Bird & Bird

Législation sur les services numériques (DSA), marques et modèles

Benoit Van Asbroeck – Associé PI, Bird & Bird

Mise à jour du cadre juridique

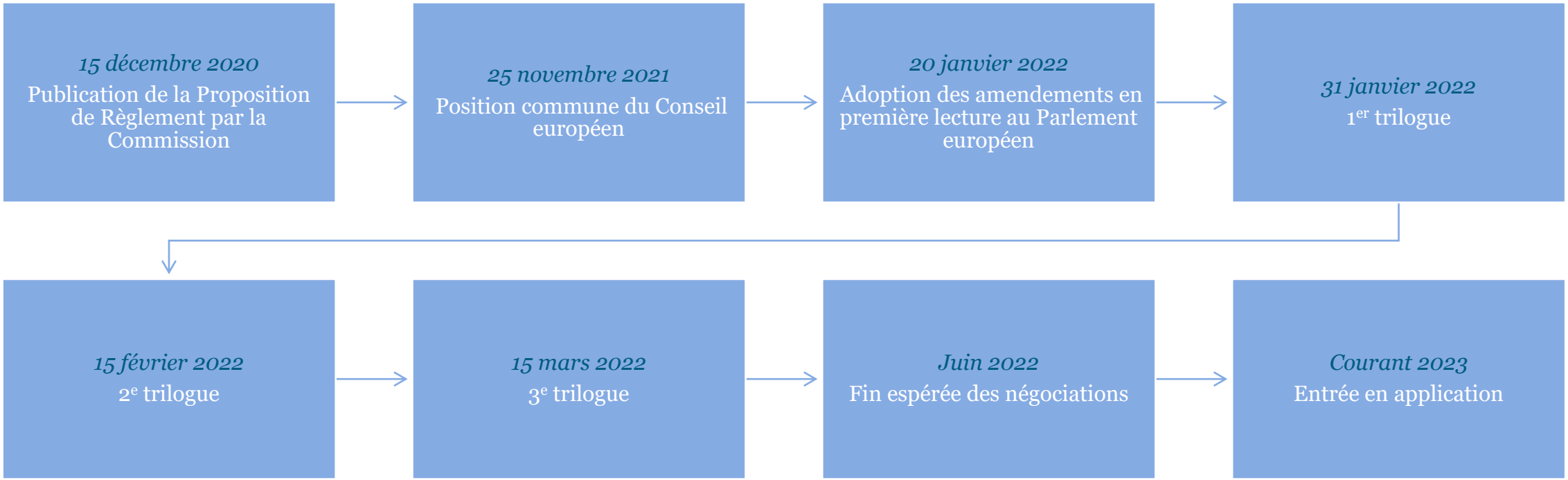
Le DSA comme nouvelle "lex generalis"

- Proposition de règlement
- Sans préjudice des règles de la Directive sur le commerce électronique, sauf dérogation
- Effet extra-territorial (bénéficiaire du service établi ou résidant dans l'Union)
- Complète les instruments sectoriels applicables comme *lex specialis*
- Prise en compte des initiatives volontaires (protocoles, codes de conduite, etc)

© Bird & Bird LLP

Processus législatif

Proposition de Règlement relatif à un marché intérieur des services numériques



© Bird & Bird LLP

"*Safe harbour 2.0*"

- Supprimé de la Directive sur le commerce électronique et réintroduit dans le DSA
- Exclusion du *safe harbour* pour les fournisseurs de services d'hébergement
  - Nécessité de fournir le service de manière neutre (traitement technique et automatique) (considérant 18)
  - Pas d'exclusion du *safe harbour* en cas d'initiatives destinées à détecter et supprimer les contenus illicites ("*Good Samaritan*")

© Bird & Bird LLP

"*Safe harbour 2.0*"

- Contrat à distance avec un professionnel conclu sur une plateforme en ligne :
  Lorsque la plateforme en ligne présente l'information spécifique ou lorsque le consommateur moyen et normalement informé puisse croire que l'information, le produit ou le service est fourni directement par la plateforme en ligne
- Sans préjudice du *safe harbour* particulier dans la Directive DSM 2019/790 (art. 17)

