

---

# Réforme du régime européen de responsabilité des intermédiaires en ligne

---

Contexte de la future  
législation relative aux  
services numériques

---



## ANALYSE APPROFONDIE

---

EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Auteur: Tambiama Madiaga  
Service de recherche pour les députés  
PE 649.404 — mai 2020

La directive sur le commerce électronique, adoptée en 2000, visait à harmoniser les normes minimales de responsabilité des intermédiaires de l'internet dans l'ensemble de l'Union européenne. En vertu du cadre juridique en vigueur dans l'Union, les plateformes numériques ou en ligne ne sont pas légalement responsables de l'hébergement de contenus illicites, mais sont tenues de supprimer ces contenus dès lors qu'ils sont signalés. Toutefois, les technologies et les modèles économiques ont évolué ces vingt dernières années et le cadre de responsabilité de l'Union peine à englober les problèmes de responsabilité soulevés par de nouveaux acteurs tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les places de marché en ligne. Par ailleurs, des mutations sociétales ont changé la nature et le champ de la responsabilité, par exemple l'apparition de nouvelles et diverses pratiques préjudiciables en ligne telles que la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, l'usage croissant de plateformes pour distribuer des produits contrefaits et la diffusion en ligne d'infos et de publicités mensongères. La Commission s'est donc engagée à présenter un nouveau cadre afin de renforcer et d'harmoniser les responsabilités des plateformes en ligne. Une nouvelle législation européenne devrait être adoptée dans le cadre du futur train de mesures sur les services numériques, qui fixera les règles en vertu desquelles des entreprises telles que Google, Facebook et Twitter devront traiter les contenus illicites et potentiellement dommageables. Dans ce contexte, la présente analyse vise à 1) décrire le régime européen en vigueur de responsabilité des intermédiaires en ligne prévu par la directive sur le commerce électronique, 2) mettre en lumière les lacunes relevées dans sa mise en œuvre et 3) présenter les principales propositions de réforme de ce régime de responsabilité ainsi que les principales questions générales débattues à ce jour.

## AUTEUR

Tambiana Madiega, Service de recherche pour les députés, EPRS

Le présent document a été rédigé par les membres du service de recherche au sein de la direction générale des services de recherche parlementaire du Secrétariat général du Parlement européen.

Pour contacter les auteurs, veuillez envoyer un courrier électronique à l'adresse: [EPRS@ep.europa.eu](mailto:EPRS@ep.europa.eu).

## VERSIONS LINGUISTIQUES

Original: EN

Traductions: DE, FR

Manuscrit complété en avril 2020.

## CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ ET DROITS D'AUTEUR

Ce document a été préparé à l'attention des Membres et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source et information préalable avec envoi d'une copie au Parlement européen.

Bruxelles © Union européenne, 2020.

Crédits photo: © Maksim Kabakou / Adobe Stock.

PE 649.404

ISBN: 978-92-846-6557-0

DOI:10.2861/03042

QA-04-20-239-FR-N

[eprs@ep.europa.eu](mailto:eprs@ep.europa.eu)

<http://www.eprs.ep.parl.union.eu> (intranet)

<http://www.europarl.europa.eu/thinktank> (internet)

<http://epthinktank.eu> (blog)

## Résumé

La directive sur le commerce électronique, adoptée en 2000, visait à harmoniser les normes minimales de responsabilité des intermédiaires de l'internet (en ligne) dans l'ensemble de l'Union européenne (UE). Elle a mis en place un principe de protection selon lequel les intermédiaires en ligne qui hébergent ou transmettent des contenus fournis par un tiers sont exemptés de responsabilité, à moins d'avoir connaissance de l'illégalité des contenus et de s'abstenir d'agir adéquatement pour y remédier. Ces intermédiaires sont soumis à un devoir de diligence et à des obligations de notification et de retrait en vertu desquels ils sont tenus de supprimer les contenus illicites en ligne. Par ailleurs, le régime de responsabilité de l'Union dispose que les intermédiaires en ligne ne peuvent être soumis à une obligation générale de surveiller les contenus en ligne de leurs utilisateurs — l'objectif étant de protéger les droits fondamentaux des utilisateurs, tels que le droit à la vie privée et la liberté d'expression — tandis que l'autorégulation a été largement encouragée en ce qui concerne la suppression des informations illicites ou de l'accès à celles-ci.

Toutefois, de nombreuses études ont montré que la manière dont la directive sur le commerce électronique a été appliquée dans l'Union varie grandement selon les pays et que la jurisprudence nationale relative à la responsabilité en ligne demeure très fragmentée aujourd'hui, alors même que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ne fournit pas d'orientations suffisantes. Plusieurs lacunes ont été constatées à cet égard. Premièrement, il reste difficile de savoir dans quelle mesure les nouveaux types de services en ligne, tels que ceux proposés par les entreprises de médias sociaux apparues depuis l'adoption de la directive sur le commerce électronique, relèvent de la définition d'un «service de la société de l'information», dont le prestataire peut bénéficier de l'exemption de responsabilité. Deuxièmement, les critères régissant cette protection et les obligations de «notification et retrait» sont peu claires, principalement parce que les notions sous-jacentes utilisées pour justifier l'exemption de responsabilité, par exemple la distinction opérée entre un rôle «passif» et un rôle «actif», ou encore la signification du concept d'«activités illégales», ne sont pas précisément définies. Il existe également des différences considérables tant au niveau de la définition que du fonctionnement de la notification et du retrait dans l'ensemble de l'Union. Troisièmement, il devient difficile de distinguer le contrôle «général» des contenus, illégal, du contrôle «spécifique» des contenus, acceptable, alors même que des systèmes de filtrage automatique sont utilisés de plus en plus fréquemment pour détecter les contenus illicites.

Dans ce contexte, la Commission européenne devrait présenter une proposition de révision du régime de responsabilité dans le cadre de la législation relative aux services numériques qui sera bientôt adoptée. Les propositions formulées par les spécialistes vont de la clarification du régime actuel d'exemption de la responsabilité à la création d'un régime de responsabilité secondaire pour les intermédiaires en ligne. Les décideurs politiques devront trancher un grand nombre de questions. Tout d'abord, l'élargissement de la portée de la législation européenne de sorte qu'elle englobe les contenus tant «illicites» que «dommageables» a été proposée, et la question d'inclure ou non la «désinformation en ligne» et les «publicités en ligne» dans le champ du régime de responsabilité révisé a été soulevée. Ensuite, la mise en place d'un cadre de responsabilité robuste suppose la définition claire de concepts précis et le contrôle de la compatibilité avec les droits fondamentaux protégés dans l'Union, notamment la liberté d'expression et le respect de la vie privée. À cette fin, universitaires et parties prenantes demandent une révision en profondeur du cadre européen, afin de préciser si les prestataires de nouveaux services numériques, comme les réseaux sociaux, les services de publicité en ligne, les plateformes de l'économie collaborative et les places de marché en ligne, peuvent ou non bénéficier du régime de protection. Cela implique

impérativement d'éclaircir la différence entre les intermédiaires en ligne «actifs» et «passifs», de modifier et d'harmoniser davantage les systèmes de «notification et retrait», de préciser les conditions du recours à des mesures de «filtrage automatique» et d'ajuster les garanties procédurales. Par ailleurs, il est question d'inclure dans la législation de l'Union une clause du «bon Samaritain» afin d'encourager les intermédiaires en ligne à contrôler plus strictement les contenus qu'ils hébergent, d'enrichir le régime de responsabilité d'un ensemble de nouvelles obligations et de garantir la transparence et la neutralité des algorithmes. Enfin, il conviendra d'envisager la définition des rôles et des pouvoirs conférés aux régulateurs des plateformes numériques dans l'Union.

## Table des matières

<b>1. Régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique: contexte</b>	<b>1</b>
1.1. Régime de responsabilité: objectif et portée de la directive	1
1.2. Régimes de protection et approche transversale	2
1.3. Devoir de diligence et obligation de notification et de retrait	2
<b>2. Lacunes dans la mise en œuvre et appels en faveur d'une réforme de la directive sur le commerce électronique</b>	<b>5</b>
2.1. Les «services de la société de l'information» ne sont pas précisément définis.	5
2.2. Les conditions de protection et les obligations de notification et de retrait ne sont pas claires	7
2.3. Le flou subsiste quant au devoir de diligence et à l'interdiction de la surveillance générale	8
<b>3. Révision du régime de responsabilité de l'Union européenne pour les intermédiaires en ligne</b>	<b>9</b>
3.1. Contexte de la future législation sur les services numériques	9
3.2. Propositions de réforme: cadre théorique	10
3.3. Propositions de réforme: Questions générales	12
3.3.1. Portée du régime de responsabilité	12
3.3.2. Préciser les conditions du régime de protection	16
3.3.3. Réexamen des régimes de notification et de retrait	18
3.3.4. Mesures de filtrage automatisées et surveillance générale	18
3.3.5. Introduction d'une clause de «bon samaritain»	21
3.3.6. Rôles et pouvoirs des autorités réglementaires	22
<b>4. Perspectives</b>	<b>23</b>
<b>5. Références</b>	<b>24</b>



## 1. Régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique: contexte

Les principes fondamentaux du régime européen de responsabilité des intermédiaires en ligne sont énoncés dans la directive sur le commerce électronique<sup>1</sup> adoptée en 2000. L'objectif général de la directive était de soutenir l'essor du commerce électronique dans l'Union. À cette fin, l'Union a mis en place un cadre juridique commun afin de garantir la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres ainsi que la sécurité juridique et la confiance des consommateurs dans le commerce en ligne. La directive visait ainsi à rapprocher les législations nationales dans divers domaines, notamment au regard de l'installation de prestataires de services dans l'Union, des règles applicables aux communications commerciales, des contrats électroniques et de la responsabilité des intermédiaires en ligne<sup>2</sup>.

### 1.1. Régime de responsabilité: objectif et portée de la directive

Les dispositions de la directive sur le commerce électronique relatives à la responsabilité ont été adoptées dans le but de remédier aux divergences observées dans la jurisprudence et les législations nationales, porteuses d'insécurité juridique pour les prestataires de services en ligne dans l'Union et d'obstacles au marché intérieur<sup>3</sup>. L'objectif de la directive est de définir un ensemble de règles détaillées en vertu desquelles les prestataires de «services de la société de l'information» — couramment désignés sous le nom d'«intermédiaires en ligne» — qui hébergent ou transmettent des contenus illicites fournis par un tiers sont exemptés de responsabilité lorsque certaines conditions sont remplies. En tant que telle, la directive ne prévoit pas de régime général de responsabilité pour les «intermédiaires en ligne», mais fixe en revanche des règles particulières en vertu desquelles la responsabilité de ces intermédiaires n'est pas engagée au titre du droit européen (régimes de protection).

Les règles de responsabilité énoncées dans la directive sur le commerce électronique s'appliquent à tous les «services de la société de l'information» définis comme des services fournis «normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services<sup>4</sup>». La notion de «services de la société de l'information» englobe une vaste gamme d'activités économiques en ligne, notamment la vente de biens en ligne ainsi que la fourniture d'informations ou de communications commerciales en ligne, d'outils de recherche en ligne, de l'accès à un réseau et à des services électroniques, de vidéos à la demande et de communications commerciales par courriel<sup>5</sup>. Par conséquent, un large éventail d'acteurs en ligne allant des fournisseurs de communications électroniques classiques (par exemple, les fournisseurs d'accès à l'internet) aux nouveaux intermédiaires en ligne (par exemple, les moteurs de recherche, les

---

<sup>1</sup> Voir [directive 2000/31/CE](#).

