Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne

Poullet, Yves; Michel, Alejandra

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y & Michel, A 2023, 'À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne: note d'observations sous Tribunal de l'entreprise de Bruxelles (cess., 9e ch.), 8 novembre 2021, A/21/01898 et Tribunal de l'entreprise de Bruxelles (cess., 16e ch.), 2 mai 2022, A/21/01898', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 90, pp. 79-121.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 04. May. 2026

29. En conclusion, le tribunal estime que, à ce stade, la balance des intérêts en présence ne permet pas de justifier que la chaîne soit remise en ligne dans l'attente d'une décision au fond.

Les autres arguments invoqués par les parties ne sont pas de nature à modifier cette conclusion.

Par ces motifs

Le tribunal de l'entreprise

Statuant contradictoirement ;

Déclare la demande avant dire droit formulée par Kairos recevable mais non fondée ;

Réserve à statuer pour le surplus ;

Renvoie au rôle la cause ainsi limitée.

OBSERVATIONS[1]

À partir de l'affaire *Kairos,* quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne

INTRODUCTION

1. Les conflits portant sur la modération des contenus ne sont pas neufs. Depuis leur création, les acteurs du numérique qui permettent aux internautes de s'exprimer et de partager des informations s'arrogent la possibilité d'imposer une mesure de modération en cas de non-respect de leurs conditions générales.

Ces dernières années, la prolifération en ligne des contenus illégaux et des contenus dommageables pousse le législateur de l'Union à s'appuyer de plus en plus sur les acteurs privés du numérique, en particulier les plateformes. Par ailleurs, la pandémie de Covid-19 et la montée de la désinformation sanitaire ajoutent une nouvelle dimension en promouvant, parfois à raison, parfois à l'excès, les pratiques de censure privée. Un pas de plus a ainsi été franchi dans le contrôle du débat public : les États invitent désormais ces acteurs à développer davantage leurs politiques de modération. La puissance considérable qu'ils acquièrent de ce fait sur le débat public suscite des inquiétudes pour la liberté d'expression.

2. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'affaire portée devant le tribunal de l'entreprise de Bruxelles[2]. Le litige oppose Kairos, ASBL active dans le secteur médiatique, à Google qui fournit le célèbre service de partage de vidéos YouTube à propos du retrait de plusieurs vidéos et de la clôture de la chaîne. Le géant du numérique invoquait, pour justifier les sanctions prises à l'encontre de Kairos, plusieurs violations des conditions générales du service et, plus particulièrement du « règlement concernant les informations médicales incorrectes sur la Covid-19 » (ci-après « règlement Covid-19 »)[3].

[1] Alejandra Michel est chercheuse senior et responsable de l'Unité « Médias » au CRIDS/NaDI, UNamur et Yves Poullet est professeur à l'UNamur et membre du CRIDS/NaDI.

[2] Trib. entr. Bruxelles (cess., 9e ch.), 8 novembre 2021, R.G. n° A/21/01898, inédit ; Trib. entr. Bruxelles (cess., 16e ch.), 2 mai 2022, R.G. n° A/21/01898, inédit.

[3] Trib. entr. Bruxelles (cess., 9e ch.), 8 novembre 2021 précité, points 25-26 ; Trib. entr. Bruxelles (cess., 16e ch.), 2 mai 2022 précité, points 17-19. Le règle-

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

À deux reprises, le juge statuant avant dire droit a refusé de faire droit aux mesures sollicitées par Kairos sur pied de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire dans l'attente du jugement au fond, à savoir, dans un premier temps, la remise en ligne de la vidéo litigieuse[4] et, dans un second temps, la réactivation de la chaîne YouTube et la remise en ligne de la centaine de vidéos qui ne suscitaient pas de discussion[5].

Il est par ailleurs intéressant d'ouvrir la réflexion à des affaires similaires tranchées par nos voisins. En France, à la suite de la diffusion par France Soir de contenus portant sur la pandémie, le géant du numérique a retiré les articles du média du service Google Actualités et a fermé sa chaîne YouTube. Par un jugement du 6 septembre 2022, le tribunal de commerce de Paris a entièrement débouté France Soir de sa demande (à savoir la remise en ligne des articles et le rétablissement de la chaîne) et l'a condamné à payer 70.000 euros de frais de justice à Google[6]. Il a ainsi déclaré que « le droit à la liberté d'expression d'un éditeur n'est pas supérieur au droit à la liberté d'une plateforme d'édicter des règles déterminant les conditions d'éligibilité à son service afin d'en garantir l'image, la qualité et la conformité avec son objet, objet qu'elle a toute liberté de définir dans le cadre de sa liberté d'entreprendre »[7]. À l'inverse, en Allemagne, YouTube s'est vu infliger une amende de 118.000 dollars pour avoir tardé, après un jugement, à rétablir la vidéo d'une manifestation contre les restrictions imposées dans le cadre de la pandémie. Les juges allemands, à l'inverse des juges belges et français, ont privilégié la liberté d'expression de l'internaute et ont écarté les arguments contractuels et d'intérêt général avancés par la plateforme[8].

ment Covid-19 de YouTube interdit les contenus « qui propagent des informations médicales incorrectes contredisant celles des autorités sanitaires locales ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) […] ». À ce titre, il est par exemple interdit de nier l'existence de la Covid-19 ou d'affirmer qu'un vaccin approuvé provoque la mort ou l'infertilité. Parmi les informations contrevenant à ces conditions générales, Google énumère les contenus suivants : « ces vaccins sont dangereux et peuvent rendre stérile », « cela signifie que si vous prenez le vaccin, vous avez 48 % de chances en plus de mourir au cours des 6 prochains [mois] que si vous ne le prenez pas » ou encore « en tous les cas, il n'y a pas de virus. J'en ai les preuves » (voy. Trib. entr. Bruxelles [cess., 16e ch.], 2 mai 2022 précité, point 19).

4 Dans le cadre de la première demande de mesures avant dire droit, le juge a considéré que l'analyse *prima facie* des droits respectifs des parties (à savoir, la liberté d'expression de Kairos et la liberté d'entreprise de Google) ne justifiait pas la remise en ligne temporaire de la vidéo. Dans la balance des intérêts en présence, le juge statuant avant dire droit a relevé que si Kairos était toujours libre d'exprimer ses opinions sur YouTube en respectant les conditions d'utilisation du service et ailleurs (Facebook, site internet propre et revue papier), la remise en ligne de la vidéo risquait de manière irréversible de confronter les internautes à des informations médicales potentiellement incorrectes et dangereuses pour la santé publique. Voy. Trib. entr. Bruxelles (cess., 9e ch.), 8 novembre 2021 précité, points 30, 35, 36 et 37.

5 Trib. entr. Bruxelles (cess., 16e ch.), 2 mai 2022 précité, points 9, 15 et 21.

6 Comm. Paris (1re ch.), 6 septembre 2022, disponible sur https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-ch-jugement-du-6-septembre-2022/. Notons que France Soir a interjeté appel de cette décision. Au-delà du bien-fondé du raisonnement du tribunal, la condamnation d'un média, même fautif, au paiement d'une telle somme au bénéfice d'un géant du numérique – et donc, l'imposition d'une sanction qui apparaît totalement disproportionnée à l'heure où le secteur médiatique peine à se dégager des moyens suffisants –, soulève des questionnements au regard des pratiques bâillons qui dépassent le cadre du présent commentaire.

7 Comm. Paris (1re ch.), 6 septembre 2022, précité.

8 Sur cette affaire, voy. A. Slisco, « German Court Fines YouTube $ 118,000 for Removing Video of Covid-19 Protest », 13 juillet 2021, disponible sur https://www.newsweek.com/german-court-fines-youtube-118000-removing-video-covid-19-protest-1609441. Alors que YouTube invoquait le fameux « règlement Covid-19 » et le droit de modifier à tout moment les conditions d'utilisation du service, la juridiction allemande a considéré que de telles conditions n'avaient pas été clairement présentées, par une notification séparée, à l'utilisateur.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

3. L'objectif de la présente contribution n'est pas de s'attarder sur les spécificités de l'avant dire droit mais de s'intéresser plus largement au phénomène de la modération des contenus et aux pratiques des acteurs du numérique sous l'angle de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprise, en ce compris la liberté contractuelle. Notre propos campe l'ensemble du cadre applicable à la modération des contenus (I) avant d'expliciter plus avant les obligations de diligence nouvellement imposées par le règlement sur les services numériques (II). Ensuite, nous proposons une analyse critique de la liberté contractuelle comme outil de référence pour modérer le débat public (III). Enfin, nous dressons une série de réflexions prospectives sur les voies de recours à la disposition de l'utilisateur « victime » d'une mesure de modération (IV).