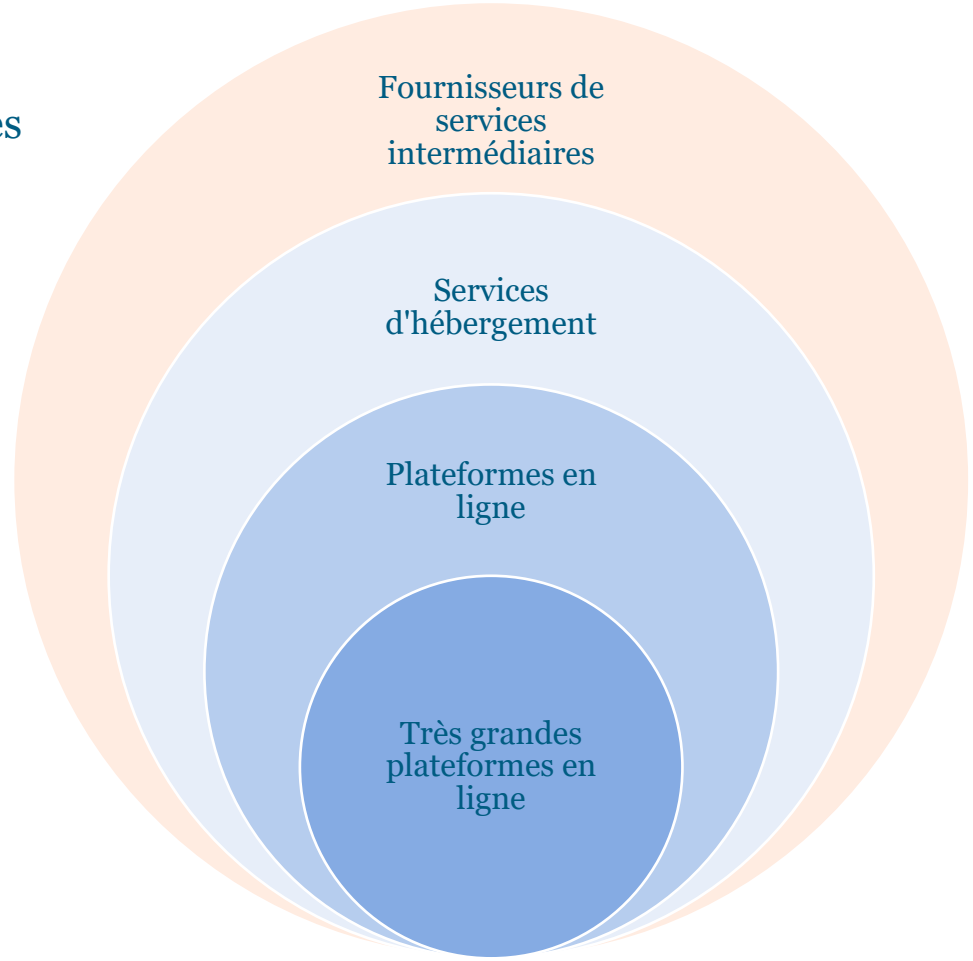
© Bird & Bird LLP

Catégories d'intermédiaires

Trois types de services intermédiaires

(cf. Dir. commerce électronique):

1. Simple transport
2. Mise en cache
3. Hébergement



Service de la société de l'information

"*Tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services*"

Directive 2015/1535, art. 1, §1, b)

© Bird & Bird LLP

Acteurs et définitions

- **Service intermédiaire** : service de simple transport, de mise en cache ou d'hébergement
- **Service d'hébergement** : service consistant à stocker des informations fournies par un bénéficiaire du service à la demande de ce dernier
- **Plateforme en ligne** : fournisseur de service d'hébergement qui, à la demande d'un bénéficiaire du service, stocke et diffuse au public des informations,
  - à moins que cette activité ne soit une caractéristique mineure et purement accessoire d'un autre service qui, pour des raisons objectives et techniques, ne peut être utilisée sans cet autre service, et
  - pour autant que l'intégration de cette caractéristique à l'autre service ne soit pas un moyen de contourner l'applicabilité du présent règlement
- **Très grande plateforme en ligne** : plateformes en ligne fournissant leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service au sein de l'Union égal ou supérieur à 45 millions, désignée tel quel par le coordinateur pour les services numériques sur base des informations déclarées par la plateforme

