



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



LA REGULATION DES CONTENUS ILLICITES SUR LES RESEAUX SOCIAUX

Master 2 Propriété Intellectuelle et TIC

Année universitaire 2019 -2020

Mémoire rédigé par Maelys SAINGRA

Sous la direction de Madame Agnès ROBIN

Remerciements

Avant d'entamer l'exposé de mon mémoire, je tiens à exprimer ma reconnaissance à ma directrice de mémoire, Madame Agnès ROBIN, Directrice du Master 2 Droit de la propriété intellectuelle et TIC. Je la remercie pour avoir accepté d'encadrer mon travail de recherche, pour le temps qu'elle m'a accordé ainsi que pour les conseils constructifs qu'elle m'a prodigués pour m'aider à réaliser ce travail.

Je remercie ensuite l'ensemble de l'équipe pédagogique ainsi que les intervenants, aussi bien universitaires que professionnels, du Master 2 Droit de la propriété intellectuelle et Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), pour les enseignements qu'ils dispensent et les connaissances qu'ils transmettent.

Je remercie également l'Université de Montpellier pour les multiples formations de qualité qu'elle propose ainsi que pour mettre à la disposition de tous ses étudiants de nombreuses ressources documentaires, qui ont permis de nourrir ce travail de recherche.

Je remercie enfin mes proches pour m'avoir accompagnée et soutenue au cours de la rédaction de ce mémoire. Je souhaite exprimer ma reconnaissance envers mes camarades qui m'ont aidée en prenant le temps de me donner des avis critiques sur mon travail. Merci enfin à ma famille pour le soutien qu'elle m'a apporté durant la rédaction de ce mémoire de recherche, et plus généralement tout au long de mes études.

Liste des abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARCOM	Autorité de régulation des communications audiovisuelles et numériques
Art.	Article
c.	Contre
Cass.	Cour de cassation
CA	Cour d'Appel
C. civ	Code civil
C. conso	Code de la consommation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ch.	Chambre
Civ.	Chambre civile de la cour de cassation
Civ. 1 ^{ère} , Civ. 2 ^{ème} , Civ 3 ^{ème}	Première, deuxième et troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation

CSA	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
Ed.	Edition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
HADOPI	Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , référence identique à la précédente
JCI	JurisClasseur
LCEN	Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
N°	Numéro
OCLCTIC	Office Central de Lutte contre la Criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citado</i> , ouvrage cité <i>supra</i>
p.	Page
Réf.	Référé
RFDA	Dalloz, Revue française de droit administratif
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RTD Civ	Revue Trimestrielle de Droit civil
s.	Suivants
TGI	Tribunal de grande Instance
Vol.	Volume

Sommaire

Partie 1 – La responsabilité légale des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : l'évolution vers une responsabilisation accrue

Titre 1 – L'irresponsabilité de principe des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés

Titre 2 – La responsabilisation croissante des réseaux sociaux

Partie 2 – La régulation des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : le développement d'une modération encadrée

Titre 1 – La modération par les réseaux sociaux utile mais insuffisante

Titre 2 – La nécessité d'un encadrement adapté de la modération par les réseaux sociaux

Introduction

Le 24 février 2020, le ministre de l'Économie et des Finances Bruno Le Maire et le secrétaire d'État chargé du Numérique, Cédric O, ont organisé un séminaire de travail consacré à la régulation des plateformes numériques au niveau européen. Cette réunion fait suite à la stratégie de la Commission européenne, qui doit étudier la piste d'une régulation *ex ante* des grandes plateformes numériques. L'objectif principal est une régulation économique des plateformes « structurantes » en Europe, notamment par le biais du droit de la concurrence. Toutefois, le groupe de travail créé devra également « nourrir les propositions relatives à la responsabilisation des plateformes », notamment en matière de lutte contre les contenus haineux en ligne¹. La création d'un tel groupe de travail témoigne de l'actualité de la réflexion concernant l'élaboration d'un régime adapté de régulation des plateformes, en particulier des géants du Net, autant au niveau national qu'euro-péen. En effet, cette équipe ministérielle d'experts devra ensuite poursuivre ses travaux selon les orientations fixées par la Commission européenne, l'échelon européen étant le plus pertinent pour une action efficace en la matière.

Les réseaux sociaux sont une forme de plateforme en ligne, ces dernières étant définies par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique². Le Parlement européen relève que les plateformes en ligne englobent un éventail très varié d'activités, comprenant notamment les réseaux sociaux³, ce qui rend difficile leur qualification juridique⁴. Ces derniers permettent plus spécifiquement le partage et la diffusion de contenus en ligne par et pour les utilisateurs. Le Rapport de la mission de régulation des réseaux sociaux de mai 2019 définit le réseau social comme « *un service en ligne permettant à ses utilisateurs de publier les contenus de leur choix et de les rendre ainsi accessibles à tout ou partie des autres utilisateurs de ce service* »⁵. La détermination des personnes ayant accès aux contenus publiés par l'un des

¹ Communiqué de presse n° 2043, « Bruno Le Maire et Cédric O lancent un groupe de travail dédié à la régulation des plateformes numériques au niveau européen », 24 février 2020

² Art.49 de ladite loi, reprise à l'article L.111-7 du C. conso, définissant l'opérateur de plateforme numérique comme « *toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ».

³ Rapport du Parlement européen sur les plateformes en ligne et le marché numérique, 2016/2276 (INI), du 31 mai 2017, p. 7

⁴ A ce titre voir S. Zinty, « Droit des plateformes numériques. – Introduction générale », *JCI Commercial*, Fasc. 870, 26 février 2019, ou encore A. Robin, « Places de marché en ligne. – Du millefeuille à la mouvance des qualifications juridiques », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n° 5, 30 janvier 2020

⁵ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, Mai 2019

utilisateurs est généralement définie en fonction d'une liste de contacts de l'utilisateur⁶, créant sa « communauté ». Le nombre de personnes susceptibles d'avoir accès aux contenus diffusés par l'utilisateur, bien que potentiellement limité, s'élève généralement à plusieurs centaines d'autres utilisateurs⁷. Cette particularité brouille alors la distinction entre communications privées et publiques⁸. Ce service de réseau social est généralement fourni en contrepartie de l'enregistrement de données personnelles des utilisateurs. Les modèles économiques des réseaux sociaux sont variables, mais reposent le plus souvent sur la réalisation de publicité ciblée, ainsi que la proposition d'abonnement à des services « premium ». Les réseaux sociaux les plus utilisés au niveau mondial en 2020 sont Facebook, YouTube, WhatsApp, Instagram, dépassant le milliard d'utilisateurs⁹.

Ces réseaux sociaux sont le siège de la publication de nombreux contenus illicites. La nature de ces contenus peut être particulièrement variée, et peut par exemple prendre la forme d'une incitation à la haine, d'une atteinte au droit de propriété ou aux droits de la personnalité d'un tiers. Plus généralement, il peut s'agir de tout contenu qui outrepassse le droit à la liberté de communication des internautes. L'article 1-IV de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) rappelle que cette liberté est limitée « *d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de la pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public (...)* ». Les contenus illicites sont finalement ceux qui tombent sous le coup d'une infraction légale, en particulier les crimes et délits commis par la voie de presse ou par tout autre moyen de communication, les atteintes aux mineurs prévues par le Code Pénal, en particulier la pédopornographie, et la contrefaçon¹⁰.

Les contenus publiés sur les réseaux sociaux peuvent alors faire l'objet d'une régulation. Il existe différentes manières d'appréhender la notion de « régulation ». Ainsi, Marie-Anne Frison-Roche a développé une définition de la régulation centrée autour de la concurrence. Elle considère que la régulation s'applique dans les « *secteurs sur lesquels doivent s'équilibrer une libre concurrence et un autre principe* », afin de créer et maintenir un équilibre qui n'existe pas par lui-même¹¹. Une autre acception de la notion de régulation, plus large, soutenue notamment par Emmanuel Derieux, consiste à définir la régulation comme les « instances et modalités d'encadrement d'activités qui échappent à l'intervention traditionnelle ou classique

⁶ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018

⁷ En 2020, le nombre d'amis moyen sur Facebook est de 177 en France, et 338 dans le monde. <https://blogdumoderateur.com/chiffres-facebook>

⁸ *Op. cit.*, Boris Barraud

⁹ <https://blogdumoderateur.com/chiffres-reseaux-sociaux/>

¹⁰ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », p. 255

¹¹ Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Dalloz* 2001 n°7, p. 610

du législateur »¹². Cette conception de la régulation exclut alors le droit positif adopté par le législateur. Dans la présente étude, nous préférons nous appuyer sur une conception plus large de la régulation intégrant le droit positif tout en le dépassant. Dans cet esprit, Karine Favro considère que la régulation vise « *un ensemble de processus, dont le droit, par lesquels les décisions collectives sont actées et mises en œuvre en matière de développement économique et social par le dialogue entre les pouvoirs publics et les acteurs concernés, acceptées par ces derniers, parce que nées d'un compromis* »¹³. Dans cette perspective, la régulation impacte la manière dont la norme est conçue et appliquée par les acteurs en présence, les solutions étant négociées afin de faire émerger le cadre normatif le plus adapté aux intérêts en présence¹⁴. L'un des objectifs de la régulation est l'ajustement « *en temps réel [du] comportement des acteurs du marché* »¹⁵, avec plus de souplesse et de rapidité que le permet le droit positif seul, ce qui s'avère crucial sur internet. Cette régulation est supervisée par des autorités de régulation dédiées. La notion de régulation peut par ailleurs être rapprochée de notions voisines, telles que l'autorégulation¹⁶, la corégulation ou encore l'interrégulation¹⁷, qui sont des formes particulières de régulation.

A l'heure de l'économie du numérique et du web participatif (aussi appelé « web 2.0 ») le Conseil d'Etat considère, dans son rapport annuel de 2017, que les plateformes en ligne sont au cœur d'une nouvelle révolution numérique liée aux progrès technologiques de la dernière décennie¹⁸. Les plateformes d'une façon générale, et plus particulièrement les réseaux sociaux, ont pris une importance et un pouvoir considérables en l'espace de quelques années seulement, pour devenir aujourd'hui des acteurs incontournables. Pour Nathalie Dreyfus, « *s'il y a bien un phénomène dont la croissance dépasse l'imagination, c'est celui des réseaux sociaux* »¹⁹.

Sur le plan juridique, l'avènement des réseaux sociaux a eu un fort impact en matière de liberté d'expression. Cela a permis l'apparition d'opportunités en matière de liberté d'expression, mais a également démultiplié les cas d'abus en la matière. L'exposé des motifs issu de la loi visant à lutter contre la haine sur

¹² E. Derieux et A. Granchet, *Réseaux sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques*, éd. Lamy, Coll. Axe Droit, 2013, p. 55, n°105

¹³ K. Favro, *Communications numériques. Régulation et résolution des litiges*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 17

¹⁴ A. Robin, *La régulation de l'internet ou la tentation de la surveillance*, Actes du colloque du Réseau Droit, sciences et techniques, sous la dir. E. Vergès, Paris, mars 2011.

¹⁵ J.-L. Autin et P. Idoux, *Nouvelles technologies de la communication. Internet. Télématique* : JCl. Administratif, 2010, n°113, cité par Agnès Robin, *La régulation de l'internet ou la tentation de la surveillance*, Actes du colloque du Réseau Droit, sciences et techniques, sous la dir. E. Vergès, Paris, mars 2011.

¹⁶ Voir M.-A. Frison-Roche, *Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance*, disponible sur mafr.fr/article/autorégulation/

¹⁷ *Ibid.*, mafr.fr/article/interrégulation/

¹⁸ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2017, « Puissance Publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » », p. 33-34

¹⁹ N. DREYFUS, *Marques et internet. Protection, valorisation, défense*, Lamy, Coll. Lamy Axe droit, 2011, p. 323

internet, dite « Loi Avia », souligne justement ce phénomène, en relevant notamment que plus de 70% des citoyens français disent avoir déjà été confrontés à des propos haineux sur les réseaux sociaux²⁰. Ces contenus haineux, et plus généralement illicites, sont directement publiés sur les réseaux par les utilisateurs. Avec le web participatif, on assiste alors à un renversement du rapport entre sources et récepteurs de l'information, ce qui transformerait le droit de la presse en un droit des internautes autant qu'un droit des journalistes²¹.

Actuellement, les plateformes sont principalement régies par la LCEN de 2004. Cette loi a été adoptée au début des années 2000, en transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « commerce électronique », à l'époque du web 1.0. Le web 2.0 n'était pas encore généralisé, ce qui transparait dans le régime élaboré. Les réseaux sociaux jouissent d'une irresponsabilité de principe du fait des contenus qu'ils hébergent, les internautes auteurs étant les premiers responsables. C'est cette irresponsabilité de principe qui est de plus en plus critiquée, car inadaptée au rôle joué par les réseaux sociaux dans la diffusion des contenus illicites, notamment par leur fonction d'ordonnancement des contenus. Selon le rapport de la mission de régulation des réseaux sociaux, il est nécessaire de dégager un « *équilibre entre une politique répressive, indispensable pour lutter efficacement contre les auteurs des abus, et une logique de responsabilisation accrue des réseaux sociaux* »²². L'exposé des motifs de la proposition de loi Avia va dans ce sens en dénonçant l'impunité des réseaux sociaux en matière de cyber-haine. Elle cherche à responsabiliser ces acteurs qui disposent de moyens financiers et techniques importants pouvant être mis au service de la lutte contre les contenus illicites. Cette responsabilisation doit toutefois prendre en considération la diversité de structure et de taille des réseaux sociaux, afin de ne pas créer de barrière à l'entrée pour les plus petits acteurs. Cette situation illustre d'une façon générale les difficultés liées à l'obsolescence rapide des lois dans le domaine de l'Internet, et met en lumière la nécessité d'adopter un régime souple et évolutif, qui peut s'appuyer sur des mécanismes de régulation.

Les réseaux sociaux ont adopté depuis quelques années une démarche d'autorégulation, qui peut être un élément de réponse pour une lutte efficace contre les contenus illicites. Toutefois, cette autorégulation soulève de nombreuses interrogations, notamment liées à leurs modalités, entre modération *ex ante* ou *ex post*, ou encore à leur intensité. En effet, si l'action d'autorégulation des réseaux sociaux n'est pas suffisante, la lutte contre les contenus illicites sera inefficace. En revanche, si leur modération est trop

²⁰ Proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45 alinéa 4 de la Constitution, visant à lutter contre la haine sur internet, le 13 mai 2020, Texte Adopté n° 419, dite « loi Avia »

²¹ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018

²² « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019

importante, le risque est celui d'une censure indue du Net par des acteurs privés. L'autorégulation ne se suffit pas à elle-même, et doit alors être encadrée par des autorités de régulation dédiées²³. L'objectif est alors de trouver les moyens pour instaurer un cadre souple capable d'évoluer et de s'adapter rapidement. C'est pourquoi la régulation semble être la voie normative à privilégier, d'une façon générale sur internet, et plus particulièrement en matière de lutte contre les contenus illicites sur les réseaux sociaux.

Il s'agira alors de montrer que les réseaux sociaux, acteurs du web 2.0, bouleversent les équilibres établis par le législateur et nécessitent une évolution du cadre normatif qui leur est applicable afin de mettre en place une lutte efficace contre les contenus illicites.

Cette évolution doit se réaliser à la fois par le biais d'une révision du droit positif applicable aux réseaux sociaux afin de les responsabiliser (Partie 1), ainsi que par l'adaptation de la manière dont les normes leur sont appliquées, pour plus d'efficacité (Partie 2).

²³ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019

Partie 1 – La responsabilité légale des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : l'évolution vers une responsabilisation accrue

Actuellement, les réseaux sociaux bénéficient d'un principe d'irresponsabilité quant aux contenus publiés sur leurs plateformes (Titre 1), mais l'application de ce régime à de tels acteurs est de plus en plus contestée, ce qui conduit à un accroissement des régimes spéciaux remettant en cause ce principe d'irresponsabilité (Titre 2).

Titre 1 – L'irresponsabilité de principe des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés

Le réseau social bénéficie d'un principe légal d'irresponsabilité du fait des contenus qui sont publiés par le biais de sa plateforme (Chapitre 2) car c'est en premier lieu la responsabilité de l'internaute qui publie le contenu illicite qu'il convient de rechercher (Chapitre 1).

Chapitre 1 – Le principe de responsabilité de l'internaute publiant le contenu illicite

L'utilisateur d'un réseau social est libre de publier des contenus sur ce réseau, mais doit alors en assumer la responsabilité (Section 1). A ce titre, le réseau social peut intervenir pour identifier l'internaute responsable dudit contenu (Section 2).

Section 1 – La responsabilité de l'internaute corollaire de sa liberté d'expression

L'internaute bénéficie sur les réseaux sociaux d'une liberté d'expression qui n'est pas absolue (§1), et peut ainsi engager sa responsabilité en cas de publication de contenus illicites (§2)

§1 – La liberté d'expression de l'utilisateur susceptible d'abus

Principe de liberté d'expression de l'internaute. La liberté d'expression et de communication est l'un des principes fondamentaux de notre droit et de toute société démocratique. Elle est notamment consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel il s'agit de l'« *un des droits les plus précieux de l'homme* ». Internet a modifié les modalités d'exercice de cette liberté à tel point que le Conseil constitutionnel a considéré que la libre communication des pensées et des opinions

implique la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne²⁴. Toutefois, comme tout droit et liberté, la liberté d'expression et de communication connaît des limites, notamment lorsqu'elle est exercée par voie électronique, comme le rappelle l'article 1-IV de la LCEN.

Applicabilité du droit de la presse. Sur les réseaux sociaux, certaines limites importantes sont issues de l'application de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En 2004, le champ d'application du droit de la presse a été étendu à « *tout moyen de communication au public par voie électronique* ». Ainsi, ce droit est désormais susceptible de s'appliquer à tous les internautes, et non plus seulement aux professionnels du secteur médiatique. Ce qui conditionne l'application de ce droit est le caractère « public » ou non du contenu publié car, en droit de la presse, c'est la publication qui fait le délit²⁵. A l'inverse, le droit des communications privées bénéficie d'une liberté d'expression quasi-absolue, et repose sur la protection du secret des correspondances, c'est pourquoi ce sont les communications publiques du web 2.0 qui soulèvent le plus de difficultés²⁶. Pour apprécier ce caractère public, la jurisprudence a dégagé un critère qualitatif, celui de la communauté d'intérêts, et un critère quantitatif, celui du nombre de personnes visées par le contenu²⁷. La jurisprudence a retenu qu'il n'y avait pas de communauté d'intérêts lorsque le contenu était accessible à « un public anonyme et imprévisible »²⁸.

Caractère public ou privé. La nature privée ou publique des contenus publiés sur les réseaux sociaux dépendra en partie des paramétrages réalisés par l'utilisateur²⁹, qui dispose d'instruments techniques pour restreindre son auditoire. Si nous prenons l'exemple de Facebook, il est possible de paramétrer son compte pour que les contenus publiés soient accessibles aux seuls « amis », aux « amis d'amis » ou à tous. Lorsque le compte est ouvert à tous ou aux « amis d'amis », les contenus sont nécessairement publics, car les destinataires ne sont ni individualisés ni déterminables³⁰. En revanche, le paramétrage pour un accès aux seuls « amis » nécessite une appréciation *in concreto*. Il est insuffisant pour caractériser le caractère privé des contenus, et il convient de réaliser une appréciation *in concreto*. En 2013, la Cour de cassation a considéré que le contenu injurieux accessible « aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint » ne saurait être qualifié d'injure *publique*³¹. La portée de cette jurisprudence doit être nuancée, car

²⁴ Cons. Constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : JurisData n°2009-024431.

