



HAL
open science

L'Union européenne et la régulation des plateformes de médias sociaux au prisme de la liberté d'expression

Romain Tinière

► **To cite this version:**

Romain Tinière. L'Union européenne et la régulation des plateformes de médias sociaux au prisme de la liberté d'expression. Congrès AFEE 2021 " l'Europe et les nouvelles technologies ", Universités Sorbonne Paris Nord; Université Paris-Saclay, Jun 2021, Aubervilliers, France. hal-03426159

HAL Id: hal-03426159

<https://hal.science/hal-03426159v1>

Submitted on 12 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'Union européenne et la régulation des plateformes de médias sociaux au prisme de la liberté d'expression

Romain Tinière

Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes

Co-directeur du CRJ

Chaire Jean Monnet

Le développement continu des réseaux sociaux ainsi que leur influence sur des pans de plus en plus importants de notre vie de tous les jours n'est pas nouveau, même s'il est difficile de dater précisément le point de bascule. Peut-être est-ce d'ailleurs là l'une des illustrations de l'accélération du temps, voire de son écrasement, qui accompagne cette ascension de la place de ces réseaux.

Quoi qu'il en soit, ce développement, qui constitue une partie de celle de l'emprise du numérique sur nos sociétés, ne se fait pas sans heurts avec certains des cadres qui régissaient le monde d'avant. Le potentiel « disruptif » du numérique en général et des réseaux sociaux en particulier devient en effet de plus en plus difficile à ignorer. Qu'il s'agisse du droit de la concurrence¹, de la protection des consommateurs², du fonctionnement des médias³, en changeant d'échelle, de celui de la démocratie⁴ ou encore du respect des droits fondamentaux, nombre des équilibres antérieurement définis au terme parfois de longs processus doivent faire l'objet d'un réexamen pour s'assurer de leur viabilité dans le nouveau monde numérique et, le cas échéant, faire l'objet d'une « mise à jour ». L'émergence et le développement des plateformes de médias sociaux (Facebook, Twitter, Instagram, TikTok, etc.) fait partie de ces évolutions nécessitant une « mise à jour » des équilibres antérieurement définis⁵.

1 La Commission a ainsi annoncé vendredi 4 juin avoir ouvert une procédure formelle d'examen à l'encontre de Facebook dans le secteur des petites annonces en ligne ([IP/21/2848](#)).

2 Dans sa communication « Nouvel agenda du consommateur » du 13 novembre 2020, la Commission identifie ainsi, parmi les domaines prioritaires pour la période 2020-2025, « la transformation numérique » (COM(2020) 696 final).

3 Qui ont notamment à subir l'influence croissante des réseaux sociaux qui favorisent le développement du journalisme citoyen.

4 Comme en attestent l'utilisation toute particulière que Donald Trump faisait de son compte Twitter lorsqu'il en avait encore un, de même que le scandale de Cambridge Analytica.

5 Pour une analyse similaire s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. K. BLAY-GRABARCZYK, « Le défi des nouvelles technologies, une jurisprudence à construire », in K. BLAY-GRABARCZYK et L. MILANO (dir.), *Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme* :

Cela a bien été compris par la Commission européenne qui s'est engagée, dans sa communication du 19 février 2020 « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », à définir et adopter « des règles nouvelles et modifiées pour approfondir le marché intérieur des services numériques, en augmentant et en harmonisant les responsabilités des plateformes en ligne et des fournisseurs de services d'information et en renforçant le contrôle exercé sur les politiques des plateformes en matière de contenu dans l'UE »⁶. Elle s'y engageait également à poursuivre sa réflexion sur « la possibilité d'instaurer des règles *ex ante* afin que les marchés caractérisés par des grandes plateformes générant des effets de réseau importants et agissant en tant que « gardiens » restent équitables et contestables pour les innovateurs, les entreprises et les nouveaux entrants »⁷. Ces deux démarches ont abouti à la publication le 15 décembre 2020 de deux propositions de règlement de la Commission : le Digital Market Act⁸ (DMA) et le Digital Service Act⁹ (DSA) qui visent toutes deux à mieux réglementer les activités des plateformes en ligne. Plus précisément, ces propositions s'emploient à définir un cadre juridique touchant au cœur du modèle économique de ces plateformes : la position de contrôleur d'accès (*GateKeeper*) que certaines ont acquise sur le marché (DMA) ainsi que la question du contrôle exercé sur les informations diffusées et la responsabilité en découlant (DSA).