© Bird & Bird LLP

Acteurs et définitions

- **Bénéficiaire du service** : toute personne morale ou physique utilisant le service intermédiaire concerné
  - Notion à géométrie variable : celui à la demande duquel une plateforme diffuse des informations ou *end-user* ?
- **Public** : nombre potentiellement illimité de tiers (entres autres destinataires des informations diffusées par les plateformes en ligne)
- **Consommateur** : personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle ou libérale
- **Professionnel** : personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale
- **Contenu illicite** : toute information qui, en soi ou de par sa référence à une activité, y compris la vente de produits ou la prestation de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre, quel qu'en soit l'objet précis ou la nature précise – définition très large (cf. considérant 12)

© Bird & Bird LLP

Sanctions et contrôle

- Désignation d'un coordinateur pour les services numériques dans chaque État membre
- Le pays de l'établissement principal du fournisseur de services est compétent
  - Désignation d'un représentant légal si hors UE
- Création du Comité européen des services numériques
- Droit de plainte des utilisateurs des services
- Droit des bénéficiaires de services d'obtenir une compensation pour les dommages subis en raison de manquements par le fournisseur de services intermédiaires (amendement PE)

© Bird & Bird LLP

En cas de soupçons de manquement

- Intervention du coordinateur pour les services numériques (vis-à-vis des services intermédiaires relevant de la compétence de leur Etat membre)
  - NB. si l'intermédiaire est une très grande plateforme, application du dispositif de surveillance renforcée
- Intervention de la Commission (vis-à-vis des très grandes plateformes en ligne)
  - en cas d'action insuffisante du coordinateur, à la requête du coordinateur, ou en cas de manquement continu au terme de l'intervention du coordinateur

Pouvoirs	Coordinateur	Commission
• Exiger des informations, procéder à des inspections	X	X
• Ordonner la cessation d'infractions	X	
• Adopter des mesures provisoires en cas de risque de préjudice grave	X	X (urgence)
• Imposer des amendes en cas de décision de manquement (< 6% du chiffre d'affaires de l'année précédente) ou en cas de non-coopération (< 1% du chiffre d'affaires de l'année précédente)	X	X

© Bird & Bird LLP

Injonctions des autorités nationales

Applicable à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires

- Soit d'agir contre un contenu illicite, soit de fournir des informations relatives aux bénéficiaires de services

- Identification précise du contenu illicite dans l'injonction

- Caractère strictement nécessaire et proportionné de l'injonction

© Bird & Bird LLP

Injonctions des autorités nationales

Applicable à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires

- Périmètre de l'injonction ?
  - Identification précise du contenu illicite : "une ou plusieurs adresses URL exactes et, le cas échéant, des informations complémentaires permettant de repérer le contenu illicite concerné"
  - Jurisprudence de la CJUE reste applicable (cf. *Glawischnig-Piesczek*)
  - Limite : interdiction d'une obligation générale de surveillance
- Effet territorial "strictement nécessaire" (pas nécessairement sur tout le territoire de l'Union)
  - PE veut instaurer un principe de limitation au territoire de l'Etat membre en question, à moins que
    - l'illégalité du contenu ne découle directement du droit de l'Union de l'Union
    - les droits en jeu nécessitent une portée territoriale plus large

© Bird & Bird LLP

Injonctions des autorités nationales

Applicable à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires

- Droit à un recours effectif des fournisseurs de services intermédiaires en cas d'injonction (amendement)
- Droit à un recours effectif des bénéficiaires d'un service intermédiaire contre la suppression de leur contenu (amendement)
- Nombre d'injonctions reçues à mentionner dans le rapport annuel

