Message 201

Communication de la Commission - TRIS/(2023) 3720

Directive (UE) 2015/1535

Notification: 2023/0461/FR

Retransmission de la réponse de l'Etat membre notifiant (France) à de European Commission.

MSG: 20233720.FR

1. MSG 201 IND 2023 0461 FR FR 27-11-2023 22-12-2023 FR ANSWER 27-11-2023

2. France

3A. Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique
Direction générale des entreprises
SCIDE/SQUALPI/PNRP
Bât. Sieyès -Teledoc 143
61, Bd Vincent Auriol
75703 PARIS Cedex 13
d9834.france@finances.gouv.fr

3B. Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique
Direction générale des entreprises
SEN - Pôle Régulation des Plateformes Numériques
Bât. Necker -Teledoc 767
120 Rue de Bercy
75012 PARIS

4. 2023/0461/FR - SERV60 - Services Internet

5.

6. Les autorités françaises ont pris connaissance des observations et de l’avis circonstancié de la Commission formulés par courrier en date du 25 octobre dernier et relatifs au projet de loi visant à sécuriser et réguler l’espace numérique. Conformément à l’article 6 de la directive 2015/1535, elles adressent par la présente les éléments de réponse suivants en rappelant que l’examen parlementaire se poursuit avec la perspective de la réunion prochaine d’une commission mixte paritaire entre les députés et les sénateurs pour examiner les dispositions restant en discussion.

1. Eléments de réponse à l’avis circonstancié

1.1. Sur les aspects relatifs à la directive e-commerce

La Commission fait valoir que les dispositions les plus importantes du projet de loi (articles 1, 2, 4, 6, 7, 8 et 10) visent les « services de communication au public en ligne » quel que soit le lieu d’établissement du prestataire de ce service. Elle rappelle en effet les possibilités offertes par l’article 3.4 de la directive e-commerce, qui permettent à un Etat membre, sous certaines conditions, de déroger au principe du pays d’origine (« PPO ») et de prendre des mesures à l’égard d’un prestataire d’un service de la société de l’information établi dans un autre Etat Membre. Dans l’avis précité, la Commission invite d’ailleurs expressément les autorités françaises à exploiter au maximum les flexibilités offertes par

ces dispositions dérogatoires, sans pour autant indiquer les modalités précises qui, selon elle, devraient régir ces mesures dérogatoires, ni signaler aux autorités françaises un changement de doctrine de l'exécutif européen au regard de la lecture de l'article 3.4.

Les autorités françaises tiennent à souligner que telle est bien leur intention depuis l'origine de l'initiative législative.

En premier lieu, les dispositions essentielles notifiées (articles 1, 2, 4, 6, 7, 8 et 10) se fondent sur la protection d'intérêts publics supérieurs tels que visés à l'article 3.4 de la directive : protection des mineurs, protection de l'ordre public, protection des consommateurs.

En second lieu, les autorités françaises entendent bien d'une part, limiter par principe l'application des dispositions relevant du champ de la directive e-commerce aux seuls services établis en France ou dans un Etat tiers, et d'autre part, s'agissant des services établis dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, permettre leur extension en aval à des services individuellement identifiés, dans le respect de la procédure préalable prévue par cette directive, conformément à l'interprétation retenue par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-376/22 « Google Ireland » du 9 novembre 2023.
La poursuite de l'examen parlementaire du texte permettra de réexaminer les dispositions relevant du champ de la directive à l'aune de ces exigences.

1.2. Sur les aspects relatifs au Règlement sur les Services Numériques (DSA)

1.2.1. Sur la conformité de certaines dispositions de l'article 22 du projet de loi

Dans son avis, la Commission observe que certaines dispositions du projet de loi « reproduisent » peu ou prou littéralement les termes de certains articles du DSA et que cette méthode de « retranscription » en droit national des énoncés d'articles du règlement ne serait pas conforme au principe d'applicabilité directe du règlement.

La Commission vise en particulier l'article 22, complétant l'article 5 de la loi du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique, en ses paragraphes III), V) et VIII) deuxième alinéa.