²⁵ G. Barbier, *Code Expliqué de la Presse*, 2^e édition 1911, t.I, n° 243

²⁶ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°52

²⁷ A ce titre, voir Etude par B. Auroy et E. Stella, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Droit pénal* n°6, juin 2017, étude 13

²⁸ Cass. Crim., 3 juillet 1980

²⁹ Voir à ce titre CA Rouen, ch. Soc., 15 nov. 2011, n°11/01827 : JurisData n° 2011-028442

³⁰ J. Le Clainche, « Expression des salariés sur internet : attention aux « faux amis » », *RLDI* 2012/81, n°2714, à propos de CA Douais, 16 déc. 2011

³¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, n°11-19.530

en l'espèce l'utilisatrice n'avait que quatorze « amis » sur son compte, ce qui est largement en dessous des moyennes³².

Lorsque l'internaute dépasse le spectre de sa liberté d'expression et de communication pour publier des contenus illicites sur les réseaux sociaux, il est alors susceptible d'engager sa responsabilité.

§2 – L'engagement de la responsabilité de l'utilisateur

La qualification de l'utilisateur du réseau social. L'utilisateur d'un réseau social dispose d'un compte sur lequel il peut publier et supprimer les contenus qu'il souhaite. A ce titre, il peut être qualifié d'éditeur de contenus en ligne, puisqu'il met en ligne des données et des contenus et organise une page web³³, et donc de directeur de publication au sens de la loi du 29 juillet 1881. Il doit alors répondre de l'ensemble des contenus qu'il publie en ligne, qu'il s'agisse de textes, vidéos, images, ou sons. L'utilisateur d'un réseau social peut également être qualifié de producteur et être responsable à ce titre³⁴, le producteur étant la personne qui prend l'initiative de créer un service de communication au public en ligne en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance³⁵.

L'utilisateur responsable des contenus publiés par des tiers sur ses pages. Au-delà des contenus qu'il publie lui-même, la responsabilité de l'utilisateur du réseau social peut également être recherchée pour des contenus publiés par des tiers sur les pages qu'il édite. Au regard de sa qualification de directeur de publication, il est le premier responsable au titre de la responsabilité en cascade prévue par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, la responsabilité de l'auteur n'étant alors recherchée qu'en second lieu. Les juges du fond ont par ailleurs pu retenir que le titulaire d'un compte Facebook revêt la qualité de producteur dès lors qu'il a « sciemment rendu public son mur Facebook et a donc autorisé ses amis à y publier des commentaires » et que « par cette démarche volontaire, il est devenu responsable de la teneur des propos publiés »³⁶. La Cour a alors considéré que l'internaute ne pouvait pas soutenir qu'il n'avait pas connaissance des propos litigieux publiés, et qu'il était responsable pour ne pas les avoir retirés.

Les rediffusions ou partages. Enfin, avec les réseaux sociaux se sont développées de nouvelles formes d'expressions, telles que les relais d'information³⁷. Cela consiste en une rediffusion d'un contenu

³² En 2020, le nombre d'amis moyen sur Facebook est de 177 en France, et 338 dans le monde. <https://blogdumoderateur.com/chiffres-facebook>

³³ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°52

³⁴ *Ibid.* n° 15

³⁵ Cons. Constit., 16 sept. 2011, n°2011-164 QPC

³⁶ CA Nîmes, 18 oct. 2013, n°13/00773 : JurisData n° 2012-029707

³⁷ Etude par B. Auroy et E. Stella, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Droit pénal* n°6, juin 2017, étude 13

publié par un autre utilisateur, et prend par exemple la forme d'un « partage » ou d'un « like » sur Facebook ou d'un « retweet » sur Twitter. Les relais d'information sont sanctionnables au même titre que la diffusion initiale du contenu illicite, comme le prévoit l'alinéa 1^{er} de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 qui dispose qu'est punissable aussi bien la publication directe que la publication par voie de reproduction d'un contenu illicite.

Pour que la responsabilité de l'utilisateur du réseau social soit effective, encore faut-il qu'il soit possible de l'identifier en levant l'éventuel voile d'anonymat derrière lequel il peut se dissimuler. Les réseaux sociaux ont un rôle dans cette identification des responsables.

Section 2 – Le réseau social source d'informations pour identifier l'internaute responsable

Les internautes sont autorisés à avoir recours au pseudonymat ou à l'anonymat sur internet, et plus particulièrement sur les réseaux sociaux (§1), mais celui-ci doit pouvoir disparaître lorsque l'on cherche à engager la responsabilité d'un utilisateur (§2).

§1 – L'obligation de collecte d'informations par le réseau social

Une obligation légale nécessaire. Pour engager la responsabilité d'une personne, il faut pouvoir l'identifier. Or, sur internet on peut constater une exacerbation des contenus illicites, en particulier des propos haineux, émis par des personnes déresponsabilisées car cachées derrière des pseudonymes³⁸. Les intermédiaires techniques, dont font partie les réseaux sociaux, disposent alors d'une position centrale pour permettre l'identification de ces personnes. C'est la raison pour laquelle l'article 6-III de la LCEN prévoit que les hébergeurs ont l'obligation de collecter des données d'identification des éditeurs qui utilisent leurs services, en distinguant entre éditeurs professionnels et éditeurs non-professionnels.

Les internautes éditeurs amateurs. Les éditeurs amateurs ont seulement une obligation d'identification indirecte³⁹, c'est-à-dire qu'ils peuvent ne pas s'identifier directement auprès du public, mais seulement auprès de l'hébergeur. L'article 6-III-2 de la LCEN prévoit que les éditeurs non professionnels d'un service de communication au public en ligne peuvent bénéficier d'un pseudonymat ou d'un anonymat sur internet, à condition qu'ils communiquent à leur hébergeurs les éléments d'identification listés à l'article 6-

³⁸ Voir not. Exposé des motifs de la loi « Avia », visant à lutter contre la haine sur internet, adoptée le 13 mai 2020

³⁹ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°107

III-1. Deux décrets adoptés en 2006 et 2011 précisent ce texte⁴⁰. L'hébergeur doit rendre accessibles ses coordonnées pour pouvoir jouer un rôle d'intermédiaire entre les internautes et l'éditeur. Toutefois, il convient de relever que cette obligation peut rapidement être dépassée car il est facile pour l'utilisateur de fournir de fausses informations au moment de son inscription, ce qui rend aléatoire les poursuites engagées contre l'éditeur et limite l'effort de responsabilisation des acteurs d'internet⁴¹. Se pose alors la question de l'attention dont doit faire preuve l'hébergeur à ce titre. S'il lui est impossible de vérifier la véracité des informations qui lui sont fournies par l'internaute, les juges ont considéré qu'il devait contrôler la vraisemblance de ces données⁴².

Les internautes éditeurs professionnels. Au titre de l'article 6-III-1 de la LCEN, les éditeurs professionnels doivent quant à eux s'identifier directement auprès des internautes. Les hébergeurs n'ont donc pas l'obligation d'enregistrer leurs données d'identification, mais en pratique il est fréquent qu'ils réclament les mêmes informations, que l'éditeur soit professionnel ou non⁴³.

Tout fournisseur de contenu. L'article 6-II de la LCEN prévoit que l'intermédiaire technique doit conserver plus généralement les données d'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

§2 – Le droit à l'anonymat confronté aux situations de levée de l'anonymat des utilisateurs

Un droit à l'anonymat sur internet. L'article 6-III-2 de la LCEN dispose que les intermédiaires auxquels sont fournies les données d'identification des éditeurs de contenus en ligne non professionnels sont tenus au secret professionnel dans les conditions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Ils ne peuvent donc pas divulguer ces éléments d'identification. L'objectif est ici la consécration d'un droit à l'anonymat ou au pseudonymat des internautes⁴⁴.

Un droit limité. Toutefois, les internautes ne jouissent de ce droit que dans la limite du respect de la loi. Ainsi, ce droit n'est pas opposable à l'autorité judiciaire⁴⁵ qui cherche à identifier le responsable d'un comportement illicite, consistant par exemple en la publication de contenus illicites. Les juges ont ainsi rappelé qu'un réseau social ne peut pas refuser de communiquer à la justice et aux associations plaignantes « les données en sa possession de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création

⁴⁰ Décret n°2006-358 du 24 mars 2006 et décret n°2011-219 du 25 février 2011

⁴¹ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°107

⁴² Voir à ce titre TGI Paris, 16 févr. 2005, Dragaud Lombard, Lucky Comics c. Tiscali Media, condamnant le service qui avait accepté la création d'un blog par un internaute déclarant avoir comme nom « Bande » et prénom « Dessinée ».

⁴³ *Op. cit.*, B. Barraud, n°110

⁴⁴ *Ibid.* n° 109

⁴⁵ Voir art. 6-II alinéa 4 et 6-III-2 de la LCEN

de [contenus] manifestement illicites »⁴⁶. Cependant, l'obtention de ces informations peut être difficile en particulier lorsque des opérateurs étrangers sont concernés. C'est la raison pour laquelle la proposition de la loi Avia propose de contraindre les opérateurs de plateformes à disposer d'un représentant légal en France, afin de pouvoir effectuer plus efficacement ces réquisitions judiciaires.

Conciliation avec le respect des données personnelles. L'article 7 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 pose le principe selon lequel le traitement de données à caractère personnel, dont font parties les données d'identification, doit recevoir le consentement de la personne concernée. Toutefois, l'article 32 de ladite loi écarte ce principe lorsque ce traitement a pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite d'infractions pénales. C'est pourquoi un tel consentement n'est pas nécessaire lorsque les réseaux sociaux fournissent ces informations à une autorité judiciaire⁴⁷.

L'internaute à l'origine de la publication du contenu illicite est donc la première personne qu'il conviendra d'identifier afin d'en engager la responsabilité. En parallèle, le réseau social bénéficie donc d'un principe d'irresponsabilité au regard des contenus qui y sont publiés, parfois considéré comme une responsabilité limitée ou conditionnée.

Chapitre 2 – Le principe d'irresponsabilité légale du réseau social

Le réseau social est par principe irresponsable du fait des contenus qu'il héberge (Section 1), mais sa responsabilité peut toutefois être engagée sous certaines conditions (Section 2).

Section 1 – Principe d'irresponsabilité issu de la LCEN

Le réseau social est qualifiable de fournisseur d'hébergement au sens de la LCEN, caractérisé par son rôle passif (§1), ce qui justifie l'interdiction de lui imposer une obligation générale de surveillance des contenus qu'il héberge (§2).

⁴⁶ TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, Twitter : JurisData n° 2013-000596

⁴⁷ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°112

§1 – La qualification de fournisseur d’hébergement applicable aux réseaux sociaux

Interrogations quant à la nature des réseaux sociaux. La difficulté tient au fait que les plateformes en ligne sont susceptibles de recevoir une multitude de qualifications⁴⁸, car leur activité oscille souvent entre édition et hébergement⁴⁹. La loi définit comme hébergeur la personne qui assure, « *même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* »⁵⁰. Cette définition est vague, mais cette imprécision a l’avantage de permettre l’adaptation des textes aux évolutions techniques imprévues par le législateur au moment de l’adoption de la LCEN. La jurisprudence a alors pu actualiser la définition de l’hébergeur au web 2.0, en faisant ressortir le critère du rôle passif de l’hébergeur. Les jurisprudences ont été assez fluctuantes, et une conception restrictive de l’hébergeur a été développée jusqu’à son paroxysme avec l’arrêt « Tiscali » qui refuse cette qualification pour un service de modelage de l’environnement des contenus qui ne contrôlait toutefois pas les contenus eux-mêmes⁵¹.

L’hébergeur caractérisé par son rôle passif. Un revirement de jurisprudence vers une conception plus extensive de l’hébergeur est intervenu rapidement. L’arrêt Google Adwords dégage clairement le critère du rôle passif de l’hébergeur en considérant que pour avoir un rôle actif, le prestataire doit avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées⁵². La Cour de justice précise que le caractère onéreux de la prestation et les éventuels renseignements d’ordre général donnés par le prestataire à ses clients sont indifférents⁵³. En 2011, la CJUE précise qu’en l’espèce le rôle actif ne se déduit pas du simple stockage de contenus illicites mais de l’existence d’actions associées telles que l’optimisation des ventes, l’aide dans la description des objets, la mise en place d’un service d’assistance aux vendeurs, ou encore l’envoi de messages spontanés aux acheteurs pour les inciter à acquérir les objets⁵⁴.

Stabilisation de la jurisprudence sur la qualification d’hébergeur. Aujourd’hui, la jurisprudence est stable quant à l’application de la qualification d’hébergeur aux réseaux sociaux. Cela a été confirmé par exemple pour le réseau social Facebook en 2010⁵⁵ ou Twitter en 2013⁵⁶. Désormais, la notion d’hébergeur

⁴⁸ A ce titre voir S. Zinty, « Droit des plateformes numériques. – Introduction générale », *JCI Commercial*, Fasc. 870, 26 février 2019, ou encore A. Robin, « Places de marché en ligne. – Du millefeuille à la mouvance des qualifications juridiques », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n° 5, 30 janvier 2020

⁴⁹ B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forum, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018, n°92 et n°97 et s.

⁵⁰ Art. 6-I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique (LCEN)

⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2010, 06-18.855

⁵² CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Sté Google c/ Sté Louis Vuitton Malletier* : JurisData n° 2010-007448

⁵³ A ce titre voir L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d’accès et d’hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020.

⁵⁴ S. Zinty, « Droit des plateformes numériques. – Introduction générale », *JCI Commercial*, Fasc. 870, 26 février 2019, n° 4

⁵⁵ TGI Paris, réf., 13 avril 2010, *Facebook*.

⁵⁶ TGI Paris réf., 24 janvier 2013, n° 13/50262 : JurisData n° 2013-000596

ne vise donc plus seulement une fonction brute de stockage, mais aussi les services assurant la mise en valeur et la visibilité des contenus⁵⁷.

Le rôle passif des réseaux sociaux discutable. Le rôle passif des réseaux sociaux pourrait notamment être discuté, non pas dans leur fonction de proposition des contenus, mais dans leur fonction d'ordonnement des contenus aux moyens d'algorithmes. Si le rapport de mission sur la régulation des réseaux sociaux relève que cette fonction de structuration de l'information joue un rôle clef dans la diffusion de contenus et dans la capacité des réseaux sociaux à prévenir ou accentuer les dommages, il précise qu'il s'agit là d'une forme d'éditorialisation de fait et non de droit, qui ne saurait donc remettre en cause le statut juridique de ces réseaux sociaux⁵⁸.

Le réseau social est donc considéré comme un hébergeur en raison de sa passivité quant à la connaissance et au contrôle des données qu'il stocke. Du fait de ce rôle passif, il ne saurait se voir imposer d'obligation générale de surveillance des contenus qu'il héberge.

§2 – L'absence d'obligation générale de surveillance de l'hébergeur

Le principe d'absence d'obligation générale de surveillance de l'hébergeur. L'article 15 §1 de la directive « commerce électronique », transposée par l'article 6-I-7 de la LCEN, prévoit que les fournisseurs d'hébergement ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances relevant d'activités illicites. Les Etats membres ne peuvent donc pas imposer de telles obligations aux hébergeurs, sous peine de sanction par la CJUE. Elle a notamment sanctionné la Belgique en 2012 pour avoir voulu imposer aux hébergeurs d'utiliser un dispositif de filtrage général à titre préventif⁵⁹. Ce principe rejoint l'idée d'une neutralité du Net, dans lequel les intermédiaires techniques n'ont qu'un rôle de transport et de stockage, et n'ont aucune emprise sur les contenus transportés et stockés.

La possibilité d'une obligation de surveillance spéciale. L'article 6-I-7 de la LCEN précise toutefois que cette disposition ne fait pas obstacle à une activité de surveillance ciblée demandée par l'autorité judiciaire. Dans la décision de la CJUE précitée, la Cour sanctionne seulement le dispositif de filtrage qui est cumulativement préventif, systématique et illimité dans le temps. A titre d'exemple, il a été jugé licite

⁵⁷ *Op. cit.*, B. Barraud, n°92 et n°100

⁵⁸ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p. 9

⁵⁹ CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*

d'imposer à YouTube d'utiliser un système de filtrage efficace et immédiat dont la diffusion a été ou sera constatée par l'Institut National de l'Audiovisuel⁶⁰.

Une disposition en faveur du développement du marché numérique. Ce régime est favorable aux hébergeurs, car il a été adopté dans un esprit libéral de développement du marché. En effet, au début des années 2000, il apparaissait nécessaire d'alléger le régime de responsabilité des intermédiaires techniques, afin de ne pas les décourager à entreprendre cette activité à risque⁶¹. L'objectif était de créer un cadre normatif uniforme et favorable à ces acteurs dans toute l'Union européenne afin de favoriser l'émergence d'un marché intérieur numérique. Pour certains, il s'agirait d'une instrumentalisation de la technique juridique au profit d'un objectif économique de libre circulation des services de la société de l'information⁶².

Du fait de sa qualification d'hébergeur et de son absence d'obligation générale de surveillance, la responsabilité du réseau social est largement allégée, mais il existe toutefois des situations dans lesquelles le prestataire technique pourra tout de même engager sa responsabilité.

Section 2 – Les cas de responsabilité issus de la LCEN

La responsabilité du fournisseur d'hébergement, et donc du réseau social, peut être engagée dans certaines conditions (§1) et vient alors sanctionner non pas la publication du contenu illicite mais la défaillance dans le retrait de celui-ci (§2).

§1 – Une responsabilité soumise à diverses conditions

Les conditions légales d'irresponsabilité. La LCEN prévoit que les fournisseurs d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité, civile comme pénale, « *engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services [s'ils] n'avaient pas effectivement la connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où [ils] en ont eu cette connaissance, [ils] n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* »⁶³. L'hébergeur n'est donc pas responsable, d'une part s'il n'avait pas connaissance du contenu illicite, et, d'autre part s'il l'a retiré promptement après en avoir pris connaissance.

La connaissance du contenu illicite. Du fait de l'absence d'obligation générale de surveillance, les hébergeurs ne sont pas censés avoir connaissance des contenus qu'ils hébergent, ni *a fortiori* de leur

⁶⁰ TGI Créteil, 14 déc. 2010, *YouTube*

⁶¹ C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traitée*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019

⁶² L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020, n° 3

⁶³ Art. 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN, transposant l'art. 14 §1 de la directive 2000/31/CE

caractère illicite. L'article 6-I-5 de la LCEN prévoit un mécanisme de notification par les internautes ouvrant une présomption de connaissance du contenu litigieux par l'hébergeur. Si la notification est réalisée dans la forme imposée par la loi, elle a donc un effet probatoire. En outre, l'article 6-I-7 de la LCEN impose aux hébergeurs de mettre en place des dispositifs de signalement facilement accessibles et visibles pour les utilisateurs afin que ces derniers puissent signaler des contenus particulièrement odieux. Ces contenus sont listés par l'article précité, et visent « la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pédopornographie enfantine ». Ce dispositif de signalement, en dérogeant à la procédure de notification établie par l'article 6-I-5 de la LCEN facilite la prise de connaissance des contenus par l'hébergeur. Ce dispositif dérogatoire se justifie au regard de la gravité particulière des contenus visés.

La promptitude du retrait du contenu. La loi impose une obligation de réaction de l'hébergeur consistant en un retrait « prompt » mais elle ne fixe aucun délai concret. Il revient donc aux juges d'apprécier *in concreto* la promptitude du retrait opéré⁶⁴, ce qui donne plus de souplesse et d'adaptabilité à cette obligation. Les juges peuvent alors notamment tenir compte de la taille, poids économique et des compétences juridiques de l'hébergeur concerné⁶⁵.