© Bird & Bird LLP

Mécanisme de "*notice and takedown*"

Applicable aux fournisseurs de services d'hébergement

- Mise en place d'un mécanisme de signalement en ligne et facile d'accès
  - Possibilité d'opérer un signalement de manière anonyme (amendement)
- Notifications peuvent être traitées de manière automatisée
- Exposé des motifs en cas de décision de retrait ou de blocage d'accès à du contenu, sauf
  - en cas de volume élevé de contenu commercial ou
  - sur requête des autorités en raison d'une enquête pénale
- Publication des décisions anonymisées des fournisseurs de services dans une base de données accessible au public gérée par la Commission

© Bird & Bird LLP

Utilisations abusives

Applicable aux plateformes en ligne

- Suspension de la fourniture de services, pendant un délai raisonnable et après avertissement préalable, aux bénéficiaires qui fournissent fréquemment
  - Commission : des contenus manifestement illicites
  - Parlement : des contenus illicites, dont l'illégalité peut être établie sans procéder à un examen juridique ou factuel ou pour lequel ils ont reçu deux ou plusieurs ordres d'agir concernant un contenu illégal au cours des 12 mois précédents, à moins que ces ordres n'aient été annulés par la suite (amendement)
- Suspension du traitement de notifications, pendant un délai raisonnable et après avertissement préalable, soumises par des tiers qui soumettent fréquemment des notifications infondées
- Politique relative aux utilisations abusives énoncée dans les conditions générales

© Bird & Bird LLP

Signaleurs de confiance ("*trusted flaggers*")

Applicable aux plateformes en ligne

- Notifications "*notice and takedown*" soumises par ces signaleurs sont traitées en priorité
- Statut attribué sur demande par le coordinateur pour les services numériques national si l'entité remplit les conditions suivantes
  - Expertise et compétences particulières
  - Représentation d'intérêts collectifs et indépendance de toute plateforme en ligne
  - Acquittement des tâches en temps voulu, de manière diligente et objective
  - Financement transparent (amendement)
  - Publication d'un rapport annuel sur les notifications soumises (amendement)
- Statut attribué pour une durée de deux ans, sujet à renouvellement (amendement)

© Bird & Bird LLP

Traçabilité des professionnels ("KYBC")

Applicable aux plateformes en ligne

- "*Know your business customer*"
- Collecte préalable d'informations sur le client professionnel de la plateforme et efforts raisonnables d'évaluation
  - Coordonnées, document d'identification, coordonnées bancaires, numéro d'enregistrement au registre de commerce pertinent ou équivalent, type de produits ou services offerts
- Données inexactes → suspension du service
- Partage des informations
  - Mise à disposition au bénéficiaire du service (sauf documents d'identité et coordonnées bancaires)
  - Divulgation à des tiers si prévu par le droit applicable

© Bird & Bird LLP

Traçabilité des professionnels ("KYBC")

Applicable aux plateformes en ligne - amendements

- Obligation de prendre des mesures de prévention d'offre de services et produits illicites, entre autres par des contrôles aléatoires
- Obligation de montrer l'identité du professionnel à côté du contenu, bien ou service offert (ex : affichage de la marque ou du logo)
- En cas de connaissance de la nature illicite d'un produit ou service offert par un professionnel
  - Obligation de retirer le bien ou service de l'interface et alerter les autorités compétentes le cas échéant
  - Obligation d'informer les acquéreurs précédents de l'illégalité du produit ou service
  - Obligation d'établir un registre relatif aux biens et services illicites retirés de la plateforme dans les 12 mois (y compris les informations relatives au professionnel et les possibilités d'obtenir réparation)

© Bird & Bird LLP

Transparence de la publicité en ligne

Applicable aux plateformes en ligne

- Pour chaque publicité spécifique, les bénéficiaires du service doivent pouvoir
  - se rendre compte que les informations affichées sont de la publicité;
  - identifier la personne pour le compte de laquelle la publicité est communiquée au public;
  - obtenir des informations utiles concernant les principaux paramètres utilisés pour déterminer le bénéficiaire auquel la publicité est présentée
- De manière claire et en temps réel

