

Position du CCBE sur la législation relative aux services et aux marchés numériques

26/03/2021

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

La Commission européenne a publié le 15 décembre 2020 une [proposition](#) de règlement relatif à un marché intérieur des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (ci-après la « législation sur les services numériques ») ainsi qu'une [proposition](#) de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (ci-après la « législation sur les marchés numériques »).

Le CCBE se félicite que la Commission ait pris en considération divers aspects qu'il avait évoqués lors du processus de consultation précédent. Le CCBE a déjà émis une [Réponse](#) à la consultation publique ouverte sur le Paquet relatif aux services numériques.

Le CCBE souhaite préciser sa position par rapport à plusieurs aspects de la législation relative aux services et aux marchés numériques.

I. LA LÉGISLATION SUR LES SERVICES NUMÉRIQUES

A. Considérants

- **Considérant 12 et la notion de contenu illicite**

Le considérant 12 concerne la notion de contenu illicite et la façon dont elle doit être définie. D'après la proposition, les États membres sont invités à adopter une définition suffisamment large. Ce considérant indique que ce concept doit être compris comme se référant à des informations qui sont illicites en vertu du droit applicable ou se rapportant à des activités illégales.

Le CCBE comprend que cette définition pourrait inclure la pratique non autorisée du droit et pourrait s'appliquer aux activités illégales, telles que celles exercées par des individus non qualifiés offrant des services juridiques professionnels en ligne, qui utilisent le titre d'avocat de manière illégale ou qui font l'objet de sanctions disciplinaires (par exemple, la radiation du barreau) de la part d'un organisme professionnel compétent, mais qui sont toujours actifs sur les plateformes tierces, considérées comme des services d'intermédiation.

- **Considérant 44 et le mécanisme extrajudiciaire**

La proposition établit un système de réclamation qui donne un rôle important aux mécanismes extrajudiciaires. Elle prévoit que « les plateformes en ligne soient tenues de prévoir des systèmes internes de traitement des réclamations, qui remplissent certaines conditions » et qu'« il convient de prévoir la possibilité d'un règlement extrajudiciaire des litiges par des organismes certifiés qui disposent de l'indépendance, des moyens et de l'expertise nécessaires pour s'acquitter de leur mission d'une manière équitable, rapide et économiquement avantageuse. » En outre, ce considérant insiste sur le fait que « les possibilités ainsi créées de contestation des décisions des plateformes en ligne devraient compléter, **sans toutefois l'altérer d'aucune manière, la possibilité de recours juridictionnel en vertu de la législation de l'État membre concerné.** »

Le CCBE salue cette disposition et rappelle que, d'après le droit à un recours effectif et le droit à accéder à un tribunal impartial, tels qu'énoncés dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les dispositions de la législation sur les services numériques ne doivent pas être conçues pour remplacer les procédures judiciaires et ne doivent pas empêcher les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire.

- **Les considérants 79, 98 et suivants : les droits fondamentaux et la protection du secret professionnel**

Le CCBE voit d'une importance primordiale le considérant 79. En effet, la proposition comporte des dispositions sur les coordinateurs pour les services numériques nationaux et les autres autorités compétentes visées par la législation sur les services numériques, avec les pouvoirs et les moyens de garantir leurs activités en matière d'enquête et de coercition concernant ladite législation.

Selon le considérant 79, « ***dans l'exercice de ces pouvoirs, il convient que les autorités compétentes respectent les règles nationales applicables concernant les procédures et les aspects tels que la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable pour pénétrer dans certains locaux ainsi que le secret professionnel. Ces dispositions devraient en particulier garantir le respect des droits fondamentaux à un recours effectif et à un procès équitable, y compris les droits de la défense, ainsi que du droit au respect de la vie privée. À cet égard, les garanties prévues en ce qui concerne les procédures de la Commission en vertu du présent règlement pourraient constituer une référence appropriée. Avant qu'une décision définitive soit prise, il convient de garantir une procédure préalable, équitable et impartiale, y compris le droit des personnes concernées d'être entendues et d'avoir accès au dossier, dans le respect de la confidentialité et du secret professionnel et d'affaires, ainsi que l'obligation de dûment motiver les décisions.*** »

Le CCBE tient à rappeler que la protection du secret professionnel est une pierre angulaire de l'état de droit et du droit à accéder à un tribunal impartial. Cette protection doit être garantie pour toutes les dispositions de la législation sur les services numériques en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs confiés aux autorités compétentes, c'est-à-dire non seulement aux coordinateurs pour les services numériques et les autres autorités nationales, mais aussi la Commission européenne.