Si la portée de ces deux propositions législatives est large, elle s'insère en outre dans un écosystème déjà riche et en cours de renouvellement. Ainsi, et sans être exhaustif, les activités de ces plateformes les conduisent à effectuer des traitements de données à caractère personnel qui supposent l'application du RGPD¹⁰, elles peuvent également

enjeux et perspectives, Pedone, 2021, pp. 189 s.

6 COM(2020) 67 final, p. 14.

7 *Ibid.* p. 11.

8 Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

9 Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

10 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

affecter les droits d'auteur et les droits voisins¹¹, voire être utilisées à des fins de diffusion de contenus terroristes¹². Le spectre est donc large.

Les propos qui suivent se concentrent toutefois sur une dimension particulière de la régulation de ces plateformes de médias sociaux : le seul DSA et, plus précisément, la question de la liberté d'expression qui nous semble présenter deux intérêts. Le premier est de se situer au carrefour des différents enjeux que le développement des réseaux sociaux pose à nos sociétés contemporaines. Le second tient à la dimension illustrative de la « mise à jour » nécessaire des équilibres définis antérieurement en la matière.

Pour essayer de présenter la façon dont l'Union européenne entend appréhender les plateformes de médias sociaux dans leur relation complexe à la liberté d'expression¹³, il faudra présenter les enjeux en présence avant d'en venir aux solutions proposées par la Commission puis à l'appréciation qu'il est possible d'en faire.

I- Les enjeux de la régulation des plateformes de médias sociaux pour la liberté d'expression

Ces enjeux sont complexes et pour partie contradictoires mais peuvent être ramenés à trois propositions relativement simples à énoncer avant de les détailler davantage : il faut trouver le juste équilibre dans la protection de la liberté d'expression en ligne, déterminer le moment auquel le respect de cet équilibre doit être vérifié et, enfin, l'autorité en charge de le faire.

Il faut d'abord trouver le bon équilibre entre la préservation de la liberté d'expression telle qu'elle s'exerce via les réseaux sociaux et celle des autres intérêts légitimes, voire des droits fondamentaux, que l'exercice de cette liberté peut affecter. Ni la liberté d'expression sans limite, ni la limitation excessive de cette liberté ne sont en effet souhaitables dans une société démocratique, qu'elle soit numérique ou pas. En ce sens, la jurisprudence,

11 La Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE vise précisément à prendre en compte les utilisations numériques et transfrontières des contenus protégés (not. les art. 15 à 22).

12 Règlement 2021/784/UE du Parlement et du Conseil relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne.

13 Voy. P. AURIEL, « La liberté d'expression et la modération des réseaux sociaux dans la proposition de *Digital Service Act* », *Rev. UE*, 2021, p. 413.

notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴, a permis la construction progressive de critères visant à déterminer, au cas par cas, ce point d'équilibre. Parmi ces critères figurent par exemple la nature du discours, ce qui permet de valoriser la participation à un débat d'intérêt général, la protection renforcée dont bénéficie la liberté de la presse, mais aussi la nécessité de fixer des limites tenant par exemple au respect de la morale publique¹⁵, de la vie privée¹⁶, de la présomption d'innocence¹⁷ ou de l'interdiction des discours de haine, notamment s'ils constituent un abus de droit¹⁸. Si les principaux paramètres de cette jurisprudence ont vocation à s'appliquer également à l'usage de la liberté d'expression en ligne, doivent-ils conserver exactement le même poids ? Deux arguments au moins conduisent à en douter. D'une part, l'effet de levier considérable dont bénéficie la diffusion d'informations en ligne conduit à démultiplier les conséquences de l'usage de la liberté d'expression, qu'il s'agisse de contribuer à un débat d'intérêt général ou de propager un discours de haine. D'autre part, le modèle économique des entreprises gestionnaires des plateformes de réseaux sociaux est construit sur la viralité de l'information, viralité qui s'accommode parfaitement de la circulation des informations qui heurtent, choquent ou inquiètent... dès lors qu'elles génèrent de la fréquentation à même d'alimenter les recettes publicitaires. Comme l'a écrit fort justement la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Delfi AS*, « la possibilité pour les individus de s'exprimer sur internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression (...). Cependant, les avantages de ce média s'accompagnent d'un certain nombre de risques. Des propos clairement illicites, notamment des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence, peuvent être diffusés comme jamais auparavant dans le monde entier, en quelques secondes et parfois demeurer en ligne pendant fort longtemps »¹⁹.