<sup>2</sup> Seules les dispositions directement liées au régime de responsabilité (à savoir les articles 11 à 15) seront traitées ici. Les autres questions, notamment le maintien ou non du principe du pays d'origine, ne font pas partie des thèmes couverts par la présente analyse.

<sup>3</sup> Voir Commission européenne, [EU study on the legal analysis of a single market for the information society: New rules for a new age?](#), 2014.

<sup>4</sup> Voir article 2, point a), de la directive 2000/31/CE (voir ci-dessus). Voir également article 1, paragraphe 1, point b), de la directive 2015/1535 (qui remplace la directive 98/34/CE).

<sup>5</sup> Voir considérant 18 de la directive 2000/31/CE (voir ci-dessus). La télévision, la radiodiffusion, les vidéos à la demande et la fourniture de communications commerciales par courriel ne constituent pas des services de la société de l'information.

entreprises de médias sociaux, les fournisseurs de logiciels, de jeux et de services de stockage en ligne) relèvent potentiellement de la directive sur le commerce électronique.

## 1.2. Régimes de protection et approche transversale

La directive sur le commerce électronique introduit un principe de protection en vertu duquel trois types d'intermédiaires en ligne qui hébergent ou transmettent des contenus fournis par un tiers sont exemptés de responsabilité, à certaines conditions.

- Les **prestataires de services de «simple transport»** (article 12) sont exemptés de responsabilité lorsque le prestataire de services ne joue qu'un rôle passif dans la transmission des données (par exemple, en assurant l'interface entre l'internet fourni par les fournisseurs d'accès à l'internet classique et les opérateurs de réseaux);
- les **prestataires de services de «caching»** (article 13) bénéficient de la même dérogation lorsqu'ils stockent des données de manière automatique et temporaire dans le seul but de rendre plus efficace la transmission (serveur proxy, par exemple) et sous réserve que plusieurs conditions techniques soient remplies (par exemple, la copie locale doit être identique à l'original), et
- les **prestataires de services d'hébergement** (article 14) sont exemptés de responsabilité s'ils stockent des données à la demande d'utilisateurs (hébergement en ligne, par exemple) et ignorent héberger des activités ou informations illicites, et s'ils agissent promptement, lorsqu'ils prennent connaissance du caractère illicite de ces informations, pour les retirer ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

La directive sur le commerce électronique suit une approche transversale de la responsabilité des «prestataires de services de la société de l'information». Cela signifie que, lorsque les conditions sont réunies, la législation européenne exempte les intermédiaires en ligne de tout un ensemble de responsabilités dont la responsabilité contractuelle, la responsabilité administrative, la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, la responsabilité pénale, la responsabilité civile, ou tout autre forme de responsabilité, pour tous les types d'activités émanant de tiers, y compris les violations des droits d'auteur et la contrefaçon de marques, la diffamation, la publicité mensongère, les pratiques commerciales déloyales, la concurrence déloyale, la publication de contenus illicites, etc.<sup>6</sup>. Un équilibre entre les différents intérêts en jeu (citoyens, créateurs, détenteurs de droits) est ainsi recherché dans la conception des règles de responsabilité<sup>7</sup>. En conséquence, les règles de responsabilité ont pour objectif de simultanément empêcher la manipulation illicite de données sur l'internet et garantir le **respect des droits fondamentaux de l'Union** (liberté d'expression, protection des données à caractère personnel, droits de propriété, liberté d'entreprendre).

## 1.3. Devoir de diligence et obligation de notification et de retrait

En vertu du régime de protection, les intermédiaires en ligne sont exemptés de responsabilité, à moins d'avoir connaissance du caractère illicite des contenus et de s'abstenir d'agir adéquatement pour y remédier. La Cour de justice de l'Union européenne a opéré une distinction conceptuelle<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Voir Commission européenne, [EU study on the legal analysis of a single market for the information society: New rules for a new age?](#), 2014.

<sup>7</sup> Voir considérant 41.

<sup>8</sup> Pour un aperçu, voir Institute for Information Law, étude réalisée pour la Commission, [Hosting intermediary services and illegal content online](#), 2018.



entre le rôle «**passif**» ou «**actif**» des intermédiaires en ligne sur la base du considérant 42 de la directive sur le commerce électronique, reproduit ci-après:

*Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission; cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées.*

D'après la jurisprudence de la CJUE dans les affaires *Google France*<sup>9</sup> et *L'Oréal*<sup>10</sup>, le degré acceptable de passivité dépend du rôle des intermédiaires.

Les intermédiaires tels que les prestataires de services de «simple transport» (article 12) ou de «caching» (article 13) ont principalement un rôle passif et une connaissance limitée ou nulle du contenu utilisateur qu'ils hébergent. Les prestataires de services de «simple transport» ne sont pas responsables des contenus qu'ils transmettent, dès lors qu'ils ne sont pas à l'origine de la transmission, ne sélectionnent pas le destinataire de la transmission et ne sélectionnent et ne modifient pas les informations faisant l'objet de la transmission. Les prestataires de services de «caching» ne sont pas non plus responsables au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information réalisé dans le seul but de rendre plus efficace sa transmission.

En revanche, les prestataires de services d'hébergement (article 14) jouent un rôle plus actif et contrôlent davantage le contenu qu'ils hébergent. Ils sont donc soumis à un devoir de diligence et à des obligations de notification et de retrait plus stricts. Tout d'abord, les hébergeurs ne sont pas tenus responsables lorsqu'ils n'ont pas «effectivement connaissance» de l'activité ou de l'information illicites et n'ont pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente. Le concept d'«activités illicites» n'est cependant pas défini avec précision dans la directive sur le commerce électronique. Ensuite, les hébergeurs sont tenus d'«[agir] promptement pour retirer» les informations illicites (suppression) ou «rendre l'accès à celles-ci impossible» (blocage) dès le moment où ils prennent connaissance de telles informations ou activités. Ils peuvent bénéficier d'une exemption de responsabilité si et seulement si ces deux conditions sont remplies. Par ailleurs, la directive n'empêche pas les États membres d'exiger des prestataires de services d'hébergement de données qu'ils accomplissent, en vertu de la législation nationale, leur devoir de vigilance afin de détecter et de prévenir toute activité illicite. Les intermédiaires peuvent faire l'objet d'injonctions (décisions de justice) lorsqu'il est établi qu'ils ont enfreint certaines dispositions législatives<sup>11</sup> (par exemple, le droit d'auteur).

Les États membres **ne peuvent pas imposer d'obligation générale de surveillance** lorsqu'ils exercent leur devoir de diligence (article 15). En revanche, aux fins de la mise en œuvre du devoir de diligence et des obligations de notification et de retrait, la directive sur le commerce électronique demande aux États membres d'encourager la conclusion d'accords volontaires relatifs à la suppression des informations illicites ou de l'accès à celles-ci (considérant 40). Différents instruments juridiques ont été mis en place à cet effet. Plusieurs États membres (par exemple, les Pays-Bas et le Royaume-Uni) ont ainsi adopté des **codes de conduite volontaires** à l'intention des

---

<sup>9</sup> Voir affaires jointes *Google France SARL et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL c. Viaticum SA et Luteciel SARL* (C-237/08) et *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL et al.* (C-238/08).

<sup>10</sup> Voir affaire C-324/09 *L'Oréal SA et al. c. eBay International AG et al.*

<sup>11</sup> Voir OpenForumEurope, [Intermediaries' liabilities through the backdoor](#), 2016, p. 6 et 7.

fournisseurs d'accès à l'internet. Au niveau de l'Union, la Commission européenne a conclu un protocole d'accord sur la vente de contrefaçons sur l'internet<sup>12</sup> avec les grandes plateformes en ligne et les détenteurs de droits afin de combattre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. L'accord volontaire vise à empêcher l'apparition d'offres de contrefaçons sur des places de marché en ligne. Par ailleurs, ces dernières années, la Commission a adopté plusieurs instruments non contraignants destinés à inciter les prestataires de services d'hébergement à procéder à une surveillance volontaire, notamment un code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne<sup>13</sup>, la communication de 2017 sur la lutte contre le contenu illicite en ligne<sup>14</sup> et la recommandation de 2018 sur les mesures destinées à lutter de manière efficace contre les contenus illicites en ligne<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Voir le [protocole d'accord sur la vente de contrefaçons sur l'internet](#), Commission européenne, 2016.

<sup>13</sup> Voir le [code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne](#), Commission européenne, 2016.

<sup>14</sup> Voir [COM\(2017\) 555](#).

<sup>15</sup> Voir [COM\(2018\) 1177](#).

## 2. Lacunes dans la mise en œuvre et appels en faveur d'une réforme de la directive sur le commerce électronique

Selon diverses études et consultations publiques<sup>16</sup>, la directive sur le commerce électronique a été mise en œuvre de manière très variable dans l'ensemble de l'Union et la jurisprudence nationale sur les régimes de responsabilité reste très fragmentée. Les universitaires mettent également en avant la **persistance d'une insécurité juridique** dans l'application des normes nationales existantes et des décisions de justice, qui peuvent être contradictoires entre États membres et même à l'intérieur d'une même juridiction<sup>17</sup>. Plusieurs lacunes dans la mise en œuvre ont été relevées à cet égard.

### 2.1. Les «services de la société de l'information» ne sont pas précisément définis.

L'une des principales questions est de savoir dans quelle mesure les nouveaux types de services en ligne apparus depuis l'adoption de la directive relèvent de la définition d'un «service de la société de l'information», condition sine qua non pour bénéficier de l'exemption de responsabilité. La jurisprudence, tant au niveau national qu'au niveau européen, montre que **des divergences persistent entre États membres** à de nombreux égards<sup>18</sup>.

Si la directive sur le commerce électronique prévoit que l'exemption de responsabilité s'applique aux services «fournis normalement contre rémunération», il est difficile de savoir si elle s'applique aux «activités sponsorisées par des publicités», aux «modèles entièrement gratuits» (par exemple, Wikipédia) et aux modèles dits «freemium» (c'est-à-dire qui proposent des fonctions gratuites à tous les utilisateurs et d'autres fonctions réservées à ceux qui paient)<sup>19</sup>. En France, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée en faveur de la Wikimedia Foundation<sup>20</sup>, en défendant le statut de cette dernière en tant que fournisseur d'hébergement. Toutefois, la CJUE a estimé que les éditeurs d'informations en ligne pouvaient être tenus responsables des commentaires diffamatoires et des contenus illicites publiés sur leur site web, que le contenu soit libre ou payé par les utilisateurs, lorsque la plateforme reçoit des revenus générés par la publicité<sup>21</sup>.

La législation et la jurisprudence nationales sur les régimes de responsabilité applicables aux hyperliens et aux moteurs de recherche sont également fortement fragmentées. Un tribunal britannique a considéré la création d'hyperliens comme une activité de simple transport (relevant de l'article 12), tandis qu'une juridiction allemande a estimé qu'il s'agissait d'une forme

---

<sup>16</sup> Voir Commission européenne, [E-commerce Directive](#), 2020.

<sup>17</sup> Voir C. Angelopoulos, Beyond the safe harbours: harmonising substantive intermediary liability for copyright infringement in Europe, *Intellectual Property Quarterly*, 2013, 3, 253-274. Voir également I. Garrote Fernandez-Diez, [Comparative analysis on national approaches to the liability of internet intermediaries for infringement of copyright and related rights](#), 2014.

