

3

PANORAMA DES NOUVELLES RÈGLES APPLICABLES AUX PLATEFORMES, DE LA DIRECTIVE OMNIBUS AU D.S.A. (*DIGITAL SERVICES ACT*)

Enguerrand MARIQUE

universitaire docent à la Radboud Universiteit (Pays-Bas)
professeur invité à l'USaint-Louis – Bruxelles
maître de conférences invité à l'UCLouvain (Belgique)

Sommaire

Introduction	156
Section 1	
Définitions	156
Section 2	
Les principes établis par la directive sur le commerce électronique	163
Section 3	
Nouvelles responsabilités des plateformes : vers davantage de protection des utilisateurs	169
Section 4	
Nouvelles prérogatives des plateformes en droit de la consommation (et protection des utilisateurs)	171
Conclusion	181

Introduction

Le nombre de fournisseurs de services de plateformes a explosé depuis la crise financière. En effet, sans revenir sur l'historique complet du marché unique numérique et des services digitaux¹, les services digitaux ont été promus après 2007 comme un moyen d'assurer la relance économique, et d'ouvrir de nouvelles opportunités. Toutefois, les activités des plateformes ne sont pas sans risques : ces acteurs sont souvent établis à l'étranger, donc difficilement accessibles lorsque les relations (contractuelles) avec celles-ci tournent mal. Par ailleurs, ces acteurs traitent massivement des données, et cherchent à mettre en exergue qu'ils ne sont que des intermédiaires, sans contrôle sur les contenus offerts.

Depuis la Commission Juncker, le nombre de législations en lien avec le marché unique numérique a explosé, au rang desquelles on compte le Règlement général sur la protection des données, des règles applicables au droit d'auteur dans le marché unique numérique, des règles en lien avec la cybersécurité, avec les contenus incitant au terrorisme et à la haine, à la protection des consommateurs, etc. La présente contribution tentera de définir la notion de plateforme dans un contexte européen (section 1), avant de rappeler les grandes lignes des principes législatifs qui existent dans ce secteur (section 2). Cette analyse ne peut toutefois pas être complète si les règles adoptées entre 2019 et 2022 ne sont pas examinées. La section 3 sera attentive à mettre en avant les nouvelles responsabilités des plateformes dans un contexte où il est nécessaire de protéger les utilisateurs. La section 4, quant à elle, examinera les nouvelles règles appartenant explicitement au champ du droit de la consommation, dans divers instruments européens récents. Les règles nouvelles sont nombreuses et techniques : la présente contribution s'intéressera d'abord à systématiser les règles, les rendre cohérentes avant de les mettre brièvement sous une loupe plus critique.

Section 1

Définitions

Le législateur européen a été prolix au cours des dernières années pour réglementer les plateformes digitales. Il a été généreux dans la définition de concepts proches de la notion de « plateforme digitale », tout en faisant évoluer des concepts existants. Le législateur européen a en effet d'abord construit un régime sur la base de la notion de « fournisseur de services de la société de l'information » (A), avant d'élaborer la notion en passant par les « plateformes collaboratives » (B), puis les « services d'intermédiation en ligne » (C) et enfin la notion de « place de marché » (D). Ce n'est qu'avec un règlement sur les services

¹ Voy. notre contribution/introduction in *Actualités en droit économique : l'entreprise face au numérique*, coll. CUP, vol. 208, Liège, Anthemis, 2021.

numériques d'octobre 2022², qui entrera en vigueur en 2024, que la notion de «plateforme» entrera dans les ordres juridiques européens (E). Certes, certains États membres, comme la France, sont à l'avant-garde et disposent de cette notion depuis quelques années, mais ces régimes sont l'exception. N'oublions pas d'ailleurs que c'est la France, lors de sa présidence du Conseil de l'Union européenne, qui a poussé le dossier du règlement sur les services numériques et a permis aux trilogues (le Parlement, le Conseil et la Commission) d'aboutir rapidement à un compromis.

A. Ceci n'est pas une plateforme : le fournisseur de services de la société d'information

La notion de «service de la société d'information» provient d'une directive 98/34/CE³, abrogée et remplacée par une directive (UE) 2015/1535⁴. Ces directives règlent les questions relatives à la normalisation et aux réglementations techniques. Cette notion n'a toutefois pas été modifiée lors du changement de directive. Cette notion a surtout été consacrée par la directive 2000/31/CE⁵ (ci-après la directive «e-commerce»), qui organisait un régime de responsabilité spécial à l'égard de certains fournisseurs de tels services.

Mais que recouvre cette notion ? L'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE définit cette notion comme «(a) tout service presté normalement (b) contre rémunération, (c) à distance (d) par voie électronique et (e) à la demande individuelle d'un destinataire de services». L'article détaille la portée de chacune de ces notions. Examinons chacune de ces conditions tour à tour.

Premièrement, la notion de «service» est entendue de manière large. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «C.J.U.E.») a soutenu que *la vente au détail de produits s'apparentait à un service*⁶. La C.J.U.E. a par ailleurs

² Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, n° L 277, 27 octobre 2022, pp. 1-102.

³ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.U.E.*, n° L 204, 21 juillet 1998, pp. 37-48.

⁴ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, n° L 241, 17 septembre 2015, pp. 1-15.

⁵ 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»), *J.O.U.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16.

⁶ C.J.U.E., 30 janvier 2018, *Amersfoort c. X et Visser Vastgoed c. Appingedam*, aff. jtes C-360/15 et C-31/16, point 97.

appliqué à plusieurs reprises la directive « e-commerce » à des situations de vente en ligne⁷.

Deuxièmement, la notion de « rémunération » reçoit une définition constante et large de la Cour de justice. Tout montant versé constitue une rémunération⁸. Toutefois, dans une affaire concernant la prestation de services de la société d'information, la Cour de justice a refusé d'entendre une question préjudicielle sous le couvert du fait que les services d'économie collaborative serviraient à couvrir des « frais réels », et dès lors il n'y aurait pas de rémunération⁹. Cette approche, unique jusqu'à présent, semble se justifier par le caractère éminemment politique de la question posée, qui a fait l'objet d'une longue saga jurisprudentielle (et politique)¹⁰.

Troisièmement, « à distance » signifie que les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre. Ainsi, une commande réalisée dans un supermarché de meubles suédois par le biais d'un catalogue digital mis à disposition au sein d'un magasin de cette chaîne se réalise « en présence » du magasin. Si, toutefois, la commande a lieu en ligne, en dehors du magasin, la plateforme offre un service de la société de l'information.

Quatrièmement, « par voie électronique » signifie que le service est envoyé et reçu par des outils électroniques de traitements, ce qui exclut notamment les services de téléphonie traditionnels ou les services prestés par le biais d'ondes radio, par le biais de CD-ROM ou de clés USB, ou qui impliquent un contenu matériel (service de parkings avec paiement par télépéage et reconnaissance automatique de plaque d'immatriculation).

Cinquièmement, « à la demande individuelle d'un destinataire de services » signifie que le service répond à une demande individuelle, et n'aurait pas été presté sans cette demande. Ainsi, un programme télévisuel qui répondrait aux critères ci-dessus sera exclu, en ce qu'il sera diffusé, que les auditeurs/utilisateurs soient présents ou non. Par contre, un service de télévision « à la demande » (*podcast*, rediffusion d'émissions passées) tombera sous le champ de cette notion.

Toutefois, il existe de nombreuses formes de fournisseurs de services de société d'information, et, cela n'implique pas nécessaire une relation triangulaire entre (a) un prestataire de services/un vendeur de produits, (b) un utilisateur final/un consommateur et (c) un intermédiaire technique. La directive « e-commerce » identifie une série d'intermédiaires, et la notion de l'hébergeur se rapproche le plus de la notion de plateformes : toutes les plateformes sont des hébergeurs, mais l'inverse n'est pas vrai¹¹.

⁷ Voy., par exemple, C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, aff. C-108/09 ; C.J.U.E., 1^{er} octobre 2020, *A c. Daniel B e.a.*, aff. C-649/18, points 66-68.

⁸ Voy. par exemple C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Jandt*, aff. C-281/06.

⁹ C.J.U.E., 27 octobre 2016, *Uber Belgium*, aff. C-525/15.

¹⁰ Voy. par exemple E. MARIQUE, « Fin du brouillard juridique pour Uber en Belgique », 24 avril 2019, accessible sur <https://www.justice-en-ligne.be/Fin-du-brouillard-juridique-pour>.

¹¹ La section 2, B, examine plus en détail le régime applicable à ces hébergeurs.