Il faut ensuite déterminer à quel moment le respect de cet équilibre doit être vérifié. Doit-il s'exercer avant l'exercice de la liberté d'expression et relever d'un régime préventif ou

14 Depuis les arrêts CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* et CourEDH, 24 mai 1988, *Müller et al. c. Suisse*.

15 Arrêt *Müller* précité.

16 CourEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, GACEDH n°42.

17 CourEDH, gde ch., 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*.

18 CourEDH, déc., 20 octobre 2015, *Dieudonné M'Bala M'Bala c. France*, s'agissant en l'espèce de propos racistes et négationnistes.

19 CourEDH, gde ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, GADLF n°15.

après cet exercice pour identifier les éventuels abus en vertu d'un régime répressif ? Évidemment, le choix en faveur de la première option sera plus attentatoire à la liberté d'expression qu'un contrôle *ex post...* qui lui-même sera moins favorable à la défense des intérêts affectés par d'éventuels abus de cette liberté. Si le choix en faveur d'un contrôle *a posteriori* est fait, encore faut-il, que la décision de retirer l'expression jugée abusive soit adoptée et exécutée suffisamment rapidement pour présenter un quelconque intérêt du fait de la vitesse de propagation et de l'ubiquité des informations en ligne²⁰.

Il faut enfin déterminer l'autorité en charge d'opérer cette vérification. Doit-il s'agir d'une autorité publique, voire d'une juridiction, ou peut-il s'agir d'un acteur privé ? Au-delà de cette question particulièrement importante, il faut également se demander si la vérification du respect de l'équilibre entre liberté d'expression et les autres intérêts en présence doit nécessairement procéder de l'intervention d'une personne humaine ou si elle peut être partiellement ou totalement automatisée. En effet, le volume considérable et en augmentation constante des informations publiées et partagées sur les réseaux sociaux rend parfaitement hypothétique le maintien d'un contrôle qui serait le fait de personnes physiques sans, *a minima*, l'assistance d'un système automatisé s'appuyant sur un algorithme. Par ailleurs, la détermination de l'autorité en charge de cette vérification n'est pas sans lien avec celle du responsable du contenu publié. On sait que le principe dans l'édition traditionnelle est celle de la responsabilité de l'éditeur²¹. Doit-il en aller de même s'agissant de plateformes de réseaux sociaux qui peuvent diffuser des informations publiées par plusieurs centaines de milliers, voire plusieurs millions d'utilisateurs ?

Le choix majoritaire dans les démocraties européennes pour réguler l'usage de la liberté d'expression « hors ligne » (IRL) est celui d'un relatif primat de la liberté d'expression qui bénéficie majoritairement de régimes de réglementation de type répressif, édictés par les autorités publiques et appliqués sous le contrôle du juge, judiciaire idéalement. Le problème est qu'une telle solution semble difficilement viable dans le monde numérique, tout particulièrement dans celui des réseaux sociaux.

20 De ce point de vue, l'effet dit « Streisand » en vertu duquel la tentative d'empêcher la publication d'une information peut conduire à l'inverse à en accélérer la diffusion, peut réduire à néant les tentatives de supprimer une information jugée abusive si celle-ci intervient trop tardivement.

21 Voy. en ce sens la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, notamment son article 42.

II – Les solutions proposées par le *Digital Service Act*

Précision importante, le DSA constitue une *lex generalis*²² qui devra s'articuler avec les autres textes sectoriels. Les solutions générales qu'il propose sont donc susceptibles d'être remplacées par la réglementation spécifique du droit de l'Union relative, par exemple, au droit d'auteur et les droits voisins, à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne ou encore à la protection des consommateurs ou des données à caractère personnel²³.