I. LA LUTTE CONTRE LES CONTENUS ILLÉGAUX AU CŒUR DES PRÉOCCUPATIONS DE L'UNION

4. Appliquant l'adage contestable « ce qui est illicite hors ligne[,] l'est aussi en ligne »[9], le législateur de l'Union a refaçonné la régulation des contenus et les dispositions qui encadrent les pratiques de modération. Récemment, au gré des initiatives de la stratégie pour un marché unique numérique[10], le cadre réglementaire a fortement évolué, tant au niveau des instruments horizontaux que verticaux (A). Depuis 2016, les initiatives d'autorégulation ou de corégulation se développent et s'intensifient également (B).

A. La régulation publique

5. Au niveau du droit de l'Union, le cadre législatif de la modération des contenus en ligne est complexe[11]. Il s'entend d'instruments horizontaux, valables pour tout contenu, et d'instruments verticaux, particuliers à certains contenus, qui imposent des exigences supplémentaires pour des acteurs spécifiques. Avant de concentrer notre analyse sur les exigences nouvellement imposées par le règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques[12] (ci-après « le DSA[13] » ou « le règlement ») dans le point II de la présente contribution[14], nous esquissons le panorama des dispositions régissant la modération des contenus[15].

9 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Lutter contre le contenu illicite en ligne : pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », 28 septembre 2017, COM(2017) 555 final, p. 2. Dans le même sens, voy. communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », 19 février 2020, COM(2020) 67 final, p. 11 ; résolution du Parlement européen, « Législation sur les services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique », 20 octobre 2020 (2020/2018(INL)), principe général n° 57.

10 Sur la stratégie, voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

11 Pour une étude sur le sujet rédigée début 2020 (soit, avant même la proposition de règlement sur les services numériques), voy. A. de Streel *e.a.*, *Online Platforms' Moderation of Illegal Content Online*, Study for the Committee on Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020, pp. 15-39.

12 Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *J.O.*, L 277, 27 octobre 2022. Les obligations de modération imposées aux acteurs du numérique en vertu de ce règlement sont explicitées au point II, B), de la présente contribution.

13 Il s'agit de l'acronyme du règlement en langue anglaise, à savoir le « Digital Services Act ».

14 Voy. *infra*, n^os^ 9-21.

15 La présente contribution ne porte pas sur une analyse exhaustive des dispositions provenant des instruments verticaux. Pour une analyse plus approfondie des risques que posent les obligations de diligence imposées aux acteurs du numérique pour la liberté d'expression, nous renvoyons le lecteur à A. Michel,

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

6. Le cadre horizontal a récemment fait l'objet d'une large refonte avec l'adoption, fin 2022, du DSA. Jusqu'alors, la directive sur le commerce électronique[16] régissait les activités des prestataires de services de la société de l'information[17] sans pour autant contenir de dispositions spécifiques sur la modération des contenus[18]. Désormais, les services de la société de l'information restent soumis à la directive 2000/31/CE et le DSA ajoute des obligations de diligence – notamment au regard des pratiques de modération – pour certains d'entre eux, à savoir les fournisseurs de services intermédiaires en raison du rôle qu'ils jouent dans la diffusion de contenus illégaux[19]. À compter du 17 février 2024, date de l'entrée en application complète du texte, ce règlement constituera l'instrument clé régissant les activités de modération des contenus des acteurs du numérique.

Par ailleurs, relevons encore l'article 28*ter* inséré par la directive (UE) 2018/1808 au sein de la directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels[20]. La disposition soumet les plateformes de partage de vidéos en ligne à des obligations de diligence en matière de modération des contenus. Elles doivent ainsi mettre en place les mesures appropriées pour protéger les mineurs des contenus dommageables[21] et l'ensemble des utilisateurs de certains contenus illégaux[22]. Il pourrait s'agir notamment d'outils de signalement

«La régulation de la modération des contenus en ligne, une affaire de droits humains ?», *Rev. trim. dr. h.*, n° 133/2023, pp. 35-65.

16 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 («directive sur le commerce électronique»), *J.O.*, L 178, 17 juillet 2000.

17 La notion de «service de la société de l'information» est définie comme «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services». Chaque élément constitutif («à distance», «par voie électronique» et «à la demande individuelle d'un destinataire du service») fait également l'objet d'une définition légale. Voy. directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.*, L 241/1, 17 septembre 2015, art. 1, b).

18 Il s'agit d'un élément majeur de la *ratio legis* du règlement sur les services numériques. Le législateur de l'Union justifiait la nécessité de ce nouvel instrument par le fait que la directive sur le commerce électronique n'impose que des exigences de base en matière de transparence mais ne prévoit pas de véritables garanties procédurales pour encadrer les pratiques de modération des acteurs du numérique. Dès lors, même si les principes de la directive adoptée en 2000 demeurent essentiels, le législateur de l'Union avait à cœur de renforcer le cadre horizontal pour tenir compte des transformations générées en vingt ans au niveau de l'offre et de l'utilisation des services numériques. Ces transformations ont en effet conféré une nouvelle ampleur à la diffusion de contenus illégaux en ligne, justifiant l'élaboration de dispositions spécifiquement dédiées à la modération des contenus. Voy. proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2020 relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final (ci-après «proposition de règlement DSA»), pp. 4, 5 et 8.

19 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, cons. 5.

20 Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *J.O.*, L 303, 28 novembre 2018, article 1er, point 23 (insérant un article 28*ter* dans la directive 2010/13/UE).

21 Il s'agit des contenus audiovisuels susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des personnes mineures.

22 Il s'agit des contenus audiovisuels qui relèvent de certaines infractions pénales: les discours de haine racistes et xénophobes, l'incitation à la violence ou à la haine fondée sur un des motifs de discrimination de l'article 21 de la Charte visant un groupe de personnes ou un membre d'un groupe, la provocation publique à commettre une infraction terroriste ainsi que les infractions liées à la pédopornographie.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

de contenus, de vérification de l'âge et de contrôle parental ou encore de mesures de transparence ou de sensibilisation vis-à-vis du public voire des utilisateurs concernés.

7. Les instruments verticaux se multiplient et régissent également les activités de modération des acteurs du numérique.

Ainsi, pour les contenus protégés par un droit de propriété intellectuelle, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne qui n'ont, malgré qu'ils aient fourni leurs meilleurs efforts, pas pu obtenir l'autorisation des titulaires de droit pour la communication au public des œuvres protégées téléversées sur leurs services sont soumis à des obligations de modération[23]. Pour éviter de voir leur responsabilité engagée, ils doivent, entre autres, respecter le mécanisme de « notice and stay down » mis en place par l'article 17, paragraphe 4, de la directive (UE) 2019/790[24]. Cette disposition leur impose, dès la réception d'un signalement de contenu contrefaisant introduit par un titulaire (« notice »), de retirer ou de bloquer l'accès au contenu litigieux (« action ») et de fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher sa remise en ligne dans le futur (« stay down »)[25].

En outre, en vertu du règlement (UE) 2021/784 les hébergeurs doivent mettre en place des mesures spécifiques pour lutter contre la diffusion de contenus à caractère terroriste[26]. Outre l'établissement de mécanismes de signalement, la principale obligation de diligence qui leur est imposée est de retirer ou de bloquer l'accès au contenu litigieux dans l'heure qui suit la réception d'une injonction administrative ou judiciaire[27].

23 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, *J.O.*, L 130, 17 mai 2019, article 17, §§ 1 et 4.

24 Relevons que cette disposition a fait couler beaucoup d'encre quant à un potentiel « déséquilibre de principe » entre les droits impliqués, à savoir la liberté d'expression des internautes et les droits de propriété intellectuelle des titulaires. Si pour certains la disposition prévoit des garanties appropriées (E. Rosati, « La législation sur les services numériques et l'application du droit d'auteur : le cas de l'article 17 de la directive DSM », in M. Capello (éd.), *Décrypter la législation sur les services numériques*, coll. Iris Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2021, pp. 84-86), d'autres dénoncent les risques pour la liberté d'expression, notamment l'absence de prise en compte suffisante du principe de proportionnalité (G. Frosio et C. Geiger, « Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime », *European Law Journal*, 2022 (forthcoming), available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747756, p. 11 et pp. 22-23 ; A. Kuczerawy, « From "Notice and Take Down" to "Notice and Stay Down": Risks and Safeguards for Freedom of Expression », in G. Frosio (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, OUP, 2020, p. 541 ; A. Michel, « La régulation de la modération des contenus en ligne, une affaire de droits humains ? », *op. cit.*, pp. 49-50).