B. L'odeur, la forme et la couleur d'une plateforme

À défaut de définition de la notion de plateforme, la jurisprudence et la doctrine se sont longtemps contentées de la notion de fournisseur de service de la société d'information, ou d'hébergeur. Toutefois, le phénomène des plateformes s'est développé et la Commission européenne a cru utile de définir un terme proche des plateformes. La Commission a publié en juin 2016 une communication sur les perspectives de la réglementation de l'économie collaborative, et y définit la notion :

« Le terme "économie collaborative" désigne des modèles économiques où des plateformes collaboratives qui créent un marché ouvert pour l'utilisation temporaire de biens et de services souvent produits ou fournis par des personnes privées facilitent des activités.

L'économie collaborative fait intervenir trois catégories d'acteurs :

- i) des prestataires de services, qui partagent des actifs, des ressources, du temps et/ou des compétences – il peut s'agir de personnes privées qui proposent des services sur une base occasionnelle ("pairs") ou des prestataires de services qui interviennent à titre professionnel ("prestataires de services professionnels") ;
- ii) des utilisateurs de ces services ;
- iii) les intermédiaires qui mettent en relation – via une plateforme en ligne – les prestataires et les utilisateurs et qui facilitent les transactions entre eux ("plateformes collaboratives").

Les transactions réalisées dans le cadre de l'économie collaborative n'entraînent généralement pas de transfert de propriété et peuvent avoir un caractère lucratif ou non lucratif¹².

Cette définition est en réalité très large, et a suscité de nombreux débats, en ce qu'elle couvre de nombreuses formes d'activités, mais manquait d'assise juridique. Il était très difficile de convertir ce concept en une réalité juridique. Elle marquait néanmoins un point : il était nécessaire d'attirer l'attention des États membres, des parlementaires européens, des entreprises et des citoyens sur ces pratiques nouvelles, qui font appel à des intermédiaires (« la plateforme ») pour assurer que des professionnels ou des particuliers puissent offrir aisément, et sans connaissance technique, des services ou produits à d'autres personnes (les « utilisateurs » ou « utilisateurs finaux »).

L'apport de cette notion était d'autant plus nécessaire qu'une série de questions préjudicielles étaient portées devant la C.J.U.E. parce que certains acteurs considéraient que les plateformes avaient une activité qui ne se résumait pas exclusivement à un service « à distance » « par des moyens électroniques », en

¹² COMMISSION EUROPÉENNE, « Un agenda européen pour l'économie collaborative », Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 2 juin 2016, COM(2016) 356 final.

raison du contrôle exercé par l'intermédiaire sur les fournisseurs de produits ou services. Les services « mixtes » sont alors soumis à l'activité prépondérante, en fonction du contrôle exercé et de l'importance sur le marché dans lequel l'intermédiaire est actif¹³.

Toutefois, depuis cette communication, cette notion n'apparaît plus qu'à une seule reprise dans des documents officiels publiés de la Commission européenne. Cette notion semble donc, d'un point de vue strictement juridique, appelée à disparaître¹⁴.

C. Service d'intermédiation en ligne

Le règlement 2019/1150¹⁵ a créé une nouvelle catégorie d'intermédiaires non prévus par la directive « e-commerce » : les services d'intermédiation en ligne. Cette catégorie nouvelle servait à répondre aux besoins des relations triangulaires entre entreprises, intermédiaires et consommateurs, et assurer une protection des entreprises qui offraient leurs produits et services. L'article 2, § 2, définit les services d'intermédiation en ligne comme des services de la société d'information qui répondent aux deux conditions suivantes :

- ce sont des intermédiaires qui permettent des transactions entre entreprises et consommateurs ; et
- il existe une relation contractuelle entre les intermédiaires et les entreprises qui offrent produits ou services.

Ce régime impose de la transparence aux intermédiaires, notamment en matière de classement des résultats de recherche. Ce régime a par la suite été développé dans d'autres instruments¹⁶. Cette notion nouvelle n'était pas vraiment utile : le régime des hébergeurs tels que définis sous la directive « e-commerce » aurait pu simplement être développé. On aurait également pu utiliser une autre notion développée à la même époque : la notion de place de marché en ligne.

¹³ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, aff. C-434/15 ; C.J.U.E., 10 avril 2018, *Uber France SAS*, aff. C-320/16. *Contra* : C.J.U.E., 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, aff. C-390/18 ; C.J.U.E., 3 décembre 2020, *Star Taxi App SRL c. Ville de Bucarest*, aff. C-62/19.

¹⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, 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)*, 15 décembre 2020 (COM[2020] 825 final) – (SEC[2020] 432 final) – (SWD[2020] 349 final).

¹⁵ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *J.O.U.E.*, n° L 186, 11 juillet 2019, pp. 57-79.

¹⁶ Voy. la section 4 de la présente contribution.

D. Place de marché en ligne

La directive Omnibus¹⁷ insère dans la directive sur les pratiques commerciales déloyales de nouvelles règles sur les pratiques des places de marché en ligne. La directive définit alors les places de marché, un type particulier de plateforme. Il s'agit d'« un service utilisant un logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par un professionnel ou pour son compte qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs »¹⁸.

Au contraire de la notion de service d'intermédiation en ligne, la place de marché permet la conclusion de contrats entre particuliers. On pourrait alors penser que la place de marché s'oppose, par exemple, aux réseaux sociaux. Pourtant, Facebook, en ce que ce réseau permet la conclusion de contrats entre particuliers (au moins par le biais de la messagerie, sinon par le biais d'annonces sur des groupes ou sur un espace *ad hoc*) tombe également sous le champ de la notion en ce qu'une « partie du site » permet la conclusion de contrats. Cette notion, à nouveau, est très large, et recouvre entièrement la notion de « plateforme collaborative » telle que définie au point B, *supra*.

Cette notion très large a été utilisée dans des fins de protection des consommateurs, en particulier la réglementation des avis en ligne et de classements de résultats de recherche ainsi que la communication de nouvelles informations précontractuelles. Ces régimes nouveaux sont examinés à la section 4, C, de la présente contribution.

E. Plateforme

Le règlement sur les services numériques¹⁹ (ci-après « D.S.A. » pour *Digital Services Act*) a été adopté en octobre 2022. Le règlement définit plusieurs ensembles de règles :

- les règles pour les fournisseurs de services de la société d'information ;
- les règles pour les intermédiaires en ligne, et en particulier des régimes de responsabilité ;
- les règles pour les hébergeurs ;
- les règles pour les plateformes ;

¹⁷ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, n° L 328, 18 décembre 2019, pp. 7-28.

¹⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, n° L 149, 11 juin 2005, pp. 22-39.

¹⁹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, n° L 277, 22 octobre 2022, pp. 1-102.

- les règles pour les plateformes qui permettent la conclusion de contrats à distance entre des professionnels et des particuliers ;
- les règles applicables aux « très grandes plateformes ».

Chaque ensemble de règles s'ajoute aux règles des catégories précédentes. Les plateformes apparaissent alors bien comme un type d'hébergeur, qui *stocke et diffuse au public des informations*, pour autant que cette fonction ne soit pas accessoire et qu'il n'y ait pas d'intention d'éviter l'application de cette disposition.

Cette notion mérite d'être nuancée et comparée :

- Une entreprise qui vend ses propres produits en ligne, sur son propre site web, ne rentre alors pas sous le champ de la notion de plateforme : elle n'est pas un hébergeur qui stocke des informations relatives à des tiers.
- Une entreprise qui vend ses propres produits en ligne, sur son propre site web, et permet aux utilisateurs de donner leur avis (laisser un commentaire) sur les produits, sera amenée à stocker et diffuser au public des informations appartenant à des tiers (l'avis des consommateurs, éventuellement une photo de profil, qu'ils auraient mis dans leur compte en ligne). Cette activité semble accessoire, et l'entreprise ne tombera pas sous le champ des règles applicables aux plateformes.
- Une entreprise qui vend ses propres produits en ligne, sur son propre site, et permet aux utilisateurs de donner leur avis sur les produits, et qui fait de cette promotion de produits, une activité principale en vue de collecter des données sur les clients tombera par contre sous le champ du règlement en ce que la vente propre de produits est soit accessoire, soit réalisée en vue d'éviter l'application du règlement.

Parmi les plateformes, certains fournisseurs de ces services permettent la conclusion de contrats entre des professionnels et des consommateurs. Ces plateformes sont soumises à des règles plus strictes.