<sup>18</sup> Pour une vue d'ensemble, voir S. Stalla-Bourdillon, [Internet Intermediaries as Responsible Actors? Why It Is Time to Rethink the E-Commerce Directive as Well](#), 2017.

<sup>19</sup> Par exemple, pour obtenir davantage de capacités de stockage.

<sup>20</sup> Voir M. Paulson et J. Rogers, [Victory in France: Court rules in favor of the Wikimedia Foundation](#), Wikimedia Foundation, 2016.

<sup>21</sup> Voir [arrêt Papasavvas \(C-291/13\)](#).

d'hébergement (relevant de l'article 14)<sup>22</sup>. L'Espagne et le Portugal ont légiféré pour étendre l'exemption de responsabilité aux hyperliens et aux activités des moteurs de recherche<sup>23</sup>. La question reste ouverte de savoir si les exemptions de responsabilité pour le commerce électronique s'appliquent aux participants à la chaîne de blocs<sup>24</sup>. Par ailleurs, des critiques se sont fait entendre quant à l'assimilation, dans certains cas, de prestataires fournissant des services d'informatique en nuage (par exemple, Google Drive, Apple iCloud, Dropbox) à des fournisseurs d'hébergement<sup>25</sup>.

En outre, plusieurs études universitaires ont mis en évidence les incertitudes qui entourent l'application de la directive sur le commerce électronique aux entreprises de médias sociaux et aux plateformes collaboratives<sup>26</sup>. La CJUE a récemment statué de différentes manières sur la question de savoir si les services fournis par Airbnb et Google devaient être qualifiés de «services de la société de l'information». Dans l'arrêt Uber<sup>27</sup> en 2017, la CJUE a décidé qu'Uber ne devait pas être classé parmi les «services de la société de l'information» soumis aux règles de responsabilité de la directive sur le commerce électronique, mais plutôt comme un «service dans le domaine des transports». Toutefois, dans l'arrêt Airbnb Ireland<sup>28</sup>, la Cour a jugé que les services fournis par Airbnb Ireland (consistant à mettre en relation, par l'intermédiaire d'une plateforme en ligne, des locataires potentiels avec des loueurs proposant des prestations d'hébergement) relèvent de la définition d'un «service de la société de l'information». Selon le raisonnement suivi par la Cour, la qualification de «service de la société de l'information» dépend du degré de contrôle que la plateforme a sur le service fourni. Plus le degré de contrôle est faible, plus la probabilité d'être qualifiée de service de la société de l'information est élevée. Toutefois, certains experts soulignent que le régime d'harmonisation en matière de commerce électronique est incomplet, car la question de la responsabilité des activités intermédiaires de l'économie collaborative n'est pas tranchée et reste soumise à la législation nationale pertinente<sup>29</sup>. En outre, la jurisprudence de la CJUE étant complexe et spécifique, il existe un risque que les juridictions nationales l'interprètent de manière divergente, ce qui pourrait entraîner une **fragmentation juridique** dans l'ensemble de l'Union<sup>30</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir Commission européenne, [Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce \(2000/31/EC\)](#), 2010.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Voir J. Schroers, [Can blockchain participants use the e-Commerce Directive's liability exemptions?](#), KU Leuven CiTiP, 2019.

<sup>25</sup> Voir R. Weber, D. Staiger, [Cloud Computing: A cluster of complex liability issues](#), European Journal of Current Legal Issues, 2014.

<sup>26</sup> Voir [Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future](#), département thématique des politiques économiques et scientifiques, direction générale des politiques internes, Parlement européen, 2017. Voir aussi l'étude publiée par la commission britannique sur les normes en matière de vie publique, [Intimidation in Public](#), 2017; L. Andrews, [We need European regulation of Facebook and Google](#), London School of Economics blog, 2018; L. Woods, [When is Facebook liable for illegal content under the E-commerce Directive? CG v Facebook in the Northern Ireland courts](#), EU Law Analysis blog, 2017.

<sup>27</sup> Voir [affaire C-434/15](#).

<sup>28</sup> Voir [affaire C-390/18](#).

<sup>29</sup> Voir l'étude réalisée par l'Institut du droit de l'information (IViR) pour la Commission, [Hosting intermediary services and illegal content online](#), 2018, at p. 30-31. Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence, voir A. Hoffmann et A. Gasparotti, [Liability for illegal content online: Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a "Digital Services Act"](#), étude CEP, mars 2020.

<sup>30</sup> Voir A. Hoffmann et A. Gasparotti, ci-dessus.

## 2.2. Les conditions de protection et les obligations de notification et de retrait ne sont pas claires.

En vertu de la directive sur le commerce électronique, la société d'hébergement doit agir «promptement» pour supprimer ou désactiver l'accès aux contenus illicites lorsqu'elle prend «effectivement connaissance» des «contenus ou activités illicites». Toutefois, plusieurs lacunes ont été décelées.

Tout d'abord, les notions qui sous-tendent le régime de protection ne sont pas suffisamment claires. Il n'existe pas de définitions des «activités illicites» ni de la notion de «connaissance effective». Selon les modalités de mise en œuvre retenues par les États membres, les intermédiaires en ligne bénéficient des dérogations en matière de responsabilité pour des motifs différents (par exemple, si la connaissance de contenus illicites résulte d'une ordonnance judiciaire ou d'une notification, ou s'il s'agit d'une connaissance générale). En outre, les notions de rôle «passif» ou «actif» développées par la CJUE et le raisonnement de la Cour en ce qui concerne les exigences de «contrôle» et de «connaissance» manquent de clarté<sup>31</sup>.

Deuxièmement, il existe des différences considérables tant au niveau de la définition que du fonctionnement de la notification et du retrait dans l'ensemble de l'Union. En ce qui concerne la définition des mécanismes de notification et de retrait, les États membres ont mis en place différents systèmes, de «notification et retrait» (c'est-à-dire que le contenu illicite doit être supprimé), de «notification et retrait définitif» (les contenus illicites doivent être supprimés et ne peuvent pas réapparaître), ou de «double notification» (c'est-à-dire un système dans lequel le fournisseur d'hébergement est uniquement supposé transmettre la notification de l'infraction au contrevenant présumé). Certains États membres n'ont mis en place aucun mécanisme de notification et de retrait. Cette hétérogénéité des modèles dans l'Union conduit à une grande insécurité juridique pour les intermédiaires de l'internet<sup>32</sup>.

En ce qui concerne la mise en œuvre des mécanismes de notification et de retrait, certains États membres exigent une procédure formelle et une notification officielle par les autorités judiciaires, tandis que d'autres estiment qu'une notification du titulaire du droit suffit pour considérer que le fournisseur de services a «connaissance» du contenu illicite. En outre, il n'y a pas de convergence de vues sur ce qu'il faut entendre par «agir promptement» pour retirer l'information illicite ou pour en rendre l'accès impossible. En conséquence, le délai d'intervention varie considérablement: le code de conduite de l'Union visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne exige une action de la plateforme dans un délai inférieur à 24 heures après la notification, tandis que le code de conduite néerlandais sur la notification et le retrait fixe le délai à 5 jours ouvrables à compter de la notification, à condition que le contenu ne soit pas manifestement illégal ou punissable<sup>33</sup>.

En outre, la **directive sur le commerce électronique n'harmonise pas les garanties procédurales** et seuls quelques États membres ont mis en place des procédures de contre-signalment permettant aux clients de contester une demande de retrait d'éléments prétendument illégaux<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Voir S. Stalla-Bourdillon, [Internet Intermediaries as Responsible Actors? Why It Is Time to Rethink the E-Commerce Directive as Well](#), 2017.

<sup>32</sup> Voir I. Garrote Fernandez-Diez, ci-dessus.

<sup>33</sup> Voir l'étude de l'Institut du droit de l'information (IVIR) pour la Commission européenne (ci-dessus).

<sup>34</sup> Voir Commission européenne, [EU study on the legal analysis of a single market for the information society: New rules for a new age?](#), 2014.

## 2.3. Le flou subsiste quant au devoir de diligence et à l'interdiction de la surveillance générale.

L'article 15 de la directive sur le commerce électronique interdit aux États membres d'imposer aux intermédiaires en ligne une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent. Toutefois, cette interdiction ne vise que la surveillance à caractère général et ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique. En effet, conformément à la législation nationale, les tribunaux nationaux peuvent prononcer des injonctions aux intermédiaires en ligne afin de prévenir certaines infractions particulières (par exemple, pour permettre aux demandeurs de faire valoir leurs droits d'auteur)<sup>35</sup>. Cela nécessite un certain degré de surveillance. Toutefois, la directive ne précisant pas ce qu'englobe le devoir de diligence prévu dans la législation nationale afin de détecter et d'empêcher les activités illicites, la frontière entre les obligations de diligence et la surveillance générale n'est pas claire et il est difficile de distinguer la surveillance «générale» de la surveillance «spécifique»<sup>36</sup>.

Le manque de sécurité juridique en ce qui concerne la surveillance des contenus en ligne est renforcé par le fait que les grandes plateformes en ligne sont souvent équipées de **systèmes de filtrage automatisés**. Ces mesures s'appuient sur le considérant 40 de la directive sur le commerce électronique, qui dispose que les règles en matière de responsabilité n'empêchent pas le développement et le fonctionnement des systèmes techniques de protection et d'identification et des instruments de surveillance technique rendus possibles par les technologies numériques. Toutefois, la question a été soulevée de savoir si les mesures actives prises par les intermédiaires en ligne pour détecter et supprimer les contenus illicites peuvent aboutir à une surveillance générale, illégale au regard de la directive sur le commerce électronique (voir encadré 1 ci-dessous).

### Encadré 1 — Jurisprudence de la CJUE relative à la surveillance générale

Dans les arrêts *Scarlet contre SABAM* (2011)<sup>37</sup> et *SABAM contre Netlog* (2012)<sup>38</sup>, la CJUE a dit pour droit qu'il est illégal, en vertu de l'article 15, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique, d'exiger d'un prestataire de services internet (tel que Scarlet, qui transmet des informations par des réseaux de communication) ou d'un réseau social en ligne (tel que Netlog, qui stocke sur ses serveurs des informations fournies par les utilisateurs), qu'il procède à une surveillance générale et installe des systèmes de filtrage visant à éviter les violations du droit d'auteur. Toutefois, les arrêts ne s'opposent pas à ce que les juges nationaux imposent des obligations de filtrage plus strictes. Dans l'affaire *UPC Telekabel Wien* (2014)<sup>39</sup>, la CJUE a jugé que, sur la base d'une injonction de justice, un fournisseur de services internet pouvait bloquer l'accès de ses clients à un site internet mettant en ligne des contenus en infraction avec la législation sur le droit d'auteur.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Voir A. Kuczerawy, [To Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive](#), KU Leuven CiTiP, 2019.

<sup>37</sup> Voir [affaire C-70/10](#).

<sup>38</sup> Voir [affaire C-360/10](#).

<sup>39</sup> Voir [affaire C-314/12](#).

La jurisprudence de la CJUE exige qu'un équilibre soit trouvé entre les mesures préventives imposées aux intermédiaires techniques et les droits fondamentaux applicables qui en seraient affectés<sup>40</sup>. Les juridictions nationales doivent donc soigneusement tenir compte des droits fondamentaux et de la proportionnalité avant de procéder à toute surveillance, filtrage ou blocage. Il y a lieu d'assurer la liberté d'entreprise et le droit des utilisateurs à la vie privée et à la liberté d'information. Toutefois, la jurisprudence de la CJUE n'est pas claire sur la question de savoir où placer l'équilibre entre les droits des utilisateurs de l'internet, des fournisseurs de services internet et des titulaires de droits<sup>41</sup>.