◊ Sur l'article 22 visant l'article 5 en son paragraphe III) :
Rappel de la disposition :
III) « Les personnes dont l'activité consiste à fournir un service d'hébergement ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère manifestement illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.
« Elles ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée en raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance du caractère manifestement illicite de l'activité ou de l'information ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.
Les premier et deuxième alinéas du présent III ne s'appliquent pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne qui fournit le service d'hébergement. »
La Commission observe que cette disposition tend à reproduire les termes de l'article 6 du règlement DSA.
Article 6 du DSA
Hébergement
1. En cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le fournisseur de services n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que le fournisseur :
a) n'ait pas effectivement connaissance de l'activité illégale ou du contenu illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas conscience de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illégale ou le contenu

illicite est apparent ; ou
b) dès le moment où il en prend connaissance ou conscience, agisse promptement pour retirer le contenu illicite ou rendre l'accès à celui-ci impossible.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur. »

Au regard de l'observation de la Commission, les autorités françaises souhaitent apporter les éclairages suivants :
- Le gouvernement français souhaite tirer avantage de l'exercice législatif de mise en œuvre du DSA en France pour y porter également une refonte et une nouvelle architecture de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (objet de l'article 22) et renforcer la lisibilité globale de ce texte abondamment remanié depuis plusieurs années ;
- Le régime de responsabilité des hébergeurs constitue un pilier du cadre législatif applicable aux services numériques et il apparaît important, aux yeux des autorités françaises, que la loi de référence (LCEN) comporte explicitement les dispositions applicables en la matière, en évitant des renvois elliptiques. Il s'agit essentiellement d'un enjeu de lisibilité et d'accessibilité de la loi.
- Il est rappelé que l'objectif de lisibilité de la loi est un impératif d'ordre constitutionnel en droit français ;
- Comme le rapporte la Commission, le Conseil d'Etat dans son avis de mai 2023 a estimé que « ces dispositions ne se heurtent à aucun obstacle » (y compris, donc, d'ordre conventionnel) ;
- Cet effort de lisibilité dans la loi française ne saurait altérer le principe d'applicabilité directe du règlement DSA.

◊ Sur l'article 22, en l'article 5, paragraphe V) :
Rappel de la disposition :
V) « Les personnes dont l'activité consiste à fournir des services d'hébergement concourent à la lutte contre la diffusion de contenus constituant les infractions mentionnées aux articles 211 2, 222 33, 222 33 1 1, 222 33 2, 222 33 2 1, 222 33 2 2, 222 33 2 3, 223 1 1, 223 13, 225 4 13, 225 5, 225 6, 225 10, 226 1 à 226 3, 226 4 1, 226 8, 227 4 2, 227 18 à 227 21, 227 22 à 227 24, 226 10, 226 21, 226 22, 312 10 à 312 12, 412 8, 413 13, 413 14, 421 2 5, 431 1, 433 3, 433 3 1 et 431 6 et au deuxième alinéa de l'article 222 33 3 du code pénal, ainsi qu'aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 et à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
« À ce titre, elles informent promptement les autorités compétentes de toutes activités illicites mentionnées au premier alinéa du présent 1 qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services
« Tout manquement à cette obligation d'information est puni d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende.
« Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de cette infraction, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent une peine d'amende, suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 dudit code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.».

La Commission observe que cette disposition tend à reproduire les termes de l'article 18 du DSA.
Article 18 du DSA :
Notification des soupçons d'infraction pénale
1. Lorsqu'un fournisseur de services d'hébergement a connaissance d'informations conduisant à soupçonner qu'une infraction pénale présentant une menace pour la vie ou la sécurité d'une ou de plusieurs personnes a été commise, est en train d'être commise ou est susceptible d'être commise, il informe promptement les autorités répressives ou judiciaires de l'État membre ou des États membres concernés de son soupçon et fournit toutes les informations pertinentes disponibles.

Au regard de l'observation de la Commission, les autorités françaises souhaitent préciser les points suivants :
- L'article 22, article 5.V, qui a vocation à établir une sanction pénale en cas de non-exécution de l'obligation d'information prévue à l'article 18 du DSA, et à cette occasion, à expliciter en droit français les catégories d'infractions pénales devant être considérées comme « menaçant la vie ou la sécurité des personnes » (provocation publique au génocide, harcèlement, proxénétisme, abus sexuels sur mineurs, apologie du terrorisme, provocation à un attroupement armé, apologie des crimes contre l'humanité, provocation à la haine…), ne peut s'interpréter comme créant des

obligations supplémentaires ou allégées par rapport à celles du DSA.
- A l'issue de l'examen du texte par l'Assemblée Nationale en octobre dernier, la disposition a fait l'objet d'une certaine rationalisation (suppression de la référence à 13 articles du code pénal) ;
- La retranscription explicite dans cet article de l'obligation d'information des autorités répressives telle que prévue par l'article 18 du DSA participe, d'une part, de l'exigence constitutionnelle de lisibilité de la loi, et d'autre part, ne saurait altérer le principe d'applicabilité directe du règlement.