© Bird & Bird LLP

Comparaison

Plateformes en lignes vs. très grandes plateformes en ligne (VLOPs)

Obligations	Plateformes	VLOPs
Système interne de traitement des réclamations and règlement extrajudiciaire	X	X
Signaleurs de confiance ("trusted flaggers")	X	X
Mesures contre les utilisations abusives	X	X
Traçabilité des professionnels ("KYBC")	X	X
Transparence de la publicité en ligne	X	X
Notification des soupçons d'infraction pénale	X	X
Evaluation des risques et designation d'un responsable de la conformité		X
Audit indépendant et responsabilité publique ("accountability")		X
Transparence des systèmes de recommendation		X
Partage de données avec les autorités et les chercheurs		X
Codes de conduite		X
Protocoles de crise		X

© Bird & Bird LLP

Impact pour les marques et modèles

Dispositions pertinentes

- Notion de contenu "illicite" (I)
- Mécanisme de "*notice and takedown*" (H)
- Signaleurs de confiance (P)
- KYBC (P)
- Utilisations abusives (P)
- Transparence de la publicité en ligne (P)
- Injonctions des autorités aux intermédiaires (I)
- Responsabilité des intermédiaires (I)

© Bird & Bird LLP

Marques – vêtements avec logos

Vente de contrefaçons sur une plateforme en ligne

- Mécanisme de "*notice and takedown*"
- Signaleurs de confiance
- Utilisations abusives
- Responsabilité des intermédiaires
- Injonctions éventuelles des autorités
- KYBC

© Bird & Bird LLP

Marques – Adwords

Utilisation de mots-clés identiques à une marque pour l'affichage de publicité dans un moteur de recherche

- Qualification des moteurs de recherche
- Est-ce un "contenu" illicite ?
  - Offre de biens contrefaisants
  - Offre de biens non-contrefaisants
- KYBC
- Transparence de la publicité en ligne
- Responsabilité des intermédiaires