Dans la récente affaire ***Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland*** (2019)<sup>42</sup>, la Cour de justice a été invitée à préciser la portée des obligations qui pourraient être imposées à un hébergeur en vertu de la directive sur le commerce électronique. La Cour a dit pour droit qu'un opérateur de plateformes de réseaux sociaux, tel que Facebook, pourrait être condamné à trouver et à supprimer des commentaires identiques à un commentaire illégal et diffamatoire, ainsi que des commentaires équivalents émanant du même utilisateur. Selon certains experts, cette décision ouvre la voie à l'imposition aux plateformes d'obligations de surveillance proactive des contenus<sup>43</sup>. En outre, il a été souligné qu'une telle approche serait difficile à mettre en œuvre dans la pratique sans entraîner également une obligation générale de surveillance à effectuer par l'intermédiaire en ligne<sup>44</sup>.

### 3. Révision du régime de responsabilité de l'Union européenne pour les intermédiaires en ligne

#### 3.1. Contexte de la future législation sur les services numériques

La Commission européenne a procédé à diverses évaluations de la directive sur le commerce électronique depuis 2010, en vue d'examiner la nécessité de sa modification. Dans un premier temps, la Commission européenne a axé ses efforts sur l'élaboration d'un **cadre harmonisé** pour les procédures de notification et d'action de l'Union<sup>45</sup>. Ensuite, dans sa communication de 2012 intitulée «Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne»<sup>46</sup>, la Commission a reconnu que, malgré les garanties offertes par la directive sur le commerce électronique, les prestataires intermédiaires de services internet sont confrontés à une incertitude juridique en raison de la fragmentation des règles applicables au sein de l'Union européenne. La Commission a toutefois plaidé en faveur du maintien

<sup>40</sup> Voir P. Laurent et autres, [SABAM v. Netlog \(CJEU C 360/10\) ... as expected!](#), Kluwer Copyright Blog, 2012.

<sup>41</sup> Voir C. Angelopoulos, [CJEU in UPC Telekabel Wien: A totally legal court order ... to do the impossible](#), Kluwer Copyright Blog, 2014.

<sup>42</sup> Voir [affaire C-18/18](#).

<sup>43</sup> Voir E. Chelioudakis, [The Glawischnig-Piesczek v Facebook case: Knock, knock. Who's there? Automated filters online](#), KU Leuven CiTiP, 2019.

<sup>44</sup> Voir E. Rosati, [Material, personal and geographic scope of online intermediaries' removal obligations beyond Glawischnig-Piesczek \(C-18/18\) and defamation](#), *European Intellectual Property Review*, 2019, 41(11), 672-682. Voir également la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a rendu son arrêt dans l'affaire [MTE et Index.hu](#) concernant la responsabilité des intermédiaires en ligne quant aux commentaires d'utilisateurs considérés comme des discours haineux, en 2016.

<sup>45</sup> Voir A. Kuczerawy, [Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative](#), *Computer Law & Security Review*, 2015.

<sup>46</sup> Voir [COM\(2011\) 942 final](#).

du régime de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique, tout en **encourageant les efforts d'autorégulation** des plateformes<sup>47</sup>.

Le **Parlement européen** a plaidé en faveur d'une clarification de la responsabilité des intermédiaires en ligne, étant donné les lacunes dans le contrôle de l'application de la législation, et a appelé de ses vœux de nouvelles orientations pour permettre aux plateformes en ligne de mieux respecter leurs responsabilités<sup>48</sup>. Toutefois, au lieu de lancer une révision de la directive sur le commerce électronique, la Commission a fait le choix d'adopter des instruments ciblés pour lutter contre des formes spécifiques de contenu illicite en ligne. En conséquence, ces dernières années, une législation sectorielle a été adoptée afin d'accroître les obligations des intermédiaires en ligne en ce qui concerne **la lutte contre les abus sexuels en ligne**<sup>49</sup>, les **violations du droit d'auteur** dans le contexte des contenus créés par les utilisateurs chargés sur de grandes plateformes<sup>50</sup> et la lutte contre les **discours de haine et la violence** dans le contenu mis à disposition par les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos<sup>51</sup>, tandis qu'un nouveau règlement sur la prévention de la diffusion de **contenus à caractère terroriste en ligne** est toujours en cours de discussion<sup>52</sup>.

Sous la conduite de sa nouvelle présidente, M<sup>me</sup> von der Leyen, la Commission s'est finalement engagée à mettre à jour les règles de l'Union en matière de responsabilité et de sécurité pour les plateformes, les services et les produits numériques, au moyen d'une nouvelle législation sur les services numériques<sup>53</sup>. Dans le nouveau programme de travail de la Commission, il a été annoncé qu'une proposition de législation sur les services numériques et des règles plus claires sur la transparence, le comportement et la responsabilité des intermédiaires en ligne qui agissent en tant que gardiens des flux d'information et de transmission de données seraient publiées au quatrième trimestre 2020 ou au début de 2021<sup>54</sup>.

## 3.2. Propositions de réforme: cadre théorique

Dans sa version actuelle, la directive sur le commerce électronique n'harmonise pas les conditions de responsabilité des intermédiaires, mais uniquement les conditions d'exonération de responsabilité applicables aux intermédiaires en ligne. Compte tenu des lacunes recensées au point 2 ci-dessus, des universitaires et des experts ont discuté de manière approfondie des réformes envisageables du régime de responsabilité. Les propositions vont de la clarification du régime actuel d'exonération de responsabilité à la création d'une responsabilité secondaire pour les intermédiaires en ligne. Les différents scénarios exigent différents types d'intervention, allant du

---

<sup>47</sup> La Commission européenne a adopté une [recommandation sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne](#) [C 2018) 1177 final] et a soutenu l'élaboration du [code européen de bonnes pratiques contre la désinformation](#) le 1<sup>er</sup> mars 2018.

<sup>48</sup> Voir [résolution](#) du Parlement européen du 15 juin 2017 sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique [2016/2276(INI)].

<sup>49</sup> Voir [directive 2011/93/UE](#) relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants.

<sup>50</sup> Voir [directive \(UE\) 2019/790](#) sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

<sup>51</sup> Voir [directive \(UE\) 2018/1808](#) sur la directive des services de médias audiovisuels.

<sup>52</sup> Voir [COM\(2018\) 640 final](#). Le texte a été adopté par le Parlement et [attend](#) désormais sa première lecture par le Conseil.

<sup>53</sup> Voir Ursula von der Leyen, [Une Union plus ambitieuse — Mon programme pour l'Europe](#), 2019. Voir aussi [la lettre de mission](#) à Margrethe Vestager et [la lettre de mission](#) à Thierry Breton, Commission européenne, 2019.

<sup>54</sup> Voir [annexe 1 du programme de travail de la Commission européenne](#), 2020.



renforcement de l'autorégulation à la corégulation et d'une harmonisation limitée à une harmonisation plus complète du droit matériel. Voici certaines des plus récentes propositions:

- Helberg et d'autres<sup>55</sup> ont proposé de mettre en place un cadre de **responsabilité coopérative pour les plateformes en ligne**. Pour ce faire, il faudrait définir les valeurs publiques essentielles qui entrent en jeu dans certaines activités économiques et sociétales particulières et élaborer, d'un commun accord, au moyen d'un processus associant de multiples parties prenantes, des réglementations, des codes de conduite, des conditions d'utilisation et des technologies (par exemple, «dès la conception»).
- Smet et Angelopoulos<sup>56</sup> suggèrent de passer de l'approche horizontale traditionnelle du régime européen de protection à une **approche plus verticale** des responsabilités en ligne, en vertu de laquelle les actions à prendre seraient différentes en fonction des infractions commises, par exemple double notification pour le droit d'auteur, notification/attente/retrait pour la diffamation, et notification/retrait et notification/suspension pour les discours de haine.
- Satore<sup>57</sup> soutient qu'il est nécessaire d'introduire des **règles européennes sur la responsabilité secondaire** (c'est-à-dire la responsabilité pour les activités illicites des utilisateurs), couvrant tous les types d'activités illicites permises par les intermédiaires. Selon ses conclusions, l'exonération de responsabilité secondaire devrait couvrir tous les intermédiaires principaux, y compris les moteurs de recherche et les plateformes collaboratives, ainsi que les intermédiaires «actifs», pour autant que leur engagement dans les activités de leurs utilisateurs relève de leur service d'intermédiation. En outre, la portée de l'obligation de diligence devrait être précisée pour les différents types d'activités des utilisateurs (par exemple, communications expressives entre utilisateurs, envoi de publicités, échanges économiques, distribution de logiciels malveillants, etc.).
- Au contraire, une étude réalisée pour le Parlement européen<sup>58</sup> suggère qu'il n'est pas urgent de réformer la directive sur le commerce électronique car ses dispositions sont suffisamment flexibles pour s'adapter à de nouveaux modèles d'activité, ce qui les met généralement à l'épreuve du temps. Selon l'étude préparée pour le Parlement, la jurisprudence de la CJE répondra aux questions légales qui restent en suspens; elle propose plutôt une **approche sectorielle** pour l'établissement des règles de responsabilité applicables aux intermédiaires en ligne.

---

<sup>55</sup> Voir N. Helberg, J. Pierson, et T. Poell, [Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility](#), *The Information Society*, 34(1), 2018, p. 1-14.

<sup>56</sup> Voir C. Angelopoulos et S. Smet, [Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability](#), *Journal of Media Law*, 2016. Pour se rapprocher encore d'une harmonisation complète, Angelopoulos a également proposé l'adoption d'un code civil européen ou d'un code européen de la responsabilité délictuelle, qui remplaceraient les droits nationaux des contrats et de la responsabilité civile et fourniraient une base juridique harmonisée pour aborder la question de la responsabilité des intermédiaires de l'internet. Néanmoins, cette option, qui nécessite une harmonisation complète du droit matériel, semble peu probable, étant donné qu'elle soulèverait également des questions sensibles en matière de subsidiarité et de proportionnalité (voir C. J. Angelopoulos, [European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis](#), Institute for Information Law, 2016).

<sup>57</sup> Voir [Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future](#), département thématique des politiques économiques et scientifiques, direction générale des politiques internes, Parlement européen, 2017, p. 29.

<sup>58</sup> Voir l'étude [Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content — Regulatory Action Needed?](#), Département thématique des politiques économiques et scientifiques, Direction générale des Politiques internes, Parlement européen, 2018.

- De Streel, Buiten et Peitz<sup>59</sup> privilégient, comme meilleure des solutions, la mise au point d'un **régime de responsabilité pour négligence**, fondé sur une analyse économique des règles de responsabilité. Conformément à ce système, le devoir de diligence des fournisseurs de services d'hébergement pourrait être déterminé sur la base d'un ensemble de critères généraux (par exemple: instruments disponibles pour éviter les dommages, coûts sociaux des mesures de précaution, type et ampleur du dommage, avantages sociaux que les activités des plateformes d'hébergement en ligne apportent à la société, etc.) et différencié en fonction du type de matériel illégal. Cependant, vu les difficultés politiques et juridiques que soulève l'harmonisation des règles de responsabilité nationales, ils recommandent plutôt une approche qui clarifie les conditions de responsabilité des fournisseurs d'hébergement au niveau de l'UE. Globalement, les règles de l'UE devraient encourager les intermédiaires et les utilisateurs à détecter l'illégalité, tout en réduisant au maximum les risques et les coûts des erreurs et en préservant un équilibre entre les différents droits de l'homme en jeu.