À partir de la section 3 de cette contribution, la notion de « plateforme » s'entend comme les fournisseurs de services de plateforme qui permettent la conclusion de contrats avec des consommateurs. Afin de donner du sens et de la cohérence aux règles qui couvrent des ensembles différents, il sera fait référence indifféremment aux règles applicables aux fournisseurs de services, d'intermédiation, d'hébergement ou de plateforme, qui s'appliquent de façon cumulative. Ces notions ne seront donc qu'utilisées à la marge, ou pour distinguer les régimes applicables.

La présente contribution fera également référence à la notion de « très grande plateforme », une sous-catégorie de plateforme dont le nombre d'utilisateurs uniques mensuel moyen est supérieur à 45 millions à travers l'Union européenne. Ces grands opérateurs doivent se soumettre à des obligations d'évaluation et de *due diligence* renforcées quant à certains « risques systémiques ». La manière exacte de calculer ce nombre d'utilisateurs n'est pas claire, en ce qu'aucune méthodologie fiable n'a encore été établie. La Commission a réalisé

un document de guidance qui indique une liste de pratiques à éviter, plutôt que des règles positives²⁰. Il faut sans doute par ailleurs s'inspirer du règlement sur les marchés numériques (ci-après « D.M.A. » pour *Digital Market Act*), qui offre une esquisse de méthodologie de comptage et laisse une marge d'appréciation aux opérateurs économiques²¹. De plus, le D.S.A. exige une « utilisation active » de la plateforme, mais cette notion est subjective, et laisse entendre qu'il ne suffit pas de parcourir une page de la plateforme pour qu'il faille compter les utilisateurs²². Il s'agit, finalement, plus d'une approximation du nombre mensuel moyen d'utilisateurs, tant le risque de double comptage est élevé et que le règlement ne permet pas de mettre en place de nouveaux outils de *tracing* des utilisateurs.

Section 2

Les principes établis par la directive sur le commerce électronique

La directive « e-commerce » a établi deux grands principes quant aux activités des « fournisseurs de services de la société d'information » : d'une part une liberté d'accès au marché (A) ; d'autre part, une responsabilité limitée pour certains intermédiaires, au titre desquels les plateformes doivent être comptabilisées (B).

A. Accès au marché

Les articles 3 et 4 de la directive « e-commerce » ont mis en place une grande liberté d'accès au marché des services numériques. Bien avant la directive *Bolkenstein* (adoptée en 2006), aussi appelée directive « services »²³, qui harmonise de manière horizontale la fourniture de services au sein de l'Union européenne, la directive « e-commerce » avait également pour objectif d'harmoniser l'accès au marché des fournisseurs de services numériques tous secteurs confondus. C'est le premier instrument du genre. La directive comporte une clause de liberté de circulation et une clause de liberté d'établissement.

D'une part, l'article 4 prévoit une liberté d'établissement dans les États membres, ce qui ne signifie pas nécessairement que sa présence physique est

²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, « D.S.A.: Guidance on the requirement to publish user numbers », disponible sur <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/node/11506> (copie disponible auprès de l'auteur).

²¹ Annexe au règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (règlement sur les marchés numériques), *J.O.U.E.*, n° L 265, 12 octobre 2022, pp. 1-6.

²² Art. 3, p), du D.S.A.

²³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, n° L 376, 27 décembre 2006, pp. 36-68.

nécessaire : uniquement l'intention d'y offrir ses services de façon permanente ou pérenne. Dans cette hypothèse, les États membres ont une interdiction d'ériger des barrières en prévoyant une autorisation préalable à l'établissement, ou toute autre mesure ayant un effet équivalent. Par ailleurs, une telle procédure est permise lorsque l'autorisation ne vise pas spécifiquement un service de la société d'information, mais des services, qu'ils soient offerts en ligne, ou hors ligne.

D'autre part, l'article 3 prévoit une liberté de circulation des services au sein de l'Union européenne. En principe, un service de la société de l'information fourni par un prestataire situé dans un État membre d'origine ne devrait pas être réglementé différemment dans un autre État membre, lorsque le prestataire fait usage de son droit à la mobilité. Un État membre peut toutefois notifier à la Commission européenne et mettre en œuvre une mesure proportionnée qui viserait à protéger l'ordre public, la protection de la santé publique, la sécurité publique et la protection des consommateurs. Il est important de noter qu'en aucun cas, un État membre ne pourrait trouver dans cette disposition une justification pour adopter des mesures qui seraient favorables à la protection de l'environnement.

Dans l'affaire *Ker-Optika*²⁴, la C.J.U.E. devait décider si l'interdiction hongroise de la vente de lentilles en ligne tombait dans le champ de la clause du marché intérieur relative au commerce électronique. La Cour a estimé que cette interdiction ne pouvait avoir lieu, si la vente en ligne était autorisée dans le pays d'origine. La Cour a également fait une distinction entre la vente en ligne et la fourniture de lentilles. Ainsi, l'effet de l'interdiction était que seuls les magasins dotés d'un optométriste agréé pouvaient fournir les lentilles. En ce qui concerne cette deuxième question, la Cour a examiné si une telle restriction était conforme aux règles générales sur la libre circulation des marchandises : la livraison et les conseils médicaux sont accessoires à l'achat du bien (art. 34 et 36 du T.F.U.E.)²⁵. L'interdiction de la fourniture de lentilles en dehors des magasins agréés (avec optométriste sur place) affecte différemment les commerçants, qu'ils viennent de Hongrie ou de l'étranger : la vente à distance représenterait le principal débouché en Hongrie pour les commerçants étrangers. Par conséquent, la mesure constitue une restriction à la liberté de circulation²⁶. La Cour constate que la restriction est justifiée pour des raisons de santé publique des consommateurs et qu'elle est appropriée pour atteindre cet objectif. Toutefois, la Cour constate que la mesure va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, puisque la loi nationale n'impose pas que les lentilles soient achetées avec une prescription *ad hoc* par un ophtalmologiste en dehors de ces magasins agréés. En outre, elle ne prévoit pas qu'un examen doit être effectué chaque fois que des lentilles sont achetées : il n'est exigé que pour un

²⁴ C.J.U.E., *Ker-Optika c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, préc.

²⁵ *Ibid.*, point 45.

²⁶ *Ibid.*, point 55.

premier achat. Étant donné que l'examen est facultatif et que les informations relatives au port et aux risques des lentilles peuvent être fournies intégralement sur le site internet d'un vendeur au moment de l'achat, l'interdiction générale des ventes en dehors des locaux des magasins agréés constitue une restriction disproportionnée des ventes en ligne²⁷.

Dans l'affaire *A c. Daniel B et autres*²⁸, la C.J.U.E. a été saisie d'une question préjudicielle visant à examiner la conformité d'une réglementation française de la publicité à l'article 3 de la directive sur le commerce électronique : l'affaire examine une législation qui interdit à une pharmacie en ligne de mettre en œuvre une publicité à grande échelle par le biais de prospectus papier et sur internet pour cet établissement, ainsi que pour la vente en ligne de médicaments ne nécessitant pas d'ordonnance. L'Avocat général Saugmandsgaard Øe considère que la publicité hors ligne pour un service en ligne ne relève pas du champ d'application de la directive, car elle n'est pas liée à une activité en ligne et n'en fait pas partie intégrante. Par conséquent, les règles relatives à la publicité hors ligne s'appliquent²⁹. De plus, l'avocat général rappelle que l'examen des conditions de l'article 3, § 4, exige de vérifier si la restriction est adaptée à son but, si elle est nécessaire pour atteindre son objectif, si elle est proportionnée et si les États membres bénéficient d'une large marge d'appréciation. Enfin, l'avocat général examine si la vente en ligne de médicaments sans ordonnance, avec la condition préalable de remplir un questionnaire individuel par le consommateur, est conforme à l'article 3 de la directive sur le commerce électronique³⁰. Cette évaluation suit un principe de santé publique, reconnu par la C.J.U.E.³¹. Cette approche confirme que les plateformes numériques sont ancrées dans des territoires et des communautés, et qu'elles ne sont donc pas des concepts abstraits qui ne peuvent pas être appréhendés par la loi, car celle-ci serait toujours extraterritoriale. Par conséquent, la publicité et la communication sur la plateforme peuvent s'inscrire dans les limites de la publicité hors ligne et nécessitent l'autorisation nécessaire, alors qu'elles ne garantissent aucune liberté ou ne créent aucune restriction pour le service sous-jacent.

Dans l'arrêt *A c. Daniel B et autres*, la C.J.U.E. rappelle que la relation de confiance, nécessaire pour exister entre un patient et un professionnel de la santé, pourrait être mise à mal par de telles pratiques. Il ne fait aucun doute

²⁷ *Ibid.*, point 76. Voy. également H.A.G. TEMMINK, «Verbod van verkoop van contactlenzen via internet is in strijd met het EU-recht», *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2011, p. 1.