L'ajout du critère d'illicéité manifeste par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a été saisi quant au risque de censure privée qui pourrait se dégager de la LCEN. Il a considéré que la LCEN était conforme à la constitution, mais a émis une réserve d'interprétation : la responsabilité de l'intermédiaire technique ne peut être engagée sur le fondement de l'article 6 de la LCEN que lorsque le contenu présente un caractère « manifestement » illicite⁶⁶. Ces contenus manifestement illicites renvoient aux contenus d'une gravité telle que leur caractère illicite est évident⁶⁷. Cela concerne sans doute l'ensemble des contenus particulièrement odieux visés à l'article 6-I-7 aliéna 3 de la LCEN. Au contraire, ne peuvent pas être systématiquement regardés comme manifestement illicites des atteintes à la vie privée ou des propos diffamatoires. Reste à savoir dans quelle mesure le réseau social peut tenir compte du contexte pour apprécier le caractère manifestement illicite d'un contenu, certaines décisions semblant ne pas exiger une telle analyse alors que d'autres condamnent des hébergeurs pour ne pas l'avoir réalisée⁶⁸.

⁶⁴ Voir L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020, n°53

⁶⁵ Voir A. Tourette, *Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015. Français. NNT : 2015NICE0040. Tel-01424230

⁶⁶ Cons. Constit., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004

⁶⁷ L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020, n° 49

⁶⁸ Respectivement TGI Paris, ord. Réf., 20 oct. 2010, n° 10/58701, *Alexandre de B. c. JFG Networks* ; et TGI Brest ch. Corr., 11 juin 2013, *Josette B. c. Catherine L., SAS-Overblog* ; citées par L. Marino, *Op. cit.*, n° 49

Le régime de responsabilité élaboré par la LCEN conduit à retenir la responsabilité de l'hébergeur qui ne retire pas un contenu illicite, mais reste silencieux quant au retrait indu d'un contenu licite, ce qui génère des incitations potentiellement attentatoires à la liberté d'expression.

§2 – Le fait générateur de responsabilité de l'hébergeur entraînant un risque de sur-modération

Maintien illégitime d'un contenu illicite. L'article 6 de la LCEN prévoit la possibilité d'engager la responsabilité du fournisseur d'hébergement en cas d'absence de retrait d'un contenu illicite. Il s'agit alors d'une faute d'abstention de l'hébergeur qui n'a pas procédé au retrait ou pas suffisamment promptement. Il s'agit d'une faute autonome de celle commise lors de la publication du contenu, l'hébergeur étant responsable de sa modération défailante mais ne pouvant être considéré comme auteur ou complice de la publication du contenu⁶⁹.

Retrait illégitime d'un contenu licite. A l'inverse, ce texte ne prévoit pas la sanction applicable à l'hébergeur en cas de retrait d'un contenu licite, c'est-à-dire en cas de faute par commission. Les jurisprudences sont moins fournies en la matière. Il a même été jugé que Facebook pouvait avoir retiré à tort un contenu sans pour autant être fautif, car la demande de retrait « *pouvait apparaître fondée pour la société Facebook France* »⁷⁰. Finalement, l'engagement de la responsabilité de l'hébergeur pour absence de modération est plus difficile à mettre en œuvre, notamment pour des raisons de preuve et d'absence de fondement légal explicite⁷¹.

Effet pervers : le risque de sur-modération. Le régime légal incite alors les plateformes, en cas de doute sur la licéité d'un contenu qui leur a été signalé, à le supprimer, pour ne pas entrer dans les cas de responsabilité prévus par la LCEN. Le risque est alors que les hébergeurs pratiquent une sur-modération généralisée afin d'éviter d'engager leur responsabilité. Une telle dérive constituerait alors une atteinte généralisée à la liberté d'expression, par la pratique d'une censure privée disproportionnée.

Dans ce premier titre, nous avons pu observer que les réseaux sociaux, qui ont émergé avec le web participatif dans les années 2010, ont dû se faire une place dans les qualifications et régimes élaborés au début des années 2000, qui n'avaient pas été pensés pour eux. Qualifiés d'hébergeurs, ils ont pu bénéficier du régime d'irresponsabilité prévu par la LCEN, régime alors ouvert à l'ensemble des hébergeurs du web 1.0 et 2.0.

⁶⁹ Etude par B. Auroy et E. Stella, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Droit pénal* n°6, juin 2017, étude 13

⁷⁰ TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 28 novembre 2013, *Laurence c/ Telfrance Serie, Facebook France*

⁷¹ C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traité*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n° 50

Cette situation a été dénoncée par beaucoup pour plusieurs raisons. Premièrement, les hébergeurs visés par le législateur au moment de l'adoption de la LCEN étaient ceux qui proposaient des fonctions brutes de stockage et qui n'avaient aucun autre rôle. Or, les réseaux sociaux, en plus de leur fonction de stockage passif qui leur permet d'être qualifié d'hébergeur, assurent la plus ou moins grande visibilité des contenus hébergés grâce à des algorithmes d'ordonnement des contenus. Ensuite, les réseaux sociaux, comme de nombreux autres acteurs du web 2.0 disposent aujourd'hui d'outils algorithmiques performants qui pourraient être mis au service de la lutte contre la diffusion des contenus illicites.

Ce sont les raisons pour lesquelles est apparu un mouvement de responsabilisation des acteurs du web participatif, dont les réseaux sociaux. L'objectif est de mettre en place un régime de responsabilité en cohérence avec le rôle et les pouvoirs de ces acteurs en matière de lutte contre les contenus illicites, ce qui se traduit par une responsabilisation accrue de ces acteurs.

Titre 2 – La responsabilisation croissante des réseaux sociaux

Plusieurs dispositifs législatifs sectoriels ont remis en cause le régime d'irresponsabilité issu de la LCEN, ce qui conduit à une responsabilisation des hébergeurs dans ces secteurs (Chapitre 1). A ce côté de cette évolution, on peut constater l'émergence d'une responsabilisation non pas sectorielle mais générale des réseaux sociaux (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une évolution sectorielle de la responsabilité des hébergeurs

La démarche de responsabilisation des acteurs du web participatif se réalise d'une part en renforçant les obligations ex post des hébergeurs, en particulier le délai de retrait des contenus illicites dont ils ont préalablement pris connaissance (Section 1), et d'autre part par la consécration d'obligation ex ante, obligeant les hébergeurs à prendre des mesures proactives dans la lutte contre la diffusion des contenus illicites (Section 2).

Section 1 – La responsabilisation des réseaux sociaux quant aux contenus contrefaisants hébergés

En matière de contenus contrefaisants publiés sur certaines plateformes, la directive (UE) 2019/790⁷² est venue instaurer, en son article 17, un régime de responsabilité dérogatoire à celui prévu par la LCEN (§1), qui connaît toutefois des exceptions permettant de revenir à une irresponsabilité de l'hébergeur (§2).

§1 – Le reversement du principe d'irresponsabilité par la directive (UE) 2019/790

Les plateformes visées : les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. L'article 17 de la directive (UE) 2019/790 vise non pas l'ensemble des plateformes en ligne ou des hébergeurs, mais seulement les « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ». Selon la définition donnée par la directive, il faut comprendre qu'il s'agit du « fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives »⁷³. Cette définition, d'une « imprécision

⁷² Directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

⁷³ Directive (UE) 2019/790, 17 avril 2019, art. 2-6 al. 1^{er}

remarquable » selon le Professeur Vivant⁷⁴, laisse une large marge d'appréciation aux juges. La notion de « quantité importante » est particulièrement subjective et donc sujette à interprétation variable. Cette définition permet toutefois de viser au moins une partie des réseaux sociaux, bien que certains considèrent qu'elle est susceptible de les englober dans leur ensemble⁷⁵.

L'application du droit de la propriété littéraire et artistique. L'article 17-1 de la directive, en son alinéa premier, prévoit qu'un tel fournisseur « *effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public (...) lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs* ». Au sens du droit de la propriété intellectuelle, de tels actes sont des actes d'exploitation constitutifs de contrefaçon. La personne qui les exerce doit donc obtenir préalablement l'autorisation du titulaire des droits sur les objets protégés, à peine d'être contrefacteur. La directive précise que l'autorisation donnée à l'hébergeur doit couvrir les actes réalisés non seulement par lui-même, mais également par ses utilisateurs.

La dérogation au principe d'irresponsabilité des hébergeurs du fait des contenus hébergés. « *La limitation de responsabilité établie à l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE ne (s'appliquant] pas aux situations couvertes par [l'article 17 de la directive]* »⁷⁶, la mise en œuvre du droit d'auteur et des droits voisins vient explicitement déroger au principe d'irresponsabilité des hébergeurs posé par la LCEN. La directive précise toutefois que cette responsabilité du fait de la communication d'œuvres protégées ne constitue pas une atteinte au principe d'absence d'obligation générale de surveillance posé par l'article 6-1-7 de la LCEN.

La directive (UE) 2019/790 prévoit donc un retour aux principes du droit de la propriété littéraire et artistique, imposant à celui qui communique une œuvre protégée à un public qu'il obtienne préalablement une autorisation du titulaire des droits sur cette œuvre. Toutefois, la directive prévoit également la possibilité de se dégager de cette responsabilité sous certaines conditions.

§2 – Une exception conditionnée rétablissant l'irresponsabilité de l'hébergeur

Exception posée par l'article 17-4 de la directive. La directive prévoit que le fournisseur qui héberge des contenus contrefaisants peut se dégager de sa responsabilité sous trois conditions cumulatives, qu'il lui incombe de prouver. Premièrement, il doit démontrer qu'il a fourni ses meilleurs efforts pour obtenir une autorisation du titulaire. Deuxièmement, il doit démontrer qu'il a fourni ses meilleurs efforts pour garantir

⁷⁴ M. Vivant, « Directive Droit d'auteur et droits voisins – Une responsabilité ad hoc pour les sites de partage (Commentaire de l'article 17 de la directive) », *Communication Commerce électronique* n° 10, octobre 2019, n°4

⁷⁵ Céline Castets-Renard, *Régulation des plateformes en ligne*, JCI Europe Traité, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n°82

⁷⁶ Directive (UE) 2019/790, 17 avril 2019, art. 17-3 al. 1^{er}

l'indisponibilité des objets protégés pour lesquels les titulaires de droit lui ont fourni les informations pertinentes et nécessaires. Cela implique une obligation de coopération entre les titulaires de droits et les hébergeurs en matière de lutte contre la contrefaçon⁷⁷. Enfin, l'hébergeur doit démontrer qu'il a agi promptement pour retirer le contenu contrefaisant et qu'il a fourni ses meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient à nouveau téléversés sur sa plateforme.

Une obligation de police *ex ante*. L'obligation de retrait prompt rejoint alors le dispositif *ex post* mis en place par la LCEN (« *notice and take down* »), mais celui-ci est dépassé par la consécration d'une obligation *ex ante* d'empêcher la réapparition du contenu (« *notice and stay down* »). Il s'agit ici d'un mécanisme de responsabilité spécifique consistant à mettre à la charge des fournisseurs de services de partage de contenus une obligation « de police »⁷⁸ quant aux contenus qu'ils hébergent. Cette obligation doit toutefois être conciliée, dans son application, avec l'absence d'obligation générale de surveillance des contenus. Cette obligation incite en outre les plateformes à se doter d'outils algorithmiques à la hauteur de leurs capacités financières et des atteintes qu'elles sont susceptibles de porter aux titulaires de droits de propriété littéraire et artistique.

Obligations de moyens. Les trois conditions que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit remplir pour bénéficier d'une exonération de responsabilité ne constituent pas des obligations de résultat. En effet, la directive emploie l'expression de « meilleurs efforts », qui souligne qu'il s'agit d'obligations de moyens. Le respect de ces obligations sera alors laissé à l'appréciation souveraine des juges, qui devront faire application du principe de proportionnalité et prendre en compte les spécificités structurelles et économiques de l'hébergeur concerné⁷⁹.

A côté de la responsabilisation des plateformes quant aux atteintes qu'elles sont susceptibles de porter aux intérêts privés des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, on peut constater une responsabilisation des plateformes quant aux atteintes portées à des intérêts publics, en particulier en matière de lutte contre la diffusion et propagation de contenus choquants.

⁷⁷ M. Vivant, « Directive Droit d'auteur et droits voisins – Une responsabilité ad hoc pour les sites de partage (Commentaire de l'article 17 de la directive) », *Communication Commerce électronique* n° 10, octobre 2019, n° 15

⁷⁸ *Ibid.*, n° 12

⁷⁹ Directive (UE) 2019/790, 17 avril 2019, art. 17-5

Section 2 – La responsabilisation des réseaux sociaux quant aux contenus « choquants » hébergés

La lutte contre la diffusion des contenus « choquants »⁸⁰ se fait principalement par un durcissement des mesures de retrait *ex post* imposées aux hébergeurs (§1). Mais certains textes en projet, en particulier la proposition de règlement relatif à la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, mettent en des obligations de filtrage *en ante* (§2).

§1 – L’adoption de dispositifs précisant les mesures de retrait *ex post*

Le délai de retrait précisé. D’une manière générale, l’instantanéité d’internet et la vitesse rapide de propagation des contenus, notamment illicites, appelle à une réaction rapide. C’est la raison pour laquelle la LCEN impose un retrait « prompt » des contenus illicites par les hébergeurs⁸¹. Toutefois, cette exigence imprécise conduit à des délais de retrais subjectifs et variables en fonction des espèces. C’est pourquoi certains contenus considérés particulièrement odieux bénéficient de régimes spécifiques précisant le délai de retrait imposé aux hébergeurs.

Des directives imposant un retrait « rapide ». La directive 2011/93/UE ainsi que la directive 2017/475 prévoient que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour faire « rapidement supprimer » les contenus respectivement pédopornographiques⁸² et constituant une incitation à commettre une infraction terroriste⁸³. Le terme « rapidement » manque autant de précision que la notion de promptitude. Toutefois, les directives insistent sur ce type de contenus, et prévoient que, pour arriver à cette fin, les hébergeurs peuvent mettre en place des mesures automatiques. La directive de 2011 contre les abus sexuels et l’exploitation des enfants est alors la première à prévoir explicitement et à encourager l’utilisation d’algorithmes pour lutter contre un contenu illicite spécifique.

Le délai de 24 heures prévu par la proposition de loi « Avia ». La proposition de loi Avia prévoit en son article premier que certains réseaux sociaux pourraient avoir l’obligation de « *retirer ou de rendre inaccessibles dans un délai de 24 heures après notification* » certains contenus haineux réprimés par la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Cette disposition s’inspire du dispositif législatif allemand adopté en 2018⁸⁴.

⁸⁰ Le terme « choquants » est volontairement large, et recouvrira ici en particulier les contenus terroristes, pédopornographiques, violents ou haineux

⁸¹ Art. 6-I-2 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique

⁸² Directive 2011/92/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, relative à la lutte contre les abus sexuels et l’exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, art. 25

⁸³ Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2017, relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, art. 21

⁸⁴ Loi Netzwerkdurchsetzungsgesetz votée en juin 2017 et entrée en vigueur le 1er janvier 2018

Toutefois, si ce délai court de réaction des réseaux sociaux permettrait de les responsabiliser, il ne fait pas l'unanimité. En effet, le Sénat s'y est déjà opposé, et la Commission européenne a mis en garde contre cette obligation qui, combinée aux lourdes sanctions prévues par l'article 4 du projet de loi, ainsi qu'à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation, pourrait avoir des conséquences néfastes. En particulier, elle craint qu'un tel dispositif incite à une suppression excessive des contenus, portant ainsi atteinte à la liberté d'expression⁸⁵. Il s'agit donc là encore de trouver le meilleur équilibre afin de responsabiliser les réseaux sociaux tout en ne les érigeant en censeur privés des contenus. Il faudra donc être attentif aux évolutions du projet de loi et aux dispositions qui seront retenues lors de son adoption.

La contestation du retrait de contenu prévu par la loi « Avia ». Il faut relever que la loi Avia prévoit expressément que les opérateurs qu'elle vise doivent mettre en place un dispositif permettant, d'une part, à l'utilisateur à l'origine d'un contenu retiré de contester le retrait de ce contenu et, d'autre part, à l'utilisateur à l'origine du signalement d'un contenu maintenu de contester le maintien de ce contenu⁸⁶. Ainsi, la loi « Avia » prévoit un mécanisme *ex post*, permettant expressément de contester le retrait indu d'un contenu. Il s'agit d'une disposition qui faisait défaut dans le dispositif de la LCEN, et qui permet de prendre en compte et de peut-être contrebalancer le risque de sur-modération par les réseaux sociaux.

Un délai d'une heure prévu par la proposition de règlement contre les contenus terroristes. La proposition de règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne précise la responsabilité que devraient assumer les fournisseurs d'hébergement au regard des contenus à caractère terroriste qu'ils hébergent. Ce règlement met à la charge de ces derniers une obligation de vigilance pour répondre aux injonctions et signalements de contenus à caractère terroriste⁸⁷. Après une injonction, les hébergeurs devront supprimer le contenu ou en bloquer l'accès dans un délai d'une heure. Ce délai est particulièrement court, mais il faut relever qu'il ne concerne que les injonctions, émises par les autorités compétentes, c'est-à-dire des situations dans lesquelles l'hébergeur n'a pas à apprécier lui-même l'illicéité du contenu litigieux.

Jusqu'à-là, des textes sont donc venus renforcer les obligations des hébergeurs en matière de retrait *ex post* des contenus odieux, ne faisant alors que durcir le dispositif existant. Toutefois, il est possible de se demander si ce cantonnement à des obligations *ex post* n'est pas mis en péril, au profit de l'adoption d'obligation *ex ante*.

⁸⁵ Commission européenne, C(2019) 8585 final, du 22 novembre 2019, p.7

⁸⁶ Art. 4, 5° de la loi visant à lutter contre la haine sur internet, texte adopté n° 419

⁸⁷ C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traité*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n°82

§2 – La réflexion quant à l'adoption de mesures de filtrage *ex ante*

Proposition de règlement imposant des mesures proactives obligatoires. La proposition de règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne prévoit l'obligation pour les fournisseurs d'hébergement de prendre « *des mesures proactives pour protéger leurs services contre la diffusion de contenus à caractère terroriste* »⁸⁸. Il s'agirait alors d'imposer à ces acteurs une obligation de vigilance *ex ante*, qui ne serait fondée sur aucun signalement ou notification préalable. Le texte ne fait aucune référence à des contenus préalablement reconnus illicites, ce qui empêche d'analyser une telle mesure comme une obligation de « *stay down* » telle qu'imposée en matière de propriété littéraire et artistique. Avec une telle disposition, il reviendrait aux hébergeurs d'arbitrer entre d'une part le risque et le niveau d'exposition aux contenus à caractère terroriste, et d'autre part les droits fondamentaux des utilisateurs au titre desquels figure la liberté d'expression.

Articulation avec le dispositif de la LCEN. La proposition de règlement prévoit que de telles mesures proactives qui seraient imposées aux hébergeurs ne seraient toutefois de nature à remettre en cause ni le principe d'irresponsabilité des hébergeurs posé par l'article 14 de la directive 2000/31/CE⁸⁹ transposé par la LCEN, ni l'absence d'obligation générale de surveillance posée par l'article 15, paragraphe 1, de cette directive⁹⁰. Toutefois, le texte précise ensuite que « *compte tenu des risques particulièrement graves liés à la diffusion de contenus à caractère terroristes, les décisions prises en vertu du présent règlement peuvent exceptionnellement déroger [au principe d'absence d'obligation générale de surveillance] dans un cadre européen* »⁹¹. Ainsi, pour la Professeur Castets-Renard, ce texte instaurerait, au nom de la lutte contre le terrorisme, une « brèche significative » mais justifiée au principe d'irresponsabilité des hébergeurs⁹².

Au-delà de la multiplication des dispositifs législatifs sectoriels consacrant des exceptions au principe d'irresponsabilité des hébergeurs, il est possible de constater une évolution globale de la responsabilité des réseaux sociaux, qui tend ici aussi vers une responsabilisation croissante, mais aussi vers une individualisation de la plateforme objet de la responsabilité.

⁸⁸ Art. 6-1 de la proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM(2018) 640 final, 2018/0331 (COD)

⁸⁹ *Ibid.*, Consid. 5 : « *L'application du présent règlement ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application de l'article 14 de la directive 2000/31/CE. En particulier, aucune des mesures prises par le fournisseur de service d'hébergement en application du présent règlement, y compris des mesures proactives, ne devrait par elle-même entraîner la perte par ce fournisseur de service du bénéfice de d'exemption de responsabilité à cet article (...)* ».