25 Directive (UE) 2019/790 précitée, article 17, § 4, spéc. point c).

26 Règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, *J.O.*, L 172, 17 mai 2021. Précisons qu'avant l'adoption du règlement portant spécifiquement sur les contenus en ligne, la directive (UE) 2017/541 exigeait déjà d'adopter l'ensemble des mesures nécessaires pour retirer ou pour bloquer l'accès efficacement aux contenus terroriste (voy. directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475, *J.O.*, L 88/6, 31 mars 2017).

27 Règlement (UE) 2021/784 précité, article 3, § 3. D'autres obligations de diligence régissent les activités de modération au sens large. On relève notamment l'insertion dans les conditions générales des mesures susceptibles d'être appliquées en cas de diffusion de contenus à caractère terroriste, le développement d'outils techniques et la désignation de ressources en personnel suffisantes pour la détection et pour la suppression de contenus, la transparence, la sensibilisation et l'établissement de mécanismes de recours.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

Relevons que trois propositions de règlement sont actuellement en discussion, destinées à venir renforcer le cadre vertical.

Pour les contenus à caractère pédopornographique, de nouvelles obligations de diligence sont envisagées à l'encontre des fournisseurs de services d'accès à Internet, de services d'hébergement et de services de communications interpersonnelles afin, selon les cas, de détecter, de signaler, de bloquer l'accès ou de retirer ces contenus illégaux[28]. Cette proposition liste, de manière particulièrement détaillée, les activités de modération de contenus en imposant notamment des obligations relatives à l'utilisation d'outils technologiques, à l'établissement de mécanismes de signalement et de réclamation, aux traitements des injonctions, à la mise en œuvre de garanties procédurales ou encore à la transparence[29].

La proposition de règlement relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique entend imposer aux éditeurs de ces contenus des obligations de transparence pour garantir l'identification de la publicité à caractère politique et l'information pertinente sur sa diffusion par des techniques de ciblage ou d'amplification[30]. Ils devront en particulier établir des mécanismes de signalement des publicités à caractère politique illicites[31]. Les acteurs du numérique auront à respecter ces obligations de diligence dans la mesure où ils sont susceptibles de diffuser, sur leurs services, des contenus publicitaires à caractère politique[32].

Last but not least, pour les contenus journalistiques, la proposition de règlement sur la liberté des médias contient des obligations de diligence supplémentaires pour les « très grandes plateformes en ligne »[33-34]. Lorsqu'elles souhaiteront suspendre la fourniture de service pour du contenu diffusé par des « fournisseurs de services de médias »[35] en invoquant des griefs de non-conformité avec les conditions générales sans pour autant que le contenu

28 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2022 établissant des règles en vue de prévenir et de combattre les abus sexuels sur enfants, COM(2022) 209 final, article 1, § 1, b) à d). Attirons tout de même l'attention sur le fait que, dans l'attente de l'adoption du texte, la directive 2011/93/UE impose déjà, plus généralement, d'adopter les mesures nécessaires pour retirer ou pour bloquer l'accès efficacement aux contenus à caractère pédopornographique (voy. directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, *J.O.*, L 335/1, 17 décembre 2011).

29 Proposition de règlement établissant des règles en vue de prévenir et de combattre les abus sexuels sur enfants précitée, spéc. articles 10, 14, 15, 16, 17 et 18.

30 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2021 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, COM(2021) 731 final, articles 7 et 12 et considérants 38, 41, 42 et 50.

31 Proposition de règlement relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique précitée, article 9 et considérant 45.

32 Nous renvoyons à cet égard à la définition de l'« éditeur de publicité à caractère politique », à savoir « une personne physique ou morale qui radiodiffuse de la publicité à caractère politique, la met à disposition par l'intermédiaire d'une interface ou la rend publique de toute autre manière, sur tout type de support » (voy. proposition de règlement relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique précitée, article 2, point 11).

33 Proposition de règlement du 16 septembre 2022 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur (législation européenne sur la liberté des médias) et modifiant la directive 2010/13/UE, COM(2022) 457 final.

34 Sur la définition de la notion de « très grandes plateformes en ligne », voy. *infra*, n° 9.

35 Il s'agit de « la personne physique ou morale dont l'activité professionnelle consiste à fournir un service de médias [fourniture de programmes ou de publications de presse au grand public dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer], qui assume la responsabilité éditoriale du choix du contenu du service de médias et qui détermine la manière dont il est organisé »

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

litigieux ne contribue aux risques systémiques énumérés dans le DSA[36], elles devront mettre en place « toutes les mesures possibles » pour que ce fournisseur reçoive la motivation de la décision avant que la suspension de service ne soit effective[37]. Les très grandes plateformes en ligne se verront également imposer l'obligation d'entamer « un dialogue constructif et effectif » à la demande du fournisseur de services de médias lorsque ce dernier estimera se voir fréquemment imposer à tort des mesures de restriction ou de suspension de services afin de dégager une solution amiable[38].

B. De l'autorégulation à la corégulation[39]

8. À la suite d'une enquête lancée en 2017, révélant que sur les 3.000 réponses reçues, 97 % des répondants estimaient avoir déjà été confrontés aux *fake news*[40], la Commission européenne a nommé un « Groupe d'experts de haut niveau sur le phénomène de la désinformation en ligne » (*High Level Group on fake news and online disinformation*), chargé de produire des recommandations en la matière. Le rapport du groupe d'experts de janvier 2018[41] plaidait en faveur d'une autorégulation contrôlée. Ce rapport a largement inspiré la position exprimée dans la communication « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne »[42]. Dans cet esprit, la Commission européenne a organisé la réunion dite « Multistakehoders »[43], soit les plus importants acteurs du numérique (Facebook, Google, Twitter, Mozilla, rejoints par Microsoft et TikTok), les annonceurs ainsi que l'industrie publicitaire. Ces acteurs, sans attendre d'autres initiatives de la Commission, ont adopté, en suivant la voie d'une autorégulation pure ou quasi pure, le « Code de bonnes pratiques contre la désinformation ».

La Commission européenne n'aura d'autre choix que d'approuver, en septembre 2018[44], cette autorégulation à peine contrôlée. L'expé-

(proposition de règlement sur la liberté des médias précitée, article 2, points 1 et 2. Indiquons que les très grandes plateformes en ligne doivent mettre en place un système permettant aux fournisseurs de services de médias de se signaler et de déclarer qu'ils jouissent d'une indépendance éditoriale et qu'ils se conforment à des exigences spécifiques au regard de leur responsabilité éditoriale, que ces exigences découlent de la régulation, de la corégulation ou de l'autorégulation, proposition de règlement sur la liberté des médias précitée, article 17, § 1, et considérant 33).

36 À propos des risques systématiques et des exigences imposées par le DSA, voy. *infra*, n° 19.

37 Proposition de règlement sur la liberté des médias précitée, article 17, § 2.

38 Proposition de règlement sur la liberté des médias précitée, article 17, § 4, et considérant 35.

39 Sur ce point et les définitions des termes « autorégulation » et « corégulation », voy. Conseil de l'Europe, « Modération de contenus : Meilleures pratiques en vue de la mise en place de cadres juridiques et procéduraux efficaces pour les mécanismes d'autorégulation et de corégulation de la modération de contenu », note d'orientation adoptée par le Comité directeur sur les médias et la société de l'information, 19-21 mai 2021, disponible sur https://rm.coe.int/content-moderation-fr/1680a40294).

40 Commission européenne, *Synopsis report of the public consultation on fake news and online disinformation*, 26 avril 2018.

41 European Commission (Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology), *A multi-dimensional approach to disinformation: Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

42 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne », COM(2018) 236 final, 26 avril 2018.

43 « The Multistakeholder Forum on Disinformation comprises two different and autonomous groups. On the one hand, major online platforms ad exchanges and their trade associations, the advertisers and agencies' associations and the European advertising self-regulatory body ("the Working Group"), and on the other hand representatives of the media, civil society, fact checkers and academia ("the Sounding Board") ».