²⁸ Conclusions de l'Avocat général Saugmandsgaard Øe du 20 février 2020, dans l'affaire C-649/18, *A c. Daniel B e.a.*

²⁹ *Ibid.*, points 47-49.

³⁰ *Ibid.*, point 150.

³¹ C.J.U.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, point 106. Cela aurait pu être autorisé si toutes les conditions procédurales de notification avaient été respectées dans l'État membre de destination. Voy. les conclusions précitées de l'Avocat général Saugmandsgaard Øe, dans l'affaire C-649/18, points 137-150.

que la publicité de masse pourrait porter atteinte à la dignité de la profession³². Néanmoins, dans son raisonnement, la Cour s'est abstenue d'examiner les règles applicables à la publicité hors ligne. Elle a uniquement évalué la conformité avec la directive sur le commerce électronique, en constatant que le règlement n'empêche pas les États membres d'adopter de telles règles. Les seules limites imposées par la Cour sont que les États membres doivent démontrer que la législation, interdisant la vente de médicaments sans ordonnance, permet de sauvegarder la protection de la santé publique et ne peut être remplacée par une mesure moins restrictive³³. Dès lors, la directive n'organise pas une harmonisation positive des libertés de circulation dans le commerce électronique : elle octroie une liberté qu'il appartient aux États membres de préciser.

B. Responsabilité des intermédiaires

La directive «e-commerce» harmonise également la responsabilité des intermédiaires. Le principe mis en place est celui de l'exemption de responsabilité (*safe harbour*) pour les intermédiaires techniques qui restent passifs, c'est-à-dire qui ne modifient pas le contenu qu'ils traitent.

La directive établit trois types d'intermédiaires techniques qui bénéficient de ce régime favorable. D'une part, les intermédiaires de simple transport («*mere conduit*»), les stockages de type «*caching*» et les hébergeurs («*hosting*») :

- le simple transport (art. 12 de la directive «e-commerce») vise les fournisseurs de services d'accès au réseau internet (par exemple : Proximus, Telenet ou Voo) ;
- le *caching* (art. 13 de la directive «e-commerce») vise un stockage automatique, mais temporaire de l'information par un intermédiaire situé près de l'utilisateur final en vue de rendre l'accès à des pages fréquemment visitées plus rapide. Il ne faut en effet pas aller chercher des informations fréquemment utilisées sur un serveur distant, mais simplement sur le serveur de «cache», situé plus près (par exemple : le navigateur Firefox stocke en cache, sur l'ordinateur de l'utilisateur, des pages que cet utilisateur utilise fréquemment) ;
- l'hébergement (*hosting*) (art. 14 de la directive «e-commerce») vise l'hypothèse d'intermédiaires qui conservent des informations qui sont fournies par des utilisateurs et qui les diffusent conformément aux demandes de ces mêmes utilisateurs. C'est l'activité principale des plateformes digitales : ces dernières mettent en ligne des contenus, informations relatives aux utilisateurs, en vue de faciliter la conclusion de contrats entre ceux-ci, ou simplement de pouvoir obtenir des renseignements sur les autres utilisateurs.

³² C.J.U.E., 4 mai 2017, *Vanderborght*, aff. C-339/15, points 67-69. Voy. aussi C.J.U.E., *A c. Daniel B e.a.*, préc., points 66-68.

³³ C.J.U.E., *A c. Daniel B e.a.*, préc., point 114.

Ces trois intermédiaires ont un régime d'exonération limité, pour autant qu'ils restent neutres ou passifs. Cette notion de passivité se décline de manière différente pour ces trois catégories. C'est l'hypothèse de l'hébergement qui intéresse le plus la présente contribution, et qui fait l'objet des développements au cours des prochaines lignes.

Premièrement, en ce qui concerne les conditions d'application du régime d'exonération :

- a) les informations stockées doivent être fournies par des tiers ; cela signifie donc que si les informations hébergées sont conservées à l'initiative de la plateforme, elle ne bénéficiera pas du régime d'exonération. Lorsque les informations sont fournies « sous le contrôle » ou « sous la direction » de l'hébergeur, l'exonération ne s'applique pas non plus ;
- b) l'hébergeur ne peut pas avoir connaissance des « faits ou circonstances selon lesquels l'activité illégale ou le contenu illicite est apparent ». Cette connaissance peut être réelle ou simplement potentielle ;
- c) l'hébergeur doit retirer le contenu « promptement » lorsqu'il a connaissance du contenu illicite. Ni la directive « e-commerce » ni le droit belge n'organisent de procédure permettant à une victime de notifier (*notice*) et faire retirer (*take-down*) le contenu.

Tout d'abord, la Cour de justice a dû trancher la question de savoir si un moteur de recherche était un hébergeur, en ce qu'il héberge des annonces publicitaires, et non les liens à la demande des utilisateurs. Si la question a pu faire débat, la réponse est aujourd'hui indubitablement affirmative³⁴.

Ensuite, la Cour de justice a été amenée à examiner les notions de « contrôle » et de « connaissance ». Dans l'affaire *L'Oréal c. eBay*, la Cour de justice précise que, même si l'opérateur n'a pas une obligation de surveillance généralisée des contenus³⁵, l'opérateur de place de marché doit d'une part faire preuve de diligence, mais joue également un rôle actif qui donne contrôle ou connaissance du caractère illicite de l'activité lorsqu'il suggère ou met en œuvre des méthodes pour optimiser la présentation des annonces³⁶.

Deuxièmement, le régime de responsabilité est un régime non harmonisé, qui se base sur les droits nationaux des États membres. Ce sont les États membres qui définissent ce qui est considéré comme un contenu ou une information « illicite ». Lorsqu'un contenu est illicite, le juge appréciera si les conditions légales sont réunies pour obtenir un dédommagement. En Belgique, le juge regardera si les conditions de l'article 1382 du Code civil sont réunies de manière classique : faute, dommage et lien causal. Par exemple, la faute pourrait être constituée par une mise en ligne « fautive » de contenus illicites. Par

³⁴ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France SARL et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA*, aff. C-236/08.

³⁵ Art. 15 de la directive « e-commerce ».

³⁶ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09, point 116.

exemple, le dommage sera réalisé après une perte économique subie par un individu à la suite de la publication d'un contenu illicite.

Lorsque les conditions de la directive sont remplies, les plateformes bénéficient d'une exonération de responsabilité pour les dommages ; mais pas pour des injonctions³⁷. Les juges peuvent ainsi toujours délivrer des injonctions de retrait de contenus en violation du droit d'auteur³⁸. Par contre, lorsque les conditions ne sont pas remplies, les principes de responsabilité secondaire continuent à s'appliquer.

Le régime de la directive est un régime horizontal de responsabilité, c'est-à-dire qu'il s'applique peu importe le type de contenus illicites postés : propos de haine, diffamatoires, informations relatives à des ventes illégales de stupéfiants ou d'armes, ou encore des violations de droits de propriété intellectuelle, violation des droits des consommateurs, violation des droits à la protection des données personnelles des utilisateurs, pratiques de marché anticoncurrentielles, etc. Ce point différencie l'approche européenne de l'approche américaine. Ainsi, le D.M.C.A. identifie spécifiquement un régime de responsabilité séparé en ce qui concerne des violations du droit d'auteur³⁹.

Ce régime joue un rôle important dans la protection des consommateurs contre des contenus qui pourraient s'avérer dangereux : des contrefaçons ou des produits, (en particulier) des jouets qui seraient commercialisés au sein de l'Union européenne, mais qui ne rencontreraient pas les exigences de sécurité pour être distribués dans le marché intérieur constituent en effet des produits illicites. C'est cette approche qui a notamment justifié et conduit au déréférencement de la plateforme *Wish* en France : les produits vendus étaient non conformes et dangereux, et la plateforme n'agissait pas pour les retirer de la vente. C'était en effet son *business model* que d'offrir des produits qui ressemblaient à des produits de marques, largement répandus, à des prix bradés, car manufacturés dans des conditions qui ne permettent pas le respect des standards européens de sécurité⁴⁰.

³⁷ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film*, aff. C-312/12 ; voy. aussi C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, aff. C-484/14.

³⁸ Art. 8, § 3, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.U.E., n° L 167, 22 juin 2001, pp. 10-19.

³⁹ The Digital Millennium Copyright Act : 17 U.S. Code § 512.