◊ Sur l'article 22, en l'article 5, paragraphe VIII) deuxième alinéa :

Rappel de la disposition dans la version de juillet 2023 :
VIII) « Lorsqu'elles sont saisies d'un signalement de la part d'un mineur de moins de quinze ans portant sur un contenu illicite, ou contraire à leurs conditions générales d'utilisation, qui mentionne ce même mineur de moins de quinze ans inscrit sur une plateforme dans les conditions prévues à l'article 6 7 de la présente loi, les plateformes en ligne mettent le contenu précité hors d'accès sans délai et jusqu'à l'aboutissement de la procédure de traitement du signalement, quelle qu'en soit la nature. Le mineur ou ses représentants apportent, par tout moyen, la preuve que la personne mentionnée a moins de quinze ans. ».

La Commission observe que cette disposition tend à reproduire le dispositif de l'article 16 du DSA.
Article 16 du DSA
Mécanismes de notification et d'action
1. Les fournisseurs de services d'hébergement mettent en place des mécanismes permettant à tout particulier ou à toute entité de leur signaler la présence au sein de leur service d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite. Ces mécanismes sont faciles d'accès et d'utilisation et permettent la soumission de notifications exclusivement par voie électronique. […]
Les fournisseurs de services d'hébergement traitent les notifications qu'ils reçoivent au titre des mécanismes prévus au paragraphe 1 et prennent leurs décisions concernant les informations auxquelles les notifications se rapportent en temps opportun, de manière diligente, non arbitraire et objective ».

Les autorités françaises informent la Commission que la disposition figurant à l'article 22, article 5, paragraphe VIII, deuxième alinéa, dans la version du texte en date de juillet 2023, a été supprimée dans la version en date d'octobre 2023 telle qu'issue du vote de l'Assemblée Nationale.

1.2.2. Sur la protection des mineurs

◊ Sur l'articulation entre le DSA et la directive SMA

Dans l'avis précité, la Commission fait valoir que la protection des mineurs fait partie intégrante des objectifs politiques poursuivis par le DSA. Les autorités françaises reconnaissent et se félicitent de l'ambition de la Commission en faveur d'une meilleure protection des mineurs en ligne. Elles rappellent également que ce dernier s'articule avec la directive SMA.

L'article 2 du règlement DSA dispose explicitement que « le présent règlement s'entend sans préjudice des règles établies par d'autres actes juridiques de l'Union régissant d'autres aspects de la fourniture de services intermédiaires dans le marché intérieur ou précisant et complétant le présent règlement, en particulier les actes suivants : la directive 2010/13/UE ». En outre, son considérant 10 précise qu'il s'applique : « sans préjudice d'autres actes du droit de l'Union régissant la fourniture de services de la société de l'information en général, régissant d'autres aspects de la fourniture de services intermédiaires dans le marché intérieur ou précisant et complétant les règles harmonisées énoncées dans le présent règlement, tels que la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil (7), y compris les dispositions de ladite directive concernant les plateformes de partage de vidéos ».

Les colégislateurs européens ont donc prévu explicitement que le règlement DSA n'affecte pas les règles posées par la directive relative aux services de médias audiovisuels (« directive SMA ») telle que révisée en 2018.

L'article 28 ter (1.a) de la directive SMA appelle les Etats-membres à veiller à ce que « les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos relevant de leur compétence prennent les mesures appropriées pour protéger les mineurs des programmes, vidéos créées par l'utilisateur susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral ».
L'article 28 ter (3.f) indique : « Aux fins de la protection des mineurs prévue au paragraphe 1 a), les contenus les plus préjudiciables sont soumis aux mesures de contrôle d'accès les plus strictes. Ces mesures consistent à […] mettre en place et utiliser des systèmes permettant de vérifier l'âge des utilisateurs des plateformes de partage de vidéos en ce qui concerne les contenus susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ».

Les autorités françaises considèrent ainsi que le règlement DSA n'affecte pas les règles établies par la directive SMA et qu'aux termes de cette directive, un Etat Membre est fondé à adopter des mesures visant les plateformes de partage de vidéos et enjoignant, notamment, la mise en place de systèmes de vérification de l'âge des utilisateurs.

L'article 60 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication habilite d'ores et déjà l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) à veiller au respect, par les plateformes de partage de vidéos, des obligations prévues par l'article 28 ter de la directive SMA.