En outre, le CCBE estime que le considérant 98 et suivants, concernant les pouvoirs d'enquête et de coercition confiés à la Commission européenne quant aux très grandes plateformes en ligne, devraient inclure la même référence.

En effet, le considérant 98 précise que « *la Commission devrait disposer de pouvoirs d'enquête et de coercition renforcés [...], de les faire appliquer et de les contrôler, dans le plein respect du principe de proportionnalité et des droits et intérêts des parties concernées.* » La nécessité de garantir les droits de la défense des parties concernées n'est évoquée qu'au considérant 101.

Le CCBE estime que cette formulation ne suffit pas, comparée au considérant 79. Il conviendrait également de mentionner au considérant 98 qu'une procédure équitable et impartiale soit garantie avant qu'une décision définitive soit prise, dont le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le respect de la confidentialité et du secret professionnel, ainsi que l'obligation de dûment motiver les décisions.

Le CCBE se félicite du considérant 105 qui précise que la législation sur les services numériques respecte les droits fondamentaux reconnus par la Charte et les droits fondamentaux consacrés par des principes généraux du droit de l'Union, et qu'il convient de l'interpréter et de l'appliquer conformément à ces droits fondamentaux.

B. Articles de la législation sur les services numériques

a) Définitions (article 2)

Le CCBE salue les provisions de l'article 2 sur les définitions larges de la notion de « contenu illicite ». Tel qu'indiqué précédemment, le CCBE estime que cette définition devrait s'étendre à la pratique non autorisée du droit et pourrait s'appliquer aux activités illégales, telles que celles exercées par des individus qui ne sont pas qualifiés à offrir des services juridiques professionnels en ligne, qui utilisent illégalement le titre d'avocat ou font l'objet de sanctions disciplinaires (par exemple la radiation du barreau) de la part d'un organisme professionnel compétent, mais qui sont toujours actifs sur les plateformes tierces, considérées comme des services d'intermédiation.

Selon l'article 2 lit (d), l'applicabilité des dispositions à un prestataire de services sans établissement dans l'Union est donnée si ce prestataire de services a « un nombre significatif d'utilisateurs » dans un ou plusieurs États membres. La définition du point d ne prévoit pas de valeur seuil. Bien que les circonstances mentionnées au point d soient énumérées à titre d'exemple, la question de savoir si une personne est soumise à une réglementation légale doit être aussi claire que possible. Par conséquent, il convient d'envisager de remplacer

l'expression « un nombre significatif d'utilisateurs » par une valeur seuil : une taille minimale apporterait davantage de certitude aux prestataires étant donné que le règlement impose de nombreuses obligations.

b) Injonctions d'agir contre des contenus illicites et de fournir des informations (articles 8 et 9)

La législation sur les services numériques impose aux fournisseurs de services intermédiaires l'obligation d'agir contre les contenus illicites (article 8) et de fournir des informations concernant un ou plusieurs bénéficiaires spécifiques du service (article 9) sur injonction des autorités judiciaires ou administratives nationales.

Le CCBE remarque que les deux articles indiquent que les conditions et exigences établies dans l'article 8 et 9 sont sans préjudice des exigences au titre du droit de la procédure pénale nationale, conformes au droit de l'Union (paragraphe 4 des articles 8 et 9).

Le CCBE estime que la référence au droit pénal national est trop restrictive. Le cadre des garanties procédurales prévues par ces dispositions doit être plus large. Ces garanties doivent également tenir compte des droits et principes fondamentaux tels qu'énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au-delà de ceux prévus par le droit pénal national. Il pourrait également être indiqué qu'en aucun cas une injonction de fournir des informations ne peut être émise pour obtenir des informations relevant du secret professionnel, et plus spécifiquement dans le cas d'informations relatives aux activités d'un avocat utilisant une plateforme en ligne.

c) Système interne de traitement des réclamations (article 17) et Règlement extrajudiciaire des litiges (article 18)

La législation sur les services numériques prévoit l'obligation, pour les plateformes en ligne, de mettre en place un système interne de traitement des réclamations concernant les décisions prises en rapport avec des informations ou des contenus présumés illicites incompatibles avec leurs conditions générales (article 17). Elle impose également aux plateformes en ligne de s'associer à des organismes de règlement extrajudiciaire des litiges certifiés afin de résoudre tout litige avec les utilisateurs de leurs services (article 18).