⁴⁰ Voy. Ministère de l'Économie, de la Finance et de la Relance, « Bruno Le Maire, Alain Griset et Cédric O annoncent des mesures exceptionnelles à l'encontre de la place de marché *Wish* pour sensibiliser et mieux protéger les consommateurs », communiqué de presse, 24 novembre 2021, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/protection-consommateurs-sanction-place-marche-ligne-wish>.

Section 3

Nouvelles responsabilités des plateformes : vers davantage de protection des utilisateurs

Le programme de la Commission européenne pour le renforcement de la confiance dans le marché unique numérique a mené à l'adoption d'une série de nouvelles règles sur le droit dans le marché unique numérique, le *Digital Market Act* et le *Digital Services Act*. Si le D.S.A. reprend et approfondit le régime relatif à la responsabilité des plateformes (A), les règles relatives à l'accès au marché restent inchangées (art. 2, § 3, du D.S.A.).

Les plus grandes plateformes font toutefois l'objet d'une réglementation plus stricte, visant à diminuer les risques d'atteintes au respect des droits des consommateurs (B).

A. Responsabilités applicables à toutes les plateformes

Tous les intermédiaires, et en particulier les plateformes, doivent se soumettre à de nouvelles formes de responsabilité lorsque le D.S.A. sera mis en œuvre. Au titre de ces nouvelles prérogatives, on trouve des précisions apportées au champ de l'exonération de responsabilité (1), des mesures en matière de protection des mineurs (2) et des obligations de notifications de soupçons de certaines infractions pénales (3).

1. Précisions apportées au régime d'exonération de responsabilité

Les principes applicables à la responsabilité des hébergeurs restent toujours d'actualité en vue de protéger le *business model* des plateformes, mais également les consommateurs. Le régime est même renforcé en retirant un incitant à ne pas agir qui existait dans l'ancien modèle. En effet, de peur d'être considéré comme un intermédiaire « actif », de nombreuses plateformes étaient frileuses à l'idée de modérer les contenus : cela leur aurait donné un contrôle et une connaissance plus détaillée des informations et activités illégales. Si elles manquaient de retirer ces dernières, elles auraient pu alors être tenues pour responsables. Par ailleurs, le retrait abusif de contenu est également problématique, en ce qu'il pourrait être considéré comme de la censure, ou une diminution de l'offre de la plateforme, la rendant moins attractive en comparaison avec la concurrence.

Pour retirer cet incitant négatif, le D.S.A. a mis en place une « clause du bon samaritain », c'est-à-dire une clause qui prévoit que les plateformes conservent leur exonération de responsabilité, même si elles prennent des mesures proactives visant à retirer les contenus illicites ou indésirables de la plateforme, pro-

tégeant ainsi davantage les intérêts des utilisateurs⁴¹. De plus, les plateformes doivent vérifier de manière aléatoire que les produits ou services proposés par leur intermédiaire ne sont pas recensés comme illégaux⁴². Par ailleurs, le D.S.A. impose aux plateformes de suspendre les comptes des utilisateurs qui fournissent fréquemment des contenus illicites, après un avertissement préalable⁴³.

2. Protection des mineurs

Le D.S.A. a également consacré une plus grande protection des mineurs. D'une part, lorsque les plateformes s'adressent à des mineurs, les conditions générales doivent être adaptées pour être comprises par leur public (art. 14, § 3). Cela peut passer par de nombreuses techniques ; pensons notamment au *legal design*, et par exemple aux *bandes dessinées* utilisées dans ce cadre.

Le D.S.A. impose également la mise en œuvre de mesures pour garantir la protection de la vie privée et de la sécurité des mineurs (art. 28, § 1^{er}), pour autant que la plateforme ait pu détecter que l'utilisateur est mineur.

3. Dénonciations de soupçons d'infractions pénales

Sous la directive « e-commerce », il n'existait aucune obligation de collaboration entre les autorités pénales et les plateformes. C'était une prérogative laissée à l'appréciation des États membres. Le D.S.A., quant à lui, impose une notification des soupçons d'infractions pénales aux autorités publiques. Cette obligation est un pilier à ne pas négliger car il permet d'assurer la responsabilité individuelle des utilisateurs.

Toutes les infractions passées, en cours et susceptibles d'être commises sont visées. Toutefois, seules les infractions pénales et qui présentent une « menace pour la vie ou la sécurité » des personnes sont visées. Le considérant 56 vise en particulier les infractions suivantes : traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants, infractions terroristes déjà harmonisées au niveau européen. Il faut peut-être regretter que des infractions qui présentent un risque pour l'ordre public, la sécurité de l'État, ou la protection des biens ne soient pas prévues, et laissées à l'appréciation souveraine des États membres.

La dénonciation doit avoir lieu dans l'État où cette infraction pourrait être commise, où se trouve l'auteur « présumé » ou encore où se trouve/réside la victime⁴⁴. À défaut d'information sur l'État membre concerné, la plateforme doit informer son état d'établissement, ou Europol.

⁴¹ Art. 7 du D.S.A.

⁴² Art. 31, § 3, du D.S.A.

⁴³ Art. 23 du D.S.A.

⁴⁴ Art. 18, § 2, *in fine*, du D.S.A.

B. Responsabilités applicables aux très grandes plateformes

En vue de protéger les utilisateurs contre des risques « systémiques », les plus grandes plateformes (au sens du D.S.A.) ont des obligations renforcées en matière d'évaluation des risques et d'atténuation de ceux-ci. Les grandes plateformes doivent évaluer tous les risques systématiques propres à leur activité. Cette évaluation doit en particulier identifier les risques relatifs à la diffusion des contenus illicites, aux effets négatifs réels et prévisibles pour l'exercice d'un niveau élevé de protection des consommateurs, aux conséquences négatives pour les discours politiques ainsi qu'aux effets négatifs sur le bien-être physique et mental des personnes⁴⁵. Les facteurs qui peuvent être la source des risques tels que les systèmes de recommandation, de modération, de présentation de la publicité, de gestion des données ou encore la mise en œuvre des conditions générales applicables doivent être pris en considération dans l'analyse⁴⁶. Les fournisseurs de services digitaux doivent alors adapter les facteurs de création de risque, ainsi que prendre des mesures complémentaires : des campagnes de sensibilisation des utilisateurs, la mise en place d'une signalisation que certains contenus semblent inauthentiques, la vérification de l'âge des utilisateurs, l'adoption de codes de conduite sectoriels complémentaires, etc.⁴⁷.

Les très grandes plateformes doivent enfin mettre en place un système de *compliance officer*, qui contrôle en interne la conformité avec les obligations du D.S.A. et de codes de conduites volontaires adoptés dans ce cadre. Les personnes nommées à cette fonction conseillent l'organe de direction et répondent uniquement de lui⁴⁸.

Section 4

Nouvelles prérogatives des plateformes en droit de la consommation (et protection des utilisateurs)

Si la directive « e-commerce » ne s'intéressait qu'à la marge à la protection des consommateurs, en organisant un régime de transparence pour les communications commerciales (qu'elles soient sollicitées ou non), le D.S.A. introduit une section complète en vue de protéger les consommateurs (B). Le D.M.A. met également en place des règles protectrices des utilisateurs (A). La directive Omnibus vient également amender la directive sur les pratiques commerciales déloyales dans le cadre de services numériques (C).

⁴⁵ Art. 34, § 1^{er}, du D.S.A.

⁴⁶ Art. 34, § 2, du D.S.A.

⁴⁷ Art. 35, § 1^{er}, du D.S.A.

⁴⁸ Art. 41 du D.S.A.

A. Prérogatives de protection des consommateurs de services numériques découlant du régime du D.M.A.

Les plus grands acteurs du numérique, c'est-à-dire les « contrôleurs d'accès » tels que définis dans le règlement sur les marchés numériques, contrôlent les accès aux services numériques et sont, à ce titre, régulés. Ces acteurs sont soumis à une série de règles pour protéger la compétitivité du marché, ainsi que limiter des pratiques déloyales. Cet outil a l'odeur, le goût, la couleur du droit de la concurrence, mais s'apparente davantage au droit de la protection des consommateurs.

L'article 5 énumère une série d'obligations relatives notamment à la protection des données personnelles plus contraignantes que le règlement général sur la protection des données ainsi que sur les pratiques déloyales et anticoncurrentielles.

Le contrôleur d'accès n'a pas un libre choix des finalités de traitement et ne peut pas combiner ou croiser les données personnelles traitées avec celles d'autres services numériques que le contrôleur offrirait ou de services tiers (art. 5, § 2, du D.M.A.).