Le principe fondamental d'une absence d'obligation générale de surveillance ou de recherche des faits et contenus illicites pour les fournisseurs de services intermédiaires, posé par la directive commerce électronique, est maintenu²⁴. Les entreprises gérants des réseaux sociaux n'ont donc pas l'obligation de jouer un rôle de censeur de la liberté d'expression des usagers. Même si rien ne leur interdit de le faire²⁵. Elles doivent par contre répondre aux éventuelles injonctions, qui leur seraient adressées par les autorités judiciaires ou administratives nationales, d'agir à l'encontre d'un contenu jugé illicite (art 8), ou de fournir des informations relatives à certains de ses utilisateurs (art 9). Le principal apport du DSA est donc ailleurs. Il réside dans le développement considérable des obligations de diligence, obligations qui sont déclinées en fonction du type de plateforme en suivant des cercles concentriques. Ainsi, aux dispositions s'appliquant à tous les fournisseurs de services intermédiaires²⁶, s'ajoutent des dispositions relatives aux services d'hébergement²⁷. À ce double jeu d'obligations s'ajoutent également des obligations relatives aux plateformes en lignes²⁸ et, enfin, des dispositions supplémentaires relatives

22 K. Favro et C. Zolynski, « DSA, DMA : l'Europe encore au milieu du gué », *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 217.

23 La liste des actes formant cette *lex specialis* est dressée à l'article 1 § 5 du DSA.

24 Article 15 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur dite « directive sur le commerce électronique », et article 7 du DSA. Les anciens articles 12, 13 et 14 de la directive ont vocation à être remplacés par les articles 3, 4 et 5 du DSA avec un contenu quasiment identique.

25 Et le DSA ne prévoit pas d'injonction visant à obtenir le rétablissement d'un contenu supprimé.

26 C'est-à-dire aux opérateurs fournissant des infrastructures réseau, y compris par exemple les fournisseurs d'accès à internet.

27 Comme par exemple les services de *Cloud* proposés par *Dropbox* ou *Google Drive*.

28 Qui peuvent consister en des places de marché en ligne, des boutiques d'applications, des plateformes de *Crowdfunding* ou de réseaux sociaux.

aux seules « très grandes plateformes en ligne »²⁹ du fait des risques systémiques que leur taille fait peser, notamment sur la liberté d'expression.

Il n'est pas utile ici de reprendre en détail l'ensemble des obligations énoncées dans la proposition de la Commission. Les développements qui suivent vont plutôt s'attacher à présenter les points saillants du dispositif concernant les plateformes en ligne en lien avec les préoccupations précédemment formulées sur la liberté d'expression en les regroupant autour des trois thèmes clés que sont les motifs de retrait de contenu, les garanties procédurales et les dispositifs visant à atténuer les risques de dérive.

1- Les motifs de retrait de contenu

Tout d'abord, les plateformes sont susceptibles de retirer des informations ou d'empêcher l'accès à celles-ci parce qu'elles sont considérées comme étant soit illicites (art. 8), soit contraires aux conditions générales d'utilisation du service³⁰. Ces deux hypothèses sont très différentes puisque dans la première, la décision est adoptée par une autorité publique nationale ou européenne, la plateforme se contentant de la mettre en œuvre, alors que dans la seconde c'est la plateforme elle-même qui prend la décision de retirer un contenu sur le fondement de règles qu'elle a elle-même définies. Autrement dit, apparaît ici une forme de « police privée » de la liberté d'expression³¹ qui, si elle n'a pas attendu le DSA pour apparaître, se voit d'une certaine façon légitimée et encouragée par ce dernier.

On peut certes estimer que l'expression sur une plateforme de médias sociaux gérée par un opérateur privé ne se fait pas dans l'espace public et que le propriétaire de la plateforme a logiquement son mot à dire sur les contenus qu'il accepte de diffuser. Le parallèle avec le monde de la presse écrite et de l'édition papier est ainsi tentant. Finalement, si l'émetteur éconduit peut parfaitement solliciter une autre rédaction ou une autre maison d'édition plus accueillante et susceptible d'accepter de publier le fruit de sa pensée, il peut, dans le monde numérique, s'exprimer sur une autre plateforme existante.

29 C'est-à-dire celles réunissant au moins 45 millions d'utilisateurs mensuel moyen, comme *Facebook*, *Twitter* ou *Tiktok* par exemple.

