestataires de services d'hébergement établis hors UE

- **Extension du champ aux prestataires de services d'hébergement établis hors UE**

La directive e-commerce repose actuellement sur le principe du pays d'origine (article 3 DCE). Il impose aux Etats membres de veiller à ce que les services de la société d'information fournis par un prestataire établi sur leur territoire respectent les dispositions nationales sans restreindre la libre circulation de ces services entre Etats. Dès lors, les prestataires établis hors UE fournissant des services sur le territoire européen ne sont pas soumis aux obligations de la directive.

1 Recommandation (UE) 2018/334 de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne. Recommandation (UE).
2 Dont le rôle est selon le considérant 42 de la directive E-commerce « purement technique, automatique et passif ».

Afin d'assurer une protection effective des consommateurs européens et des titulaires de droits de propriété intellectuelle, ainsi que les conditions d'une concurrence équitable entre les acteurs du e-commerce, il est nécessaire d'étendre **le champ d'application également** aux services fournis à un **destinataire se trouvant sur le territoire européen, par un prestataire qui n'est pas établi dans l'Union**³.

- **Extension du champ aux prestataires de services d'hébergement de toute taille**

Le futur texte devrait s'appliquer à tous les acteurs, **quelle que soit leur taille**, dès lors que la fourniture de service d'hébergement telle que définie ci-dessous est **l'activité principale** de l'intermédiaire et qu'elle est susceptible de **créer des risques pour les destinataires du service**. Des allègements pourraient être prévus (par exemple, exemption de dispositions pouvant créer une surcharge administrative). **L'application erga omnes** des règles sur le commerce électronique permettra de lutter contre la prolifération d'intermédiaires profitant de la vente de produits contrefaisants pour se développer au détriment de l'économie en général et de la protection des consommateurs en particulier.

3. Clarifier la notion d'hébergeur et le régime de responsabilité correspondant en instaurant un devoir de vigilance

Si le **principe de responsabilité limitée** des prestataires d'hébergement doit être maintenu (article 12 à 14), l'évolution et la complexification des acteurs numériques depuis 20 ans requièrent cependant une **clarification de ce cadre juridique**.

Les nombreux bénéfices économiques du numérique s'accompagnent en effet d'une prolifération de contenus illicites sur Internet (incitation à la haine, pédopornographie, contrefaçon, commerce parallèle). Ce constat impose de **revoir la qualification d'hébergeur** déterminant les acteurs bénéficiant d'un régime de responsabilité aménagé. Cette révision devra prendre en compte la jurisprudence de la CJUE et imposer un **devoir de vigilance aux acteurs marchands du numérique concernés pour sécuriser les activités de leurs services en ligne**.

Une actualisation est donc requise selon les modalités suivantes :

- considérer Internet comme un vecteur commercial où les droits de toute partie intéressée (consommateurs, titulaires de droits de propriété intellectuelle...) doivent être assurés avec **un niveau de protection équivalent à celui existant dans les lieux de ventes physiques** : comme dans toute relation commerciale, les **vendeurs professionnels utilisateurs de plateformes numériques** agissant sous couvert d'un pseudonyme doivent pouvoir être **identifiés**⁴ par une **vérification de la plateforme concernée** ;
- intégrer la jurisprudence fixant les conditions dans lesquelles les intermédiaires deviendraient des **hébergeurs actifs ne pouvant se réclamer de la protection de l'article 14, remettant alors en cause leur non-responsabilité**, à savoir lorsque :
 - leur activité va **au-delà du simple stockage et de la transmission de données** : ils ont une visibilité et un **contrôle** sur ces données en les **sélectionnant, les utilisant, les modifiant et/ou les éditant dans le but de les optimiser ou les promouvoir**⁵ et

³ Voir en ce sens la Recommandation de 2018 qui définit un prestataire de services d'hébergement « quel que soit son lieu d'établissement » dirigeant « ses activités vers des consommateurs résidant dans l'Union » et la proposition de règlement de la Commission sur la lutte contre les contenus terroristes en ligne, qui s'applique « aux fournisseurs de services d'hébergement qui proposent des services dans l'Union, quel que soit le lieu de leur établissement principal. »

⁴ « Ce qui est illicite hors ligne l'est aussi en ligne », Communication de la Commission européenne sur la lutte contre le contenu illicite en ligne, 28 septembre 2017.