Les contrôleurs d'accès ne peuvent pas demander l'exclusivité des fournisseurs de services à utiliser ses propres services : les utilisateurs devraient pouvoir retrouver les prestataires de services sur d'autres plateformes éventuellement à des prix ou conditions tarifaires différents (art. 5, § 3, du D.M.A.).

Lorsque les utilisateurs achètent un produit numérique sur une plateforme « contrôleuse d'accès », cette plateforme ne peut pas empêcher que ces contenus numériques soient accessibles à l'utilisateur sur d'autres plateformes (art. 5, § 5, du D.M.A.).

Les contrôleurs d'accès ne peuvent empêcher les utilisateurs de se plaindre du non-respect de certains de leurs droits auprès des autorités publiques compétentes (art. 5, § 6, du D.M.A.).

Les services des contrôleurs d'accès ne peuvent être liés à l'utilisation d'autres services accessoires (art. 5, § 8, du D.M.A.).

L'article 6 énumère une seconde série d'obligations et de mesures, qui peuvent être précisées/adaptées individuellement dans le cadre d'un dialogue entre le contrôleur d'accès et la Commission européenne.

Le contrôleur d'accès doit permettre la modification de paramètres liés au compte, ainsi que la désinstallation facile de toute application logicielle liée aux services offerts. Lors de la première ouverture du service du contrôleur d'accès, ce dernier doit montrer les alternatives possibles aux logiciels qu'il offre lui-même dans le cadre de ce service (art. 6, § 3, du D.M.A.).

Pour offrir un éventail plus large de boutiques d'application (« AppStore »), le contrôleur d'accès doit permettre l'installation et/ou l'utilisation de boutiques concurrentes si elles existent (art. 6, § 4, du D.M.A.).

Le contrôleur d'accès doit assurer la portabilité des données des utilisateurs vers des services concurrents (art. 6, § 9, du D.M.A.).

Les conditions générales des services offerts par les contrôleurs d'accès ne peuvent pas être disproportionnées et les conditions de résiliation doivent être appliquées « sans difficulté excessive » (art. 13, § 13, du D.M.A.). Cette formulation est malheureuse, en ce qu'elle suppose qu'il peut rester difficile de résilier un service, tant que ce n'est pas « excessif ».

L'article 7 organise l'interopérabilité des services numériques offerts par les plus grandes plateformes, en particulier au regard des services de communication interpersonnels pour les messageries textuelles, vocales et de vidéo (les acteurs dits « *Over The Top* »).

Le D.M.A. rend également la directive sur les actions collectives applicables aux dommages découlant de la violation des obligations de cet instrument⁴⁹.

B. Prérogatives de protection des consommateurs de services numériques découlant du régime du D.S.A.

Le D.S.A. prévoit d'une part des règles de protection des consommateurs, adoptées en vue de protéger les utilisateurs dans leurs relations avec les plateformes (1). D'autre part, le D.S.A. impose une série de règles aux plateformes pour garantir la protection des consommateurs dans les contrats qui sont conclus entre des entreprises et des consommateurs *par le biais* de la plateforme (2). Le D.S.A., enfin, crée des procédures nouvelles, qui permettent d'assurer la mise en œuvre des droits des utilisateurs (3).

1. Mesures tenant à la protection des consommateurs dans leurs relations avec la plateforme

Trois grandes mesures visent à protéger les consommateurs dans leurs relations avec les plateformes : des obligations d'informations (a), des obligations de réaliser des rapports publics (b), ainsi que des interdictions d'utiliser des interfaces trompeuses ou déloyales (c).

a) Obligation d'information dans les conditions générales

L'article 14 du D.S.A. prévoit que les conditions générales doivent être accessibles dans toutes les langues officielles des États membres dans lesquels les plateformes proposent leur service. Les plateformes doivent également informer les utilisateurs en cas de modification « importante » des conditions générales. Cette formulation semble toutefois nécessiter davantage d'attention :

⁴⁹ Art. 52 du D.M.A.

d'une part, le considérant 45 du règlement illustre ces situations. Cette règle s'applique notamment « lorsque [les plateformes] modifient les règles relatives aux informations qui sont autorisées sur leur service, ou d'autres modifications de cette nature qui pourraient avoir une influence directe sur la capacité des destinataires à utiliser le service ». D'autre part, il semblerait injuste, d'un point de vue contractuel, que la plateforme puisse unilatéralement changer les termes des conditions contractuelles sans avertir les utilisateurs, *en toute circonstance*, que la modification soit importante ou non. Dès lors, il faut sans doute comprendre cette obligation comme une obligation d'information renforcée en cas de changement important, d'autant que ce qui est important pour certains utilisateurs ne l'est peut-être pas pour d'autres.

L'article 27 du D.S.A. impose également aux plateformes d'informer les utilisateurs sur les principaux critères utilisés dans les systèmes de recommandation, et s'il est possible de modifier ou d'influencer ces paramètres, ainsi que la raison de l'importance relative de ces paramètres. Les critères utilisés peuvent être relatifs à des choix chronologiques, alphabétiques, mais également des éléments de pertinence décidés par la plateforme (distance géographique, prix, etc.).

b) Obligation de transparence

Tous les fournisseurs de services intermédiaires en ligne, en ce compris les plateformes, doivent publier des rapports et statistiques sur la modération des contenus et le nombre de réclamations (art. 15 du D.S.A.) ainsi que sur le nombre de comptes suspendus à la suite de diffusion de contenus illicites et de litiges transmis à des organes extrajudiciaires des litiges (art. 24, § 1^{er}, a, du D.S.A.). Les plateformes doivent également signaler clairement, précisément et sans ambiguïté, si des informations transmises sont des contenus publicitaires ou commerciaux (art. 26 du D.S.A.).

L'article 39 soumet les plus grandes plateformes, au sens du D.S.A., à des obligations de transparence renforcée. Les grandes plateformes doivent en effet conserver les publicités pendant un an, et rendre ces publicités accessibles au public par un outil de recherche *ad hoc*. L'identité de l'annonceur et de la personne qui a financé l'annonce, la période pendant laquelle l'annonce pouvait être vue, le nombre d'utilisateurs atteints par la publicité et le cas échéant, le(s) public(s) cible(s) de l'annonce doivent également se trouver dans le registre. Les publicités considérées comme illicites ou contraires aux conditions générales de la plateforme et qui ont été retirées des campagnes publicitaires ne doivent pas apparaître dans le registre.

c) Dark patterns

L'article 25 du D.S.A. prévoit une interdiction de l'exploitation du design de l'interface pour tromper ou manipuler les consommateurs, lorsque ces pra-

tiques ne seraient pas encore couvertes par d'autres instruments, notamment la directive sur les pratiques commerciales déloyales ou le R.G.P.D.

Ces designs sont appelés *dark patterns* et sont aujourd'hui très fréquents. Lors d'une dernière analyse par le *Consumer Protection Network*, ces designs manipulateurs ont été détectés sur près de 40 % des places de marchés sondées⁵⁰. Le Comité européen pour la protection des données a également publié un projet de lignes directrices sur l'utilisation de ces techniques manipulatrices en mai 2022. À titre d'exemple, dans le champ de la protection des données personnelles, on retrouve notamment des pratiques qui visent à inonder l'utilisateur d'informations, à rendre les informations peu accessibles car le chemin pour y arriver est labyrinthique, à générer des émotions relatives à certains choix, à mettre en place des interfaces sur lesquelles les informations ne sont pas classées, hiérarchisées ou décontextualisées, etc.⁵¹.

2. Mesures tenant à la protection des consommateurs dans leurs relations avec les tiers fournisseurs de contenus, produits ou services

Si la plateforme permet la conclusion de contrats à distance par des consommateurs avec des professionnels, la plateforme devra exiger le nom, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse de courrier électronique du professionnel ; le numéro de registre commercial (ou similaire), une autocertification du professionnel par laquelle « il s'engage à ne fournir que des produits ou services conformes aux règles applicables du droit de l'Union ». Ces informations devront être obtenues avant que le professionnel ne puisse commencer son activité sur la plateforme, et doivent être rendues publiques (art. 30, § 7, du D.S.A.). D'autres informations doivent également être collectées, comme le numéro de compte de paiement du professionnel, mais qui n'ont pas à être rendues publiques.

Les plateformes ont une obligation de vérification des informations reçues, soit par un contrôle *ex officio* dans les bases de données publiques officielles, gratuites (comme par exemple la Banque-Carrefour des entreprises en ce qui concerne la Belgique), ou au moyen de justifications fournies par les professionnels (art. 30, § 2, du D.S.A.).