A cet égard, l'article 1er du projet de loi, qui prévoit l'application par les plateformes de partage de vidéos d'un système de vérification de l'âge sous le contrôle de l'ARCOM, apparaît comme une mesure complémentaire du système des règles nationales transposant la directive SMA.
L'obligation s'appliquera, d'une part aux plateformes de partage de vidéo, d'autre part aux sites ayant une responsabilité éditoriale sur leur contenu (qui sont en dehors du champ du DSA).

◊ Sur la construction du portefeuille européen d'identité numérique

Ceci étant dit, les autorités françaises comprennent la préoccupation qu'exprime la Commission et son attachement à la convergence d'une approche européenne en matière de dispositifs de vérification de l'âge applicables aux services de la société de l'information. Si le constat est partagé de l'absence, à ce stade, d'une norme européenne harmonisée en la matière, les autorités françaises rejoignent la volonté de la Commission d'engager rapidement une coopération étroite avec les Etats Membres en vue de construire une telle solution à l'échelle européenne.

Les autorités françaises se félicitent à ce titre du récent accord politique obtenu sur le projet de règlement européen relatif au cadre européen pour une identité numérique. Elles participent activement aux travaux techniques européens en vue de développer des prototypes harmonisés de portefeuille européen d'identité numérique. Quatre projets-pilotes sont à ce stade engagés et portent sur une série d'usages (services publics, banques, diplômes, documents de voyages …). Ces prototypes de portefeuille européen d'identité numérique apporteront les briques et les référentiels technologiques liés aux solutions de vérification de l'âge.

Le dispositif prévu par le projet de loi s'inscrit scrupuleusement dans cette démarche paneuropéenne.

Les autorités françaises concernées (et notamment l'Arcom, la CNIL, le PEREN) entendent, durant toute cette période de développement, mettre au service de l'échelon européen leurs expertises et leurs travaux pour contribuer efficacement à l'action européenne, comme la Commission les y invite dans l'avis précité.

Toutefois, les autorités françaises observent que le calendrier de développement de ces prototypes reste encore lointain : la programmation des développements en cours ne permet pas d'envisager de premiers résultats avant fin 2025. Elles se félicitent que la Commission, dans ces conditions, exprime son ouverture, en l'absence à court terme d'une solution à l'échelle européenne, à l'égard du dispositif français de vérification de l'âge.

S'agissant de l'avenir, les autorités françaises prennent l'engagement de réviser en tout ou partie leur dispositif juridique interne lorsqu'une base légale suffisamment précise au niveau de l'Union permettra d'imposer à tout ou partie des plateformes concernées par l'accès à des contenus pornographiques un dispositif effectif de vérification d'âge.

La possibilité d'adopter un projet de sunset clause est à l'étude, mais une telle clause est difficile à rédiger en droit interne tant qu'une date certaine d'entrée en application d'une telle mesure n'est pas connue, ni le périmètre des services concernés précisément déterminé.

Dans le même esprit, et conformément au souhait de la Commission, il est prévu que le référentiel de vérification en ligne de l'âge, tel qu'en construction à l'Arcom, fera l'objet d'une notification auprès de ses services.

1.2.3 Sur le système de surveillance et d'exécution

Dans l'avis précité, la Commission observe que le projet notifié confie la supervision et le contrôle de certaines dispositions aux seules autorités françaises, y compris en ce qui concerne les fournisseurs de services établis dans un autre Etat Membre et les très grandes plateformes en ligne.

En premier lieu, les autorités françaises renvoient sur ce point aux premiers éléments de réponse évoqués au point 1.1 précédent.

En second lieu, les autorités françaises informent la Commission européenne qu'elles ont pris acte de la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne intervenue le 9 novembre 2023 qui clarifie l'interprétation de l'article 3.4 de la directive e-commerce.

Les autorités françaises examinent avec attention les enseignements à tirer de cette jurisprudence en ce qui concerne les dispositions principales prévues par le projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique.

Les autorités françaises envisagent donc de procéder aux ajustements nécessaires de celles des dispositions du projet de loi qui relèvent du champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

Ainsi, pour un nombre limité de dispositions du projet de loi (notamment articles 1er et , 7, et d'autres articles encore à préciser), il est envisagé d'introduire des modalités d'application différenciées entre les services visés établis en France (et hors UE) et ceux établis dans les autres Etats membres de l'Union européenne :
- Les obligations prévues par ces articles ne seraient applicables qu'aux acteurs établis en France ou en dehors de l'Union ;

- S'agissant des prestataires de services établis dans d'autres Etats de l'UE, les obligations fixées par ces dispositions et les dispositifs de contrôle et de sanctions correspondants pourront, lorsque les conditions mentionnées au a) du 4 de l'article 3 de la directive 2000/31/CE sont remplies, être étendus à des prestataires individuellement ciblés, après avoir respecté la procédure prévue au b) du 4 ou, le cas échéant, au 5 du même article 3.