30 Le DSA ne consacre pas en tant que telle cette faculté mais en acte le principe, notamment à son article 12.

31 X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2^e édition, § 569 bis.

Toutefois, pour être tentant, le parallèle n'en est pas moins trompeur. En effet, le phénomène pourtant inquiétant de concentration que connaissent les mondes de l'édition et de la presse, n'est rien à côté de la réalité du monde des plateformes numériques. La position en pratique quasi hégémonique de certaines plateformes telles que Facebook ou Twitter, rend l'hypothèse du report de l'expression sur un autre média largement théorique, surtout pour des utilisateurs en quête d'audience comme les partis politiques, les syndicats ou autres corps intermédiaires, voire même les États eux-même, pour qui le nombre d'utilisateurs de la plateforme est capital. Car, à quoi bon exprimer librement sa pensée si personne ne l'entend ?³² Ce, d'autant plus que la communication via les réseaux sociaux fait désormais pleinement partie des canaux d'information venant alimenter le débat public dans une société démocratique³³. Cette faculté qu'ont les gestionnaires de plateformes de médias sociaux de filtrer les contenus publiés sur leurs sites n'est donc pas sans risque pour la liberté d'expression. Elle fait néanmoins l'objet d'un encadrement minimal au travers de celui des conditions générales d'utilisation qui peuvent fonder une décision de retrait de contenu, de suspension du compte de l'utilisateur, voire de sa suppression. L'article 12 de la proposition impose en ce sens la publication des règles de modération qui doivent être énoncées « clairement et sans ambiguïté » et rendues disponibles publiquement dans un format facilement accessible. Par ailleurs, leur application doit être respectueuse des droits fondamentaux tels qu'inscrits dans la Charte des droits fondamentaux, ce qui laisse entendre que la liberté d'expression devra être prise en considération par le gestionnaire de plateforme, tout comme le droit au respect de la vie privée ou l'interdiction des discriminations. Cela étant, un gestionnaire de plateforme de médias sociaux dont le modèle économique est fondé sur la viralité des informations n'est pas forcément le mieux placé pour opérer un tel arbitrage. Il doit certes s'efforcer d'offrir une « expérience utilisateur » incitant les internautes à multiplier leurs visites, mais est-ce une garantie suffisante ?

Comparativement, le retrait de contenu pour des motifs d'illicéité peut sembler plus rassurant. L'article 8 de la proposition de la Commission indique en effet que les fournisseurs de services intermédiaires (dont font partie les gestionnaires de plateformes

³² Quoique, parfois...

³³ Voy. en ce sens l'exemple de la désactivation des pages Facebook du parti italien d'extrême droite CasaPound Italia présenté par PIERRE AURIEL dans son article préc.

de médias sociaux) doivent répondre aux injonctions émises par « les autorités judiciaires ou administratives nationales pertinentes » qui sont prises « sur la base du droit national ou de l'Union applicable ». Ces injonctions doivent comporter en outre un énoncé complet des motifs, et avoir un champ d'application territorial respectant la Charte et proportionné à l'objectif poursuivi. À la différence des demandes fondées sur les conditions générales d'utilisation, les motifs de retrait sont en lien direct avec l'intérêt général et non l'intérêt particulier de tel ou tel gestionnaire de plateforme. La notion d'illicéité est toutefois large car elle englobe à la fois la non conformité au droit de l'Union et aux droits nationaux des différents États membres. Il existe certes des harmonisations sectorielles (droit d'auteur, données personnelles ou contenu terroriste par exemple), mais la marge de manœuvre laissée au droit des États membres est considérable. Or, la dérive autoritaire à laquelle on assiste dans un certain nombre de ces États n'est pas sans inquiéter s'ils peuvent définir le champ d'application territorial de l'injonction sans contrôle européen et demander ainsi le retrait d'informations jugées illicites au-delà de leur seul territoire national, ce que semble pouvoir autoriser en l'état l'article 8 § 2 b.

Que cela soit au titre de l'illicéité ou de la contrariété avec les conditions générales d'utilisation, les motifs de retrait de contenus paraissent suffisamment flous pour permettre aux plateformes de médias sociaux de lutter contre la désinformation, les contenus appelant à la violence, la haine ou à la discrimination avec justesse, avec excès de zèle ou avec un manque d'entrain évident.

2- Les garanties procédurales

Le retrait de contenu suit une procédure dans laquelle on peut distinguer 3 phases, chacune étant l'occasion de garanties dont il faudra apprécier l'efficacité.

La première est celle de l'identification du contenu qui a vocation à être supprimé. Celle-ci peut être réalisée par une autorité publique, par la plateforme elle-même ou encore par un mécanisme de notification par les utilisateurs qu'elle a l'obligation de mettre en place en vertu de l'article 14. Associer les utilisateurs à l'identification des contenus susceptibles d'être supprimés est à la fois essentiel et non dénué de risque pour la liberté d'expression.