En cas de doute, la plateforme a l'obligation de demander au professionnel de mettre ses informations à jour (art. 30, § 3, du D.S.A.). Les informations doivent être conservées pendant six mois après la fin de l'utilisation de la pla-

⁵⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, « Protection des consommateurs : pratiques de manipulation en ligne constatées dans 148 des 399 boutiques en ligne examinées », communiqué de presse, 30 janvier 2023, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418.

⁵¹ C.E.P.D., « Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them. Version 1.0 », 14 mars 2022, disponible sur https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media_en.

teforme par le professionnel (art. 30, § 5, du D.S.A.) et peuvent être transmises à des tiers si la loi le prévoit (par exemple après avoir reçu une injonction d'un État membre) (art. 30, § 6, du D.S.A.).

Ces obligations sont très importantes car assurer l'identité d'une personne constitue un pilier de la création de confiance que des alternatives ne peuvent pas offrir. Elles permettent d'assurer la responsabilité des utilisateurs, à défaut de responsabilité des intermédiaires. Ces obligations ont une portée large : dès que la plateforme est susceptible de mettre en contact des professionnels avec des consommateurs, cette disposition doit être mise en œuvre. Toutefois, il n'appartient pas aux intermédiaires d'identifier les professionnels qui offrent leurs produits ou services par le biais de la plateforme et la responsabilité de correctement s'identifier appartient aux fournisseurs de produits ou services. Toutefois, les plateformes, dans le cadre de leur analyse de risque et des mesures d'atténuation de ceux-ci, devraient examiner le risque de « faux » non professionnels pour éviter l'application des garanties communes du droit de la consommation.

Par contre, les plateformes doivent assurer que l'interface permette aux professionnels de s'identifier et de respecter leurs devoirs d'information pré-contractuelle, notamment eu égard aux principes du droit européen de la consommation ainsi que de conformité des produits⁵². De façon réciproque, si les professionnels doivent s'identifier, les consommateurs ont le droit d'être informés de l'identité du professionnel, et éventuellement des moyens de recours potentiels si les produits ou services sont illégaux⁵³.

L'ensemble de ces mesures permet d'éviter la confusion entre les prestataires/fournisseurs de services et la plateforme⁵⁴. À défaut d'identifier les tiers qui fournissent les services par l'intermédiaire de la plateforme, cette dernière pourra être tenue pour responsable, en donnant l'apparence qu'elle fournissait elle-même les produits ou services, ou qu'elle contrôlait les fournisseurs des contenus ou produits⁵⁵. Ce faisant, le D.S.A. consacre un principe qui avait été reconnu dans une affaire *Wathelet c. Bietheres*⁵⁶, qui avait conduit la Cour de justice à répondre que l'intermédiaire professionnel qui « donne l'apparence » de vendre un bien, alors qu'il n'avait reçu qu'un mandat, était responsable du respect des garanties du droit de la consommation⁵⁷.

⁵² Art. 31 du D.S.A.

⁵³ Art. 32 du D.S.A.

⁵⁴ Voy. aussi le considérant 24 du D.S.A.

⁵⁵ Art. 6, § 3, du D.S.A.

⁵⁶ C.J.U.E., 9 novembre 2016, *Wathelet c. Bietheres*, aff. C-149/15.

⁵⁷ S. VAN LOOCK et S. JANSEN, « Kenbaarheid als criterium in een ontluikend Europees vertegenwoordigingsrecht? Over de garagist als tussenpersoon bij consumentenkoop », *R.D.C.-T.B.H.*, 2017/4, pp. 383-393 ; Br. DEVOLDER, « Tussenpersonen bij consumentenkoop Vertrouwen op de schijn van professionele hoedanigheid bij C2C-transacties », *D.C.C.R.*, 2017/1, pp. 3-40.

3. Procédures et recours nouveaux

En raison des difficultés d'accéder à un recours devant les cours et tribunaux à la suite d'un litige émanant des relations entre les utilisateurs de la plateforme, le législateur européen a souhaité insérer dans le D.S.A. de nouvelles procédures pour y remédier. L'article 14 du D.S.A. impose aux plateformes d'informer, dans leurs conditions générales, les utilisateurs sur les recours possibles à l'encontre de décisions ou de sanctions qui pourraient être prises à leur encontre. Ces recours sont de deux ordres : il y a des recours informels (a) et des recours plus formels (b).

a) *Les procédures informelles*

En ce qui concerne les procédures informelles, les utilisateurs peuvent d'une part notifier des contenus illicites (1°). D'autre part, un service interne aux plateformes doit être dédié au traitement de certains types de plaintes (2°).

1° « NOTICE AND ACTION »

Contrairement à la directive « e-commerce » qui ne prévoyait pas de procédure pour signaler les contenus illicites, l'article 16 du D.S.A. prévoit un mécanisme de notification et d'action. Les utilisateurs doivent pouvoir signaler les contenus qui leur semblent illicites, de façon précise, avec une argumentation étayée. L'utilisation de cette procédure crée une présomption de connaissance du caractère illicite du contenu. L'utilisateur qui a soumis une notification doit être informé de la suite qui a été réservée à sa démarche et les possibilités de recours éventuelles. La décision de retrait ou de maintien du contenu peut être partiellement automatisée.

2° SYSTÈME INTERNE DE TRAITEMENT DES RÉCLAMATIONS

Il existe de plus une procédure interne à la plateforme qui permet le traitement des réclamations liées à la suspension et à la fermeture du compte des utilisateurs, à la restriction de la visibilité des contenus postés par les utilisateurs. Cette procédure, gratuite et entièrement électronique, doit être ouverte pendant au moins six mois et permettre aux utilisateurs d'étayer leur argumentation. La décision sur la réclamation doit être motivée et être rendue sans délai indu. Cette procédure doit être rendue par des personnes physiques, pas uniquement par des algorithmes⁵⁸.

⁵⁸ Art. 20 du D.S.A.

b) Les procédures formelles

À côté des procédures informelles développées ci-dessus, le D.S.A. met également en place des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges (1°), ainsi que des procédures de plainte devant des autorités *ad hoc* (2°).

1° RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES

L'article 21 du D.S.A. détaille la procédure de règlement extrajudiciaire des litiges. Cette disposition, l'une des plus longues du règlement, impose aux plateformes de se soumettre aux procédures de résolution alternatives des litiges liés aux décisions rendues dans le cadre du système interne de traitement des réclamations, développé ci-dessus.

Les litiges peuvent être portés gratuitement, et par des outils numériques, devant des organes de règlement extrajudiciaire des litiges agréés, sans préjudice de recours devant les cours et tribunaux. L'agrément est octroyé par les coordinateurs pour les services numériques, c'est-à-dire les autorités de surveillance établies par le D.S.A., lorsque des conditions d'impartialité, d'indépendance, de financement et de compétence sont remplies. Les coordinateurs pour les services numériques doivent par la suite publier des rapports sur les types de litiges reçus par les organes de règlement des litiges, l'issue des procédures, les difficultés et lacunes rencontrées et formuler des recommandations. De la sorte, les États membres peuvent disposer d'un aperçu des pratiques et adopter des *guidelines*, ou de nouvelles règles de *hard law*, en vue de toujours mieux protéger les utilisateurs⁵⁹.

2° AUTORITÉS DE SURVEILLANCE NOUVELLES

Outre les organes de résolution extrajudiciaire des litiges, les coordinateurs pour les services numériques peuvent recevoir des plaintes à l'encontre des plateformes pour violation d'obligations découlant du D.S.A. Les coordinateurs pour les services numériques sont des autorités administratives indépendantes de surveillance, appelées à collaborer avec d'autres autorités, comme les autorités répressives ou en charge de la protection des consommateurs⁶⁰. Les parties ont le droit d'être entendues et de connaître l'état de la procédure⁶¹. Même si le règlement prévoit que les utilisateurs puissent obtenir une indemnisation pour le préjudice subi en raison de la violation des obligations des plateformes, il ne prévoit pas que ces autorités de surveillance puissent accorder ce dédomma-

⁵⁹ Voy. E. MARIQUE et Y. MARIQUE, « Power Beyond the Public-Private Divide on Digital Platforms After laissez-faire, Time for Organised Checks and Balances? », in E. Bani *et al.*, *Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets*, vol. I: Regulatory Challenges, Beck, Varsovie, 2020, pp. 129-152. Voy. également E. MARIQUE et Y. MARIQUE, « Sanctions on digital platforms: beyond the public-private divide », *Cambridge International Law Journal*, 2019, vol. 8, n° 2, pp. 258-281.

⁶⁰ Considérant 112 du D.S.A.

⁶¹ Art. 53 du D.S.A.

gement⁶². Cette possibilité est laissée au droit national, qui peut réserver cette option aux cours et tribunaux.