⁹⁰ *Ibid.*, Consid. 12 : « *(...) Ces obligations de vigilance ne devraient pas constituer une obligation générale de surveillance. (...)* ».

⁹¹ *Ibid.*, exposé des motifs, p. 3

⁹² C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traitée*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n°76

Chapitre 2 – Une évolution générale de la responsabilité des réseaux sociaux

La responsabilisation des réseaux sociaux est marquée par deux phénomènes existants quel que soit le secteur concerné. D'une part, il convient de constater une récente extension de l'obligation de « *stay down* » qui peut être imposée aux réseaux sociaux (Section 1) et, d'autre part, il faut relever que l'intensité de la responsabilité juridique des réseaux sociaux est désormais plus en prise avec leur rôle concret dans la diffusion des contenus illicites (Section 2).

Section 1 – L'extension jurisprudentielle du modèle du « stay down »

La jurisprudence a récemment apporté des précisions importantes sur la portée de l'obligation de « *stay down* » des hébergeurs, d'une part en clarifiant les types de contenus susceptibles d'être concernés (§1), et d'autre part en identifiant la portée géographique de ces obligations (§2).

§1 – La détermination des contenus concernés par le « stay down »

Le principe du « stay down ». La notion de « *notice and stay down* » renvoie au fait, pour un hébergeur de contenus, d'empêcher la réapparition d'un contenu illicite qu'il a déjà retiré. Cela permet de pallier la réapparition en chaîne de contenus dont le caractère illicite a été identifié, et d'éviter qu'une notification soit nécessaire pour supprimer chaque nouvelle apparition du contenu concerné. Cela suppose donc un filtrage *a priori* opéré par l'hébergeur, et pas un simple retrait *a posteriori*.

Le rejet d'une obligation de « stay down » trop générale. Toutefois, ce mécanisme imposant une obligation de filtrage *ex ante* à l'hébergeur, la jurisprudence est venue préciser son articulation avec le principe d'absence d'obligation générale de surveillance. Elle a alors retenu que l'obligation qui était imposée par les juges aux hébergeurs viole l'article 6-I-7 de la LCEN lorsqu'elle est trop générale. A ainsi été cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui imposait aux hébergeurs l'obligation de rechercher systématiquement les éventuelles remises en ligne de contenus illicites déjà retirés par le passé⁹³. La Cour de cassation est même allée jusqu'à considérer que « *le retrait d'un contenu par un hébergeur, eut-il déjà fait l'objet d'une notification, ne peut intervenir sans notification préalable* »⁹⁴. Mais cette jurisprudence a évolué, notamment avec un arrêt rendu par la CJUE en octobre 2019⁹⁵, qui vient préciser l'étendue des obligations qui peuvent être mises à la charge d'un hébergeur sans conduire à lui imposer une obligation générale de surveillance.

⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-15.165, 11-15.188, aff. *Aufemininn.com c. Google France* : JurisData n° 2012-015812

⁹⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 juin 2012, n° 11/09195, *Sté des producteurs de phonogrammes en France c. YouTube, Google* : JurisData n° 2013-018525

⁹⁵ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*

Cet arrêt distingue la réapparition de contenus identiques au contenu préalablement retiré, et l'apparition de contenus seulement équivalents au contenu préalablement retiré.

Les contenus identiques. L'arrêt de la CJUE du 3 octobre 2019, rendu à l'encontre de Facebook, précise que la directive 2000/31/CE ne s'oppose pas à ce que la juridiction d'un Etat membre puisse enjoindre à un hébergeur « *de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est identique à celui d'une information déclarée illicite précédemment ou de bloquer l'accès à celles-ci, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de ces informations* »⁹⁶. L'indifférence au regard de la personne de l'utilisateur diffuseur du contenu étend la portée personnelle de l'obligation, mais n'est pas de nature à la transformer en obligation générale de surveillance. En effet, l'avocat général de la CJUE explique dans ses conclusions qu'en tout état de cause l'obligation est imposée dans le cadre d'une ordonnance de référé qui produit ses effets jusqu'à la date de clôture définitive de la procédure, et qu'elle est donc nécessairement limitée dans le temps⁹⁷. Il relève en outre que les outils informatiques à la disposition des hébergeurs facilitent la détection de ces contenus⁹⁸.

Les contenus équivalents. La CJUE retient qu'en matière de contenus équivalents à celui d'une information déclarée illicite précédemment, la juridiction d'un Etat membre peut également enjoindre à l'hébergeur de supprimer ou de bloquer l'accès à ceux-ci, mais elle dégage ici plusieurs conditions. Premièrement, la surveillance imposée par l'injonction doit se limiter à des informations véhiculant un message dont le contenu demeure, en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu à la déclaration d'illicéité. Deuxièmement, elle doit se limiter aux contenus comportant les éléments spécifiés dans l'injonction. Et enfin, les différences de formulation ne doivent pas être de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome, c'est-à-dire non automatisée, des contenus.

Ainsi, le champ matériel de l'obligation de « *stay down* » qu'il est possible d'imposer aux hébergeurs a évolué en direction d'une extension. Cette évolution est en prise, d'une part avec l'accroissement du rôle de certains hébergeurs dans la diffusion des contenus illicites, et d'autre part avec le développement d'outils algorithmiques facilitant la mise en œuvre de cette obligation. A présent, nous allons voir que la portée géographique de cette obligation de « *stay down* » a également été précisée par la jurisprudence.

⁹⁶ CJUE, Communiqué de presse n°128/19 du 3 oct. 2019, aff. C-18/18

⁹⁷ Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 4 juin 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, §60

⁹⁸ *Ibid.*, §61

§2 – La détermination de la portée géographique des retraits effectués en « stay down »

La portée possiblement mondiale des obligations imposées à l'hébergeur. L'arrêt *Facebook* du 3 octobre 2019 apporte également des précisions quant à la portée territoriale de l'obligation de supprimer ou de bloquer l'accès aux contenus illicites imposée aux hébergeurs. Dans ses conclusions, l'avocat général relevait l'absence d'harmonisation européenne des règles en matière de vie privée et de droits de la personnalité, pour en déduire l'application des règles de droit international public et de droit international privé non européen pour déterminer la portée territoriale du retrait⁹⁹. Facebook considérait plutôt que cette absence d'harmonisation justifiait une portée territoriale des injonctions. La Cour relève quant à elle que la directive 2000/31/CE ne s'oppose pas à ce que les mesures d'injonction produisent des effets à l'échelle mondiale (pt 50), pour conclure qu'il appartient aux autorités nationales de donner un effet extraterritorial à leurs injonctions de suppression ou de blocage des contenus illicites. Elle précise toutefois que cette injonction doit alors se faire dans le cadre du droit international pertinent dont il est du ressort des Etats membres de tenir compte. Toutefois, cette réserve a pu être analysée d'« inconsistante » car il est difficile de comprendre quelles normes internationales pourraient s'opposer à l'extraterritorialité des obligations en cause¹⁰⁰.

L'articulation avec le « droit à l'oubli ». Rendu seulement quelques jours après l'arrêt *Google*¹⁰¹ en matière de portée territoriale du « droit à l'oubli », il aurait paru logique que ces deux arrêts aillent dans le même sens. S'ils laissent tous deux aux autorités nationales le soin de déterminer la portée territoriale des obligations, Fabienne Jault-Seseke relève qu'à la lecture de ces arrêts, « on a le sentiment que l'extraterritorialité, exceptionnelle en matière de déréférencement, serait la règle pour la suppression des contenus illicites », et qu'il est difficile d'identifier le point d'équilibre entre le principe et l'exception¹⁰². Elle explique qu'il s'agit peut-être d'une simple rectification opérée par la CJUE suite aux commentaires de la première décision, qui critiquaient le manque de liberté d'appréciation laissée aux autorités nationales quant à la détermination de la portée territoriale des obligations en cause.

Nous avons donc pu constater que les obligations mises à la charge des réseaux sociaux avaient récemment connu une extension, à la fois matérielle et géographique, du fait de la jurisprudence. Mais en plus de ce phénomène, il est possible de constater que le mouvement de responsabilisation des réseaux

⁹⁹ Points 88 et 92 des conclusions de l'avocat général M. Szpunar présentées le 4 juin 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek*

¹⁰⁰ F. Jault-Seseke, « Portée territoriale du droit au déréférencement et du droit à l'effacement des contenus illicites – l'exercice d'équilibrisme de la CJUE », *Dalloz IP/IT*, 2020, p.102

¹⁰¹ CJUE, 24 septembre 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c. CNIL*

¹⁰² F. Jault-Seseke, *Op. cit*

sociaux tend à être plus en prise avec les caractéristiques et le rôle concret de ces acteurs dans la diffusion des contenus illicites.

Section 2 – Une responsabilisation en prise avec la réalité

La responsabilisation récente des réseaux sociaux semble tendre vers une prise en compte plus concrète des spécificités de ceux-ci, grâce à une individualisation des caractéristiques de chaque hébergeur concerné (§1) ainsi qu'à une individualisation des réseaux sociaux par rapport aux autres types d'hébergeurs (§2).

§1 – L'adaptation aux spécificités propres à chaque hébergeur

La diversité des hébergeurs. Comme nous avons pu le constater, la qualification d'hébergeur a été pensée au début des années 2000 et a fait preuve de souplesse pour intégrer de nouveaux acteurs apparus dans les années 2010, en particulier les plateformes en ligne. Ces dernières sont très variées, que ce soit dans la nature des services qu'elles proposent ou dans leur poids économique ou parts de marché. Un régime unitaire pour cet ensemble hétéroclite a été conçu et appliqué pendant plusieurs années, mais la prise en compte de ces différences transparait de plus en plus en droit positif. En effet, le risque lié à l'application d'un régime unitaire serait de créer des barrières à l'entrée pour les nouveaux opérateurs, et de conforter la position dominante des opérateurs les plus puissants¹⁰³.

Les critères de la « taille » de l'hébergeur et de la nature du service qu'il fournit. Tout d'abord, il convient de prendre en compte la « taille » de l'hébergeur, qui peut s'apprécier notamment au regard de deux aspects. Il faut d'une part observer le nombre d'utilisateurs qu'il compte et, d'autre part, prendre en compte les moyens économiques dont il dispose. En ce qui concerne la nature du service fourni par l'hébergeur, et plus particulièrement par le réseau social, le rapport de la Mission souligne que si les services de réseaux sociaux ont tous pour objet le partage et la diffusion de contenus au public en ligne, ils constituent néanmoins un ensemble hétéroclite. Cela s'illustre notamment par la nature extrêmement variable des contenus pouvant être publiés d'un réseau social à l'autre (textes limités ou non dans leur nombre de caractères, photos, vidéos de durées variables, etc.). Ces spécificités ont pour conséquence des différences dans le risque d'exposition à des contenus illicites, dans le public exposé, et dans la viralité de la diffusion de ces contenus. C'est pourquoi il est essentiel de les prendre en compte dans les normes visant à lutter contre la diffusion des contenus illicites en ligne.

¹⁰³ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019

La prise en compte de ces critères par le législateur. De plus en plus de dispositifs législatifs prennent en compte ces éléments pour déterminer l'intensité des obligations imposées aux hébergeurs en matière de lutte contre la diffusion des contenus illicites en ligne. Ainsi, la directive « Services de médias audiovisuels »¹⁰⁴, adoptée en 2018, prévoit que les services de plateformes de partage de vidéos devront respecter certaines obligations en matière de lutte contre l'incitation à la haine et l'apologie du terrorisme ainsi qu'en matière de protection des mineurs. Elle prévoit que les mesures adoptées par ces plateformes doivent être appropriées et proportionnées « *compte tenu de la taille du service de plateformes de partage de vidéos et de la nature du service fourni* »¹⁰⁵. En 2019, la directive sur le marché unique numérique prévoit quant à elle que le respect des obligations de « meilleurs efforts » imposées par son article 17 s'apprécie à la lumière du principe de proportionnalité en prenant en compte d'une part « *le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service* » et, d'autre part, « *la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services* »¹⁰⁶. Enfin, la loi « Avia » prend également en compte ces spécificités puisqu'elle prévoit un nouveau régime de responsabilité applicable aux seuls opérateurs dont l'activité dépasse un certain seuil, déterminé par décret, de connexions sur le territoire français¹⁰⁷.

Les textes prennent donc de plus en plus compte les spécificités des hébergeurs quant à leur taille et à la nature de leur activité, pour développer des obligations plus adaptées à leur rôle réel dans la diffusion des contenus illicites. Mais on constate également une possible ouverture d'une différenciation entre les réseaux sociaux et les autres plateformes et hébergeurs.

§2 – L'adaptation aux spécificités des réseaux sociaux par rapport aux autres hébergeurs

L'absence de qualification juridique propre aux réseaux sociaux. Comme nous avons pu le constater, les réseaux sociaux sont rattachés à la qualification juridique de la plateforme en ligne, elle-même rattachable à la qualification d'hébergeur. Les réseaux sociaux sont donc soumis à un régime juridique qui ne leur est pas propre, puisque d'autres acteurs composent les catégories de « plateforme » et d'« hébergeur ». Toutefois les réseaux sociaux présentant des spécificités, notamment quant à leur rôle central dans la

¹⁰⁴ Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché.

¹⁰⁵ *Ibid.*, Directive (UE) 2018/1808, art. 28 ter. 3

¹⁰⁶ Art. 17.5, Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

¹⁰⁷ Art 1-I de la loi visant à lutter contre la haine sur internet, texte adopté n° 419

diffusion des contenus illicites, leurs spécificités semblent commencer à être prise en compte à la fois par le juge et le législateur.

L'arrêt Facebook amorçant une spécificité des réseaux sociaux. Selon certains auteurs, la portée de l'arrêt *Facebook*¹⁰⁸ irait au-delà de la précision de l'obligation de surveillance qui peut être imposée aux hébergeurs. La CJUE amorcerait ici une distinction entre le régime juridique applicable aux hébergeurs en général et celui applicable plus particulièrement aux réseaux sociaux. Elle relève que les réseaux sociaux facilitent la transmission rapide et la réapparition de contenus illicites, ce qui justifie une obligation de surveillance à la portée large.

Loi Avia pensée pour les réseaux sociaux. Enfin, les particularités des réseaux sociaux ont poussé le législateur à prévoir un dispositif qui leur serait dédié¹⁰⁹. La loi Avia, pour déterminer les opérateurs concernés, vise en son article 1^{er} les plateformes « *proposant un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics* ». Ainsi, bien que le corps de la proposition de loi Avia ne vise pas directement les « réseaux sociaux », l'exposé des motifs permet de comprendre que c'est eux qu'il s'agit de viser par ce dispositif. Le rapport de la mission sur la responsabilisation des réseaux sociaux considère d'ailleurs que cette proposition de loi pose bien une première tentative de définition juridique d'un service de réseau social.

Dans cette première partie sur la responsabilité des réseaux sociaux, nous avons donc pu constater que ces acteurs bénéficient par principe du régime de responsabilité très favorable applicable à l'ensemble des hébergeurs. Cette analyse prend finalement en compte seulement leur rôle passif dans la publication des contenus illicites, alors qu'ils peuvent avoir un rôle plus actif dans la diffusion et la visibilité de ces contenus par le biais de leurs algorithmes d'ordonnement. De plus, cette approche ne prend pas suffisamment en compte l'évolution de la technique et, plus particulièrement, les outils algorithmiques dont disposent désormais les réseaux sociaux, qui peuvent faciliter leur participation dans la lutte contre la diffusion des contenus illicites. Mais désormais, de plus en plus de dispositifs législatifs cherchent à prendre en compte ces évolutions pour développer un régime juridique de responsabilité des réseaux sociaux à la hauteur de leur responsabilité pratique dans la diffusion de ce type de contenus.

Le droit cherche alors à suivre les évolutions technologiques, avec un nécessaire temps de retard. De plus, le temps législatif est long alors que le temps de l'internet est instantané. C'est la raison pour laquelle il est possible de considérer que le droit positif, bien que nécessaire, est sans doute insuffisant pour répondre

¹⁰⁸ A. de Lagrevol, « Après l'arrêt Facebook et la directive sur le droit d'auteur, où en est le régime de responsabilité des hébergeurs ? », Village de la justice, 29 octobre 2019

¹⁰⁹ Telles que définies par l'art. L.111-7 du C. conso

aux enjeux soulevés par les publications sur les réseaux sociaux, et plus généralement par Internet. C'est donc une nouvelle façon de faire et d'appliquer le droit qu'il semble nécessaire de concevoir. La voie la plus opportune semble être le développement d'une forme de régulation spécifique adaptée aux réseaux sociaux.

Partie 2 – La régulation des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : le développement d’une modération encadrée

La régulation des réseaux sociaux quant aux contenus illicites qui y sont hébergés passe notamment par l’autorégulation des réseaux sociaux, c’est-à-dire par leur modération, qui présente toutefois certaines limites (Titre 1). C’est la raison pour laquelle il est nécessaire de compléter cette action par l’intervention d’un tiers régulateur (Titre 2).

Titre 1 – La modération par les réseaux sociaux utile mais insuffisante

A côté du dispositif légal qu’ils doivent respecter, les réseaux sociaux ont développé divers outils de modération spontanée qui participent à la lutte contre la diffusion des contenus illicites (Chapitre 1). Toutefois, ces dispositifs d’autorégulation connaissent des limites traduisant une insuffisance de ces seuls mécanismes (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le développement d’une modération spontanée aux incidences incertaines

La modération spontanée des réseaux sociaux se traduit par l’utilisation d’outils spécifiques mettant en œuvre une lutte contre les contenus illicites, qui devraient permettre d’éviter l’engagement de responsabilité des réseaux sociaux (Section 1). Toutefois, il apparaît nécessaire de se demander si ces mesures spontanées ne peuvent pas finalement accroître la responsabilité des réseaux sociaux (Section 2).

Section 1 – Le développement d’outils d’autorégulation des contenus illicites par les réseaux sociaux

La modération mise en œuvre par les réseaux sociaux s’opère principalement par l’utilisation d’outils techniques fondés sur l’utilisation des nouvelles technologies (§1) ainsi que sur l’adoption de dispositifs contractuels engageant ces réseaux sociaux (§2).

§1 – Le développement d’outils technologiques d’autorégulation par les réseaux sociaux

L’utilisation d’outils de filtrage encouragée par les pouvoirs publics. Si les pouvoirs publics n’obligent pas les réseaux sociaux à développer et à appliquer des outils de filtrage automatique utilisant des algorithmes, ces pratiques sont toutefois encouragées depuis longtemps. En effet, la directive 2000/31/CE prévoyait déjà que ses dispositions « (...) *ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d’identification ainsi que d’instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques (...)* »¹¹⁰. De même, il est possible de citer à titre d’exemple les directives 2011/93/UE et 2017/541, qui prévoient que des mesures automatiques peuvent être prévues pour lutter contre certains contenus illicites.

La mise en place volontaire de filtrage automatique. Certains opérateurs ont alors volontairement mis en place des dispositifs de filtrage des contenus illicites. Le rapport de la mission sur la régulation des réseaux sociaux rappelle que Facebook a développé des algorithmes de traitement massifs dédiés à la fonction de modération. Les systèmes « Content ID » et « Melody ID » sont utilisés par YouTube afin de détecter automatiquement l’utilisation de contenus audio ou vidéo protégés afin de lutter contre la contrefaçon sur sa plateforme. Dailymotion a également mis en place des dispositifs permettant de reconnaître l’empreinte numérique de contenus contrefaisant pour éviter leur publication. L’intérêt du développement de tels outils pour les réseaux sociaux est double. Premièrement, cela permettrait de renforcer la confiance du public dans le réseau social, qui deviendrait plus sûr. Et deuxièmement, cela lui permettrait de réduire les risques d’engager sa responsabilité pour non-retrait d’un contenu illicite

Des outils d’implication du public. Le développement d’outils techniques a également permis d’impliquer davantage les internautes dans la lutte contre les contenus illicites, par le biais d’outils de signalement plus efficaces. Le public devient alors actif¹¹¹ dans la lutte contre les contenus illicites, qui s’inscrit dans une démarche de coopération des acteurs¹¹². Certains réseaux sociaux tels que YouTube ont également spontanément développé des volets pédagogiques à destination des utilisateurs visant à sensibiliser ces derniers à l’illicéité des contenus qu’ils peuvent publier ou rencontrer sur la plateforme¹¹³.