Essentiel, car la masse des contenus publiés rend illusoire une surveillance humaine centralisée³⁴. Celle-ci ne peut que résulter d'un traitement algorithmique fondé sur l'intelligence artificielle et/ou reposer sur un contrôle décentralisé exercé par les utilisateurs. Toutefois, un tel contrôle emporte nécessairement des risques inhérents à la subjectivité dont il est empreint. D'une part, le contenu signalé comme illicite par un utilisateur ne sera pas nécessairement considéré comme tel par un autre et, d'autre part, un contenu licite peut tout à fait être sciemment signalé pour obtenir sa suppression par un individu qui y verrait un intérêt. Bref, il faut espérer que les gestionnaires de plateforme accordent à ces alertes l'importance qu'elles méritent : celle de simples alertes. De ce point de vue, la création d'un statut de « signaleur de confiance » exigée par l'article 19 du DSA devrait permettre d'atténuer ces risques de subjectivité. Ces entités, auxquelles le titre de signaleur de confiance aura été confié par le coordinateur pour les services numériques de l'État membre concerné, disposent en effet d'une expertise spécifique, d'une indépendance vis-à-vis des plateformes et représentent des intérêts collectifs, ce qui leur permet, en échange, de voir leurs notifications traitées de façon prioritaire. Enfin, que le signalement soit le fait d'un « simple » utilisateur ou d'un signaleur de confiance, celui-ci doit être traité « en temps opportun, de manière diligente et objective » et peut tout à fait être le résultat de l'application d'un procédé algorithmique pour autant que cette information soit publique. Pas de délai impératif donc, laissant théoriquement le temps à une pesée des intérêts et une atteinte proportionnée à la liberté d'expression pour autant que la vitesse de diffusion des contenus le permette. De ce point de vue, la proposition de la Commission ne retient heureusement pas la solution choisie par la loi française visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, dite « loi Avia », dont une disposition exigeait des opérateurs de plateforme en ligne qu'ils retirent sous 24 heures des propos en raison de leur caractère haineux ou sexuel³⁵.

La deuxième phase est celle de la décision de retrait ou d'interdiction d'accès au contenu identifié qui doit s'accompagner d'un exposé des motifs en vertu de l'article 15. La plateforme doit, classiquement, à la fois justifier le bien fondé de sa décision et indiquer les

34 Même si Facebook et Twitter s'appuient sur des modérateurs travaillant pour des entreprises sous-traitantes en plus de leurs propres équipes, il recourent à des procédés algorithmiques pour prioriser leur intervention et en parallèle de celle-ci (voy la page dédiée de Facebook à ce sujet : <https://transparency.fb.com/fr-fr/enforcement/detecting-violations/>).

35 Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020, largement censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2020-801 DC du 18 juin 2020.

voies de recours existantes³⁶. L'ensemble des décisions et des exposés des motifs doivent être publiés dans une base de donnée accessible au public et gérée par la Commission afin de faciliter les éventuels réclamations et recours.

La troisième et dernière phase est celle des éventuels réclamations et recours. La proposition de règlement prévoit deux mécanismes : un système interne à l'entreprise (art 17) et le recours à un règlement extrajudiciaire (art 18), chacun faisant l'objet d'un cadrage général. Ainsi chaque plateforme doit prévoir un système interne de traitement des réclamations accessible jusqu'à 6 mois après une décision de retrait de contenu ou de suspension de compte permettant d'en contester le bien-fondé et d'en obtenir l'infirmité. Les plaintes doivent être traitées, ici aussi, « en temps opportun, de manière diligente et objective » et ce traitement ne doit pas reposer uniquement sur des moyens automatisés. La dose de traitement algorithmique doit donc être modérée sans que la proportion soit précisément indiquée. Enfin, l'issue de la procédure doit être communiquée au plaignant dans les meilleurs délais en lui indiquant également les autres recours possibles, juridictionnels mais aussi extrajudiciaires. Ce règlement extrajudiciaire, qui peut donc faire office d'appel du système interne de traitement, repose sur une liste certifiée d'organes³⁷ devant présenter un certain nombre de qualités : impartialité et indépendance vis-à-vis des plateformes, expertise, processus efficace et aisément accessible en ligne avec un traitement suivant une procédure « claire et équitable ». Ce faisant le DSA valide en creux le modèle retenu par Facebook pour créer son « conseil de surveillance » qui vise précisément à remplir cette fonction de garant du respect de la liberté d'expression³⁸ et qui a rendu ses premières décisions en janvier 2021³⁹. Reste toutefois à savoir si cette structure peut, du fait de son mode de financement,

36 L'application de cette obligation de motivation aurait ainsi permis à la ville de Bitche, commune des Hauts de France, de comprendre immédiatement pourquoi sa page Facebook avait été suspendue pour discours incitant à la haine du fait de l'utilisation d'une injure en langue anglaise...