### 3.3. Propositions de réforme: Questions générales

Indépendamment de l'approche retenue, les décideurs européens devront se pencher sur un éventail de questions, dont certaines sont répertoriées ci-dessous<sup>60</sup>:

#### 3.3.1. Portée du régime de responsabilité

L'une des questions fondamentales auxquelles les décideurs doivent s'attaquer est celle de la définition de la portée d'un régime de responsabilité révisé. Plusieurs aspects devraient être examinés; en particulier, l'opportunité de se pencher à la fois sur le contenu «illicite» et «dommageable», la désinformation et les informations erronées («fake news») et les publicités en ligne dans le cadre du régime de responsabilité révisé pour les intermédiaires en ligne<sup>61</sup>.

##### i. Contenu illicite et potentiellement dommageable

Le régime de responsabilité actuel ne s'intéresse qu'au «contenu illicite» mais, comme on le souligne plus haut, la directive sur le commerce électronique ne donne pas de définition précise de ce concept. On pourrait faire valoir que le «contenu illicite» englobe une vaste gamme de catégories de contenus qui ne sont pas conformes à la législation européenne et nationale, et qui comprennent les violations en ligne des droits d'auteur, des marques commerciales et des secrets d'affaires; la contrefaçon et la distribution parallèle non autorisée via l'internet; les violations de la protection des consommateurs et de la vie privée, les violations de la loi sur la calomnie et la diffamation; les violations de la protection des données; les discours de haine et l'incitation à la violence (ex: contenu à caractère terroriste); et la pédopornographie ainsi que la divulgation d'images privées à caractère sexuel sans consentement («revenge porn»)<sup>62</sup>.

Par contraste, le contenu potentiellement «dommageable» se réfère au contenu qui, souvent, ne tombe pas sous le coup de l'interdiction d'une loi au sens strict, mais pourrait quand même avoir

---

<sup>59</sup> Voir A. de Streel, M. Buiten, M. Peitz, [Liability of Online Hosting Platforms — should exceptionalism end?](#), CERRE, 2018.

<sup>60</sup> En outre, l'interaction des régimes de responsabilité avec d'autres règles européennes — comme les règles de protection des consommateurs, de protection des données et de concurrence — devra être prise en compte.

<sup>61</sup> D'autres questions devront être abordées. Pour une analyse approfondie, voir A. Hoffmann et A. Gasparotti, ci-dessus. Ils appellent en particulier à une évaluation de la nécessité d'étendre le champ d'application des règles de responsabilité aux prestataires de services établis dans un pays tiers.

<sup>62</sup> Voir l'étude de l'Institut de droit de l'information pour la Commission européenne (ci-dessus).

des effets dommageables. Une vaste gamme de contenus est susceptible de relever de cette catégorie, notamment le harcèlement découlant des médias sociaux et services de messagerie, comme l'intimidation, la publication d'informations relevant de la liberté d'expression mais pouvant avoir un impact dommageable et le contenu fait de désinformation ou d'informations erronées («fake news»), qui peut compromettre la capacité des citoyens à prendre des décisions en connaissance de cause<sup>63</sup>.

Le contenu dommageable (qui n'est pas illicite) ne relève pas, jusqu'à présent, du régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique. Cependant, l'UE a récemment adopté une série de mesures d'autoréglementation pour mieux contrôler le comportement des plateformes en ligne, en particulier le phénomène de désinformation induit par l'utilisation des médias sociaux (voir ci-dessous). En outre, l'UE a tenté de s'attaquer à des contenus dommageables spécifiques au moyen d'une législation ciblée, par exemple avec la proposition de règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, actuellement débattue par les législateurs de l'UE, qui donne forme à un devoir de diligence obligatoire pour toutes les plateformes, afin d'éviter leur détournement à des fins de diffusion en ligne de contenu à caractère terroriste<sup>64</sup>.

Dans le contexte de la réforme de la directive sur le commerce électronique, certains universitaires soulignent que l'approche stratégique actuellement suivie dans l'Union européenne devrait se concentrer, non plus sur la responsabilité de remédier qui incombe à l'intermédiaire, mais sur sa responsabilité de prévenir, et promouvoir un régime de responsabilité des intermédiaires en ligne portant à la fois sur le contenu «illicite» et «dommageable»<sup>65</sup>. De la même manière, certains législateurs nationaux envisagent de faire la distinction entre les mesures attendues des fournisseurs en ligne pour réagir à un contenu et à une activité illicite, d'une part, et les mesures qu'ils sont censés prendre pour lutter contre une conduite potentiellement dommageable qui n'est pas nécessairement illicite, comme le harcèlement en ligne ou l'intimidation dans la vie publique, d'autre part<sup>66</sup>. De grandes plateformes en ligne préconisent également une telle approche; elles ont demandé l'adoption d'un double cadre de l'UE, qui établirait une distinction claire entre les principes de responsabilité de prévenir, d'une part, et de remédier, d'autre part<sup>67</sup>.

Un point délicat, cependant, est que cette approche suppose de **distinguer un «contenu illicite» en ligne d'un contenu qui est «dommageable»** mais pas illicite, alors que le concept de «dommageable» est subjectif, dépend beaucoup du contexte et peut varier considérablement d'un État membre à l'autre<sup>68</sup>. En outre, les défenseurs des droits fondamentaux affirment que l'introduction de règles applicables au contenu dommageable en ligne dans la législation européenne aurait de graves conséquences pour la liberté d'expression, la liberté de rechercher des informations et d'autres droits fondamentaux et, dès lors, ils cherchent à circonscrire strictement le champ d'application de la législation sur les services numériques en le limitant au contenu illicite<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Voir A. Hoffmann et A. Gasparotti ci-dessus. Voir la taxonomie proposée par L. Woods et W. Perrin, [Online harm reduction — a statutory duty of care and regulator](#), Carnegie Trust UK, 2019.

<sup>64</sup> Le [texte](#) a été adopté par le Parlement et attend désormais sa première lecture par le Conseil.

<sup>65</sup> Voir L. Woods et W. Perrin, ci-dessus. De la même manière, voir également J. Bayer, [Between Anarchy and Censorship: Public discourse and the duties of social media](#), mai 2019.

<sup>66</sup> Voir [UK Online Harms White Paper — Initial consultation response](#), février 2020.

<sup>67</sup> Voir EdiMA, [Responsibility Online](#), 2020.

<sup>68</sup> Voir EDRI, [More responsibility to online platforms — but at what cost?](#), 19 juillet 2019.

<sup>69</sup> Ibid. Selon les termes de l'EDRI: «Alors que la définition de ce qui est illicite est arrêtée dans le cadre du processus démocratique de nos sociétés, on ne voit pas très bien quel contenu devrait être considéré comme «dommageable», et qui devrait le décider. En outre, le terme «dommageable» n'a pas de définition juridique, il est vague et sa

Pour mettre en place un cadre solide et garantir la sécurité juridique, il faudra définir des concepts précis, respectueux des principes de l'UE en matière de droits fondamentaux.

## ii. Désinformation et «fake news»

Jusqu'à présent, l'UE a soutenu une approche d'auto-réglementation pour lutter contre le phénomène de la désinformation et la diffusion de «fake news» en ligne. La Commission européenne a favorisé l'élaboration du **code européen de bonnes pratiques contre la désinformation**, qui a été signé volontairement par de grandes plateformes telles que Facebook, Google, Microsoft, Mozilla ou Twitter, lesquelles se sont soumises à une auto-réglementation transparente<sup>70</sup>. Cependant, malgré leurs efforts, la capacité des plateformes en ligne à endiguer la diffusion d'informations trompeuses, par exemple dans le contexte de la pandémie de coronavirus, a été mise en cause. Dès lors, des voix appellent à la réévaluation de l'actuel cadre d'auto-réglementation<sup>71</sup>.

En outre, au niveau national, plusieurs États membres ont déjà conçu une **législation nationale** spécifique pour renforcer les règles de conformité applicables aux prestataires de réseaux sociaux<sup>72</sup>. En Allemagne<sup>73</sup>, la loi de 2017 relative à l'amélioration de l'application de la loi sur les réseaux sociaux impose que des réseaux sociaux tels que Facebook ou Twitter luttent contre les contenus illicites, y compris les crimes de haine ou les faux messages postés sur des plateformes de réseau social, et bloquent l'accès à des contenus «manifestement illicites», ainsi qu'à des contenus qui ne sont «pas manifestement illégaux». En France<sup>74</sup>, une loi sur les «fausses informations»<sup>75</sup> a été adoptée en 2017 et un projet de loi à l'examen porte sur le blocage de l'accès au contenu dans un délai de 24 heures après réception d'une plainte concernant un contenu signalé comme «manifestement illégal». Cette évolution crée un risque de morcellement juridique, alors que les plateformes en ligne fournissent des services, de facto, sur une échelle européenne.

Dans ce contexte, certains experts préconisent la modification du régime de responsabilité actuel de l'UE. Une proposition consiste à définir une catégorie distincte de prestataires de services, dans la directive sur le commerce électronique, qui ne devraient pas être responsables des contenus de tiers et ne devraient pas être tenus de surveiller de tels contenus — étant donné qu'ils ne peuvent décider de la nature licite ou illicite des contenus — mais devraient être tenus de gérer leurs plateformes dans le plein respect d'un ensemble d'obligations spécifiques (par exemple, maintenir des services idéologiquement neutres, créer des algorithmes qui favorisent et promeuvent la diversité du contenu, assurer la transparence de leurs algorithmes et proposer des options aux utilisateurs lors du choix de leurs paramètres de contenu, notamment la diversité et la possibilité

---

signification varie souvent en fonction du contexte, de l'époque et des personnes concernées. Ce terme ne devrait donc pas être à la base de restrictions légales de la liberté d'expression au titre du droit européen en matière de droits de l'Homme».

<sup>70</sup> Voir le [Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation](#), Commission européenne, juin 2019.

<sup>71</sup> Voir E. Shattock, [Is it time for Europe to reassess internet intermediary liability in light of coronavirus misinformation?](#), European Law Blog, avril 2020. Le réseau social Instagram a modifié sa politique afin de donner à ses utilisateurs des informations crédibles sur la pandémie de coronavirus et a redoublé d'efforts pour supprimer la désinformation potentiellement dommageable. Cependant, de nombreuses histoires fausses et trompeuses ont proliféré sur les plateformes numériques.

<sup>72</sup> Pour une vue d'ensemble, voir A. Hoffmann et A. Gasparotti ci-dessus.

<sup>73</sup> Voir Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [Netzwerkdurchsetzungsgesetz](#), avril 2020.

<sup>74</sup> Voir Assemblée Nationale, [Proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet](#), janvier 2020.

<sup>75</sup> Voir [Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information](#).

d'identifier et de désactiver les faux comptes)<sup>76</sup>. De même, les fournisseurs de plateforme pourraient obtenir l'immunité pour les contenus de la même manière que les fournisseurs d'hébergement et être responsables des activités qu'ils accomplissent effectivement, comme la facilitation, la diffusion ou le profilage<sup>77</sup>. Compte tenu de l'évolution de l'écosystème audiovisuel et médiatique, certains acteurs préconisent vivement la promulgation de nouvelles règles de responsabilité en ligne proposées dans le cadre de la prochaine législation sur les services numériques, afin de lutter correctement contre le phénomène de désinformation en ligne<sup>78</sup>.