¹¹⁰ Consid. 40 de la Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2004 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l’information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur

¹¹¹ K. Favro, *Communications numériques. Régulation et résolution des litiges*, LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p. 21

¹¹² Pour aller plus loin voir not. S. Chatry, « La perspective d’une régulation participative », in *Internet, espace d’interrégulation*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 157

¹¹³ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d’Etat en charge du numérique, Mai 2019

En plus de des outils technologiques que les réseaux sociaux sont désormais en mesure de mettre en œuvre dans le cadre des services qu'ils fournissent, ils peuvent également utiliser des outils contractuels pour modérer les contenus publiés sur leur plateforme.

§2 : L'utilisation d'outils contractuels d'autorégulation par les réseaux sociaux

Les CGU interdisant les contenus illicites. Il est fréquent de trouver dans les conditions générales d'utilisation (CGU) des réseaux sociaux une liste exposant les types de contenus qu'il est interdit de publier sur la plateforme. Ces textes fondent la suppression de certains contenus sur les réseaux sociaux. Elles s'inscrivent le plus souvent dans la même démarche de lutte contre les contenus illicites que celle entreprise par le législateur. Ainsi, Facebook et YouTube prévoient par exemple que ne sont pas autorisés les discours incitant à la haine, les contenus violents, les contenus publiés en violation de droits de propriété intellectuelle, ou encore les contenus à caractère sexuel¹¹⁴. Les CGU sont acceptées par l'utilisateur qui s'inscrit sur un réseau social, et constituent un engagement contractuel entre ces deux parties¹¹⁵. Ainsi, la violation de ces conditions par l'une des parties est une faute contractuelle susceptible de fonder une action en responsabilité contractuelle. De plus, le contenu publié par un utilisateur en violation de ces conditions peut, à ce titre, être retiré, et le compte de l'utilisateur peut être suspendu.

Le Code de conduite contre les discours de haine. L'autorégulation se traduit également par la signature de codes de conduite par les réseaux sociaux. Nous pouvons à ce titre nous intéresser au Code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne, signé par les principaux géants du Net en 2016. Dès cette date, ce code est signé par les réseaux sociaux Facebook, YouTube, Twitter, auxquels se sont ajoutés en 2018 Instagram, Snapchat et Dailymotion¹¹⁶. Le principal objectif de ce texte est d'accroître la rapidité de traitement des signalements valides demandant la suppression de contenus illicites par les plateformes signataires. Ces dernières s'engagent en effet à examiner la majorité des demandes en moins de 24 heures et à supprimer si nécessaire le contenu concerné, cela dans le respect de la liberté d'expression¹¹⁷. Le quatrième exercice de suivi de ce code témoigne qu'en 2019 environ 89% des notifications

¹¹⁴ Règlement de la communauté de YouTube et standards de la communauté de Facebook disponibles respectivement aux liens suivants : www.youtube.com/intl/fr/about/policies/#community-guidelines et www.facebook.com/communitystandards/

¹¹⁵ G. Loiseau, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *Communication Commerce électronique* n° 7-8, Juillet 2012

¹¹⁶ Commission européenne, *Lutte contre les discours de haine illégaux en ligne*, disponible au lien suivant : www.ec.europa.eu/commission/news/countering-illegal-hate-speech-online-2019-feb-04_fr

¹¹⁷ Commission européenne, Fiche d'information, « Le code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne : questions et réponses sur la quatrième évaluation », 4 février 2019

sont évaluées dans les 24 heures, contre seulement 40% lors du lancement du code en 2016¹¹⁸. Facebook se place en tête des résultats avec 92% des notification évaluées dans les 24 heures. Toutefois, afin d'assurer au mieux le respect de la liberté d'expression, il est relevé que ces plateformes devraient améliorer leur transparence et l'information des utilisateurs quant aux retraits qu'elles opèrent¹¹⁹. Les entreprises signataires doivent également fournir des informations aux autorités des Etats membres sur les signalements qu'ils reçoivent afin de garantir plus d'efficacité¹²⁰. D'autres dispositions du code sont non obligatoires, et prévoient par exemple la possibilité d'identifier et de promouvoir les contre-discours indépendants encourageant la pensée critique afin de lutter contre la rhétorique de la haine¹²¹.

Ces outils, qui peuvent donc être volontairement mis en place par les réseaux sociaux afin de lutter contre les contenus illicites, peuvent toutefois emporter des conséquences juridiques relatives à la responsabilité du réseau social, qui pourraient décourager ce dernier à instaurer de tels dispositifs.

Section 2 – Des incidences incertaines sur la responsabilité des réseaux sociaux

Les mesures d'autorégulation adoptées par les réseaux sociaux peuvent avoir des conséquences qui ne sont pas souhaitées par ces derniers. L'utilisation d'outils algorithmiques, si elle est trop poussée, pourrait entraîner la perte du régime d'irresponsabilité dont bénéficie le réseau social (§1), et les dispositifs contractuels doivent s'articuler correctement avec la liberté d'expression des utilisateurs (§2).

§1 – Les conséquences de l'utilisation d'algorithmes par les réseaux sociaux : le risque de glissement d'un rôle passif à un rôle actif

Le filtrage préventif évinçant le rôle passif du réseau social. Ces mesures de filtrage volontaires peuvent être mises en place de façon préventive, en amont de la mise à disposition du public du contenu litigieux, ou alors de façon curative après la publication. Lorsqu'il s'agit d'un filtrage *ex ante*, la question se pose de savoir quelle incidence pourrait avoir une telle action du réseau social sur sa qualification d'hébergeur. En effet, si l'application de la qualification d'hébergeur à certains réseaux sociaux peut déjà être en elle-même critiquée¹²², une intervention de filtrage déterminant les contenus susceptibles d'être publiés

¹¹⁸ Commission européenne, *Code of conduct on countering illegal hate speech online : fourth evaluation confirms self-regulation works*, février 2019

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traitée*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n° 60

¹²¹ *Ibid.*, n° 61

¹²² M. Vivant, « Directive Droit d'auteur et droits voisins – Une responsabilité ad hoc pour les sites de partage (Commentaire de l'article 17 de la directive) », *Communication Commerce électronique* n° 10, octobre 2019

ou non pourrait définitivement les faire basculer de la catégorie d' « hébergeur » à celle d' « éditeur » de contenus. En effet, il est difficile de concevoir que ces acteurs pourraient conserver un rôle passif tout en opérant un choix quant aux contenus publiés.

Une solution décourageant l'adoption de telles mesures. La conséquence serait alors particulièrement importante, puisqu'ils perdraient le bénéfice du régime d'irresponsabilité posé par la LCEN. Une telle incidence juridique du fait de modération par les réseaux sociaux risquerait alors d'annihiler tout effort d'encouragement ou d'incitation à l'adoption de telles mesures.

L'éventualité d'un régime intermédiaire. La qualification du réseau social entre hébergeur et éditeur est donc délicate, et le sera d'autant plus qu'on imposera aux réseaux sociaux d'être plus actifs dans la lutte contre les contenus illicites. Certains auteurs soumettent alors l'idée de la création d'une qualification et d'un régime de responsabilité intermédiaire pour les réseaux sociaux, entre l'irresponsabilité de principe de l'hébergeur et le régime de responsabilité important de l'éditeur¹²³, une voie qu'avait déjà envisagée le Sénat¹²⁴.

Les algorithmes utilisés volontairement par les réseaux sociaux peuvent alors les conduire, non pas à réduire les risques d'engager leur responsabilité, mais à un changement de régime juridique augmentant leur responsabilité. A côté de ces mesures de filtrage, l'utilisation d'outils contractuels peut également avoir des conséquences sur la responsabilité applicable aux réseaux sociaux.

§2 – Les conséquences de l'application des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux

L'articulation de l'application des CGU avec la loi. Souvent, le contenu des CGU se rapproche des textes légaux. Mais au-delà du texte lui-même il est intéressant d'observer leur mise en œuvre concrète. En effet, si, sur le principe, les mêmes types de contenus sont interdits, la préservation de la liberté d'expression des utilisateurs dépend de l'application qui en est faite et de l'appréciation par réseau social des cas qui intègrent les catégories de contenus illicites.

Les CGU moins strictes que la loi. Si les CGU du réseau social sont moins strictes que la loi, et ne prévoient pas explicitement l'interdiction de certains contenus, cela ne devrait avoir de conséquence que sur la responsabilité contractuelle de l'utilisateur envers le réseau social. La loi reste applicable quoi qu'il en soit,

¹²³ L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020, n° 99

¹²⁴ Rapport d'information n° 296, L. Béteille et R. Yung, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », février 2011, p. 46

et l'utilisateur y reste soumis quelles que soient les CGU¹²⁵. Ainsi, des CGU moins strictes que la loi empêcheront seulement le réseaux social d'engager la responsabilité contractuelle de l'utilisateur, mais ce dernier pourra en tout état de cause engager sa responsabilité délictuelle, voire pénale, du fait du contenu qu'il publie.

Les CGU plus strictes que la loi. Il s'agit ensuite de savoir si un réseau social peut prévoir que la publication de certains contenus, bien que légaux, ne serait pas autorisée sur sa plateforme. Cette situation soulève la question de savoir si un réseau social est en droit de restreindre la liberté d'expression des internautes avec lesquels il contracte. Il semble qu'aucune réponse claire n'ait encore été apportée à cette question. Une affaire assez médiatisée a eu lieu à propos de la publication par un internaute, puis de la censure par Facebook, du tableau *L'origine du Monde*, de Gustave Courbet¹²⁶. Le réseau social a ensuite clôturé le compte de l'utilisateur. Ce dernier, estimant qu'il y avait atteinte à sa liberté d'expression, a décidé d'attaquer Facebook en justice. Toutefois, le contentieux judiciaire s'est cristallisé autour de la question de la licéité de la clause des CGU attribuant compétence juridictionnelle aux tribunaux de Californie¹²⁷, mais n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'atteinte à la liberté d'expression de l'utilisateur, puisque cette question s'est finalement réglée à l'amiable¹²⁸. Une décision de justice aurait permis d'avoir des informations supplémentaires sur le filtrage que peut opérer un réseau social, par exemple au titre de l'atteinte à la pudeur, restreignant ainsi la liberté d'expression des utilisateurs au-delà des limites légales à cette liberté fondamentales¹²⁹. Par ailleurs, il faut relever que si une décision sur cette question aurait pu éclairer le débat, en pratique Facebook a reconnu par un communiqué de presse que le tableau concerné était une œuvre d'art qui avait « *parfaitement sa place sur Facebook* »¹³⁰.

La question de l'application plus ou moins stricte des CGU des réseaux sociaux est d'autant plus prégnante avec le développement d'outils de filtrage algorithmique, qui peuvent rencontrer des difficultés pour apprécier un le contexte dans lequel un propos est tenu.

Ainsi, la voie de l'autorégulation par les réseaux sociaux est une voie qui s'est développée ces dernières années, sous l'encouragement des autorités publiques. Bien qu'efficace dans une certaine mesure,

¹²⁵ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », p. 230 : « *si un contenu est illicite en vertu d'une loi nationale, une plateforme ne peut opposer le fait qu'il serait admis par sa politique* ».

¹²⁶ A ce titre, voir C. Caron, « Liberté d'expression – la malédiction de Khalil Bay », *Communication commerce électronique* n° 3, mars 2016, repère 3

¹²⁷ Litige éteint par la décision CA Paris, 12 février 2016, n°2016-58 : JursData n°2016-002888

¹²⁸ Franceinfo, « *L'origine du monde* » de Courbet censuré sur Facebook : fin du différend avec un internaute, 1^{er} août 2019

¹²⁹ Voir à ce titre l'article de P. Signoret, « Censure de « *L'Origine du monde* » : une faute de Facebook reconnue, mais pas sur le fond », *Le Monde*, 15 mars 2018

¹³⁰ *Ibid.*

ce type de régulation *des* réseaux sociaux *par* les réseaux sociaux connaît des limites intrinsèques qui restreignent l'efficacité d'un tel modèle.

Chapitre 2 – Une modération privée et spontanée insuffisante

Les limites à l'autorégulation des réseaux sociaux tiennent au fait que les auteurs et les destinataires des mesures sont les mêmes acteurs. L'autorégulation souffre d'une part au manque de transparence des mesures adoptées (Section 1) et, d'autre part, de leur caractère trop autocentré (Section 2).

Section 1 – Une autorégulation aux outils en manque de transparence

L'opacité présente dans la mise en œuvre des outils d'autorégulation dont disposent les réseaux sociaux (§1) présente des risques importants en matière d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux, et plus particulièrement à la liberté d'expression de leurs utilisateurs (§2).

§1 – L'opacité des outils d'autorégulation des réseaux sociaux

Le manque d'information sur les critères utilisés. Les outils algorithmiques utilisés par les réseaux sociaux sont souvent couverts par le secret. De ce fait, il n'est notamment pas possible de prendre connaissance des critères retenus par ces algorithmes pour décider de donner ou non de la visibilité à un contenu. Cette problématique est applicable non seulement aux algorithmes utilisés dans la fonction de mise en œuvre des CGU et de modération des contenus, déterminant si un contenu sera visible ou non, mais également à ceux utilisés dans la fonction d'ordonnancement des contenus, déterminant le degré d'exposition du contenu. Le rapport de la Mission de régulation des réseaux sociaux souligne ce problème et préconise à ce titre l'instauration d'obligations de transparence sur les fonctions principales des réseaux sociaux¹³¹.

Deep learning : l'ignorance des critères utilisés. Ces difficultés liées à la connaissance des critères utilisés par les algorithmes est intensifiée par le développement d'outils d'intelligence artificielle. Il s'agit de la capacité d'une unité fonctionnelle à exécuter des fonctions généralement associées à l'intelligence humaine, telles que le raisonnement ou l'apprentissage¹³². De ce fait, l'algorithme se modifie automatiquement dans le temps, sans intervention humaine. Dans un souci d'efficacité, il peut alors modifier

¹³¹ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p.20

¹³² Définition issue de la norme ISA/IEC 2382-28:1995, Technologies de l'information- Partie 28 : Intelligence artificielle

les critères qu'il prendra en compte pour modérer les contenus par exemple. Mais le risque est que même les concepteurs de l'algorithme ne puissent plus connaître les critères utilisés, ce qui rendrait d'autant plus opaque ces mécanismes¹³³.

Dispositif législatif insuffisant. Même lorsque l'on sort du champ de l'autorégulation, la loi pour une République Numérique est venue imposer à toutes les plateformes en ligne de fournir une information loyale, claire et transparente sur leurs modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus auxquels il permet d'accéder¹³⁴. Toutefois, il est possible de regretter que le texte ne soit pas plus précis sur les informations qu'il convient de fournir, et en particulier qu'il ne fasse aucune référence aux critères retenus. Dans la même logique, concernant la proposition de règlement visant à lutter contre le terrorisme, qui envisage l'instauration de mesures obligatoires de filtrage automatique des contenus, Céline Castet-Renard regrette que ne soient imposées que des informations sur le « fonctionnement » des mesures et pas un « véritable droit à explication des décisions individuelles prises sur la base de ces outils »¹³⁵. Le rapport de la mission de régulation des réseaux sociaux estime que des mesures devraient être prises pour assurer cette transparence, notamment par le biais de la fourniture d'informations plus fournies. Il faudrait notifier les décisions de modération aux auteurs de contenus modérés et aux auteurs de signalement lorsqu'il en existe, fournir des informations sur le recours aux outils de traitement automatisés utilisés et sur les modalités de coopération avec des « partenaires de confiance », et enfin produire des statistiques sur l'efficacité de la modération¹³⁶.

Or, ce manque de transparence des algorithmes employés pour l'autorégulation des réseaux sociaux est particulièrement critiquable, car elle génère des risques d'atteinte aux libertés fondamentales des utilisateurs.

§2 – Une transparence nécessaire à la protection des droits fondamentaux

Le risque d'atteinte à la liberté d'expression. La principale critique à l'encontre de ce manque de transparence des outils d'autorégulation utilisés par les réseaux sociaux tient au fait que des contenus peuvent alors être retiré d'un service en ligne sans motivation claire sur les raisons de ce retrait. Les critères mis en œuvre par les algorithmes résultent de choix humains et sont donc subjectifs. Les réseaux sociaux

¹³³ Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux », p. 333 et s.

¹³⁴ Art L.111-7, II, 1° du C. Conso, issu de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

¹³⁵ C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traitée*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019, n° 78

¹³⁶ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p.20

définissent donc eux-mêmes ce qu'ils estiment acceptable ou non, pouvant aller au-delà ou en deçà du droit positif en matière de liberté d'expression, et donc à l'encontre de celui-ci¹³⁷.

Une appréciation contextuelle difficile. Le risque d'atteinte à la liberté d'expression est d'autant plus important que l'appréciation du caractère illicite d'un contenu dépend souvent du contexte auquel ce contenu est associé. Or, l'efficacité des outils automatisés pour identifier et interpréter le contexte dans lequel est publié un contenu ne fait pas encore preuve d'une fiabilité suffisante. Par ailleurs, si de nombreux réseaux sociaux, tels que Facebook, ont augmenté leurs effectifs humains attachés au contrôle de la modération automatique, certains soulignent que les conditions de travail de ces salariés pourraient altérer la qualité de leur travail¹³⁸.

Les garanties à mettre en place. Pour éviter toute atteinte injustifiée au droit fondamental qu'est la liberté d'expression, il est alors nécessaire d'imposer une transparence maximale sur la politique de modération mise en œuvre par les réseaux sociaux. L'internaute dont le contenu est retiré ou n'est pas publié doit avoir accès aux motifs justifiant cette décision, afin de pouvoir éventuellement tenter un recours contre celle-ci s'il estime qu'elle a été prise en violation de ses droits.

La première limite à l'autorégulation des réseaux sociaux tient donc au manque de transparence des outils techniques qu'ils utilisent, pouvant potentiellement porter une atteinte injustifiée à la liberté d'expression. En outre, le fait que, dans un système d'autorégulation, les normes soient réalisées et appliquées par certains acteurs privés génère également d'autres limites à ce système, qui se révèle alors trop autocentré pour se suffire à lui-même.

Section 2 – Une autorégulation à la visée trop autocentrée

L'autorégulation des réseaux sociaux se traduisant par des mesures adoptées par ces opérateurs et pour ces opérateurs. De ce fait, elle peut souffrir d'un manque de crédibilité quant à l'évaluation de son efficacité (§1), et présente le défaut d'être nécessairement limitée aux seuls réseaux sociaux qui acceptent de jouer le jeu de l'autorégulation (§2).

§1 – Le manque de crédibilité de l'autorégulation

L'asymétrie d'information caractérisant l'autorégulation. Le système d'autorégulation se caractérise par une asymétrie d'information entre, d'une part, les fournisseurs de services de réseaux sociaux

¹³⁷ A. Sée, « La régulation des algorithmes : un nouveau modèle de globalisation ? », *RFDA* 2019, p. 830

¹³⁸ *Op. cit.*, C. Castets-Renard

et, d'autre part, les autorités publiques et la société civile¹³⁹. Cette difficulté rejoint la problématique du manque de transparence en la matière. En effet, les informations publiées par les réseaux sociaux quant à l'efficacité des mécanismes d'autorégulation qu'ils ont mis en place sont difficilement vérifiables.