44 Commission européenne (DG Connect), « Code of Practice on Disinformation », 26 septembre 2018, mis à jour le 31 janvier 2023, disponible en ligne sur https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

rience de deux ans et l'absence de résultats significatifs l'amènent à imposer des lignes directrices contraignantes au titre évocateur « visant à renforcer le Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation »[45], dans lesquelles doivent s'inscrire les chartes et autres codes de conduite des opérateurs privés de ces plateformes[46]. Ce texte, dans la ligne d'une corégulation dite descendante[47] désormais régulièrement suivie par l'Union européenne, marque une intervention plus proactive de l'acteur public européen dans ce domaine et aboutira à l'adoption du règlement sur les services numériques, qui renvoie largement aux codes de conduite[48]. Sans doute,

45 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Orientations de la Commission européenne visant à renforcer le code européen de bonnes pratiques contre la désinformation », 26 mai 2021, COM(2021) 262 final.

46 Ainsi, nous relevons, parmi d'autres, les points suivants :
- la nécessité de développer des services évitant toute manipulation des personnes vulnérables et de prendre des mesures contre les comportements manipulateurs qui pourraient être offerts via les plateformes. Les lignes directrices ajoutent l'obligation des plateformes de publier la politique suivie à cet égard ;
- l'obligation de donner les moyens d'agir aux utilisateurs s'ils sont victimes de messages illicites ou violents, mais également de mettre à la disposition des utilisateurs des mesures technologiques permettant de vérifier l'authenticité, l'exactitude et l'origine de l'information ;
- la responsabilisation quant aux systèmes de recommandation ou de sélection mis en place par l'engagement à rendre les systèmes de recommandation transparents en ce qui concerne les critères utilisés pour hiérarchiser ou déprioriser les informations, avec la possibilité pour les utilisateurs de personnaliser les algorithmes de classement ;
- l'obligation d'avertir les utilisateurs en cas d'interaction avec de la désinformation et de la mésinformation ;
- le renforcement des moyens d'agir de la communauté des chercheurs et des vérificateurs de faits par l'accès aux données et l'obligation de coopérer et la garantie d'utiliser voire d'intégrer la référence aux services des vérificateurs de faits dans les services offerts par ces opérateurs.

On note combien les « lignes directrices » rejoignent le contenu des prescrits du règlement européen sur les services numériques.

47 Cette corégulation descendante est celle que, dès 2003, les autorités européennes avaient souhaité dans le cadre de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (*J.O.C.E.*, C 321, 31 décembre 2003, pp. 1-5). L'article 18 de l'accord définissait la corégulation comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ». Sur cette notion, la distinction entre autorégulation, corégulations ascendante et descendante, voy. Y. Poullet, « Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation" : une nouvelle approche ? », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 173 ; Y. Poullet, « How to regulate Internet?: New Paradigms for Internet Governance », in J. Berleur *e.a.* (éd), *Variations sur le droit de la société de l'information*, coll. Cahiers du CRID, n° 20, Bruxelles, Académia Bruylant, 2002, pp. 130 et s.

48 À ce propos, voy. les articles 44 (normes), 45 (codes de conduite), 46 (codes de conduite pour la publicité en ligne) et 47 (codes de conduite relatifs à l'accessibilité). L'article 45 mérite d'être cité : « La Commission et le comité encouragent et facilitent l'élaboration de codes de conduite volontaires au niveau de l'Union pour contribuer à la bonne application du présent règlement, en tenant compte notamment des difficultés spécifiques à surmonter pour faire face à différents types de contenus illicites et de risques systémiques […] Lorsqu'un risque systémique important au sens de l'article 34, paragraphe 1, apparaît et concerne plusieurs très grandes plateformes en ligne ou très grands moteurs de recherche en ligne, la Commission peut inviter les fournisseurs des très grandes plateformes en ligne concernées ou les fournisseurs des très grands moteurs de recherche en ligne concernés, et d'autres fournisseurs de très grandes plateformes en ligne, de très grands moteurs de recherche en ligne, de plateformes en ligne et d'autres services intermédiaires, selon qu'il convient, ainsi que les autorités compétentes concernées, des organisations de la société civile et d'autres parties prenantes concernées, à participer à l'élaboration de codes de conduite […] En donnant effet aux paragraphes 1 et 2, la Commission et le comité, ainsi que d'autres organes s'il y a lieu, s'efforcent de garantir que les codes de conduite établissent clairement leurs objectifs spécifiques, contiennent des indicateurs clés de performance pour mesurer la réalisation de ces objectifs et tiennent dûment compte des besoins et

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

eût-il été utile que soit mieux précisée la relation entre les lignes directrices, qui certes ne visent que les plateformes et les moteurs de recherche, et le règlement de 2022 à peine postérieur.

II. LA MODÉRATION DES CONTENUS ET LE RÈGLEMENT (UE) 2022/2065 SUR LES SERVICES NUMÉRIQUES

9. Le DSA, pièce majeure du cadre européen horizontal, instaure un ensemble de règles harmonisées pour la fourniture de services intermédiaires, notamment des obligations de diligence pour la modération (B) des contenus illégaux et dommageables (A)[49].

Ratione personae, sont plus précisément visés les fournisseurs de service de simple transport, de mise en cache et d'hébergement, en ce compris les plateformes en ligne et les très grandes plateformes en ligne[50]. Dès lors qu'un fournisseur propose son service intermédiaire à des utilisateurs[51] sur le territoire de l'Union européenne, il tombe sous le coup de ces dispositions[52]. Le critère est donc celui de la localisation de l'utilisateur et non pas du fournisseur de service intermédiaire. Ce dernier aura à se conformer aux exigences du règlement même s'il ne possède pas d'établissement sur le territoire d'un État membre[53].

des intérêts de toutes les parties intéressées, et en particulier des citoyens, au niveau de l'Union […] La Commission et le comité évaluent si les codes de conduite satisfont aux objectifs spécifiés aux paragraphes 1 et 3, et contrôlent et évaluent régulièrement la réalisation de leurs objectifs, en tenant compte des indicateurs clés de performance qu'ils pourraient contenir. Ils publient leurs conclusions. La Commission et le comité encouragent et facilitent également le réexamen régulier et l'adaptation des codes de conduite. En cas de non-respect systématique des codes de conduite, la Commission et le comité peuvent inviter les signataires desdits codes à prendre les mesures qui s'imposent ». Ainsi, l'article 45 institue une corégulation qui doit assurer que les codes de conduite soient légitimes (participation de toutes les parties intéressées), conformes au règlement, évolutifs et transparents.

49 Bien que la présente contribution se concentre sur les obligations de diligence applicables à la modération des contenus, relevons que le règlement contient trois axes : (i) le régime exonératoire de responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires par rapport au contenu sur lequel ils n'ont aucun contrôle éditorial (précédemment contenu dans la directive sur le commerce électronique), (ii) les obligations de diligence imposées, selon une approche graduelle, aux fournisseurs de services intermédiaires, et (iii) le cadre assurant la mise en œuvre et le contrôle de l'application du DSA (notamment, des règles pour la coordination et la coopération entre les autorités compétentes) (voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 1, § 2, *a* à *c*).

50 Ces différents acteurs du numérique sont définis dans le texte (voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, *g*, *i* et *j*). Notons par ailleurs qu'entre la proposition et le texte adopté, les moteurs de recherche ont été explicitement ajoutés. Une incertitude demeure néanmoins sur leur qualification au regard de ces catégories : constituent-ils un service intermédiaire à part entière comme le sous-entend la définition contenue à l'article 2, j), ou peuvent-ils être qualifiés d'hébergeurs puisque les « services de référencement payant » sont listés parmi les exemples de services d'hébergement par le considérant 29 ? La différence de qualification dépend-elle du caractère payant du service ? Quoi qu'il en soit, cette incertitude est regrettable et rend l'identification des obligations de diligence applicables aux moteurs de recherche complexe.

51 Pour la précision, indiquons que le DSA retient la notion de « destinataire du service » en la définissant par l'action d'« utiliser » un service, raison pour laquelle nous préférons employer le terme d'« utilisateur » (voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, *b*).

52 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 2, § 1, et considérants 7 et 8.