Cependant, le scepticisme règne quant à l'efficacité et l'opportunité d'imposer une modération du contenu au moyen d'une législation contraignante pour lutter contre la désinformation. Il a été souligné que l'adoption d'une telle législation européenne pour protéger la liberté d'expression peut être prématurée et potentiellement préjudiciable au regard des droits fondamentaux<sup>79</sup>. Certains craignent qu'une réglementation fondée sur la contrainte ne permette pas d'atteindre des résultats significatifs dans le domaine des «fausses informations» et que l'imposition de solutions rigides puisse équivaloir à une **censure**<sup>80</sup>.

### iii. Publicité en ligne

Dans ce contexte, la question de savoir si **la diffusion de publicités fausses ou trompeuses en ligne** devrait relever du champ d'application du régime de responsabilité révisé a également été soulevée. Il convient d'étudier la possibilité de tenir les plateformes responsables des utilisations abusives des mécanismes d'approbation sociale et de leur imposer le retrait du contenu en infraction<sup>81</sup>. D'autres mesures intrusives, consistant par exemple à imposer aux fournisseurs de plateforme d'identifier les annonceurs tout en permettant aux utilisateurs d'accéder à cette information et de tenir un registre consultable des publicités politiques et engagées qui ciblent des personnes vivant au sein de l'Union européenne ont été proposées<sup>82</sup>. Dans ce contexte, certains décideurs ont appelé à une révision de la législation européenne de manière à charger les plateformes de surveiller activement les publicités présentes sur leurs sites et à établir un ensemble de règles différent pour les publicités relatives à des produits et services commerciaux et pour les publicités de nature politique<sup>83</sup>. En outre, on pourrait se pencher sur la nécessité d'exiger des

---

<sup>76</sup> Voir [Disinformation and propaganda — impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States](#), Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, Direction générale des Politiques internes de l'Union, Parlement européen, 2019.

<sup>77</sup> Voir J. Bayer, [Between Anarchy and Censorship Public discourse and the duties of social media](#), CEPS, mai 2019.

<sup>78</sup> Voir, par exemple, le [communiqué de presse](#) de l'[Association des télévisions commerciales européennes](#) du 16 avril 2020.

<sup>79</sup> Voir STOA, [Regulating disinformation with artificial intelligence](#), Service de recherche du Parlement européen, 2019.

<sup>80</sup> Voir [The legal framework to address "fake news": possible policy actions at the EU level](#), département thématique «Politiques économiques, scientifiques et de la qualité de vie», Direction générale des Politiques internes, Parlement européen, 2018.

<sup>81</sup> Voir Commission européenne, [Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media](#), 2018.

<sup>82</sup> Voir [Disinformation and propaganda — impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States](#), ci-dessus.

<sup>83</sup> Voir le [projet d'avis de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs](#) à l'intention de la commission des affaires juridiques contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques: adaptation des règles de droit commercial et civil pour les entités commerciales opérant en ligne [2020/2019(INL)], commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, 2020.

plateformes en ligne qu'elles mettent en place des garanties efficaces et appropriées pour lutter contre l'apparition de publicités pour des produits dangereux<sup>84</sup>.

#### iv. Différencier les règles de responsabilité applicables aux petits et aux grands intermédiaires

À l'heure actuelle, les règles de responsabilité s'appliquent à tous les services de la société de l'information, quel que soit leur statut ou leur pouvoir sur le marché. La possibilité de définir un ensemble d'obligations supplémentaires imposées aux grands intermédiaires, vu leur statut d'acteur majeur ou significatif sur le marché, a été reconnue<sup>85</sup>. La directive sur le droit d'auteur donne un exemple d'une telle différenciation des obligations, dans le sens où elle impose des obligations strictes aux prestataires de services en ligne dont l'objet principal est de stocker et de donner au public l'accès à une «quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur». Cependant, cette approche a été critiquée au motif que la notion de «quantité importante» crée une incertitude considérable, dès lors qu'il revient aux tribunaux de définir sa portée<sup>86</sup>. En outre, toute évolution défavorable du régime de responsabilité — par exemple, des obligations légales accrues à la charge des intermédiaires en ligne — pourrait avoir un effet handicapant sur l'innovation et l'activité des intermédiaires en ligne<sup>87</sup>. Les facteurs guidant la différenciation des obligations pour les petits et les grands intermédiaires devraient donc s'appuyer sur des concepts juridiques précis et leurs retombées économiques devraient être correctement évaluées.

### 3.3.2. Préciser les conditions du régime de protection

Les experts et les parties intéressées demandent une révision de la directive sur le commerce électronique, essentiellement pour préciser plusieurs notions juridiques sur lesquelles s'appuie le régime de protection et, en particulier, la définition de «prestataires de services de la société de l'information» et la différence entre rôle «actif» et rôle «passif». En outre, il convient d'évaluer la possibilité d'imposer la transparence et la neutralité des algorithmes comme condition d'octroi de l'immunité aux intermédiaires en ligne vis-à-vis de leur responsabilité de remédier / de prévenir.

#### i. Définition des prestataires de services de la société de l'information

Comme le régime de responsabilité s'applique potentiellement à une gamme de services bien plus vaste qu'à l'époque de son adoption en 2000, il conviendrait de modifier la définition de «prestataires de services de la société de l'information» pour l'appliquer à de nouvelles catégories de prestataires dont la responsabilité pourrait être invoquée<sup>88</sup>. Une définition révisée pourrait indiquer si les **prestataires de nouveaux services numériques** (comme les infrastructures en

<sup>84</sup> Voir le projet de rapport sur la sécurité des produits dans le marché unique [2019/2190(INI)], commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Parlement européen, avril 2020

<sup>85</sup> Voir A. Hoffmann et A. Gasparotti ci-dessus. Voir également le récent [projet d'avis](#) de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen sur la législation relative aux services numériques et les questions liées aux droits fondamentaux [2020/2022(INI)]. Le texte souligne que «les PME n'ont pas les mêmes capacités que les grands acteurs du marché pour ce qui est de la modération des contenus; met en garde contre le fait de surcharger les entreprises de nouvelles obligations disproportionnées, ce qui pourrait entraver la croissance des PME et nécessiter de recourir à des outils de filtrage automatique, pouvant souvent entraîner le retrait de contenus légaux».

<sup>86</sup> Voir T. Spoerri, [On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market](#), *JIPITEC — Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2019.

<sup>87</sup> Voir Copenhagen Economics, [Online Intermediaries: Impact on the EU economy](#), EDiMA, 2015.

<sup>88</sup> Voir C. Del Federico, [Intermediary liability. The "Achilles' heel" of the current legislation: the courts. A comparative analysis with the US. focusing on copyright infringement](#), 2015.

nuage, les réseaux de distribution de contenus, les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les plateformes de partage de médias, les services de publicité en ligne, les services numériques fondés sur des contrats électroniques et les registres distribués tels que chaînes de blocs), ou les **plateformes de l'économie collaborative** (comme AirBnB et Uber) et les **marchés en ligne** (utilisés pour fournir des produits légaux mais également des produits illégaux et contrefaits) sont susceptibles ou pas de bénéficier d'un régime de protection.

## ii. Différence entre rôle «actif» et rôle «passif»

On pourrait préciser la différence entre rôle «actif» et rôle «passif» pour une série de nouvelles activités comprenant la distribution et le traitement des données de tiers, la mise en réseau (c'est-à-dire le fait d'interconnecter des utilisateurs), la collaboration (c'est-à-dire le fait de permettre à des utilisateurs multiples d'accéder à des données stockées et de les éditer), la mise en relation (c'est-à-dire le fait de relier l'offre et la demande), l'indexation (c'est-à-dire la constitution d'un index consultable) et les services de classement (c'est-à-dire des mécanismes de classement) dans le cadre du régime de responsabilité de l'UE<sup>89</sup>. Certains experts soulignent que la différenciation du rôle actif/passif est sujette à caution et compliquée pour les services de l'économie collaborative (comme AirBnB, Uber). Ils proposent plutôt d'utiliser des concepts plus appropriés, en s'appuyant sur des notions telles que les «fonctions éditoriales», la «connaissance effective» et «un certain degré de contrôle», dont disposent ou non les prestataires, et qui seraient plus précisément circonscrits dans la législation et la jurisprudence européenne<sup>90</sup>.

De même, le passage du contrôle actuel, purement ex-post (c'est-à-dire l'imposition d'injonctions uniquement lorsque la détection d'un comportement illicite a été établie) à un contrôle ex-ante plus strict (c'est-à-dire, contrôle ex-ante du contenu en ligne) pour mieux contrôler les plateformes numériques, ces dernières faisant de plus en plus fonction de «**gardiens numériques**», pourrait être envisagé<sup>91</sup>. Le choix entre contrôle ex-ante et ex-post sera particulièrement pertinent pour encadrer le débat sur la transparence et la neutralité des algorithmes.

## iii. Transparence et neutralité des algorithmes

La possibilité d'imposer un nouvel ensemble d'obligations comme condition à l'octroi de l'immunité aux intermédiaires en ligne vis-à-vis de leur responsabilité de remédier / de prévenir dans le domaine de la désinformation et/ou des publicités en ligne a été débattue (voir ci-dessus). Si le législateur européen devait choisir cette voie, la question de la garantie de la transparence et de la neutralité des algorithmes deviendra centrale.

Il a été proposé, entre autres, d'obliger les plateformes à veiller à ce que leurs algorithmes ne favorisent pas systématiquement une opinion politique, idéologique ou religieuse, ni ne donnent la préférence à leurs propres contenus ou à ceux d'une entreprise affiliée. En outre, sur le modèle des exigences de transparence des algorithmes imposées par le récent règlement sur les relations entre les plateformes en ligne et les entreprises<sup>92</sup>, les utilisateurs en ligne pourraient se voir proposer un

---

<sup>89</sup> Voir l'étude de l'Institut de droit de l'information pour la Commission européenne (ci-dessus).

<sup>90</sup> Voir A. Hoffmann et A. Gasparotti, ci-dessus.

<sup>91</sup> Pour un aperçu de ce courant de pensée, voir P. Alexiadis and A. de Stree, [Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms](#), EUI Working Papers, RSCAS 2020/14. Voir également E. Laidlaw, [Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities](#), London School of Economics, 2012. Pour quelques premières propositions dans ce domaine, voir Parlement européen, [Rapport de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs concernant une législation sur les services numériques](#), [2020/2018(INL)], avril 2020.

<sup>92</sup> Voir le [règlement \(UE\) 2019/1150](#) promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne

plus grand contrôle, avec par exemple la possibilité de donner la priorité aux contenus que des organes de presse indépendants jugent fiables<sup>93</sup>.

### 3.3.3. Réexamen des régimes de notification et de retrait

Plusieurs propositions ont été faites pour modifier l'avis et démanteler les régimes de notification et de retrait mis en œuvre dans l'Union aujourd'hui. Différents régimes de notification et de retrait pourraient être établis en fonction du type de responsabilité en jeu, c'est-à-dire de violation du droit pénal (par ex. abus sexuels sur les enfants) et du droit civil (par ex. droit d'auteur)<sup>94</sup>. Une autre proposition consiste à passer de l'approche horizontale du régime de la sphère de sécurité de l'Union à une approche plus verticale avec un système calibré de notification et d'action, visant à trouver des compromis viables entre des droits fondamentaux contradictoires en cas de responsabilité des intermédiaires. Des «actions» distinctes, adaptées à la diversité des actes répréhensibles, par ex. la notification et la publication d'un droit d'auteur, la notification, l'attente et le retrait pour diffamation et la notification et le retrait ainsi que la notification et la suspension pour incitation à la haine<sup>95</sup>.