La nature des intérêts protégés par l'autorégulation. Une autre des limites dénoncées de l'autorégulation est celle qui tient à l'articulation entre intérêts privés et intérêt public. En effet, avec l'autorégulation, la norme créée et appliquée est celle conçue par les acteurs privés, pour les acteurs privés. La logique de l'autorégulation repose sur l'idée que cette régulation est nécessaire et bénéficie aussi aux acteurs privés qui la mettent en place qu'à l'intérêt général. En matière de contenus illicites, cela se traduit par le fait que les utilisateurs seront d'autant plus enclins à utiliser un réseau social s'ils s'y sentent en sécurité. Toutefois, il est naturel que certains auteurs soulèvent que cela peut générer des difficultés en matière de conflits d'intérêts¹⁴⁰, l'impartialité étant l'une des caractéristiques essentielles que doit revêtir toute forme de régulation¹⁴¹. D'autres se demandent si l'autorégulation ne serait pas finalement un système d'« autodéfense » et d'« autojustification » des opérateurs privés¹⁴².

Crédibilisation de l'autorégulation. Afin de crédibiliser ces mesures, il est nécessaire de contrôler que les entités privées autorégulées sont encadrées par des mécanismes suffisants pour garantir que les normes édictées vont bien dans le sens de l'intérêt collectif, dans une logique dite d'*accountability*¹⁴³. Il est alors envisageable de faire réaliser des audits par un tiers de confiance, qui peut prendre la forme d'une autorité administrative indépendante (AAI).

Enfin, au-delà des problèmes de légitimité que peut poser l'autorégulation des réseaux sociaux, il convient également de relever que ce système de régulation, étant fondé sur une participation volontaire des acteurs privés, dispose d'une portée nécessairement restreinte.

§2 – La portée restreinte de l'autorégulation

Un mécanisme volontaire donc limité. Tout d'abord, l'autorégulation est la mise en œuvre volontaire de mécanismes de régulation par les personnes impliquées dans l'activité en cause. Ainsi, même si certains des principaux réseaux sociaux ont décidé de jouer le jeu de l'autorégulation, cette forme de

¹³⁹ A ce titre, voir « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p.20

¹⁴⁰ F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française de l'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 23 à 35

¹⁴¹ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Dalloz Concurrence-Distribution*, 2001, n° 7, p. 610

¹⁴² E. Derieux, « Régulation de l'internet », *RLDI*, n° 78, 1^{er} janvier 2012

¹⁴³ J.-B. Auby, « Autorégulation et droit administratif », *Droit administratif* n° 8-9, août 2008, étude 17

régulation est insusceptible de toucher l'ensemble des acteurs de ce secteur. Or, pour être pleinement efficace, la lutte contre les contenus illicites sur les réseaux sociaux doit être engagée par l'ensemble de ces acteurs et non pas par une partie seulement¹⁴⁴.

La normativité des Codes de conduite. Ensuite, il est nécessaire de soulever la question de la valeur normative des codes de conduite, qui sont l'un des outils au cœur de l'autorégulation. Il est déploré, notamment dans l'exposé des motifs de la proposition de loi « Avia », que ces instruments, bien qu'encourageant les plateformes à adopter certains comportements contribuant à lutter contre les contenus illicites, ne prévoient toutefois pas de mesures contraignantes. Si la valeur normative de ces textes est discutable, il faut relever que l'engagement moral souscrit par les signataires de tels documents peut les obliger¹⁴⁵. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de juger qu'un engagement, fût-il moral, avait pu exprimer la volonté non-équivoque et délibérée de son signataire de s'obliger, et avait donc une valeur contraignante à son égard¹⁴⁶. Par ailleurs, même si ces règles peuvent être qualifiées de « soft law » et, à ce titre, ne pas recevoir de valeur juridique, il ne faut pas pour autant négliger la contrainte sociale qu'elles peuvent faire peser sur les acteurs qui s'y engagent¹⁴⁷.

Nous pouvons donc considérer que la modération des réseaux sociaux, entendue comme les moyens que mettent volontairement en œuvre ces réseaux pour gérer les contenus illicites qui y sont publiés, se sont particulièrement accrus avec le développement d'outils algorithmiques. Ces derniers peuvent être mis en œuvre *ex post*, et permettent alors de modérer plus rapidement les contenus identifiés a posteriori comme illicites, notamment par les internautes eux-mêmes. Ces outils algorithmiques peuvent également être mis en œuvre *ex ante*, bien que ce soit plus rare. Mais si tel est le cas, il faudra alors être attentif aux conséquences qu'un tel filtrage pourrait avoir au regard du régime de responsabilité applicable au réseau social, qui, si l'on fait preuve de rigueur juridique, devrait alors sans doute basculer de la catégorie d'hébergeur à celle d'éditeur et donc perdre le bénéfice de son régime d'irresponsabilité. Toutefois, ces mesures techniques d'autorégulation, tout comme les mesures contractuelles pouvant être adoptées par les réseaux sociaux, souffrent de limites importantes qui les rendent insuffisantes pour assurer une lutte efficace contre la diffusion des contenus illicites en ligne.

¹⁴⁴ A noter que ces engagements peuvent toutefois être d'une intensité différente selon les réseaux sociaux en cause, comme vu dans le paragraphe sur « L'adaptation aux spécificités propre à chaque hébergeur », dans le Titre 2 de la Partie 1.

¹⁴⁵ A. Bensamoun et J. Groffe, « L'influence du numérique sur le régime de protection », *RDC Création numérique*, octobre 2013 (actualisation 2019), p. 204 à 211

¹⁴⁶ Cass. Com., 23 janv. 2007, n°2005-13.189, Bull. Civ. IV, n°12

¹⁴⁷ Agnès Robin, *La régulation de l'internet ou la tentation de la surveillance*, Actes du colloque du Réseau Droit, sciences et techniques, sous la dir. E. Vergès, Paris, mars 2011, p. 321

L'intervention d'un tiers superviseur semble nécessaire pour garantir la crédibilité, la transparence et l'efficacité des mesures engagées, et protéger au mieux les droits et libertés fondamentaux des internautes. Il est alors nécessaire que la modération des réseaux sociaux soit complétée¹⁴⁸ par l'intervention d'autorités administratives, et qu'une coopération se crée entre les acteurs privés et les acteurs publics pour apporter les réponses les plus adaptées au problème de la diffusion des contenus illicites sur les réseaux sociaux. Le recours aux autorités administratives indépendantes (AAI) est alors particulièrement adapté.

¹⁴⁸ Fabrizio Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, 2004/1, n°109, p. 23 à 35

Titre 2 : La nécessité d'un encadrement adapté de la modération par les réseaux sociaux

Les AAI se sont développées avec l'idée d'une régulation de certains secteurs¹⁴⁹. Avec les enjeux soulevés par internet, et plus particulièrement par les réseaux sociaux, il est possible de constater une adaptation de cette régulation, à la fois au regard des moyens mis en œuvre par les AAI (Chapitre 2) et au regard de l'organisation de ces dernières entre elles (Chapitre 2).

Chapitre 1 – L'efficacité des moyens d'action des AAI pour réguler les contenus illicites sur les réseaux sociaux

La régulation par les AAI suppose en principe la surveillance d'un marché sur lequel l'AAI a imposé des règles *ex ante* (Section), alors que la sanction *ex post* doit être limitée et réservées aux situations d'échec de la régulation *ex ante*¹⁵⁰ (Section 2).

Section 1 – Le principe d'intervention *ex ante* des AAI

L'intervention principale des AAI doit se faire en amont, d'une part, de toute atteinte à la liberté d'expression et, d'autre part, de la publication de tout contenu illicite. Cela passe par la création de normes de droit souple visant à orienter les comportements des différents acteurs (§1) ainsi que par le contrôle des mesures de filtrages qui peuvent être effectuées (§2).

§1 – Le développement d'un droit souple applicable aux réseaux sociaux

La régulation conçue pour une intervention *ex ante*. Les autorités de régulation supervisent le marché qu'elles régulent. Leur objectif est de faire prévaloir une démarche préventive d'accompagnement et d'orientation des comportements, évitant ainsi la survenance des atteintes¹⁵¹. La répression des acteurs du marché n'intervient alors qu'en cas d'échec de cette démarche préventive.

La création d'un droit souple. Cette intervention *ex ante* passe par l'élaboration d'un droit souple, créé en associant les acteurs privés et publics. Le premier avantage de cette forme de négociation de la norme est qu'elle permet de dégager le meilleur équilibre possible entre les intérêts économiques et sociaux

¹⁴⁹ F. Gazier et Y. Cannac, *Etude sur les AAI : EDCE*, n° 35, p. 13, cité par J.-L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JCI Administratif*, Fasc. n° 75, n° 84

¹⁵⁰ K. Favro, « Communications numériques. Régulation et résolution des litiges », LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p.56

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 18 et 123

en présence¹⁵². Le second avantage est qu'elle emporte l'adhésion des destinataires¹⁵³, ce qui simplifie les démarches de mise en conformité de ces acteurs et encourage le développement d'une culture de la compliance¹⁵⁴. La contrainte est alors extérieure à la règle et à l'autorité publique, et relève plutôt de la pression sociale ou économique, qui peut avoir une efficacité très importante¹⁵⁵. Ce droit souple peut se traduire en particulier par l'adoption de chartes, de codes de bonne conduite, de lignes directrices ou de recommandations¹⁵⁶. En 2016, le Conseil d'Etat¹⁵⁷ a reconnu que ces actes de droit souple créés par les AAI, peuvent être déférés devant le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il s'agit de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont l'AAI pourrait censurer la méconnaissance¹⁵⁸.

Souplesse et adaptabilité. L'utilisation du droit souple développé par les AAI est particulièrement adaptée au temps de l'internet car elle permet plus de souplesse et une réactivité plus rapide aux évolutions technologiques. Au contraire, le droit « dur » est plus rigide et devient rapidement obsolète dans ce domaine. En effet, Karine Favro relève que la régulation a pour caractéristique d'évoluer au gré des besoins des acteurs économiques et institutionnels¹⁵⁹, ce qui est l'un de ces principaux avantages.

Au-delà de l'élaboration d'un droit souple en collaboration avec les différents acteurs en présence, les AAI interviennent également pour contrôler le filtrage de contenus illicites, en amont d'une éventuelle atteinte à la liberté d'expression des internautes sur les réseaux sociaux.

§2 – Le filtrage de contenus illicites contrôlé par l'AAI

Un contrôle préservant la liberté d'expression. Bien que les textes concernant les AAI et leurs missions soient éparpillés, il est possible de constater que les AAI sont appelées à jouer un rôle de contrôle en matière de filtrage des contenus sur les réseaux sociaux. Ce contrôle doit assurer que le filtrage devant être opéré ne porte pas atteinte à la liberté d'expression des internautes.

¹⁵² A. Robin, « La régulation de l'internet ou la tentation de la surveillance », Actes du colloque du Réseau Droit, sciences et techniques, sous la dir. E. Vergès, Paris, mars 2011, p. 313

¹⁵³ *Op. cit.*, K. Favro, p. 72

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 98

¹⁵⁵ C. Thibierge, « Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ*, Dalloz, 2003, p. 599

¹⁵⁶ A ce titre, voir par ex. A.-S. Barthez, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », dans Actes du colloque « Le droit souple », organisé par l'association H. Capitant, Dalloz, 2009, p. 67

¹⁵⁷ Voir not. CE, 21 mars 2016, n° 368082, 368083 et 368084, *Sté Fairvesta International GMBH et a.* et n° 390023, *Sté NC Numéricable*

¹⁵⁸ J.-L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JCI Administratif*, Fasc. 75, 20 juillet 2010, mise à jour du 4 octobre 2019

¹⁵⁹ *Op. cit.*, K. Favro, p. 9

Le contrôle du filtrage administratif sur les réseaux sociaux. La LCEN prévoit un mécanisme de blocage de certains contenus à caractère terroriste par les hébergeurs à la demande de l'autorité administrative compétente¹⁶⁰, l'Office Central de Lutte contre la Criminalité liée aux Technologies de l'Information et de la Communication (OCLCTIC)¹⁶¹. Afin de s'assurer de la régularité des demandes et d'éviter toute mesure abusive ou disproportionnée au regard de la liberté d'expression, la loi prévoit l'intervention d'une « personnalité qualifiée », désignée en son sein par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Si cette personnalité qualifiée constate une irrégularité, elle peut recommander à l'OCLCTIC de mettre fin au blocage du contenu et, si cette recommandation n'est pas suivie, elle peut saisir la juridiction administrative compétente. Cette dernière peut alors annuler les décisions de l'autorité administrative si elle estime que les contenus en cause ne sont pas constitutifs de « provocation » ou d'« apologie » du « terrorisme », comme l'a fait le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise le 4 février 2019¹⁶².

Le contrôle du filtrage spontané par les réseaux sociaux. Les AAI peuvent également contrôler le filtrage opéré directement par les réseaux sociaux. Le rapport de la mission sur la régulation des réseaux sociaux prévoit à ce titre que l'autorité administrative indépendante devra contrôler les obligations de transparence dans l'ordonnancement et la modération des contenus, pour être le régulateur de la responsabilisation des réseaux sociaux¹⁶³. La loi « Avia » prévoit, quant à elle, que le CSA contrôle les modalités de modération des contenus illicites mis en œuvre par les réseaux sociaux¹⁶⁴. Ce contrôle s'effectue grâce à la transparence imposée aux plateformes visées, qui doivent rendre publiques certaines informations déterminées par le CSA. Les réseaux sociaux doivent donc être soumis à une exigence d'explicabilité et d'intelligibilité des « choix » opérés, et les pouvoirs des régulateurs devraient leur permettre de procéder à des audits des algorithmes et d'apprécier les moyens humains mis en œuvre par chaque réseau social¹⁶⁵.

Lorsque l'intervention *ex ante* des AAI n'est pas suffisamment efficace, elles peuvent parfois intervenir de manière *ex post*, notamment par le biais de sanctions des acteurs économiques, bien que cette attribution soit source de débats.

¹⁶⁰ Article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, insérée par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

¹⁶¹ Décret n° 2015-125, 5 févr. 2015, art. 1^{er}

¹⁶² E. Derieux, « Limites du contrôle administratif de l'internet. Observations sou Tribunal administratif de Cergy-Pontoise », 4 février 2019, n° 1801344, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 332

¹⁶³ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p.20

¹⁶⁴ Art. 5, 7° de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, texte adopté n° 419

¹⁶⁵ Commission Nationale consultative des droits de l'homme, « Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet », Journal Officiel du 13 juillet 2019, Numéro 161

Section 2 – La possibilité d’une intervention ex post des AAI

Les AAI disposent parfois de pouvoirs leur permettant d’intervenir *ex post*, en particulier afin de sanctionner certains acteurs (§1). Toutefois, ce pouvoir de sanction a fait l’objet de débats, notamment quant à la question de la place qu’il était nécessaire de réserver au juge dans la régulation contre les contenus illicites (§2).

§1 – Les AAI dépositaires d’un pouvoir de sanction critiqué

La possibilité d’un pouvoir de sanction conféré aux AAI. Si la possibilité de conférer aux autorités administratives indépendantes un pouvoir de sanction a été refusée par le Conseil constitutionnel dans un premier temps¹⁶⁶, cette solution a rapidement été remise en cause pour accepter, d’abord implicitement¹⁶⁷, puis explicitement¹⁶⁸ l’octroi d’un tel pouvoir à ces autorités. Bien que ce pouvoir de sanction ait suscité de nombreuses critiques, notamment au regard du principe, fondamental en démocratie, de séparation des pouvoirs, il a été validé par le Conseil constitutionnel et étendu à un nombre croissant d’AAI. Les limites tenaient à l’exclusion de toute peine privative de liberté, le respect des garanties procédurales¹⁶⁹ et la nécessité au regard de l’accomplissement de la mission de l’AAI¹⁷⁰.

Le pouvoir de la HADOPI censuré. Toutefois, en 2009, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi n° 2009-669 relatives au pouvoir de sanction conféré à la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres protégées par le droit d’auteur et la Protection des droits sur Internet (HADOPI). Cette loi prévoyait un mécanisme de sanction pouvant aboutir, en cas de récidive, à la suspension de l’accès à internet de l’utilisateur, voire à la résiliation de son contrat par la HADOPI. Les Sages ont considéré que, « *quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, [le législateur ne pouvait pas] confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d’auteur et de droits voisins* »¹⁷¹, et cela au regard de la liberté d’expression. Mais cette décision ne remet pas en cause d’une manière générale le pouvoir de sanction des AAI, et sa justification doit être recherchée dans le lien entre les missions de la HADOPI et la liberté à laquelle elle porte atteinte¹⁷². Ainsi, une telle restriction de la

¹⁶⁶ Cons. Const., 10-11 oct. 1984, déc. n° 84-181 DC

¹⁶⁷ Cons. Const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-127 DC et Cons. Const., 23 janv. 1987, déc. n° 86-224 DC

¹⁶⁸ Cons. Const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC (pour le CSA) et Cons. Const., 28 juillet 1989, déc. n° 89-260 DC (pour la COB, devenue l’AMF, mais extensible à toute AAI)

¹⁶⁹ CE, ass., 3 décembre 1999, n° 207434, *Didier* : JurisData n° 1999-051201

¹⁷⁰ Cons. Const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC

¹⁷¹ Consid. 16, Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, sur la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁷² A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d’arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Droit pénal* n° 11, novembre 2009, étude 24

liberté d'expression au nom de la protection de la propriété intellectuelle n'était pas proportionnée. Toutefois, le Conseil constitutionnel a reconnu par exemple que la lutte contre l'exploitation sexuelle des mineurs « peut justifier des mesures que la préservation de la propriété intellectuelle ne peut fonder »¹⁷³. Il s'agit donc de conférer à chaque AAI un pouvoir proportionné à sa mission¹⁷⁴.

Le pouvoir conféré au CSA par la loi « Avia ». En application de l'article 7.II de la loi Avia, le CSA peut imposer au réseau social qui ne se conformerait pas à sa mise en demeure opérée une sanction pécuniaire dont le montant ne pourrait excéder 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu. Cette disposition a été vivement critiquée, notamment en ce qu'elle incite les opérateurs à un excès de prudence traduit par une sur-modération potentiellement attentatoire à la liberté d'expression¹⁷⁵.

L'existence et le développement d'un tel pouvoir de sanction au profit des AAI soulèvent alors des questions quant à l'office du juge dans les secteurs régulés, notamment concernant les réseaux sociaux sur lesquels s'exerce la liberté d'expression des internautes.

§2 – Les AAI dépositaires d'un pouvoir de sanction proportionné et contrôlé

La critique d'un régulateur substitué au juge. De nombreuses critiques se rapportent au fait que le régulateur doté d'un pouvoir de sanction, en particulier dans des secteurs touchant à la liberté d'expression, se substituerait illégitimement à l'office du juge. Ainsi, selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme, ce serait au juge judiciaire et à lui seul d'apprécier le caractère abusif de l'exercice de la liberté d'expression ainsi que le caractère illicite d'un contenu¹⁷⁶, et en aucun cas à une autorité administrative. Avec la loi Avia, le CSA prendrait la place du juge en ce qu'il lui reviendrait d'apprécier le caractère « manifestement illicite » d'un contenu¹⁷⁷.

La possibilité d'un recours juridictionnel. Toutefois, il ne faut pas oublier que les décisions des différentes AAI, notamment issues de leur pouvoir de sanction, peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. En effet, le Conseil constitutionnel a fait de l'existence de voies de recours contre les décisions de sanction des AAI l'une des conditions de leur conformité à la Constitution¹⁷⁸. Le recours de pleine

¹⁷³ Cons. Const., 10 mars 2011, déc. n° 2011-625 DC

¹⁷⁴ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, n° 7 : considère que la proportionnalité des pouvoirs des AAI à la réalisation de ses objectifs est l'un des principes de l'usage des pouvoirs de régulation.