Au sujet des informations incompatibles avec les conditions générales des plateformes en ligne, le CCBE fait remarquer que, pour garantir le droit de la défense de l'utilisateur dans le système interne de traitement des réclamations prévu à l'article 17, dans le mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges prévu à l'article 18, ainsi que dans les procédures judiciaires, il est nécessaire que les conditions générales des plateformes en ligne, des prestataires de services ou des réseaux sociaux soient facilement accessibles et compréhensibles pour les utilisateurs. Dans ces conditions générales doit également figurer l'explication des mécanismes et des procédures selon lesquels les algorithmes ou autres méthodes d'évaluation, y compris électroniques, suppriment un certain contenu jugé non conforme aux conditions générales du service.

Le CCBE voit d'un bon œil la disposition de l'article 18 déclarant que le mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges est « *sans préjudice du droit du bénéficiaire concerné de contester la décision devant une juridiction conformément au droit applicable.* » Le CCBE salue en outre les exigences en matière de certification d'organes de règlement extrajudiciaire des litiges qui doivent être impartiaux et indépendants, avoir l'expertise nécessaire, être facilement accessibles, régler un litige de manière rapide, efficace et économiquement avantageuse, dans au minimum une langue officielle de l'Union, et se dérouler « *suivant une procédure claire et équitable.* »

Le CCBE avance que les conditions pour une « procédure claire et équitable » doivent être davantage élaborées et que le système de règlement des litiges prévu dans la législation sur les services numériques ne doit pas priver les parties de leur droit à recevoir des conseils indépendants ou d'être représentées ou assistées par un avocat à tout moment de la procédure.

d) Signaleurs de confiance (article 19)

Le CCBE insiste sur le fait que les organes représentatifs de la profession d'avocat, tels que les barreaux, doivent être qualifiés de signaleurs de confiance. Par exemple, les barreaux sont les mieux placés pour identifier certaines activités en ligne illégales et les contenus associés tels que la pratique non autorisée du droit.

- e) La mise en œuvre, le contrôle de l'application des règles et les autorités compétentes prévus par la législation sur les services numériques (chapitre IV)

i) Autorités compétentes

Le CCBE insiste sur le fait que les dispositions de la législation sur les services numériques manquent de clarté en ce qui concerne la relation et les pouvoirs respectifs des autorités compétentes dans le cadre du règlement proposé. En particulier, les champs d'intervention de la Commission européenne et de l'autorité réglementaire nationale semblent se chevaucher.

D'après l'article 38, les États membres désignent une ou plusieurs autorités compétentes comme responsables de l'application et du contrôle de l'application de la législation sur les services numériques, dont un coordinateur pour les services numériques. Le CCBE insiste sur le fait que la multiplication du nombre d'autorités compétentes pourrait avoir des conséquences néfastes. Au vu des pouvoirs importants accordés aux autorités compétentes dans le cadre de la législation sur les services numériques, le CCBE rappelle la nécessité d'établir des garanties procédurales solides.

ii) Les garanties procédurales et droits de la défense

Le CCBE met en avant le fait que les mêmes garanties devraient s'appliquer à tous les prestataires de services intermédiaires, qu'il s'agisse de petites ou de très grandes plateformes en ligne, que la procédure soit menée par les autorités nationales ou par la Commission européenne.

- **Garanties devant les autorités nationales (article 38 et suivants)**

Le CCBE salue à cet égard les dispositions du paragraphe 4 de l'article 38 stipulant que les exigences applicables aux coordinateurs pour les services numériques énoncées aux articles 39, 40 et 41 s'appliquent également aux autres autorités compétentes désignées par l'État membre.

Le CCBE se félicite du paragraphe 6 de l'article 41 selon lequel « *les États membres veillent à ce que tout exercice des pouvoirs accordés aux coordinateurs des services numériques soit assujéti aux mesures de sauvegarde appropriées établies dans le droit national applicable en conformité avec la Charte et avec les principes généraux du droit de l'Union. Plus particulièrement, ces mesures sont prises en stricte conformité avec le droit au respect de la vie privée et les droits de la défense, y compris les droits d'être entendu et d'avoir accès au dossier, et le droit à un recours juridictionnel effectif pour toutes les parties affectées.* »

Le CCBE estime toutefois que le paragraphe 6 de l'article 41 devrait être plus protecteur compte tenu du considérant 79. En particulier, la mention de la nécessité de la protection du secret professionnel n'apparaît que dans les considérants et non dans les articles.