© Bird & Bird LLP

Dessins – GUIs

Vente d'une application contrefaisante sur une plateforme de téléchargement

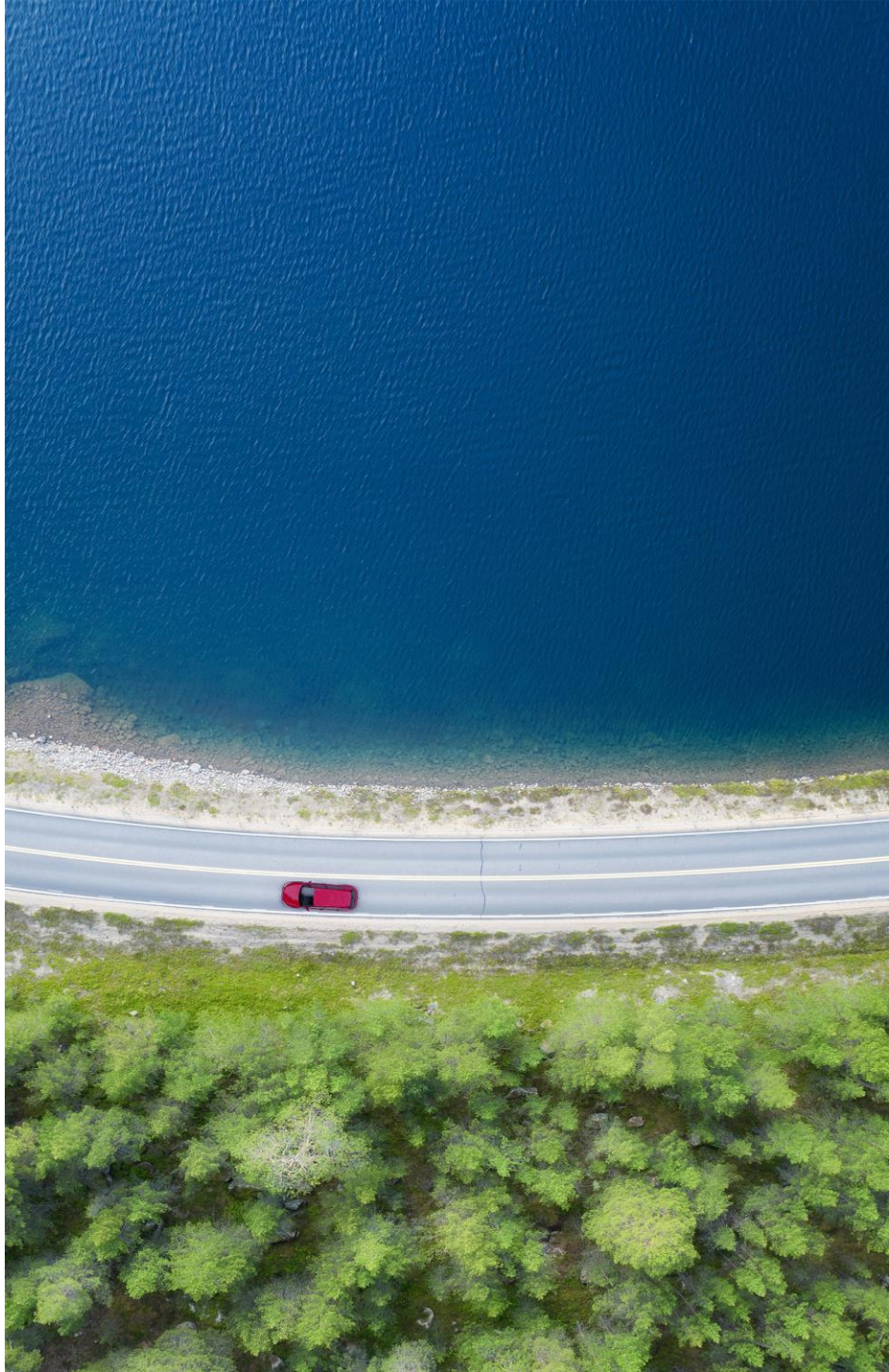
- Mécanisme de "*notice and takedown*"
- Signaleurs de confiance
- Responsabilité des intermédiaires
- Injonctions éventuelles des autorités
- KYBC

© Bird & Bird LLP

Modèles – voiture de luxe

Création et vente d'un NFT 3D sur une plateforme, dont l'objet sous-jacent est stocké sur un serveur décentralisé

- Est-ce un contenu "illicite" ?
- Mécanisme de "*notice and takedown*"
- Injonctions des autorités aux intermédiaires
- Responsabilité des intermédiaires



© Bird & Bird LLP

Merci

twobirds.com

● Abu Dhabi ● Amsterdam ● Beijing ● Bratislava ● Brussels ● Budapest ● Casablanca ● Copenhagen ● Dubai ● Dusseldorf ● Frankfurt ● The Hague ● Hamburg ● Helsinki ● Hong Kong ● London ● Luxembourg ● Lyon ● Madrid ● Milan ● Munich ● Paris ● Prague ● Rome ● San Francisco ● Shanghai ● Singapore ● Stockholm ● Sydney ● Warsaw

The information given in this document concerning technical legal or professional subject matter is for guidance only and does not constitute legal or professional advice. Always consult a suitably qualified lawyer on any specific legal problem or matter. Bird & Bird assumes no responsibility for such information contained in this document and disclaims all liability in respect of such information.

This document is confidential. Bird & Bird is, unless otherwise stated, the owner of copyright of this document and its contents. No part of this document may be published, distributed, extracted, re-utilised, or reproduced in any material form.

Bird & Bird is an international legal practice comprising Bird & Bird LLP and its affiliated and associated businesses.

Bird & Bird LLP is a limited liability partnership, registered in England and Wales with registered number OC340318 and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA) with SRA ID497264. Its registered office and principal place of business is at 12 New Fetter Lane, London EC4A 1JP. A list of members of Bird & Bird LLP and of any non-members who are designated as partners, and of their respective professional qualifications, is open to inspection at that address.