¹⁷⁵ A titre d'exemple voir Commission Nationale consultative des droits de l'homme, « Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet », Journal Officiel du 13 juillet 2019, Numéro 161

¹⁷⁶ *Ibid.* Commission nationale consultative des droits de l'homme

¹⁷⁷ IREDIC, *Proposition de loi AVIA visant à lutter contre les contenus haineux en ligne*, 10 septembre 2019

¹⁷⁸ Cons. Const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC

juridiction contre la sanction adoptée peut alors aboutir soit à l'annulation de la décision de l'AAI, soit à sa réformation¹⁷⁹.

Le juge régulateur du régulateur. Il est finalement possible de considérer que les actions du régulateur et du juge sont en réalité complémentaires, et non pas concurrentes. Ainsi, selon Jean-Pierre Duprat, il existe « une domination de la régulation assurée par le juge »¹⁸⁰. Le contrôle effectué par le juge vise à établir un équilibre entre les enjeux économiques et financiers, le respect de toutes les composantes de l'intérêt général et la protection des libertés fondamentales¹⁸¹. Ce contrôle des activités de régulation s'effectue sous un angle principalement procédural¹⁸². Toutefois, il faut relever que cette intervention ralentit la prise de décision dans un secteur dans lequel la souplesse et la rapidité sont cruciales. En effet, malgré le développement des procédures d'urgences, Karine Favro relève que « *l'urgence du juge ne correspond pas à l'urgence du régulateur* », et que le contrôle a posteriori doit rester marginal pour conserver l'efficacité des mécanismes de régulation¹⁸³. Par ailleurs, le juge constitutionnel est également concerné, notamment lorsqu'il contrôle les lois concernant la régulation, se plaçant ainsi en position de « régulateur final »¹⁸⁴.

Si la régulation semble se présenter comme un mécanisme clef pour lutter contre la diffusion des contenus illicites sur les réseaux sociaux, il est possible de constater une évolution dans l'organisation de la régulation, et une montée en puissance de la coopération entre les AAI, particulièrement nécessaire dans le secteur des réseaux sociaux.

Chapitre 2 – L'adaptation de la coopération des AAI encadrant la régulation des contenus illicites sur les réseaux sociaux

Les communications numériques, et notamment les réseaux sociaux, se trouvent à la croisée de nombreux secteurs traditionnels objets de régulation, ce qui conduit à une multiplication des AAI susceptibles d'intervenir pour les réguler (Section 1). Ce phénomène impose, pour que la régulation soit efficace, une collaboration des différentes instances de régulation au niveau national et supranational (Section 2).

¹⁷⁹ Voir not. E. Derieux, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA* 15 mars 2005, n° 52, p.3

¹⁸⁰ J.-P. Duprat, « La soumission des régulateurs à la régulation », Dalloz, *AJDA* 2006, p. 1203

¹⁸¹ K. Favro, « Communications numériques. Régulation et résolution des litiges », LGDJ, Lextenso éditions, 2019, p.122

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*, p. 118

¹⁸⁴ M. Quémener, « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », dans *Internet, espace d'interrégulation*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 167

Section 1 – La diversité des AAI intervenant dans la régulation des réseaux sociaux

Les réseaux sociaux sont à la croisée de plusieurs secteurs de régulation par des autorités spécifiques (§1) ce qui soulève des questionnements sur l'opportunité de la création d'une instance spécifique à la régulation de ces acteurs (§2).

§1 – Les réseaux sociaux au croisement de multiples secteurs de régulation

L'absence d'AAI unique consacrée aux réseaux sociaux. Actuellement, il n'existe pas d'autorité unique spécialisée dans la régulation des réseaux sociaux. Ces derniers sont amenés à intervenir dans de nombreux secteurs faisant l'objet d'une régulation, et entrent donc dans le champ de régulation de différentes AAI. Les compétences de ces AAI s'entrecroisent en raison de la convergence technologique des télécommunications et de l'audiovisuel, qui remet en cause les cloisonnements établis jusqu'alors entre les différents modes de communication¹⁸⁵.

Le CSA et la HADOPI. Le CSA et la HADOPI sont les principales AAI intervenant en matière de régulation des contenus illicites sur les réseaux sociaux. A l'origine, le CSA a compétence pour assurer la régulation de la « communication audiovisuelle »¹⁸⁶, et non pas les services de « communication au public en ligne »¹⁸⁷ dont les réseaux sociaux font partie¹⁸⁸. Mais du fait de la convergence des techniques, les frontières entre les différents moyens de communications s'estompent. Le CSA requiert alors une extension de son périmètre de régulation afin d'y intégrer notamment les réseaux, en particulier avec la transposition de la directive Services de médias audiovisuels (SMA) en droit interne¹⁸⁹. Par ailleurs, la loi Avia met le CSA en première ligne de la régulation des réseaux sociaux en lui conférant de nouveaux pouvoirs. La HADOPI a quant à elle plusieurs missions, dont « *une mission de protection [des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur ou un droit voisin] à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communication électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne* »¹⁹⁰. Ainsi, son champ

¹⁸⁵ M. de Saint Pulgent, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs, in Internet, espace d'interrégulation », dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 3

¹⁸⁶ Définit par l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 comme « (...) toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public (...) ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la demande ».

¹⁸⁷ Définit par l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 comme « (...) toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ».

¹⁸⁸ E. Derieux et A. Granchet, *Réseaux sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques*, éd. Lamy, Coll. Axe Droit, 2013, p. 58, n° 117 et s.

¹⁸⁹ Rapport du CSA, « Refonder la régulation audiovisuelle », septembre 2018

¹⁹⁰ Art. L.331-13 du CPI

de compétence s'étend au-delà des seuls réseaux « *peer to peer* » et lui permet d'intervenir dans la régulation des contenus contrefaisants publiés sur les réseaux sociaux¹⁹¹.

Les autres AAI compétentes. A côté du CSA et de la HADOPI, qui sont les deux principales AAI en matière de régulation des contenus illicites sur les réseaux sociaux, d'autres autorités peuvent avoir vocation à intervenir sur les réseaux sociaux. C'est le cas par exemple de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ou encore de l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Les priorités de la CNIL et de l'ARCEP ne sont toutefois pas les contenus illicites, la première étant plutôt tournée vers la régulation du traitement des données à caractère personnel¹⁹², et la seconde s'intéressant davantage aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) qu'aux fournisseurs d'hébergement tels que les réseaux sociaux.

Du fait de cet enchevêtrement des compétences de diverses AAI en matière de régulation des réseaux sociaux, l'idée a été émise de constituer une autorité de régulation propre à ces acteurs pour simplifier l'intervention en la matière, mais cette proposition ne fait pas l'unanimité.

§2 – La réflexion autour de la création d'une nouvelle AAI spécialisée

L'éventualité d'une nouvelle AAI spécialisée. Le rapport de la mission sur la régulation des réseaux sociaux préconise l'intervention d'une AAI garante de la responsabilisation des réseaux sociaux. Cette proposition peut s'analyser comme une incitation à la création d'une nouvelle AAI spécialisée dans le domaine des réseaux sociaux¹⁹³, bien que le rapport ne précise pas explicitement si cela devrait se traduire par la création d'une nouvelle AAI ou par l'accroissement du champ de compétence d'une AAI existante.

L'éventualité d'une fusion d'AAI existantes. Une autre piste serait l'émergence d'une nouvelle AAI à partir de la fusion de plusieurs AAI existantes afin de générer une meilleure transversalité de la régulation. Ainsi, une mission de préfiguration pour la fusion de la HADOPI et du CSA a été lancée en janvier 2020 afin de les regrouper au sein d'une Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM). L'ARCOM, qui aurait pour mission la régulation des plateformes et de lutter contre les discours haineux et la manipulation de l'information, serait alors dotée des compétences des deux AAI qu'elle fusionne mais également de nouvelles attributions¹⁹⁴. Toutefois, il faut rappeler que plusieurs projets de fusion entre la HADOPI et le CSA ont été émis depuis 2009 mais qu'aucun n'a abouti.

¹⁹¹ *Op. cit.*, Emmanuel Derieux

¹⁹² Voir loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ayant institué la CNIL

¹⁹³ Voir M. Quéméner et A. Jomni, « Le rapport de la mission sur la régulation des réseaux sociaux », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 517

¹⁹⁴ IREDIC, « CSA + HADOPI = ARCOM : l'opération mathématique du futur de la régulation », 29 janvier 2020

Critiques de l'idée d'une fusion. Toutefois cette idée de fusion d'AAI existantes ne fait pas l'unanimité. Le CSA lui-même a estimé qu' « *une fusion institutionnelle entre deux ou plusieurs autorités ne semble pas être la solution la plus adaptée : au-delà du coût financier et organisationnel très important qu'une telle opération pourrait représenter, elle ne permettrait pas de saisir l'ensemble des sujets transverses* »¹⁹⁵. Cela rejoint le point de vue de Marie-Anne Frison-Roche, donné à l'occasion du rapport d'information sur les AAI du 29 octobre 2010, qui suggérait la nécessité de rapprocher l'ARCEP, le CSA et la HADOPI, au nom de la convergence numérique. Elle estime qu'il est toujours possible de trouver un point de contact entre les AAI, pouvant ainsi justifier leur fusion, jusqu'à les fusionner toutes dans une entité que l'on appellerait « l'Etat »¹⁹⁶. La régulation est nécessairement sectorielle en raison de l'imprégnation de la régulation par le secteur considéré, ce qui justifie l'existence d'autant d'autorité que de secteur nécessitant une régulation¹⁹⁷.

Du fait de cette multitude des AAI dont le domaine de compétences est susceptible d'appréhender les réseaux sociaux, une coordination entre ces différentes autorités semble être la voie la plus appropriée pour parvenir à une régulation efficace.

Section 2 – La nécessaire coordination de l'action des diverses AAI

Pour une régulation efficace des réseaux sociaux, il est nécessaire de mettre en place une coordination de l'action des AAI concernées au niveau national (§1), mais également au niveau supranational (§2), afin de développer une interrégulation.

§1 – Une coordination organisée au niveau national

La notion d'interrégulation. L'enchevêtrement des domaines d'intervention des institutions de régulations appelle à l'établissement de procédures de consultation et de travaux communes, à l'échange d'informations et à la collaboration des diverses AAI. Cela permet de générer des points de contacts, voire une doctrine commune des régulateurs, tout en respectant d'une part le lien entre le secteur régulé et la technicité développée par l'autorité de régulation et, d'autre part, la nécessité de prendre en compte les liens entre ces secteurs¹⁹⁸. Il s'agit de mettre en place une « interrégulation ».

Mise en œuvre de l'interrégulation. Une telle démarche d'interrégulation a déjà été entreprise par certaines AAI, notamment le CSA. Ce dernier s'est engagé à développer et à structurer sa coopération avec

¹⁹⁵ Rapport du CSA, « Refonder la régulation audiovisuelle », septembre 2018

¹⁹⁶ M.-A. Frison-Roche, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *La semaine juridique*, édition générale, n° 48, 29 novembre 2010, p. 2206

¹⁹⁷ M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », Dalloz, 2001, n° 7, p. 610

¹⁹⁸ M.-A. Frison-Roche, *Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance*, 13 janvier 2016, disponible sur mafr.fr/fr/article/interregulation/#

l'ARCEP, ainsi qu'à amplifier son travail engagé avec la CNIL sur les enjeux des données¹⁹⁹. Il estime également que le paysage audiovisuel a été recomposé, notamment par le fait que les réseaux sociaux sont désormais des acteurs à part entière du secteur audiovisuel, et que cela conduit à la nécessité de renforcer les mécanismes de collaboration entre le CSA, la CNIL, la HADOPI, l'ARCEP et l'ARJEL²⁰⁰.

Le principe de l'avis déterminant. Selon Marie-Anne Frison-Roche, l'interrégulation se traduit par l'application d'un « principe de l'avis déterminant²⁰¹. Cela signifie que, lorsqu'une autorité de régulation doit prendre une décision ayant un impact sur la spécificité d'un autre secteur régulé, alors elle aurait l'obligation de consulter l'autre autorité de régulation concernée. Cette dernière formulerait un « avis déterminant », que la première autorité serait obligée de suivre à défaut de justification propre.

Si une interrégulation des autorités nationales agissant dans différents secteurs de régulation est essentielle, une interrégulation des autorités au niveau européen, voire international, apparaît également nécessaire pour réguler les réseaux sociaux, dont les enjeux dépassent les frontières nationales.

§2 – Une coordination à organiser au niveau supranational

La nécessité d'une coopération supranationale. Le numérique et ses acteurs, dont les réseaux sociaux et autres plateformes en ligne, s'inscrivent dans un cadre par nature largement globalisé. De ce fait, toute démarche doit s'inscrire dans une vision au minimum européenne²⁰². A défaut, l'efficacité des mesures adoptées serait amoindrie, et le marché unique européen risquerait d'être fragmenté. Cette interrégulation à l'échelle internationale peut se faire par une collaboration directe avec les autorités étrangères, ou encore par la création d'institutions européennes voire internationales supervisant la coopération des instances nationales, par le biais d'une interrégulation verticale.

Les modèles d'interrégulation verticale. Il existe déjà, au niveau européen, des instances de regroupement et de collaboration entre les AAI nationales d'un même secteur de régulation. C'est le cas par exemple de l'ERGA (*European Regulators' Group for Audiovisual Media Services*), organe consultatif de la Commission européenne créé en 2014 afin de coordonner les régulateurs nationaux en matière de régulation des services de médias audiovisuels. De même, le Comité Européen de la Protection des Données (CEPD) promeut la coopération entre la CNIL et ses homologues européens. Au niveau européen, il existe également

¹⁹⁹ Tribune de R.-O. Maistre, « Point d'étape : vers un nouveau modèle de régulation des plateformes de contenus », publiée le 4 juillet 2019

²⁰⁰ Rapport du CSA, « Refonder la régulation audiovisuelle », septembre 2018

²⁰¹ M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », Dalloz, 2001, n° 7, p. 610

²⁰² S. Soriano, « Quelle régulation pour les plateformes ? », *Annales des Mines – Réalités industrielles*, 2016, vol. août 2016 (3), p. 47 à 50

un Organe des Régulateurs Européens des Communication Electroniques (ORECE) pour coordonner l'action de l'ARCEP et de ses homologues dans le reste de l'Union européenne. Si toutes ces instances européennes peuvent intervenir, sur certains points, sur la régulation des réseaux sociaux, certains proposent la création d'une organisation européenne spécialisée dans la prévention des contenus illicites sur les réseaux sociaux²⁰³.

La compétence territoriale de régulation des réseaux sociaux. Enfin, le rapport de régulation sur les réseaux sociaux considère que l'articulation européenne actuelle de la régulation, construite autour du principe du pays d'origine, et confiant la compétence de régulation au seul Etat membre dans lequel le service a établi son siège social, est inadapté²⁰⁴. Il propose donc d'instaurer une logique de pays de destination, visant à mettre en cause la plateforme devant les Etats dans lesquels le dommage s'est produit.

²⁰³ Commission Nationale consultative des droits de l'homme, « Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet », Journal Officiel du 13 juillet 2019, Numéro 161

²⁰⁴ « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, Mai 2019, p.23

Conclusion

L'objectif de cette étude était de montrer de quelle manière les réseaux sociaux bouleversent les équilibres établis par le législateur et appellent à une évolution du cadre normatif qui leur est applicable, dans le but d'instaurer une lutte efficace contre la diffusion et la propagation des contenus illicites. Nous avons donc constaté que les réseaux sociaux posaient des difficultés quant à leur qualification juridique. En effet, acteur du web 2.0, ils sont pourtant rattachés à des catégories juridiques conçues pour le web 1.0. Ils ne bénéficient pas de qualification propre, et sont rattachés à la catégorie des fournisseurs d'hébergement et à celle des plateformes en ligne. Les réseaux sociaux ayant un rôle particulièrement crucial dans la lutte contre la diffusion des contenus illicites, nous avons constaté une volonté de les responsabiliser plus spécifiquement, par la construction d'un régime propre, tendant vers leur individualisation. Toutefois, tous les réseaux sociaux ne sont pas placés au même niveau, et une différence doit être opérée en fonction de leur taille et de leurs moyens, afin de ne pas créer de barrières à l'entrée de ce marché.

Toutefois, toute démarche de responsabilisation ne peut être efficace qu'à condition que les responsables soient appréhendés, ou tout au moins appréhendables, par la justice. Deux difficultés majeures persistent à ce niveau, sur lesquelles des améliorations sont encore nécessaires. Premièrement, concernant la responsabilisation individuelle, il s'agit de l'anonymat dont jouissent les utilisateurs des réseaux sociaux et du manque d'efficacité de la levée de cet anonymat par les hébergeurs, en raison de l'utilisation de fausses identités. Ensuite, en matière de responsabilisation des réseaux sociaux, l'un des principaux obstacles reste la possibilité pour ces acteurs de s'abriter derrière les règles du droit international privé pour échapper à certaines obligations ou poursuites. C'est la raison pour laquelle la régulation des contenus illicites sur les réseaux sociaux appelle une réponse au moins européenne, si ce n'est mondiale.

Cette responsabilisation s'accompagne nécessairement d'une augmentation des pouvoirs accordés aux réseaux sociaux sur les contenus qu'ils hébergent. Il faut alors trouver le juste équilibre entre, d'une part, la passivité d'acteurs ayant pourtant les moyens financiers et techniques de contribuer à la lutte contre les contenus illicites et, d'autre part, des réseaux sociaux érigés en juges ou censeurs privés du Net. En effet, cela renvoie aux notions-mêmes de contenus « illicites », « haineux » ou « terroristes » par exemple, qui peuvent être appréhendées plus ou moins restrictivement, au risque de porter atteinte à la liberté d'expression. A ce titre, il convient de rappeler que la liberté d'expression, fondement essentiel de toute société démocratique, « *vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent* ».

l'Etat ou une fraction quelconque de la population »²⁰⁵. En parallèle, il faut également prendre en compte le fait qu'il est plus simple de réparer le préjudice causé par le retrait ou la non-publication d'un contenu, que celui issu de la publication de contenus illicites pouvant devenir viraux : une régulation par la prévention doit donc être préférée à une approche *ex post*.

En tout état de cause, ces pouvoirs accrus doivent s'accompagner d'un encadrement et de garanties. De nouvelles obligations doivent alors être mises à la charge des réseaux sociaux, en particulier en matière de transparence et de reddition de comptes, et être contrôlées par des autorités de régulation spécialisées. Nous pouvons nous demander jusqu'où iront ces obligations, et si elles n'aboutiront pas à faire appliquer les règles de droit, notamment en matière de presse ou de contrefaçon, par le réseau social. Les réseaux sociaux semblent donc être, volontairement ou non, de moins en moins passifs dans la lutte contre les contenus illicites. Ce constat conduit à se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir une qualification et un régime juridique propre aux réseaux sociaux²⁰⁶, ou au moins de les extraire de la qualification d'hébergeur, caractérisé par sa passivité. Les réseaux sociaux bouleversent alors les équilibres construits par le législateur à l'ère du web 1.0, et si « *tout prévoir est impossible* »²⁰⁷, le droit doit savoir s'adapter pour appréhender le plus efficacement possible les évolutions, notamment techniques, de la société.