53 En transposant ici l'approche retenue par le règlement général sur la protection des données et par le futur règlement sur l'intelligence artificielle, le législateur pallie les lacunes dans le champ d'application territorial de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique qui permettent aux prestataires établis en dehors de l'Union d'échapper aux exigences imposées pour la fourniture de services de la société de l'information.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

A. Des contenus illégaux… aux contenus dommageables

10. Si l'article 1er listant les objectifs n'est pas explicite à cet égard, la lutte contre la diffusion en ligne de contenus illégaux constitue le point de mire du DSA[54]. Défini comme « toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit »[55], le législateur adopte, de manière critiquable[56], une acception extrêmement large du « contenu illicite ». La palette de contenus susceptibles d'être visés est considérable puisque l'illégalité peut se matérialiser par le biais d'une information portant sur un contenu, un produit, un service ou une activité et qu'elle s'apprécie tant au niveau du droit de l'Union que du droit national et de la législation horizontale ou sectorielle. Il en va ainsi des discours de haine et des contenus discriminatoires illégaux, des contenus à caractère pédopornographique ou à caractère terroriste, de l'utilisation abusive des services dans le cadre d'infractions pénales, de contenus contrefaisants et de la vente de contrefaçons, du partage illégal d'images privées sans consentement (par exemple, le *revenge porn*), du harcèlement en ligne, de la diffusion de contenus publicitaires illégaux, de la vente de produits non conformes ou dangereux, de la commercialisation illégale d'animaux ou encore d'activités constituant des infractions à la législation en matière de protection des consommateurs[57].

11. Au-delà des contenus illégaux qui sont, à de nombreuses reprises, mentionnés dans le texte, le DSA tient aussi compte, dans une moindre mesure, des contenus dommageables. Les considérants énoncent en ce sens que les services intermédiaires jouent « [un] rôle dans l'intermédiation et la diffusion d'informations et d'activités illégales *ou susceptibles de nuire* » ou encore que le DSA lutte « contre la diffusion de contenus illicites en ligne et *contre les risques pour la société que la diffusion d'informations trompeuses ou d'autres contenus peuvent produire* […] »[58].

Le texte ne contient néanmoins aucune définition légale du « contenu dommageable ». Nous pouvons le décrire comme un contenu qui, tout en se conformant aux dispositions légales

54 D'ailleurs, le considérant 5 mentionne que le DSA « devrait s'appliquer aux fournisseurs de services intermédiaires […] dès lors que la croissance exponentielle du recours à ces services, principalement à des fins légitimes et socialement bénéfiques de toute nature, a également accru leur rôle dans *l'intermédiation et la diffusion d'informations et d'activités illégales* ou susceptibles de nuire » (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérant 5). Voy. égal. le considérant 9 : « Le présent règlement harmonise pleinement les règles applicables aux services intermédiaires dans le marché intérieur dans le but de garantir un environnement en ligne sûr, prévisible et de confiance, *en luttant contre la diffusion de contenus illicites en ligne* et contre les risques pour la société que la diffusion d'informations trompeuses ou d'autres contenus peuvent produire, et dans lequel les droits fondamentaux consacrés par la Charte sont efficacement protégés et l'innovation est facilitée […] » (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérant 9). Nous soulignons.

55 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, h), et considérant 12.

56 Avant l'adoption définitive du texte, certains auteurs avaient tiré la sonnette d'alarme sur les risques pour la liberté d'expression d'une trop large notion de « contenu illicite » et avaient plaidé pour une définition exhaustive des catégories de contenus illégaux visées par le règlement (voy. not. G. Frosio et C. Geiger, *op. cit.*, pp. 4, 20, 37 et 38).

57 Pour des exemples, voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 12 et 80. Cette variété d'exemples s'explique par le fait que le règlement complémente la directive sur le commerce électronique dont le champ d'application vise l'ensemble des opérations économiques résultant de l'usage d'Internet.

58 Règlement sur les services numériques précité, considérants 5 et 9. Nous soulignons.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

en vigueur, est susceptible de « causer un préjudice »[59]. À nouveau ici, le champ est vaste, d'autant que la détermination du caractère dommageable d'un contenu est fortement liée aux circonstances de l'espèce, aux valeurs culturelles et à la perception propre à chaque individu. La désinformation, sauf si le message constitue un acte illicite (diffamation, appel à la violence, attaques de cybersécurité ou encore infractions de criminalité informatique), constituerait l'exemple même de contenu dommageable, à tout le moins au niveau du droit de l'Union[60].

Comme nous le verrons[61], les contenus dommageables sont principalement visés par l'entremise des obligations d'évaluation et d'atténuation des risques systémiques pour les très grands acteurs du numérique. À cet égard, le considérant 84 précise que « lors de l'évaluation des risques systémiques recensés dans le présent règlement, ces fournisseurs [en l'occurrence, les très grandes plateformes] devraient également se concentrer sur les informations *qui ne sont pas illicites mais alimentent les risques systémiques* recensés dans le présent règlement. Ces fournisseurs devraient accorder une attention particulière à la manière dont leurs services sont utilisés pour diffuser ou amplifier *des contenus trompeurs ou mensongers*, et *notamment la désinformation* »[62]. Il est clair que si la désinformation ne constitue pas en soi un message illicite, sa modération pourrait cependant, en certaines circonstances, être légitime[63]. Ainsi, le règlement permet d'agir contre les contenus dommageables par l'application des conditions générales[64], considérées dès lors comme une base légitime de modération. Cette dernière affirmation mérite cependant des nuances.

Si l'inclusion des contenus dommageables dans le champ du DSA peut de prime abord paraître anecdotique, elle a une incidence forte au regard du droit à la liberté d'expression. En raison de leur nature intrinsèquement différente – l'un bénéficiant de la protection par la liberté d'expression alors que l'autre pas – les contenus dommageables et les contenus illé-

59 Pour une proposition de définition, voy. A. Michel, « Le discours de haine : à propos d'une notion aux contours insaisissables », in J. Englebert (coord.), *La régulation des contenus haineux sur les réseaux sociaux*, coll. débats & droit, Limal, Anthemis, 2022, p. 23 : « contrairement aux contenus illégaux, le contenu dommageable se conforme aux dispositions en vigueur. Néanmoins, bien que légal [il] est susceptible de heurter les sentiments de certaines personnes (généralement, les plus vulnérables comme les mineurs), les valeurs (démocratiques, culturelles ou religieuses) ou la société dans son ensemble. Un contenu peut également s'avérer dommageable en raison d'un contexte particulier, à l'instar d'un climat politique ou social tendu ».

60 Au niveau du droit de l'Union, la désinformation au sens strict est un contenu « légal mais dommageable ». Dans certains États membres, un contenu légal dans les autres pays peut être considéré comme illégal en vertu du droit national. Nous pouvons notamment citer la France avec les contenus de désinformation en période électorale. Voy. loi organique française n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *J.O.R.F.*, 23 décembre 2018.

61 Voy. *infra*, n° 19.

62 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérant 84. Nous soulignons.

63 Sur cette problématique, l'explication de l'importance et des dangers de la désinformation sur les réseaux et la nécessité de définir la désinformation de manière restrictive, voy. N. Bontridder et Y. Poullet, « La *cancel culture*, la technologie et le rôle des plateformes à l'aune de la liberté d'expression », *J.T.*, 2022, pp. 657 et s.

64 Les termes employés par la disposition exigeant la fourniture d'un exposé des motifs en cas d'imposition d'une restriction sont particulièrement éclairants à cet égard : « Les fournisseurs de services d'hébergement fournissent à tous les destinataires du service affectés un exposé des motifs clair et spécifique pour l'une ou l'autre des restrictions […] imposées au motif que les informations fournies […] constituent un contenu illicite *ou sont incompatibles avec leurs conditions générales* […] » (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 17, § 1). Nous soulignons. Voy. égal. la définition de la notion de « modération des contenus » (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, art. 3, *t*).

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

gaux ne peuvent dès lors pas faire l'objet des mêmes mesures[65]. Un doute subsiste toutefois quant à une réelle mise en place, par le règlement, de garanties appropriées permettant aux acteurs du numérique de mener à bien une telle « approche différenciée ».

12. En conclusion, si l'on peut rapidement identifier que les acteurs du numérique sont libres, sous réserve de ce qui sera dit plus loin (voy. *infra*, n° 27), de définir les catégories de contenus dommageables dans les conditions d'utilisation de leur service, ils exercent également le rôle de juge dans l'appréciation du caractère illicite d'un contenu[66].

B. Le régime encadrant les obligations de modération des contenus

13. Avant de s'intéresser aux principales exigences du DSA, il importe de préciser ce que recouvre la notion de modération des contenus.