1.2.4 Sur l'absence d'obligation générale de surveillance

Dans l'avis précité, la Commission rappelle l'interdiction établie par l'article 8 du DSA, qui proscrit toute obligation de surveillance généralisée des contenus. Elle observe que les règles prévues respectivement par l'article 4 A et l'article 5 (version de juillet 2023) pourraient porter atteinte à ce principe.

Les autorités françaises apportent les éléments de réponse suivants :

- L'article 4 A (version de juillet 2023) a été modifié par l'Assemblée nationale en octobre 2023 et ne vise plus les

éditeurs de services de communication au public en ligne. La nouvelle version vise les producteurs de contenus à caractère pornographique au sens de l'article L.132-23 du code de la propriété intellectuelle, qui ne sont pas des services de la société de l'information.

- En ce qui concerne l'obligation établie à l'article 5 : la disposition prévoit que les services de plateformes visés « doivent mettre en œuvre » des « mesures permettant de procéder au blocage des autres comptes d'accès à leurs services éventuellement détenus par la personne condamnée ».

Il convient d'observer que l'article 5 prévoit explicitement que la décision de condamnation de l'utilisateur est signifiée par le juge aux plateformes concernées.

En l'occurrence, le dispositif de l'article 5 repose sur une injonction judiciaire ciblant nominativement un individu. Au regard de cette dimension strictement nominale visant un seul individu, il n'apparaît pas aux yeux des autorités françaises que la question sur la prévention de toute obligation de « surveillance générale » des contenus soit opérante.

L'article 6 du DSA prévoit en outre explicitement la possibilité, pour une autorité judiciaire ou administrative, conformément au système juridique de l'État membre, « d'exiger du fournisseur de services qu'il mette fin à une infraction ou qu'il prévienne une infraction ».

L'article 5 prévoit également que les fournisseurs de services en ligne concernés « mettent en œuvre des mesures permettant d'empêcher la création de nouveaux comptes par la même personne » : cette obligation doit s'analyser comme une simple obligation de moyens (et non de résultat) et constitue donc en pratique une simple faculté ; elle ne fait par ailleurs l'objet d'aucune sanction.

Au regard de ce qui précède, et notamment des garanties judiciaires prévues, il n'apparaît pas que le législateur français ait entendu excéder les limites fixées par la règle de l'interdiction d'une obligation de surveillance généralisée des contenus telle qu'édictée par le DSA. A titre de référence, l'article 23 du DSA qui instaure aussi des mesures de suspensions de comptes à la main des plateformes confère à ces dernières, en dehors de toute procédure judiciaire, le pouvoir de décider d'une suspension de service, sans pour autant déroger à l'interdiction d'une obligation générale de surveillance des contenus.

Toutefois, dans le souci de répondre à la préoccupation de la Commission, les autorités françaises sont ouvertes à modifier les termes de cette disposition lors des prochaines étapes du débat parlementaire.

2. Eléments de réponse aux observations

Dans le courrier précité, la Commission observe que plusieurs dispositions du projet notifié habilitent certaines autorités françaises à prendre des injonctions pour faire bloquer l'accès à des services qui reproduiraient totalement ou partiellement des contenus manifestement illicites. La Commission rappelle à ce titre les termes de l'article 9 du règlement DSA qui imposent, en ce qui concerne l'obligation du fournisseur de service intermédiaire d'informer l'autorité de la suite éventuelle donnée à l'injonction, le respect de conditions minimales dans la teneur de ces injonctions. Les autorités françaises rappellent toutefois que, si le respect de ces conditions minimales conditionne l'existence d'une obligation, à la charge des services visés par une injonction, de rendre compte des suites qu'ils y ont données, il est en revanche sans incidence sur la validité des injonctions elles-mêmes, et donc sur l'obligation pour les opérateurs ciblés de s'y conformer.

***

Les autorités françaises sont ouvertes à une pleine coopération et à une discussion étroite avec les services de la Commission en vue d'un aboutissement efficace, conciliant leurs priorités stratégiques dans le plein respect du droit de l'Union.

EUROPEAN COMMISSION
Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs
Single Market Enforcement
Notification of Regulatory Barriers

****

Commission européenne
Point de contact Directive (UE) 2015/1535
email: grow-dir2015-1535-central@ec.europa.eu