²⁰⁵ Consid. 49, CEDH, 7 décembre 1976, requête n° 5493/72, *aff. Handyside c. Royaume-Uni*

²⁰⁶ Voir par exemple R. Fassi-Fihri, « Quel droit pour les réseaux sociaux ? », *Lextenso, Revue du droit public*, 2018, p. 685

²⁰⁷ Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, an VIII

Bibliographie

Dictionnaires, encyclopédie

- J.-L. Autin et P. Idoux, *Nouvelles technologies de la communication. Internet. Télématique*, JCI Administratif 2010, n° 113
- J.-L. Autin et E. Breen, « Autorités administratives indépendantes », *JCI Administratif*, Fasc. n° 75, n° 84
- B. Barraud, « Droit du web participatif (blogs, forums, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCI Communication*, Fasc. 600, 1^{er} mars 2018
- A. Bensamoun et J. Groffe, « L'influence du numérique sur le régime de protection », *RDC Création numérique*, octobre 2013 (actualisation 2019), p. 204 à 211S.
- C. Castets-Renard, « Régulation des plateformes en ligne », *JCI Europe Traité*, Fasc. 1245, 18 novembre 2019
- L. Marino, « Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement », *JCI Communication*, Fasc. 670, 30 août 2015, dernière mise à jour 28 février 2020
- S. Zinty, « Droit des plateformes numériques. – Introduction générale », *JCI Commercial*, Fasc. 870, 26 février 2019

Ouvrages

- E. Derieux et A. Granchet, *Réseaux sociaux en ligne : Aspects juridique et déontologiques*, éd. Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2013, 236 p.
- N. Dreyfus, *Marques et internet. Protection, valorisation, défense*, Lamy, coll. Axe droit, 2011, 470 p.
- K. FAVRO, *Communications numériques. Régulation et résolution des litiges*, Lextenso-LGDJ, coll. Systèmes Pratique, 2019, 152 p.

Thèses, mémoires

- A. Tourette. *Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation*. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015. Français. NNT : 2015NICE0040. tel-01424230

Articles, études

- J.-B. Auby, « Autorégulation et droit administratif », *Droit administratif* n° 8-9, août 2008, étude 17
- Etude par B. Auroy et E. Stella, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Droit pénal* n°6, juin 2017, étude 13
- A. Binet-Grosclaude, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Droit pénal* n° 11, novembre 2009, étude 24
- F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française de l'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 23 à 35
- C. Caron, « Liberté d'expression – la malédiction de Khalil Bay », *Communication commerce électronique* n° 3, mars 2016, repère 3
- Commission Nationale consultative des droits de l'homme, « Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet », *Journal Officiel* du 13 juillet 2019, Numéro 161
- E. Derieux, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA* 15 mars 2005, n° 52
- E. Derieux, « Régulation de l'internet », *RLDI*, n° 78, 1^{er} janvier 2012
- E. Derieux, « Limites du contrôle administratif de l'internet. Observations sou Tribunal administratif de Cergy-Pontoise », 4 février 2019, n° 1801344, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 332
- R. Fassi-Firhi, « Quel droit pour les réseaux sociaux ? », *Lextenso, Revue du droit public*, 2018, p. 685
- J.-P. Duprat, « La soumission des régulateurs à la régulation », *Dalloz, AJDA* 2006, p. 1203
- M.-A. Frison-Roche, « Autorité administratives incomprises (AAI) », *La semaine juridique*, édition générale, n° 48, 29 novembre 2010, p. 2206
- M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Dalloz* 2001 n°7, p. 610
- IREDIC, *Proposition de loi AVIA visant à lutter contre les contenus haineux en ligne*, 10 septembre 2019
- IREDIC, « CSA + HADOPI = ARCOM : l'opération mathématique du futur de la régulation », 29 janvier 2020
- F. Jault-Seseke, « Portée territoriale du droit au déréférencement et du droit à l'effacement des contenus illicites – l'exercice d'équilibrisme de la CJUE », *Dalloz IP/IT*, 2020, p.102
- A. de Lagrevol, « Après l'arrêt Facebook et la directive sur le droit d'auteur, où en est le régime de responsabilité des hébergeurs ? », *Village de la justice*, 29 octobre 2019
- J. Le Clainche, « Expression des salariés sur internet : attention aux « faux amis » », *RLDI* 2012/81, n°2714

- G. Loiseau, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *Communication Commerce électronique* n° 7-8, Juillet 2012
- M. Quéméner et A. Jomni, « Le rapport de la mission sur la régulation des réseaux sociaux », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 517
- A. Sée, « La régulation des algorithmes : un nouveau modèle de globalisation ? », *RFDA* 2019, p. 830
- A. Robin, « Les places de marché en ligne – Du millefeuille à la mouvance des qualifications juridiques », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°5, 30 janv. 2020,
- S. Soriano, « Quelle régulation pour les plateformes ? », *Annales des Mines – Réalités industrielles*, 2016, vol. août 2016 (3), p. 47 à 50
- C. Thibierge, « Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ*, Dalloz, 2003, p. 599
- M. Vivant, « Directive Droit d'auteur et droits voisins – Une responsabilité ad hoc pour les sites de partage (Commentaire de l'article 17 de la directive) », *Communication Commerce électronique* n° 10, octobre 2019

Actes de colloque, travaux collectifs, mélanges

- A.-S. Barthez, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », dans Actes du colloque « Le droit souple », organisé par l'association H. Capitant, Dalloz, 2009, p. 67
- S. Chatry, « La perspective d'une régulation participative », in *Internet, espace d'interrégulation*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 157
- M. de Saint Pulgent, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs, in *Internet, espace d'interrégulation* », dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 3
- M. Quéméner, « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », dans *Internet, espace d'interrégulation*, dir. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2016, p. 167
- A. Robin, « La régulation de l'internet ou la tentation de la surveillance », Actes du colloque du Réseau Droit, sciences et techniques, sous la dir. E. Vergès, Paris, mars 2011

Textes législatifs et réglementaires

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication
- Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2004 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur
- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (LCEN)

- Décret n°2006-358 du 24 mars 2006
- Décret n°2011-219 du 25 février 2011
- Décret n° 2015-125, 5 févr. 2015
- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique
- Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2017, relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, art. 21
- Loi Netzwerkdurchsetzungsgesetz votée en juin 2017 et entrée en vigueur le 1er janvier 2018
- Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, COM(2018) 640 final, 2018/0331 (COD)
- Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché.
- Directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE
- Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet du 13 mai 2020, texte adopté n° 419

Documents officiels

- Norme ISA/IEC 2382-28 :1995, Technologies de l'information- Partie 28 : Intelligence artificielle
- Rapport d'information du Sénat n° 296, L. Béteille et R. Yung, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », février 2011
- Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux »
- Rapport du Parlement européen sur les plateformes en ligne et le marché numérique, 2016/2276 (INI), du 31 mai 2017
- Conseil d'Etat, Etude annuelle 2017, « Puissance Publique et plateformes numériques : accompagner l' « ubérisation » »
- Rapport du CSA, « Refonder la régulation audiovisuelle », septembre 2018
- Commission européenne, Fiche d'information, « Le code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne : questions et réponses sur la quatrième évaluation », 4 février 2019
- Commission européenne, *Code of conduct on countering illegal hate speech online : fourth evaluation confirms self-regulation works*, février 2019

- « Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne », Rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook », remis au Secrétaire d’Etat en charge du numérique, 10 Mai 2019
- CJUE, Communiqué de presse n°128/19 du 3 oct. 2019, aff. C-18/18
- Commission européenne, C(2019) 8585 final, du 22 novembre 2019
- Communiqué de presse n°2043, « Bruno Le Maire et Cédric O lancent un groupe de travail dédié à la régulation des plateformes numériques au niveau européen », 24 février 2020

Jurisprudences

- CEDH, 7 décembre 1976, requête n° 5493/72, *aff. Handyside c. Royaume-Uni*
- Cass. Crim., 3 juillet 1980
- Cons. Const., 10-11 oct. 1984, déc. n° 84-181 DC
- Cons. Const., 18 sept. 1986, déc. n° 86-127 DC
- Cons. Const., 23 janv. 1987, déc. n° 86-224 DC
- Cons. Const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC
- Cons. Const., 28 juillet 1989, déc. n° 89-260 DC
- CE, ass., 3 décembre 1999, n° 207434, *Didier* : JurisData n° 1999-051201
- Cons. Constit., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004
- Cons. Constit., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : JurisData n°2009-024431
- Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2010, 06-18.855
- CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Sté Google c/ Sté Louis Vuitton Malletier* : JurisData n° 2010-007448
- TGI Paris, réf., 13 avril 2010, *Facebook*
- TGI Paris, ord. Réf., 20 oct. 2010, n° 10/58701, *Alexandre de B. c. JFG Networks*
- TGI Créteil, 14 déc. 2010, *YouTube*
- Cons. Const., 10 mars 2011, déc. n° 2011-625 DC
- Cons. Constit., 16 sept. 2011, n°2011-164 QPC
- CA Rouen, ch. Soc., 15 nov. 2011, n°11/01827 : JurisData n° 2011-028442
- CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c. Netlog*
- CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 juin 2012, n° 11/09195, *Sté des producteurs de phonogrammes en France c. YouTube, Google* : JurisData n° 2013-018525

- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-15.165, 11-15.188, aff. *Aufemininn.com c. Google France* : JurisData n° 2012-015812
- TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, Twitter : JurisData n° 2013-000596
- TGI Paris réf., 24 janvier 2013, n° 13/50262 : JurisData n° 2013-000596
- Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, n°11-19.530
- TGI Brest ch. Corr., 11 juin 2013, *Josette B. c. Catherine L., SAS-Overblog*
- CA Nîmes, 18 oct. 2013, n°13/00773 : JurisData n° 2012-029707
- TGI Paris, ch. 3, sect. 4, 28 novembre 2013, *Laurence c/ Telfrance Serie, Facebook France*
- CA Paris, 12 février 2016, n°2016-58 : JursData n°2016-002888
- CE, 21 mars 2016, n° 368082, 368083 et 368084, *Sté Fairvesta International GMBH et a.*
- CE, 21 mars 2016 n° 390023, *Sté NC Numéricable*
- CJUE, 24 septembre 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c. CNIL*
- CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*

Sites internet et contenus non juridiques

- <https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-facebook>
- <https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-reseaux-sociaux/>
- mafr.fr
- www.youtube.com/intl/fr/about/policies/#community-guidelines
- www.facebook.com/communitystandards/
- www.ec.europa.eu/commission/news/countering-illegal-hate-speech-online-2019-feb-04_fr
- Franceinfo, « *L'origine du monde* » de Courbet censuré sur Facebook : fin du différend avec un internaute, 1^{er} août 2019
- P. Signoret, « Censure de « *L'Origine du monde* » : une faute de Facebook reconnue, mais pas sur le fond », *Le Monde*, 15 mars 2018
- Tribune de R.-O. Maistre, « Point d'étape : vers un nouveau modèle de régulation des plateformes de contenus », publiée le 4 juillet 2019

Index

A

AAI p. 45, et 47 à 57

Algorithmes p. 18, 22, 26, 34, 37, 39, 40, 42, 43, 46 et 50

Amateurs p. 14

Amis p. 11 à 13

Anonymat p. 14, 15 et 59

Autorégulation p. 8 à 10, 37 à 39 et 41 à 46

ARCEP p. 55 à 58

ARCOM p. 55

ARJEL p. 55 et 57

C

Charte p. 49

Code de conduite p. 38, 46 et 49

Communication au public en ligne p. 12 à 14, 17, 34 et 54

Conditions générales d'utilisation (CGU) p. 38 et 40 à 42

Contrefaçon p. 7, 24, 25, 37 et 60

CSA p. 50, 52 et 54 à 57

D

Deep learning p. 42

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite « commerce électronique » p. 9, 18, 24, 28, 30, 31 et 37

Droit(s) d'auteur p. 23 à 25, 51 et 54

Droits voisins p. 24, 25 et 51

E

Editeur p. 13 à 15, 40 et 46

F

Facebook p. 7, 12 à 14, 17, 21, 30, 31, 34, 37 à 39, 41 et 44

Filtrage p. 18, 19, 26, 28, 29, 37, 39, à 41, 43, 46, et 48 à 50

Fournisseur d'accès à internet p. 55

H

HADOPI p. 51 et 54 à 57

I

Intelligence artificielle p. 42

Internaute p. 7, 9, 11 à 16, 20, 37, 41, 44, 46, 47, 49 et 52

Interrégulation p. 8, 56 et 57

Irresponsabilité p. 9, 11, 16, 19, 21, 23, 24, 28, 39, 40 et 46

L

Liberté d'expression p. 8, 11 à 13, 21, 27, 28, 38 à 44, 48 à 52 et 59

Loi du 29 juillet 1881 p. 12 à 14 et 26

Loi du 21 juin 2004, dite « LCEN » p. 7, 9, 12, 14 à 29, 40 et 50

Loi du 13 mai 2020 visant à lutter contre la haine sur internet, dite « Avia » p. 9, 1-, 26, 27, 33, 34, 46, 50, 52 et 54

N

Neutralité du net p. 18

Notification p. 20, 26, 28, 29, 38 et 39

O

OCLCTIC p. 50

Outils algorithmiques p. 22, 25, 30, 34, 39, 41, 42 et 46

P

Pédopornographie p. 7, 20 et 26

R

Rapport de la mission de régulation des réseaux sociaux p. 6, 9, 32, 34, 37, 42, 43, 50 et 55

S

Sanctions p. 27, 50 et 51

Secret p. 12, 15 et 42

Signalement p. 20, 27, 28, 37 à 39 et 43

Soft law p. 46

Surveillance p. 16, 18, 19, 24, 25, 28 à 30, 34, 37 et 48

T

Transparence p. 39, 42 à 45, 47, 50 et 60

Twitter p. 14, 17 et 38

W

Web participatif (2.0) p. 8 à 10, 12, 17, 21 à 23 et 59

Y

YouTube p. 7, 19, 37 et 38

Table des matières

Remerciements.....	2
Liste des abréviations	3
Sommaire	5
Introduction.....	6
Partie 1 – La responsabilité légale des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : l'évolution vers une responsabilisation accrue	11
Titre 1 – L'irresponsabilité de principe des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés	11
Chapitre 1 – Le principe de responsabilité de l'internaute publiant le contenu illicite	11
Section 1 – La responsabilité de l'internaute corollaire de sa liberté d'expression.....	11
§1 – La liberté d'expression de l'utilisateur susceptible d'abus	11
§2 – L'engagement de la responsabilité de l'utilisateur	13
Section 2 – Le réseau social source d'informations pour identifier l'internaute responsable.....	14
§1 – L'obligation de collecte d'informations par le réseau social	14
§2 – Le droit à l'anonymat confronté aux situations de levée de l'anonymat des utilisateurs.....	15
Chapitre 2 – Le principe d'irresponsabilité légale du réseau social.....	16
Section 1 – Principe d'irresponsabilité issu de la LCEN.....	16
§1 – La qualification de fournisseur d'hébergement applicable aux réseaux sociaux	17
§2 – L'absence d'obligation générale de surveillance de l'hébergeur.....	18
Section 2 – Les cas de responsabilité issus de la LCEN	19
§1 – Une responsabilité soumise à diverses conditions.....	19
§2 – Le fait générateur de responsabilité de l'hébergeur entraînant un risque de sur-modération	21
Titre 2 – La responsabilisation croissante des réseaux sociaux	23
Chapitre 1 – Une évolution sectorielle de la responsabilité des hébergeurs	23
Section 1 – La responsabilisation des réseaux sociaux quant aux contenus contrefaisants hébergés	23
§1 – Le reversement du principe d'irresponsabilité par la directive (UE) 2019/790.....	23

§2 – Une exception conditionnée rétablissant l’irresponsabilité de l’hébergeur.....	24
Section 2 – La responsabilisation des réseaux sociaux quant aux contenus « choquants » hébergés	26
§1 – L’adoption de dispositifs précisant les mesures de retrait <i>ex post</i>	26
§2 – La réflexion quant à l’adoption de mesures de filtrage <i>ex ante</i>	28
Chapitre 2 – Une évolution générale de la responsabilité des réseaux sociaux	29
Section 1 – L’extension jurisprudentielle du modèle du « stay down ».....	29
§1 – La détermination des contenus concernés par le « stay down ».....	29
§2 – La détermination de la portée géographique des retraits effectués en « stay down »	31
Section 2 – Une responsabilisation en prise avec la réalité	32
§1 – L’adaptation aux spécificités propres à chaque hébergeur	32
§2 – L’adaptation aux spécificités des réseaux sociaux par rapport aux autres hébergeurs.....	33
Partie 2 – La régulation des réseaux sociaux quant aux contenus illicites hébergés : le développement d’une modération encadrée	36
Titre 1 – La modération par les réseaux sociaux utile mais insuffisante	36
Chapitre 1 – Le développement d’une modération spontanée aux incidences incertaines	36
Section 1 – Le développement d’outils d’autorégulation des contenus illicites par les réseaux sociaux	36
§1 – Le développement d’outils technologiques d’autorégulation par les réseaux sociaux	37
§2 : L’utilisation d’outils contractuels d’autorégulation par les réseaux sociaux	38
Section 2 – Des incidences incertaines sur la responsabilité des réseaux sociaux	39
§1 – Les conséquences de l’utilisation d’algorithmes par les réseaux sociaux : le risque de glissement d’un rôle passif à un rôle actif	39
§2 – Les conséquences de l’application des conditions générales d’utilisation des réseaux sociaux	40
Chapitre 2 – Une modération privée et spontanée insuffisante	42
Section 1 – Une autorégulation aux outils en manque de transparence	42
§1 – L’opacité des outils d’autorégulation des réseaux sociaux.....	42
§2 – Une transparence nécessaire à la protection des droits fondamentaux.....	43
Section 2 – Une autorégulation à la visée trop autocentrée.....	44

§1 – Le manque de crédibilité de l’auto-régulation.....	44
§2 – La portée restreinte de l’auto-régulation.....	45
Titre 2 : La nécessité d’un encadrement adapté de la modération par les réseaux sociaux	48
Chapitre 1 – L’efficacité des moyens d’action des AAI pour réguler les contenus illicites sur les réseaux sociaux	48
Section 1 – Le principe d’intervention ex ante des AAI	48
§1 – Le développement d’un droit souple applicable aux réseaux sociaux	48
§2 – Le filtrage de contenus illicites contrôlé par l’AAI.....	49
Section 2 – La possibilité d’une intervention ex post des AAI	51
§1 – Les AAI dépositaires d’un pouvoir de sanction critiqué.....	51
§2 – Les AAI dépositaires d’un pouvoir de sanction proportionné et contrôlé	52
Chapitre 2 – L’adaptation de la coopération des AAI encadrant la régulation des contenus illicites sur les réseaux sociaux.....	53
Section 1 – La diversité des AAI intervenant dans la régulation les réseaux sociaux.....	54
§1 – Les réseaux sociaux au croisement de multiples secteurs de régulation	54
§2 – La réflexion autour de la création d’une nouvelle AAI spécialisée	55
Section 2 – La nécessaire coordination de l’action des diverses AAI	56
§1 – Une coordination organisée au niveau national.....	56
§2 – Une coordination à organiser au niveau supranational.....	57
Conclusion	59
Bibliographie	61
Index	67
Table des matières.....	70
Résumé.....	74

Résumé

L'objet de la présente étude est de comprendre de quelle manière s'opère la régulation des réseaux sociaux quant aux contenus qu'ils hébergent, ces opérateurs étant à la frontière entre intermédiaire technique neutre et acteur responsable de la diffusion des contenus illicites. Un équilibre doit donc être trouvé afin de responsabiliser les réseaux, sans pour autant leur conférer un pouvoir de censure portant atteinte à la liberté d'expression de ses utilisateurs. L'élaboration d'un cadre normatif adapté et effectif doit, d'une part, prendre en compte les spécificités des réseaux sociaux par rapport aux autres plateformes en ligne et, d'autre part, mettre en place une coopération de l'ensemble des parties prenantes. En tout état de cause, c'est une régulation transparente et proportionnée qui s'impose.

The purpose of this study is to understand how social networks are regulated regarding the content they host, as their operators are one the borderline between neutral technical intermediaries and actors responsible for the distribution of illegal content. A balance must be found in order to make the networks assume responsibility, without giving them a power of censorship that infringes on the freedom of speech of their users. The development of an appropriate and effective normative framework must, on the one hand, consider the specificities of social networks in relation to other online platforms and, on the other hand, establish cooperation among all stakeholders. In any case, transparent and proportionate regulation is needed.