De prime abord, elle fait songer aux pratiques radicales de retrait et de blocage d'accès. La thématique est toutefois bien plus étendue. À cet égard, le DSA adopte une acception extrêmement large de la notion de « modération des contenus ». Cette dernière recouvre ainsi « les activités, qu'elles soient automatisées ou non, entreprises par des fournisseurs de services intermédiaires qui sont destinées, en particulier, à détecter et à identifier les contenus illicites ou les informations incompatibles avec leurs conditions générales, fournis par les destinataires du service, et à lutter contre ces contenus ou ces informations, y compris les mesures prises qui ont une incidence sur la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus ou [de] ces informations, telles que leur rétrogradation, leur démonétisation, le fait de rendre l'accès à ceux-ci impossible ou leur retrait, ou qui ont une incidence sur la capacité des destinataires du service à fournir ces informations, telles que la suppression ou la suspension du compte d'un destinataire »[67].

Les mesures de modération peuvent donc impacter l'existence, la disponibilité, la visibilité, l'accessibilité, la facilité de recherche ou encore la prééminence d'un contenu en ligne. Il peut s'agir de mesures fortes telles que le retrait de contenus, le blocage d'accès, le déclassement, la limitation d'accès pour certains utilisateurs, la suppression ou la suspension du compte d'un utilisateur ou de sa possibilité de fournir du contenu ou encore le blocage d'un utilisateur sur une communauté en ligne à son insu. Des mesures plus souples comme la démonétisation, la priorisation ou la rétrogradation dans les systèmes de classement ou de recommandation, le signalement (« flagging ») ou l'étiquetage de contenus (« tagging »), la transparence, l'autonomisation des utilisateurs, la sensibilisation, l'éducation aux médias ou encore le contre-discours rentrent aussi dans la notion.

La modération des contenus occupe une place centrale au sein du règlement. De nombreuses dispositions s'appliquent donc, directement ou indirectement, aux pratiques de modération.

65 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Contenu illégal et préjudiciable sur Internet », 16 octobre 1996, COM(96) 487 final, p. 10 ; communication de la Commission, « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne » précitée, p. 4.

66 La formulation empruntée par les considérants dédiés au mécanisme de signalement des contenus est assez révélatrice : « Il est important que tous les fournisseurs de service d'hébergement […] mettent en place des mécanismes […] qui permettent de notifier […] les éléments d'information spécifiques que la partie notifiante considère comme un contenu illicite ("notification"), notification à la suite de laquelle [le] *fournisseur peut décider s'il est d'accord ou non* avec cette évaluation *et s'il souhaite ou non* retirer ce contenu ou rendre l'accès à ce contenu impossible ("action") » (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérant 50). Nous soulignons.

67 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, t), et considérant 55.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

14. Pour lutter contre la diffusion de contenus illégaux, le législateur de l'Union a opté pour une approche graduelle[68]. Les obligations de diligence imposées aux acteurs du numérique sont progressivement renforcées à mesure que le risque de rencontrer du contenu illicite sur un service s'accentue en tenant compte de la taille, des spécificités et des moyens de chaque acteur : alors qu'un socle d'obligations minimales s'applique à l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires, des obligations additionnelles sont tour à tour ajoutées pour les hébergeurs, les plateformes en ligne et les très grandes plateformes en ligne.

Les obligations encadrant les pratiques de modération visent plus particulièrement ces dernières catégories d'acteurs en raison des caractéristiques propres à leurs services. Dans le cadre du présent commentaire, l'ensemble du texte nous intéresse puisque le service de partage de vidéos YouTube a été désigné le 25 avril 2023 comme « très grande plateforme en ligne »[69]. Le service rassemble une moyenne mensuelle de 401,7 millions d'utilisateurs actifs sur le territoire de l'Union, soit plus de 80 % des citoyens européens[70].

15. Tout d'abord, pour l'ensemble des fournisseurs de services intermédiaires, des exigences viennent encadrer la rédaction des conditions générales et leur application. Les restrictions à l'utilisation du service doivent y être renseignées, notamment les politiques, les procédures, les mesures et les outils utilisés à des fins de modération des contenus, y compris la prise de décision fondée sur des algorithmes et le réexamen par un être humain[71].

Dans l'application de ces restrictions, les fournisseurs de services doivent agir avec diligence, objectivité et proportionnalité[72]. Le législateur insiste d'ailleurs sur le respect des droits et des intérêts légitimes de l'ensemble des parties prenantes (en ce compris, la liberté d'expression, la liberté de la presse et le pluralisme des médias), sans pour autant guider les acteurs du numérique pour ce faire[73]. Certes, le considérant 47 les invite à tenir compte « des normes internationales pertinentes en matière de protection des droits de l'homme » en citant, en guise d'exemple, de manière surprenante, les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, un instrument non contraignant qui fournit de vagues indications aux entreprises privées

68 Sur l'approche graduelle, voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 13, 19, 40, 41, 75 et 76.

69 Commission européenne, « Règlement sur les services numériques : la Commission désigne une première série de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne », communiqué de presse du 25 avril 2023, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_2413. La catégorie des « très grands acteurs » vise les plateformes en ligne et les moteurs de recherche qui rassemblent un nombre mensuel moyen d'utilisateurs actifs qui représente au moins 10 % de la population de l'Union, soit pour l'instant un seuil de 45 millions (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 24, § 2, et 33, § 1, et considérants 75-78). Dans l'affaire commentée, le juge statuant avant dire droit a soulevé la puissance de YouTube sur le débat public. Voy. Trib. entr. Bruxelles (cess., 9e ch.), 8 novembre 2021 précité, point 22 : « On peut par ailleurs admettre que YouTube est devenu un "forum public incontournable" pour les communications par vidéo […] ».

70 À ce propos, voy. le rapport de transparence de Google sur le nombre moyen mensuel d'utilisateurs actifs pour le service YouTube (« Information about Monthly Active Recipients under the Digital Services Act (EU) », 16 février 2023).

71 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 14, § 1, et considérant 45. Ces conditions générales doivent également détailler les modalités applicables au système interne de traitement des réclamations, aux comportements abusifs ou aux systèmes de recommandation (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 23, § 4, et 27, § 1).

72 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 14, § 4.

73 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 47, 51 et 52.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

pour se conformer aux exigences des droits fondamentaux. Ce simple renvoi n'éclairera donc guère davantage les acteurs du numérique, la doctrine ayant déjà mis en exergue les obstacles existants à l'implémentation des standards internationaux des droits humains au cœur des pratiques de modération[74]. La réflexion autour de la conformité de ces pratiques avec les droits fondamentaux n'en est en effet qu'à ses balbutiements et un travail colossal demeure, surtout au regard de l'application de la condition de proportionnalité de l'ingérence dans la liberté d'expression[75].

16. Le législateur de l'Union donne ensuite aux plateformes en ligne les moyens de se prémunir contre les comportements abusifs et ce, dans le respect de l'article 8 du DSA qui interdit la surveillance générale pro-active du service. Les comportements visés recouvrent tant la fourniture fréquente de contenus manifestement abusifs que l'introduction fréquente de notifications et de réclamations manifestement infondées[76]. Après avertissement préalable, l'utilisateur pourrait ainsi se voir imposer, pour une période raisonnable et au cas par cas, une mesure de suspension de service (possibilité de poster un contenu, de soumettre une notification ou d'introduire une réclamation)[77].

17. Les hébergeurs ont quant à eux l'obligation de mettre en place un « mécanisme de notification et d'action » pour permettre le signalement, par voie électronique, de contenus présumés illicites voire dommageables[78-79]. Pour garantir un traitement rapide et efficace des signalements, le règlement liste les informations à introduire par le notifiant, notamment (i) son nom et son adresse de courrier électronique (sauf pour le contenu à caractère pédopornographique), (ii) une explication étayée des raisons pour lesquelles il considère le contenu illicite, (iii) une indication claire de son emplacement exact (par exemple, l'URL) et toute information complémentaire nécessaire à son identification, et (iv) une attestation sur l'honneur par laquelle il déclare, de bonne foi, que les informations fournies sont exactes et complètes[80].

Les hébergeurs traitent les signalements et prennent leurs décisions en temps opportun avec diligence, objectivité et proportionnalité, tout en veillant au respect des droits et des intérêts en présence[81]. Le considérant 51

74 E. Douek, « The Limits of International Law in Content Moderation », *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, 2021, pp. 51 à 66 ; Article 19, « Social Media Councils: One piece in the puzzle of content moderation », pp. 6 et 22, disponible sur https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/10/A19-SMC.pdf ; A. Michel, « La régulation de la modération des contenus en ligne, une affaire de droits humains ? », *op. cit.*, pp. 60-62. Pour guider les États dans l'élaboration du cadre applicable à la modération des contenus en ligne, le Conseil de l'Europe a élaboré une note d'orientation (voy. Conseil de l'Europe, « Modération de contenus : Meilleures pratiques en vue de la mise en place de cadres juridiques et procéduraux efficaces pour les mécanismes d'autorégulation et de corégulation de la modération de contenu », *op. cit.*).