Toutefois, une **approche purement autoréglatrice a fait l'objet de nombreuses critiques**. Les codes de conduite volontaires élaborés par les intermédiaires en ligne, soit ex-post (suppression de contenu, procédures de résiliation de compte ou de divulgation de données à caractère personnel), soit ex-ante (filtrage de contenu), suscitent de sérieuses objections en matière de droits de l'homme et souffrent d'un «déficit démocratique» dans la mesure où la participation des consommateurs et des citoyens est limitée<sup>96</sup>. L'adoption d'un régime de notification et de retrait plus détaillé, fondé sur le modèle du Digital Millennium Copyright Act (DMCA) aux États-Unis, qui décrit en détail l'effet juridique du déclenchement du régime de notification et de retrait et prévoit des règles de procédure, pourrait être une approche plus appropriée<sup>97</sup>. En outre, il a été souligné que la mise en place d'une procédure européenne de notification et de retrait détaillée et harmonisée apporterait davantage de sécurité juridique<sup>98</sup>.

### 3.3.4. Mesures de filtrage automatisées et surveillance générale

La plupart des universitaires et des commentateurs considèrent l'interdiction d'une obligation générale de surveillance imposée par la directive sur le commerce électronique comme un des éléments essentiels du régime de responsabilité en ligne de l'Union qui doit être maintenu<sup>99</sup>. Toutefois, si la réflexion stratégique actuelle dans l'Union porte non plus tant sur la mise en œuvre mais sur la promotion de la responsabilité des intermédiaires, le principe d'interdiction de la

---

<sup>93</sup> Voir J. Bayer et autres ci-dessus.

<sup>94</sup> Voir la [réponse](#) de l'EDRI à la consultation sur «L'internet propre et ouvert», 2015.

<sup>95</sup> Voir C. Angelopoulos et S. Smet, ci-dessus.

<sup>96</sup> Voir Hugenholtz, B., «[Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace](#)», *Copyright Enforcement and the Internet* (éd. Stamatoudi), Kluwer Law International, 2010.

<sup>97</sup> Voir *ibid.*

<sup>98</sup> Voir le rapport «OpenForumEurope», [Engagements intermédiaires à travers la porte dérobée](#), 2016. Voir également Del Federico, ci-dessus. Voir également le [projet de rapport](#) de la commission des affaires juridiques du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur la législation sur les services numériques, 2020/2019(INL). Le projet de rapport propose de mettre en place une procédure standard harmonisée pour la modération des contenus à suivre dans l'ensemble de l'Union.

<sup>99</sup> Voir A. de Streel, M. Buiten, M. Peitz, ci-dessus.



surveillance générale est de facto remis en cause<sup>100</sup> par l'e recours aux technologies de filtrage automatisées<sup>101</sup>.

Les **outils de reconnaissance de contenu** tels que le gestionnaire des droits (de Facebook) et l'identifiant de contenu (de YouTube) jouent d'ores et déjà un rôle de premier plan dans la protection des droits d'auteur (voir encadré 2)<sup>102</sup>. Ces mesures automatisées ont été inscrites ou proposées dans plusieurs actes législatifs. L'article 17 de la directive sur le droit d'auteur de 2019 accorde une grande importance à l'adoption de tels systèmes de filtrage automatique, et ces filtres automatiques à grande échelle deviendront vraisemblablement la nouvelle norme du secteur<sup>103</sup>. La proposition de règlement relatif aux contenus à caractère terroriste précise également que les fournisseurs de services d'hébergement doivent, le cas échéant, prendre, des mesures proactives pour protéger leurs services contre la diffusion de contenus à caractère terroriste, notamment en déployant des outils de détection automatisés<sup>104</sup>.

Dans ce contexte, la question de savoir s'il convient d'obliger les intermédiaires en ligne à avoir recours aux technologies de filtrage automatisées pour établir l'existence de contenus illégaux ou préjudiciables sera probablement au cœur des discussions sur la révision de la directive sur le commerce électronique.

---

<sup>100</sup> Voir Kuzerawy, A., «[To Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of article](#)», KU Leuven CiTiP, 2019.

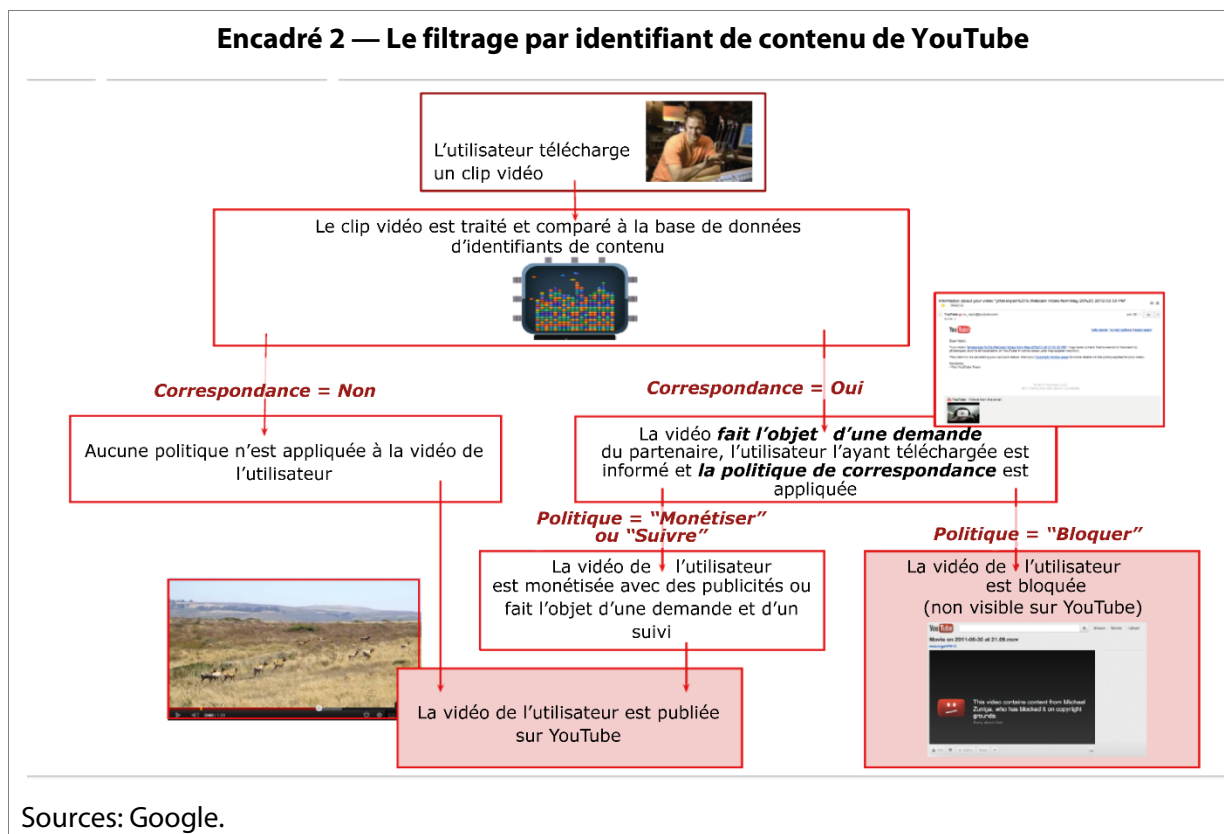
<sup>101</sup> Les filtres d'accès à l'internet sont des logiciels de contrôle de contenu qui limitent ou contrôlent le contenu auquel un internaute peut avoir accès, et qui déterminent quel contenu est susceptible d'être disponible ou, à l'inverse, bloqué. Les filtres ont pour fonction de reconnaître certains contenus, puis de les supprimer automatiquement si nécessaire.

<sup>102</sup> Voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, «[Report by the research mission on recognition tools for copyright-protected content on digital platforms](#)», *JIPITEC — Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2016. Google affirme que 98 % de ses litiges en matière de droits d'auteur sont traités à l'aide d'un identifiant de contenu, tandis que seuls 2 % entraînent un recours à la procédure de notification et de retrait.

<sup>103</sup> Voir Spoerri, T., «[On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market](#)», *JIPITEC — Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2019.

<sup>104</sup> Voir [article 6, paragraphe 1](#).

## Encadré 2 — Le filtrage par identifiant de contenu de YouTube



Sources: Google.

Toutefois, ces mesures présentent d'importants inconvénients: manque de transparence concernant le fonctionnement des technologies, absence de garanties procédurales adéquates et risque d'application excessive, les fournisseurs en ligne étant plus susceptibles d'appliquer un algorithme qui supprime trop, et non trop peu, de contenu<sup>105</sup>. Les opposants font surtout valoir que les algorithmes de filtrage commettent trop d'erreurs (et produisent trop de «faux positifs»). En effet, ils ne comprennent pas le contexte, ne détectent pas davantage l'activisme politique ou la satire, et nécessitent une analyse «humaine» pour prévenir les violations des droits fondamentaux et la discrimination<sup>106</sup>.

En outre, les experts mettent en garde contre le fait que cette disposition qui encourage le recours aux filtres de téléchargement tels que ceux prévus dans la directive sur le droit d'auteur peuvent indirectement entraîner une surveillance générale, à moins que des garanties appropriées ne soient mises en place<sup>107</sup>. Une affaire pendante devant la Cour de justice de l'Union européenne pourrait apporter plusieurs orientations à cet égard (voir encadré 3 ci-dessous). Toutefois, pour une plus grande sécurité juridique, la législation sur les services numériques pourrait également préciser plus avant quand le recours aux mesures automatisées devrait être imposé en guise d'obligation légale

<sup>105</sup> Voir Riis, T., et Schwemer, S., «[Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation](#)», *Journal of Internet Law*, vol. 22, n° 7, 2019, p. 1-21.

<sup>106</sup> Voir Spoerri, T., «[On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market](#)», *JIPITEC — Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2019. Voir également EDRI, «[More responsibility to online platforms — but at what cost?](#)», juillet 2019.

<sup>107</sup> Voir Quintais, J., «[The New Copyright Directive: A tour d'horizon — Part II \(of press publishers, upload filters and the real value gap\)](#)», *Kluwer Copyright Blog*, 2019. Voir Quintais, J., et autres, «[Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics](#)», *Institute for Information Law*, 2019.

pour les plateformes, et mieux définir les garanties procédurales et les options de recours judiciaire associées<sup>108</sup>.

### Encadré 3 — Systèmes de filtrage et article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'article 11 (*Liberté d'expression et d'information*) de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>109</sup> dispose que «[t]oute personne a droit à la liberté d'expression», y compris la «la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières».

Selon les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Scarlet Extended*<sup>110</sup> et *Netlog*<sup>111</sup>, une ordonnance visant à mettre en œuvre des systèmes de filtrage qui suppriment des contenus licites peut porter atteinte à la liberté d'information en vertu de l'article 11 de la charte de l'Union.

Dans une affaire pendante, la Pologne conteste la légalité de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur devant la Cour de justice de l'Union européenne, au motif que les dispositions imposant des filtres de téléchargement sont contraires à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, car elles imposent de facto aux intermédiaires de filtrer automatiquement les téléchargements des utilisateurs sur leurs plateformes<sup>112</sup>.