C. Prérogatives de protection des consommateurs de services numériques découlant de la révision des règles de protection des consommateurs (au sens strict)

La directive Omnibus, présentée plus en détail dans la contribution de Camille Bourguignon et Pauline Willem⁶³, a été adoptée en vue d'adapter les règles applicables en matière de protection des consommateurs à de nouveaux défis, et en particulier le défi des consommateurs en ligne. Si la directive révisé les règles applicables en matière de transparence, elle crée en particulier de nouvelles obligations à charge des plateformes digitales. En effet, la directive Omnibus amende quelques articles de l'annexe I à la directive 2005/29/CE. Cette annexe contient l'ensemble des pratiques commerciales considérées comme *toujours* déloyales⁶⁴.

D'une part, l'article 7 est complété par une série d'alinéas. Un ajout important est de réputer substantielle l'information selon que le tiers qui propose produits ou services par le biais de la plateforme est un professionnel ou non⁶⁵. De même constitue une omission trompeuse l'absence d'indication des principaux paramètres qui conduisent au classement des résultats obtenus après que l'utilisateur a réalisé une recherche pour des produits ou services offerts par le biais de la plateforme⁶⁶. Enfin, les professionnels, lorsqu'ils donnent eux-mêmes accès à des avis de consommateurs sur des produits ou services qu'ils offrent, doivent indiquer si, et comment, ils garantissent que les avis publiés émanent d'expériences réelles de consommateurs⁶⁷. Cette obligation, toutefois, est souvent à charge de la plateforme, qui gère les avis ; le professionnel n'ayant souvent que des droits très limités (voire aucun droit) de modérer ce type de contenus directement.

D'autre part, la directive Omnibus introduit dans l'annexe une obligation de signaler clairement toute publicité ou tout paiement pour améliorer le classement d'annonces dans une série de résultats d'une recherche réalisée par un utilisateur⁶⁸. En outre, l'amendement à l'annexe à la directive sur les pratiques commerciales déloyales interdit en toute circonstance les pratiques suivantes : « 23ter) Affirmer que des avis sur un produit sont envoyés par des consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit, sans prendre de mesures

⁶² Art. 54 du D.S.A.

⁶³ Voy. ci-dessus, pp. 63 et s.

⁶⁴ Art. 5, § 5, de la directive 2005/29/CE.

⁶⁵ Art. 7, § 4, f), de la directive 2005/29/CE.

⁶⁶ Art. 7, § 4bis, de la directive 2005/29/CE.

⁶⁷ Art. 7, § 6, de la directive 2005/29/CE.

⁶⁸ § 11bis de l'annexe à la directive 2005/29/CE.

raisonnables et proportionnées pour vérifier qu'ils émanent de tels consommateurs » et « 23^{quater}) Envoyer ou charger une autre personne morale ou physique d'envoyer de faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs, ou déformer des avis de consommateurs ou des recommandations sociales afin de promouvoir des produits ».

La question de cette interdiction a été débattue au sein de l'Union européenne et faisait l'objet d'approches différentes. Une harmonisation au niveau européen était donc nécessaire pour assurer aux entreprises et aux consommateurs une protection de niveau équivalent. Les États membres avaient en effet des approches très différentes. Nous avons pu comparer notamment les approches belge et française en 2019. D'une part, « [d]ans un premier temps, les tribunaux français ont ordonné des saisies chez des prestataires de services dénigrants et ont condamné des sites d'avis à des amendes pour pratiques commerciales trompeuses (identifiées par des enquêtes de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes). Une proposition de loi, déposée en 2013, envisageait de reconnaître la norme AFNOR (AF-Z 74501) sur les avis en ligne et de l'intégrer dans les standards législatifs. Elle a été écartée, car les pratiques commerciales trompeuses permettaient déjà de sanctionner les faux avis. En 2016, la loi pour une République numérique a introduit un article L.111-7-2 dans le Code de la consommation : toute plateforme qui collecte, modère ou diffuse des avis en ligne ». D'autre part, « la Belgique [n'était] pas en reste puisque l'Inspection économique, se fondant sur le droit de la consommation, a également pris des mesures pour limiter les avis factices. Toutefois, la jurisprudence belge a admis des propos erronés, voire calomnieux, sur les plateformes qui octroient un droit de réponse à la personne responsable du produit ou du service. La Belgique fait ainsi preuve de pragmatisme pour garantir le respect de l'équilibre entre réputation et liberté d'expression »⁶⁹.

Il découle de l'ajout de l'alinéa 23^{ter} que les entreprises qui affirment que des avis qui correspondent à un achat et un usage effectif doivent vérifier que ces avis émanent des consommateurs. Les mesures à prendre pour cette vérification doivent rester raisonnables. Cette obligation s'impose tant à l'égard des plateformes qui affirment que les avis de tiers sont authentiques, que pour les vendeurs qui affirment que ce sont des consommateurs effectifs qui ont réalisé les transactions.

L'ajout de l'alinéa 23^{quater} vise tout d'abord l'interdiction de l'envoi de faux avis purs et durs, qu'il s'agisse d'avis positifs ou négatifs. Cette pratique est courante, en ce compris en Belgique.

Il ne faut pas croire que ces interdictions sont purement théoriques et n'impliquent pas le praticien belge. À de nombreuses reprises, les tribunaux ont

⁶⁹ E. MARIQUE et A. STROWEL, « La régulation des *fakes news* et avis factices sur les plateformes », *Revue internationale de droit économique*, 2019/3, p. 383-398, notes de bas de page omises.

déjà eu l'occasion de se pencher sur le phénomène des faux avis, positifs pour soi, ou négatifs au détriment d'un concurrent. Ces questions conduisent à des problèmes de réputation importants, qui ne doivent pas être négligés.

La directive sur les droits des consommateurs (D.D.C.) a également été mise à jour par la directive Omnibus⁷⁰. L'article 6*bis* nouveau de la directive ajoute des exigences en matière d'information précontractuelle applicables aux contrats conclus par l'intermédiaire de plateformes. En réalité, ces obligations sont reprises à présent également dans le D.S.A., et se font en miroir des amendements réalisés à l'article 7 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales :

- a) Explication des paramètres utilisés pour le classement des résultats lorsqu'une recherche a été réalisée par l'utilisateur pour trouver des annonces, services ou produits.
- b) Indication si le tiers qui offre produits ou services est un professionnel (sur la base d'une autocertification).

Des informations complémentaires doivent apparaître sur l'interface de la plateforme, avant que le contrat ne soit conclu :

- a) Explication que les garanties liées au droit de la consommation ne s'appliquent pas si le tiers qui offre des produits ou services n'est pas un professionnel.
- b) Explication de la répartition contractuelle des obligations entre la plateforme et le tiers qui offre ses produits ou services.

Les États membres peuvent imposer des informations précontractuelles supplémentaires, si elles sont proportionnées et justifiées.

Conclusion

Les réformes récentes visent sans aucun doute à améliorer la situation des utilisateurs des plateformes numériques et des très grandes plateformes numériques. La présente contribution a tenté de rendre cohérent l'ensemble de ces règles nouvelles, et de leur donner une première évaluation. Certains sujets ont préoccupé le législateur : la question des avis, des classements de résultats de recherche, le suivi de l'identité des professionnels qui utilisent les plateformes sont sans nul doute à l'avant plan.

De plus, le législateur européen a mis l'accent sur la limitation des contenus illicites et a retiré les incitants à ne pas agir. Ce n'est pas encore un gage de qualité, ni même de fonctionnement effectif, mais l'attention pour la sécurité des utilisateurs, adultes et mineurs, est bien présente dans la réflexion législative.

⁷⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, *J.O.U.E.*, n° L 304, 22 novembre 2011, pp. 64-88, version consolidée disponible sur <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/2022-05-28>.

Enfin, les concepteurs des plateformes devront également être plus attentifs au design de leur interface, de sorte à permettre aux utilisateurs de mieux communiquer certaines informations, mais également en vue de diminuer les interfaces trompeuses. Il est simplement à regretter que les régimes d'accès au marché des services électroniques disparaissent avec l'adoption des règlements sur les services numériques. À défaut, il faut se tourner vers les règles de circulation de services de la directive «services», qui ne permettent malheureusement pas des entraves à la circulation des biens et services dans l'Union à des fins de protection des consommateurs. Des mesures correctrices devront sans doute y remédier dans les années à venir, à moins que l'Union ne parvienne à conserver un cadre de réglementation des services digitaux suffisamment flexible pour être régulièrement revu.