Le paragraphe 6 de l'article 41 doit ainsi être modifié de manière à prévoir que « *ces mesures sont prises en stricte conformité avec le droit au respect de la vie privée et les droits de la défense, tout en respectant la confidentialité et le secret professionnel, y compris les droits d'être entendu et d'avoir accès au dossier, et le droit à un recours juridictionnel effectif pour toutes les parties affectées.* »

- **Garanties devant de la Commission (article 50 et suivants)**

Le CCBE observe que les garanties prévues dans le cadre des procédures devant les autorités nationales n'apparaissent pas de la même manière que dans le cadre des procédures devant la Commission européenne, comme il en est fait mention aux articles 52 et suivants. En effet, dans le cas des très grandes plateformes en ligne, les pouvoirs de la Commission semblent être encore plus étendus, alors que les garanties du droit à accéder à un tribunal impartial et des droits de la défense ne sont pas clairement précisées.

L'article 52 intitulé « Demandes de renseignements » permet à la Commission, par simple demande ou par voie de décision, de demander aux très grandes plateformes en ligne concernées, ainsi qu'à toute autre personne agissant pour les besoins de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale raisonnablement susceptible d'avoir connaissance de renseignements relatifs à l'infraction présumée ou à l'infraction, selon le cas, de fournir ces renseignements dans un délai raisonnable. **Le CCBE rappelle qu'en aucun cas l'objet d'une telle**

demande ne peut être de solliciter un avocat représentant une très grande plateforme en ligne de fournir des documents relevant du secret professionnel.

L'article 63 « Droit d'être entendu et droit d'accès au dossier » est l'unique article prévoyant à un stade ultérieur des garanties procédurales et les droits de la défense. Tandis que cet article traite principalement du droit d'être entendu et du droit d'accès au dossier, le paragraphe 4 prévoit que « *les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure.* »

Le CCBE estime que les pouvoirs de la Commission européenne doivent être définis plus clairement et insiste sur le fait qu'un article spécifique pourrait prévoir un tel cadre, sous la forme d'une nouvelle entrée ou d'une reformulation de l'article 63.

La législation sur les services numériques devrait prévoir que, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le règlement, la Commission est soumise à des garanties adéquates telles que celles énoncées dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Commission doit en particulier exercer ses pouvoirs conformément au droit au respect de la vie privée et aux droits de la défense, tout en respectant la confidentialité et le secret professionnel, y compris le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier, et sous réserve du droit à un recours juridictionnel effectif de toutes les parties concernées.

De manière plus générale, le CCBE fait remarquer que la législation sur les services numériques pourrait comporter un article plus détaillé concernant le droit à accéder à un tribunal impartial, les droits de la défense, y compris la protection du secret professionnel, le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier. L'objectif de cet article pourrait être d'assurer le respect des principes et droits fondamentaux énoncés au considérant 79, dans toutes les procédures prévues par le règlement.

II. LA LÉGISLATION SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES

A. Identification des contrôleurs d'accès et des services de plateformes essentiels (article 3 et suivants)

La législation sur les marchés numériques prévoit que la Commission établisse une liste initiale de services de plateformes essentiels et d'identification des contrôleurs d'accès, soit selon des « seuils quantitatifs » énoncés au paragraphe 2 de l'article 3, soit d'après une « **évaluation qualitative au cas par cas** » résultant d'une enquête sur le marché (considérant 63 et paragraphe 6 de l'article 3). Pour y parvenir, la Commission doit prendre en compte un certain nombre d'éléments prévus au paragraphe 6 de l'article 3 et suivre la procédure prévue à l'article 15.

Le CCBE propose que la législation sur les marchés numériques définisse non seulement les procédures mais également les critères que la Commission prend en compte pour évaluer ce qui est un service de plateforme essentiel ou qui est un contrôleur d'accès. Étant donné qu'il s'agit d'une question susceptible d'exposer les entreprises à d'importantes contraintes commerciales, il est particulièrement important que le processus décisionnel soit équitable, ouvert et transparent.