⁵ CJUE, 23 mars 2010, Google vs LVMH. En 2011, la CJUE a estimé concernant une place de marché que « ledit exploitant joue un [rôle actif] quand il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celle-ci ». CJUE, 12 juillet 2011, L'Oréal c/ eBay.

- ils refusent le contrôle sur les contenus traités alors que ce contrôle est techniquement et contractuellement⁶ possible ;
 - ils distribuent/rendent accessibles leurs contenus au public ;
- apprécier la responsabilité des **hébergeurs actifs** dès lors qu'ils ont rempli leur **devoir de vigilance** pour **toutes leurs activités**, impliquant une **obligation de moyens de remédier aux violations des droits sur leur plateforme**. Pour ce faire, les hébergeurs doivent **mettre en place un plan de vigilance adapté** dont les modalités pratiques devront être établies par les autorités nationales et régulateurs concernés, en concertation avec les parties prenantes. Ce plan de vigilance est fondé sur les **quatre principes suivants** :
- **identifier les risques : lister les risques identifiés** (« cartographie des risques » internes, générés par l'hébergeur actif lui-même, et des risques externes, induits par les utilisateurs de la plateforme) et le **recours aux outils appropriés** (études d'impacts, analyses des risques, etc.) ;
 - **prévenir les atteintes** : application de **mesures efficaces ex ante sur une base volontaire** (mise en cohérence des faisceaux d'indices concordants issus d'un programme de collaboration avec les titulaires de droit par exemple), **proportionnées et spécifiques** (en fonction du business model, des capacités techniques du prestataire telles que filtrage ou blocage...) ;
 - **remédier aux incidences négatives** : reconnaissance des faits, **engagement d'améliorations**, possibilité pour l'hébergeur actif **d'user de son influence** pour que la relation d'affaires évolue et ainsi de faire cesser la violation des droits de propriété intellectuelle ;
 - **rendre compte de la manière dont ils y remédient : obligation de transparence** régulière sur les mesures adoptées à partir de nombreux indices (origine du produit déclarée par le vendeur, réputation du vendeur, identification...) vis-à-vis des titulaires de droits de propriété intellectuelle, dès lors que ceux-ci leur ont notifié un contenu illicite ou participent à un programme de collaboration avec l'hébergeur.

L'introduction de ce devoir de vigilance induirait ainsi une **responsabilité des hébergeurs actifs** non pas pour l'existence de contenus illicites sur leurs sites mais **pour l'absence de mise en œuvre d'un plan de vigilance, incluant des mesures de contrôle ex ante comme de réactivité après notification**. En cas de contentieux, il reviendrait au juge d'apprécier désormais la mise en œuvre de son devoir de vigilance concernant le contenu en cause, en conformité avec la jurisprudence la plus récente.

*

A PROPOS DE L'AFEP

Représentant 113 des plus grands groupes privés exerçant leurs activités en France, l'Afep – Association française des entreprises privées – participe au débat public avec pour ambition d'apporter des réponses pragmatiques en faveur du développement d'une économie française et européenne compétitive.

Les entreprises membres de l'Afep contribuent pour plus de 13 % au PIB français, emploient 2 millions de salariés directs et versent 19 % des prélèvements obligatoires pesant sur les entreprises.

Emmanuelle Flament-Mascaret - Directrice Affaires commerciales et Propriété intellectuelle
e.flament-mascaret@afep.com

Justine Richard - Directeur adjoint des Affaires européennes
j.richard-morin@afep.com

⁶ Certains hébergeurs tels que les services en nuage entre entreprises (B2B Cloud) et les infrastructures en nuage, ne détiennent aucun droit contractuel sur la manière dont ces contenus sont traités ou mis à la disposition du public par leurs clients ou les utilisateurs finaux de leurs clients ; ou n'ont pas la capacité technique de supprimer les contenus stockés par leurs clients ou par les utilisateurs finaux de leurs services. Ces hébergeurs restent donc passifs.