75 A. Michel, *ibid.*, p. 65.

76 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 23 et considérant 63. Le caractère « manifeste » de l'illicéité, du non-respect des conditions générales ou de l'absence de fondement de la notification ou de la réclamation doit être évident pour un profane, sans entreprendre la moindre analyse de fond.

77 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 23, §§ 1-4 et considérant 64.

78 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 16, § 1, et considérants 50 et 53.

79 Le doute est permis : en effet si le considérant 64 mentionne les contenus illicites, il fait néanmoins référence à la liberté contractuelle des plateformes et précise que ces règles ne les empêchent pas d'aller plus loin ou d'adopter d'autres mesures, conformément à leurs conditions générales, dont précisément nous avons vu qu'elles peuvent viser tant les contenus illicites que dommageables.

80 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 16, § 2, et considérant 53.

81 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 16, § 6, et considérant 52.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

insiste tout particulièrement sur la proportionnalité des mesures de modération : « toute mesure prise par un fournisseur de services d'hébergement à la suite de la réception d'une notification devrait être strictement ciblée, au sens où elle devrait servir à retirer des éléments d'information spécifiques considérés comme constituant un contenu illicite ou à rendre l'accès à ceux-ci impossible, sans porter indûment atteinte à la liberté d'expression et d'information des destinataires du service »[82]. Au niveau du délai pour la prise de décision, tout en admettant les divergences inhérentes aux circonstances de l'espèce, les hébergeurs devraient réagir rapidement, en prenant en compte le type de contenus et l'urgence à agir[83]. Par exemple, une réaction sans délai est nécessaire face à du contenu constituant une menace pour la vie ou pour la sécurité des personnes[84]. On pourrait aussi légitimement s'attendre à une telle réaction pour du contenu pédopornographique. Les plateformes en ligne doivent de surcroît adopter les mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour que les notifications introduites par des « signaleurs de confiance »[85] soient prioritaires et fassent l'objet d'une décision dans les meilleurs délais[86].

D'autres garanties procédurales entourent le traitement des signalements, comme la transparence sur l'utilisation d'outils automatisés ou le fait d'accuser réception dans les meilleurs délais, d'informer le notifiant lorsque l'hébergeur ne possède pas les capacités techniques ou organisationnelles pour agir ou lorsqu'il a pris une position quant au contenu[87].

18. Ensuite, les hébergeurs sont contraints de fournir un « exposé des motifs » lorsqu'ils adoptent une mesure de modération qui

82 Règlement sur les services numériques précité, considérant 51. Au niveau du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a déjà permis de mettre en lumière l'application de la condition de nécessité de l'ingérence dans les pratiques de retrait de contenus ou de blocage d'accès. En 2020, dans une série d'arrêts contre la Russie, la Cour a, à chaque fois, conclu à la violation de l'article 10 de la Convention en raison du caractère disproportionné de la mesure imposée et de l'absence de garanties appropriées. Plus précisément, ces affaires portaient sur (i) le blocage d'un site *web* en entier sans spécification de la page *web* problématique (Cour eur. D.H., 23 juin 2020, arrêt *OOO Flavus et autres c. Russie*, req. nos 12468/15 et autres), (ii) le blocage d'un site *web* en entier en raison d'un seul contenu problématique (Cour eur. D.H., 23 juin 2020, arrêt *Bulgakov c. Russie*, req. no 20159/15), *(iii)* le blocage collatéral de sites *web* partageant la même adresse IP qu'un site *web* diffusant du contenu illégal (Cour eur. D.H., 23 juin 2020, arrêt *Vladimir Kharitonov c. Russie*, req. no 10795/14), et (iv) la menace de bloquer totalement un site *web* à défaut de retirer certains contenus (Cour eur. D.H., 23 juin 2020, arrêt *Engels c. Russie*, req. no 61919/16). Sur ces affaires, voy. A. Michel et Q. Van Enis, « Médias, liberté d'expression et nouvelles technologies [Chronique de jurisprudence 2018-2020] », *R.D.T.I.*, no 82-83/2021, pp. 111-113. Sur le blocage total d'accès à un site *web* « par ricochets » et la condition de légalité, voy. égal. Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. no 3111/10.

83 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 52, 62 et 87.

84 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérant 52.

85 Un signaleur de confiance est une entité qui agit dans un domaine d'expertise précis. Il pourrait s'agir d'Europol, des unités de signalement des contenus sur Internet des autorités répressives nationales, des membres du réseau INHOPE, d'organisations chargées du signalement des discours de haine ou des associations professionnelles qui représentent les intérêts de leurs membres. Le DSA explicite la procédure et les conditions à remplir pour prétendre à ce statut (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 22, §§ 2, 4, 5 et 8 et considérant 61).

86 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 22, § 1, et considérants 61 et 62. Le traitement prioritaire des notifications introduites par des signaleurs de confiance ne porte pas préjudice à l'obligation de traiter et de prendre position sur les autres notifications avec diligence et en temps utile.

87 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 16, §§ 4 et 5, et considérants 51-52.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

entache la visibilité ou la monétisation d'un contenu ou qui porte sur la suspension ou la suppression de compte ou de certaines fonctionnalités du service[88].

Véritable garantie procédurale de la liberté d'expression, l'« exposé des motifs » a pour but d'informer de la mesure prise et de la justifier[89]. Il doit parvenir aux utilisateurs « affectés » au plus tard le jour où la restriction est « imposée », peu importe que la mesure fasse suite à une notification ou à une enquête volontaire ou qu'elle vise un contenu illégal ou incompatible avec les conditions générales[90]. D'une part, même si on aurait pu souhaiter une meilleure prise en compte de la liberté d'information de l'ensemble des internautes, l'utilisateur « affecté » semble ne viser que l'auteur du contenu (ou la personne qui l'a diffusé) et, éventuellement, une partie tierce qui serait directement impactée par la décision. Sur ce point, la vision du Conseil de l'Europe semble davantage protectrice de la liberté d'information. Dans sa jurisprudence relative aux garanties procédurales qui doivent entourer les mesures de retrait et de blocage, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà montrée attentive au fait que toute personne puisse se rendre compte qu'une mesure de modération a été appliquée et comprendre sa raison d'être (notamment, en accédant au texte de la décision de modération étayant les motifs de la mesure et en étant informée des voies de recours disponibles)[91]. D'autre part, la formulation « au plus tard à compter de la date à laquelle la restriction est imposée » sème le trouble. Le législateur vise-t-il la date d'adoption de la décision ou la date à laquelle la mesure est effective ? Une lecture utile du texte commande, à tout le moins, de fournir l'exposé des motifs au plus tôt lorsque la mesure est décidée et au plus tard lorsque la mesure est effectivement appliquée, tout en gardant à l'esprit les effets négatifs qu'une latence dans l'information de l'utilisateur peut avoir sur son droit à un recours effectif.

19. Les services offerts par de très grands acteurs, à l'instar de YouTube, génèrent des risques d'une ampleur significative pour la société, notamment au regard de la sécurité en ligne et de la formation de l'opinion publique et du discours[92]. Les très grandes plateformes en ligne sont contraintes d'évaluer et d'atté-

88 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 17, §§ 1, 2 et 5, et considérants 54, 55 et 64. L'exposé des motifs n'est toutefois pas obligatoire si l'hébergeur ne possède pas les coordonnées de l'utilisateur affecté ni si le contenu litigieux est un contenu commercial trompeur et de grande diffusion transmis par manipulation intentionnelle du service (bots, faux comptes…). Pour les mesures qui découlent d'une injonction émise par une autorité nationale, une justification de la mesure est déjà exigée dans la rédaction de l'injonction.