En outre, conformément à l'article 4 de la proposition de législation sur les marchés numériques, la Commission réexamine régulièrement, et au moins tous les deux ans, si les contrôleurs d'accès désignés continuent de satisfaire aux exigences fixées à l'article 3 ou si de nouveaux fournisseurs de services de plateformes essentiels satisfont à ces exigences.

À cet égard, le CCBE propose que le processus d'identification et de définition de la portée des services et des plateformes soumis à la législation sur les marchés numériques soit aussi transparent et accessible que possible aux contributions de toutes les parties prenantes.

B. Pratiques interdites (chapitre III)

L'article 5 et suivants du chapitre III sur les marchés décrivent les pratiques déloyales des contrôleurs d'accès qui limitent la contestabilité ou adoptent des pratiques déloyales. L'article 5 énumère plusieurs pratiques interdites et l'article 6 mentionne des obligations pour les contrôleurs d'accès susceptibles d'être précisées. La proposition fixe en outre les conditions dans lesquelles les obligations applicables à un service de plateforme essentiel spécifique peuvent être suspendues dans des circonstances exceptionnelles (article 8), ou dans lesquelles une exemption peut être accordée pour des raisons d'intérêt général (article 9).

Le CCBE estime que les pratiques déloyales énumérées dans la proposition manquent, au moins en partie, de la précision et de la clarté nécessaires pour fournir aux entreprises des indications pratiques sur les risques juridiques. Il convient donc d'établir des normes détaillées et spécifiques au marché (et, dans certains cas, au modèle d'entreprise) et, le cas échéant, de se référer à la jurisprudence existante de la CJUE.

Le CCBE recommande dans la législation sur les marchés numériques une énonciation plus claire des facteurs et des considérations qui conduisent à un changement de pratiques interdit ou requis. Elle doit également fixer plus clairement les critères pris en compte pour évaluer la nécessité de prévoir des dérogations.

C. Protection du droit de la défense et du secret professionnel

Le CCBE se félicite que la législation sur les marchés numériques tienne compte de la nécessité de garantir le droit de défense et la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.

Le CCBE remarque que le considérant 75 de la proposition de législation prévoit que *« dans le contexte des procédures menées au titre du présent règlement, il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission, et les décisions prises devraient faire l'objet d'une large publicité. Tout en assurant le droit à une bonne administration ainsi que les droits de la défense des entreprises concernées, et notamment le droit d'accès au dossier et le droit d'être entendues, il est indispensable de protéger les informations confidentielles. De plus, tout en respectant la confidentialité des informations, la Commission devrait garantir que toutes les informations sur lesquelles la décision repose sont divulguées dans la mesure nécessaire au destinataire de la décision pour comprendre les faits et les considérations qui ont guidé cette décision. Enfin, dans certaines conditions, certains documents d'affaires, tels que les communications entre les avocats et leurs clients, peuvent être considérés comme confidentiels si les conditions applicables sont satisfaites. »*

Le CCBE salue également la disposition de l'article 30 au sujet du « Droit d'être entendu et droit d'accès au dossier » et le paragraphe 4 qui prévoit que *« les droits de la défense du contrôleur d'accès ou de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concerné(e) sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. »*

Le CCBE rappelle que la protection du secret professionnel est une pierre angulaire de l'état de droit et du droit à accéder à un tribunal impartial et insiste sur le fait que la formulation du considérant 75 de la proposition de législation sur les marchés numériques n'est pas suffisante pour garantir la protection du droit de défense et la confidentialité de la communication entre les avocats et leurs clients. Cette disposition semble rendre la protection de la confidentialité conditionnelle.

Le CCBE rappelle que le secret professionnel, en tant que garantie des droits de la défense, ne peut pas être conditionnel. Par conséquent, la législation sur les marchés numériques doit prévoir que, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le règlement et dans toutes les procédures, la Commission garantit une procédure équitable et impartiale avant de prendre toute décision finale, dont le droit des personnes concernées d'être entendues et le droit d'accès au dossier, tout en respectant la confidentialité et le secret professionnel, ainsi que l'obligation de dûment motiver les décisions.

Le CCBE estime en outre qu'il n'est pas suffisant d'évoquer la nécessité de protéger le secret professionnel uniquement dans les considérants, mais qu'elle doit figurer dans les articles eux-mêmes.