### 3.3.5. Introduction d'une clause de «bon samaritain»

Le «**paradoxe du bon samaritain**» fait référence au fait qu'un intermédiaire d'hébergement serait peu enclin à prendre des précautions contre les infractions par crainte de perdre la protection de la sphère de sécurité<sup>113</sup>. En d'autres termes, l'interdiction de jouer un rôle actif en tant que fournisseur d'hébergement peut conduire les fournisseurs d'hébergement à éviter de faire tous les efforts nécessaires pour déterminer si le contenu qu'ils hébergent est illégal afin, précisément, d'éviter d'être considérés comme jouant un rôle actif.

La question de savoir si la directive sur le commerce électronique contient ou non une clause de «bon samaritain», fondée sur le modèle de la loi américaine sur la protection des communications (Communications Decency Act<sup>114</sup>), qui protège les fournisseurs en ligne de la responsabilité civile au cas où les mesures volontaires de filtrage ou de blocage ne seraient pas efficaces pour restreindre complètement l'accès à des contenus offensants ou leur disponibilité, est controversée. Dans sa communication de 2017 sur la lutte contre le contenu illicite<sup>115</sup>, la Commission européenne souligne que les fournisseurs d'hébergement relevant de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique ne seront pas sanctionnés s'ils prennent des mesures proactives pour détecter, supprimer ou désactiver l'accès aux contenus illicites (actions de «bon samaritain»). Toutefois, il a

<sup>108</sup> Voir, par exemple, Access Now, «[26 recommandations on content governance](#)», 2020. Cette organisation, qui défend les droits numériques des utilisateurs, fait valoir que le recours à des mesures automatisées ne devrait être accepté que dans des cas limités de contenu manifestement illicite indépendamment du contexte (comme les abus sexuels commis contre des mineurs).

<sup>109</sup> [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#), 2000/C 364/01.

<sup>110</sup> [Affaire C-70/10](#).

<sup>111</sup> [Affaire C-360/10](#).

<sup>112</sup> Voir l'affaire [C-401/19](#).

<sup>113</sup> Voir van Eecke, P., «Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach», *Common Market Law Review*, 2011.

<sup>114</sup> Voir Congrès des États-Unis, [Communications Decency Act of 1995](#).

<sup>115</sup> Voir [COM\(2017\) 555 final](#).

été souligné que l'interprétation de la Commission européenne était quelque peu confuse et trompeuse, car dans l'Union, les intermédiaires en ligne ne peuvent pas bénéficier de l'exonération de responsabilité s'ils ne suppriment pas le contenu illicite en question<sup>116</sup>. De même, une étude de 2018 souligne qu'en l'absence d'une défense de type «bon samaritain», les intermédiaires d'hébergement s'exposent à un risque de responsabilité plus élevé s'ils décident d'être plus actifs dans la lutte contre les contenus illicites de manière proactive<sup>117</sup>.

Pour remédier à cette situation, il y a lieu de prévoir explicitement une clause de «bon samaritain» dans le cadre législatif de l'Union. Une disposition spécifique pourrait préciser que les mesures prises conformément à l'article 13, paragraphe 1, ne devraient pas priver l'intermédiaire de la protection de la sphère de sécurité<sup>118</sup>. L'introduction d'une telle clause dans le droit de l'Union pourrait rassurer les intermédiaires sur le fait qu'ils ne seront pas tenus pour responsables de l'hébergement de matériel illicite dont ils ont eu connaissance grâce à leurs efforts de surveillance volontaire et proactive, et qu'ils peuvent également éviter que les intermédiaires en ligne ne fassent l'objet d'un sous-investissement dans la mise en place de mécanismes appropriés pour trouver des contenus illicites<sup>119</sup>. Les fournisseurs d'accès à l'internet et les plateformes de grande envergure soutiennent l'adoption d'une «clause de bon samaritain» qui étend la protection contre la responsabilité dans les cas où les intermédiaires en ligne ont effectivement connaissance de contenus prétendument illicites lorsqu'ils appliquent de bonne foi des procédures destinées à lutter contre ce type de contenus<sup>120</sup>.

Toutefois, les critiques soulignent qu'une telle modification de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique ne semble pas justifiée, étant donné que la jurisprudence montre que les tribunaux ne tiennent pas pour responsables les plateformes qui utilisent des mécanismes de bon samaritain<sup>121</sup>. Les tribunaux n'ont par exemple pas considéré que l'utilisation de l'identifiant de contenu de YouTube amenait YouTube à jouer un rôle actif dans la fourniture de son contenu aux utilisateurs. Cette protection de «bon samaritain» présente également certains désavantages: elle pourrait notamment encourager la prise de mesures excessives à l'initiative de l'intermédiaire<sup>122</sup>.

### 3.3.6. Rôles et pouvoirs des autorités réglementaires

La nécessité d'assurer une **surveillance réglementaire** appropriée des intermédiaires en ligne dans l'Union a été soulevée. La prise en compte des problèmes liés à l'application et à la conception des institutions n'en est pas moins un domaine inexploré, puisque la directive sur le commerce électronique n'aborde pas ces questions. L'harmonisation ou, à tout le moins, le rapprochement des

---

<sup>116</sup> Voir Kuczerawy, A., «[The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?](#)», KU Leuven CiTiP, 2018.

<sup>117</sup> Voir l'étude de l'Institut de droit de l'information pour la Commission européenne (ci-dessus).

<sup>118</sup> Voir Angelopoulos, C., «[Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market](#)», 2017.

<sup>119</sup> Voir A. de Streel, M. Buiten, M. Peitz, ci-dessus. Voir également l'étude de l'Institut de droit de l'information pour la Commission européenne (ci-dessus).

<sup>120</sup> Voir «[EuroISPA Consensus Position: Principles for the Future of the EU Intermediary Liability Framework](#)», juin 2019.

<sup>121</sup> Voir l'étude «[Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content — Regulatory Action Needed?](#)», Département thématique des politiques économiques et scientifiques, Direction générale des Politiques internes, Parlement européen, 2018.

<sup>122</sup> Voir Kuczerawy, A., «[The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?](#)», KU Leuven CiTiP, 2018.

règles institutionnelles et procédurales nationales serait utile pour mettre en place un régime commun de responsabilité en ligne plus efficace, applicable dans l'ensemble de l'Union.

La création de nouvelles structures de réglementation des plateformes numériques (régulateur central, système décentralisé, extension des pouvoirs des autorités réglementaires existantes) et la définition des rôles et des pouvoirs conférés aux autorités de réglementation des plateformes numériques (pouvoir d'exiger des informations supplémentaires, traitement des plaintes, pouvoir d'infliger des amendes ou d'autres mesures correctives, approbation des codes de conduite) pourraient être évaluées dans le contexte de la législation sur les services numériques<sup>123</sup>. Il a été proposé de créer un organisme de réglementation de l'Union chargé de la supervision, afin d'assurer la surveillance et l'application des nouvelles règles, en particulier dans des situations transfrontières complexes où il est difficile de mettre en œuvre et d'appliquer les règles de manière efficace<sup>124</sup>.

## 4. Perspectives

Il existe aujourd'hui de solides arguments en faveur d'une réforme du régime de responsabilité de l'Union pour les intermédiaires en ligne. Plusieurs lacunes ont été constatées dans la mise en œuvre. L'incertitude juridique persistante en ce qui concerne l'application des normes existantes et des décisions de justice contradictoires ont été mises en évidence. Les technologies et les modèles économiques ont évolué ces vingt dernières années et le cadre de l'Union peine à englober les problèmes de responsabilité soulevés par de nouveaux acteurs tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux ou les places de marché en ligne, alors même que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'apporte pas d'orientations suffisantes. Par ailleurs, des mutations sociétales ont changé la nature et le champ du problème: apparition de nouvelles et diverses pratiques préjudiciables en ligne telles que la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, usage croissant de plateformes pour distribuer des produits contrefaits et diffusion en ligne d'infoc et de publicités mensongères. Dans ce contexte, il semble que les universitaires, les parties prenantes et les décideurs politiques soient très favorables à la réforme du régime de responsabilité actuel de l'Union. Toutefois, il existe également un profond désaccord sur la voie à suivre et sur la manière d'adapter les règles de l'Union au nouvel environnement numérique. Différents types d'intervention politique, notamment le renforcement de l'autorégulation, la promotion de la corégulation et la promotion d'une harmonisation limitée du droit matériel ou d'une harmonisation plus complète du droit matériel, devront être abordés lors des discussions sur la future législation sur les services numériques. Une question qui semble être au cœur du débat est bien de savoir s'il est nécessaire d'étendre le champ d'application de la législation de l'Union pour englober à la fois le contenu «illicite» et le contenu «préjudiciable», voire, plus encore, la «désinformation en ligne» et la «publicité en ligne». Les avantages potentiels de l'intervention du politique doivent être examinés au regard des risques pour les droits fondamentaux.

---

<sup>123</sup> Voir Hoffmann, A., et Gasparotti, A., ci-dessus.

<sup>124</sup> Ibid. Voir également Parlement européen, [Rapport de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs sur la législation sur les services numériques](#), [2020/2018 (INL)], 2020.

## 5. Références

Angelopoulos, C., et Smet, S., «[Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability](#)», *Journal of Media Law*, 2016.

Bayer, J., «[Between Anarchy and Censorship Public discourse and the duties of social media](#)», mai 2019.

De Streel, A., Buiten, M., Peitz, M., «[Liability of Online Hosting Platforms — should exceptionalism end?](#)», CERRE, 2018.

Parlement européen, «[Disinformation and propaganda — impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States](#)», Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, Direction générale des Politiques internes de l'Union, Parlement européen, février 2019.

Parlement Européen, «[Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content — Regulatory Action Needed?](#)», Département thématique des politiques économiques et scientifiques, Direction générale des Politiques internes, Parlement européen, 2018.

Parlement Européen, «[Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future](#)», Département thématique des politiques économiques et scientifiques, Direction générale des Politiques internes, Parlement européen, 2017.

Helberg, N., Pierson, J., et Poell, T., «[Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility](#)», *The Information Society*, 2018.

Hoffmann, A., et Gasparotti, A., «[Liability for illegal content online Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a 'Digital Services Act'](#)», CEP, 2020.

Institute for Information Law, étude réalisée pour la Commission, «[Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online](#)», 2018.

Kuczerawy, A., «[Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative](#)», *Computer Law & Security Review*, 2015.

Riis, T., et Schwemer, S., «[Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation](#)», 2019.

Stalla-Bourdillon, S., «[Internet Intermediaries as Responsible Actors? Why It Is Time to Rethink the E-Commerce Directive as Well](#)», in Taddeo, M., Floridi L. (éd.), *The Responsibilities of Online Service Providers. «Law, Governance and Technology Series»*, vol. 31. Springer, Cham, 2017.

Woods, L., et Perrin, W., «[Online harm reduction — a statutory duty of care and regulator](#)», 2019.



---

L'Union européenne devrait revoir le régime de responsabilité des intermédiaires en ligne dans la future législation sur les services numériques. Cette publication décrit le régime de responsabilité actuel prévu par la directive sur le commerce électronique de 2000, met en lumière les lacunes constatées dans la mise en œuvre et présente les principales propositions de réforme qui ont été examinées jusqu'à présent. La technologie a évolué au cours des vingt dernières années et de nouveaux défis sociétaux sont apparus, tels que l'utilisation croissante des plates-formes pour accéder à des produits, des services et des informations, et pour les distribuer. En conséquence, les décideurs politiques devront aborder une série de questions, notamment l'extension du champ d'application du régime de responsabilité et la révision des conditions d'exonération de responsabilité.

---

Publication du Service de recherche pour les députés  
EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Ce document a été préparé à l'attention des Membres et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.



PE 649.404  
ISBN 978-92-846-6557-0  
doi:10.2861/03042