37 Certification par le coordinateur pour les services numériques de l'État membre dans lequel est établi l'organe demandeur (art. 18 § 2) ou organe mis en place par l'État lui-même (art. 18 § 4). La Liste sera tenue à jour et publiée par la Commission européenne.

38 Selon sa charte (disponible sur <https://oversightboard.com>), « Le conseil a pour mission de protéger la liberté d'expression en prenant des décisions indépendantes et fondées sur des principes concernant des éléments de contenu importants, et en émettant des avis consultatifs sur les politiques en matière de contenu de Facebook ». Voy. V. NDIOR, « Le conseil de surveillance de Facebook, « service après-vente » de la liberté d'expression ? », *Dalloz*, 2020, p. 1474.

39 Disponibles à la même adresse.

légitimement se prétendre indépendante de la plateforme en ligne à laquelle elle est implicitement rattachée.

3- Un encadrement par la transparence

La principale contrainte que fait en réalité peser le DSA sur les gestionnaires de plateformes de réseaux sociaux tient à des obligations relatives à la transparence.

En effet, aux obligations imposées à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires tenant à la publication d'un rapport annuel détaillé relatif à leur activité de modération de contenu quelle qu'en soit l'origine (injonction étatique, notification ou initiative propre)⁴⁰, s'ajoutent pour les plateformes de média sociaux d'autres informations, comme le nombre de litiges transmis aux organes de règlement extrajudiciaire ou des détails quant au recours à des moyens de modération automatisés⁴¹. Même la publicité en ligne, qui constitue la principale source de financement de certaines plateformes de réseaux sociaux, fait l'objet d'une obligation de transparence en vertu de l'article 24, cette disposition exigeant que les utilisateurs puissent identifier clairement la publicité sur la plateforme ainsi que son bénéficiaire et, surtout, obtenir « les informations utiles concernant les principaux paramètres utilisés pour déterminer le bénéficiaire auquel la publicité est présentée ». On imagine toutefois sans peine que le terme « principaux paramètres » fera l'objet d'une interprétation plutôt étroite par l'opérateur de plateforme tant on touche ici au cœur du modèle économique de cet écosystème.

Les très grandes plateformes (pour rappel, plus de 45 millions d'utilisateurs mensuels moyens) se voient imposer des obligations complémentaires. La réalisation d'audits annuels externes et internes centrés notamment sur leurs obligations liées à la liberté d'expression⁴² et dont les résultats doivent être publiés⁴³, une obligation d'indiquer dans leurs conditions générales d'utilisation de manière claire accessible et aisément

40 Art. 13 du DSA.

41 Art 23 du DSA

42 L'Article 26 indique ainsi que l'évaluation interne des risques systémiques incluant la diffusion possible de contenus illicites, les éventuels effets négatifs pour les droits fondamentaux ainsi que la possibilité de manipulation de leurs services à des fins de désinformation.

43 Article 33.

compréhensible les principaux paramètres utilisés dans l'algorithme de recommandation des contenus ainsi que les façons d'en modifier ou influencer les principaux paramètres, ou encore l'obligation de mettre à disposition un registre contenant les informations relatives à la publicité diffusée sur la plateforme et les modalités de son ciblage éventuel. En somme, les principales plateformes (Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, TikTok, LinkedIn...) devront effectuer elle-mêmes le suivi de leur respect des règles fixées par le futur règlement, notamment celles en lien avec la régulation de la liberté d'expression, et rendre public ces informations. Cet appui sur l'autorégulation et la transparence s'exprime également par l'appel au développement de « normes sectorielles volontaires » (article 34), de « codes de conduite » visant à répondre aux risques systémiques identifiés ou à améliorer la transparence de la publicité en ligne (art. 35 et 36).

Si un dispositif de suivi par des autorités nationales coordonnées de façon plus ou moins étroite au niveau européen avec un appui de la Commission est bien prévu par le règlement et peut conduire au prononcé de sanctions pouvant aller jusqu'à 6 % du chiffre d'affaire annuel, éventuellement associée à des astreintes journalières⁴⁴, le DSA prend résolument le parti de déléguer la responsabilité du contrôle des contenus, et donc de la liberté d'expression, aux opérateurs privés. On peut donc penser que les éventuelles sanctions prononcées ne porteront pas sur le choix fait par une plateforme de censurer ou de ne pas censurer tel ou tel contenu diffusé, mais uniquement sur les obligations de transparence, ou de reporting pour utiliser un anglicisme à la mode.

III- En guise de conclusion

Quel regard porter sur ce choix en faveur de la régulation par la transparence qui conduit en pratique à placer dans les mains des acteurs privés le contrôle de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux ?

Le juriste pourrait être tenté de considérer que le modèle choisi manque de juge et d'intervention des autorités publiques dont le rôle en matière de protection des libertés est habituellement central.

⁴⁴ Article 42 du DSA.

Pourtant, accorder une place plus importante à ces acteurs traditionnels pourrait bien constituer une fausse bonne idée. En effet, la multiplication des contenus et l'accélération de leur diffusion rend tout à fait illusoire la mise en place d'un contrôle centralisé visant à s'assurer du respect de l'équilibre entre liberté d'expression et intérêts légitimes, ne serait-ce que pour des raisons de coût et de faisabilité technique⁴⁵. Quand bien même cela serait faisable, est-il vraiment souhaitable de mettre en place une structure centrale chargée de contrôler le contenu des informations diffusées sur les réseaux sociaux ? Les risques pour la liberté d'expression seraient au moins aussi importants que dans un système décentralisé.

À l'inverse, on pourrait également estimer que le principe de la responsabilité de l'éditeur, applicable hors-ligne, pourrait avoir vocation à s'appliquer aussi en ligne, renforçant d'autant les obligations pesant sur les plateformes de médias sociaux et exigeant d'elles qu'elles réalisent un réel contrôle des contenus mis en ligne. Outre que l'idée d'un contrôle total des contenus mis en ligne est illusoire, même dans les mains des plateformes, cela conduirait paradoxalement à renforcer le poids de ces acteurs privés, légitimant davantage encore les restrictions à la liberté d'expression.

La transposition des solutions existantes hors ligne n'est donc définitivement pas adaptée à la liberté d'expression en ligne et singulièrement sur les réseaux sociaux.

Dans l'ensemble, la voie choisie par la Commission européenne de la régulation par la transparence nous semble donc être la bonne. Elle s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de la voie empruntée par le règlement général sur la protection des données qui fait la part belle aux règles d'entreprises⁴⁶. Toutefois, pour qu'elle puisse fonctionner, encore faut-il s'assurer que les obligations relatives à la transparence soient énoncées avec suffisamment de précisions pour que leur application puisse faire l'objet d'une surveillance effective par les autorités de contrôle et le public...enfin pour autant qu'il s'y intéresse et c'est probablement là que réside la clé de l'efficacité du dispositif prévu. S'il faut conclure sur une note positive, on relèvera que dans un domaine voisin, la protection des données

45 Pour preuve, en matière de renseignement et de sécurité publique, l'État favorise le recours aux informations collectées par les FAI, d'où les contentieux découlant de l'invalidation de la directive 2006/24 par la Cour de justice dans l'affaire *Digital Rights Ireland*.

46 Par ex. S. LACROIX-DE SOUSA, « Les sociétés face au RGPD : les enjeux de la *compliance* », *Rev. Sociétés*, 2021, p. 351.

personnelles, la prise de conscience du public a certes été tardive, mais rapide⁴⁷. La procédure législative à venir et la communication entourant l'entrée en vigueur du futur règlement pourraient donc permettre de sensibiliser davantage le public à ces questions et donner au public les clés d'une meilleure régulation de la liberté d'expression en ligne.

47 Comparer à ce sujet les résultats de l'enquête menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'UE en 2014 (« Access to data protection remedies in EU Member States » <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/access-data-protection-remedies-eu-member-states>) dans lequel l'Agence regrette la faible prise de conscience par les individus des problèmes posés par le traitement de leurs données personnelles et ceux de son enquête un an après la mise en application du RGPD (The General Data Protection Regulation – one year on, <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/general-data-protection-regulation-one-year>) dans lequel les deux tiers des répondants affirment avoir une bonne connaissance et compréhension des règles posées par l'Union en la matière.