89 Le DSA liste d'ailleurs les mentions qui doivent obligatoirement être insérées. Il s'agit de (i) la mesure décidée, sa durée et son champ d'application territorial, (ii) les faits et les circonstances entourant l'adoption de la décision, notamment le point de savoir si la mesure découle d'un signalement ou d'une enquête volontaire ainsi que l'identité du notifiant lorsqu'elle est strictement nécessaire à l'établissement du caractère illégal du contenu, (iii) l'utilisation éventuelle de moyens automatisés pour détecter ou pour établir le caractère illicite du contenu, (iv) la référence à la base légale établissant l'illicéité du contenu ainsi qu'une explication du caractère illicite ou le référence à la clause contractuelle pertinente des conditions générales établissant l'incompatibilité du contenu ainsi qu'une explication du caractère non conforme et (v) l'existence de voies de recours pour contester la décision (voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 17, § 3).

90 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 17, §§ 1-2 et considérant 54.

91 Cour eur. D.H., 23 juin 2020, arrêt *Vladimir Kharitonov c. Russie*, req. n° 10795/14, § 44. Certes, comme nous le verrons (voy. *infra*, n° 21), la Commission européenne établira une base de données des décisions de modération accessible au public. Cette mesure de transparence ne permettra toutefois pas à tout utilisateur de se rendre directement compte qu'une mesure de modération a été appliquée sur un contenu déterminé.

92 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 76 et 79.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

nuer ce que le règlement qualifie de « risques systémiques »[93]. Ces risques peuvent découler tant de la conception, du fonctionnement que de l'utilisation de leurs services[94].

Au sens du DSA, les « risques systémiques » sont de quatre types : la diffusion de contenus illicites, les effets négatifs réels ou prévisibles pour l'exercice des droits fondamentaux, les effets négatifs réels ou prévisibles sur le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique, et les effets négatifs réels ou prévisibles liés aux violences sexistes, à la protection de la santé publique, à la protection des mineurs ainsi que les conséquences négatives graves sur le bien-être physique et mental des personnes[95]. On comprend rapidement que les catégories (ii), (iii) et (iv) visent en particulier les risques sociétaux suscités par la diffusion de contenus dommageables, tels que la désinformation. De tels risques peuvent découler de la conception des interfaces en ligne suivie par la plateforme de manière à stimuler les dépendances comportementales, du paramétrage des systèmes algorithmiques, de comportements abusifs ou d'autres méthodes visant à réduire au silence ou à entraver la concurrence, de l'utilisation de techniques d'amplification ou encore de la diffusion de campagnes de désinformation[96].

20. En guise de garanties procédurales, le DSA renforce également le droit à un recours effectif. Des voies de recours supplémentaires sont offertes aux utilisateurs affectés par les décisions des plateformes en ligne, sans compromettre pour autant la possibilité de soumettre, à tout moment, le litige devant une juridiction conformément au droit applicable[97]. De telles voies de recours peuvent être mobilisées tant pour les décisions d'imposer une mesure de modération au sens large que pour les décisions de ne pas agir[98]. D'une part, les plateformes en ligne doivent mettre sur pied un système interne de traitement des réclamations pour permettre de contester, gratuitement et par voie électronique, leurs décisions. Ce système doit être accessible durant au moins les six mois qui suivent l'adoption de la décision, tant pour les personnes concernées qu'aux signaleurs de confiance qui ont introduit une notification[99]. Les réclamations

93 Le concept de « risques systémiques » est apparu pour la première fois dans la réglementation du secteur de la finance à la suite de la crise des *subprimes* de 2008. Il visait les entreprises dont la qualité et la continuité du fonctionnement sont nécessaires à la survie de nos sociétés démocratiques.

94 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 34 et 35 et considérant 79. Même si l'avenir nous en dira plus sur la mise en pratique de cette obligation clé, le DSA fournit déjà quelques indications sur les mesures d'atténuation : apporter quelques adaptations aux conditions générales, aux systèmes algorithmiques, aux systèmes publicitaires et aux interfaces en ligne ou, plus largement, modifier la conception, les caractéristiques et le fonctionnement du service, marquer les contenus trompeurs ou encore repenser les processus de modération, tant au niveau de la qualité et du délai de traitement des notifications que des ressources et du personnel affectés à cette tâche, mettre en place ou élaborer des mesures de sensibilisation à l'égard des utilisateurs voire renforcer la coopération avec les signaleurs de confiance et les autres fournisseurs de services. Voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 35, § 1, a) à k), et considérants 87-89. La Commission pourrait adopter des lignes directrices concernant les bonnes pratiques et les mesures d'atténuation recommandées pour faire face aux risques systémiques.

95 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 34, § 1, alinéa 2, a) à d), et considérants 80, 81, 82 et 83.

96 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, considérants 80-83.

97 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 17, § 3, f), et 21, § 1, alinéa 3, et considérants 55 et 59. Sur ces voies de recours, voy. *infra*, partie IV (n[os] 30-33).

98 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 20, § 1, et 21, § 1. Ces voies de recours sont disponibles tant lorsque la mesure de modération découle d'un signalement que d'une enquête volontaire.

99 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 20 et considérants 58. Le délai

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

doivent être traitées avec diligence, en temps opportun et de manière non discriminatoire et non arbitraire[100]. Si les motifs soulevés dans la réclamation sont suffisants pour permettre de considérer que la décision adoptée n'était pas fondée ou justifiée, la plateforme en ligne devra infirmer la décision litigieuse dans les meilleurs délais[101]. D'autre part, les plateformes en ligne doivent permettre aux utilisateurs de contester leurs décisions devant un organe certifié de règlement extrajudiciaire des litiges[102].

21. Enfin, la transparence, qui constitue sans nul doute l'un des axes majeurs du DSA, touche à plusieurs niveaux les activités de modération.

C'est ainsi que les acteurs du numérique visés devront (i) avertir les utilisateurs des potentielles restrictions à l'utilisation du service au sein des conditions générales[103] et des possibilités de contester les décisions[104], (ii) rendre compte de manière assez détaillée de leurs pratiques de modération au travers de rapports publiquement accessibles[105] ou encore (iii) informer les utilisateurs de l'impact et du fonctionnement de leurs systèmes de recommandation[106]. Des obligations de « rapportage » visent aussi les signaleurs de confiance et les organes de règlement extrajudiciaire des litiges[107]. Pour un meilleur contrôle des pratiques de modération et un suivi du phénomène de diffusion en ligne de contenus illégaux[108], la Commission européenne est par ailleurs chargée de gérer une base de données accessible au public qui reprend une version anonymisée des décisions et des exposés des motifs[109].

de six mois commence à courir à compter du jour où l'utilisateur a reçu l'exposé des motifs ou du jour où le notifiant a été informé de la décision prise par la plateforme.

100 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 20, §§ 4-6, et considérant 58. Les plateformes veillent à affecter du personnel dûment qualifié au contrôle des décisions adoptées à la suite des réclamations et à ne pas les faire exclusivement reposer sur des moyens automatisés. Cela signifie donc que, si une plateforme recoure à des outils automatisés, elle doit prévoir un réexamen par un être humain.

101 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 20, § 4.

102 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 21, § 1, et considérant 59. Cette voie de recours doit être offerte indépendamment de la question de savoir si le litige a d'abord été soumis au système interne de traitement des réclamations. Néanmoins, la plateforme en ligne peut refuser de s'engager avec un organe de règlement extrajudiciaire lorsqu'un litige portant sur les mêmes informations et les mêmes motifs d'illégalité ou d'incompatibilité avec les conditions générales a déjà été résolu ou est en cours de résolution (règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 21, § 2, et considérant 59).

103 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 14, § 1.

104 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 14, § 5, 16, § 5, 17, § 2, 20, § 5, 21, § 1, 32, § 1, c), et 32, § 2, et considérants 39, 54 et 64.

105 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 15, 24 et 42 et considérants 49 et 65. Le contenu des rapports de transparence dépend du type d'acteur : le DSA liste méticuleusement les renseignements à inclure.

106 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 27 et considérant 70. Les plateformes en ligne doivent expliciter les options à la disposition de l'utilisateur pour modifier ou pour influencer les paramètres des systèmes de recommandation. Si plusieurs options existent pour déterminer l'ordre des contenus présentés, une fonctionnalité doit permettre aux utilisateurs d'opérer à tout moment un choix.

107 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, articles 21, § 4, et 22, § 3, et considérant 62.

108 Sans doute, faut-il ajouter les contenus dommageables dans la mesure où le texte se réfère bien souvent aux seuls contenus illicites. Les contenus dommageables ne sont jamais mentionnés clairement dans le texte du DSA, mais une analyse plus fine rend vite compte du fait qu'on vise aussi les dommageables (voy. nos réflexions, *supra*, n° 11).

109 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 24, § 5, et considérant 66.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

III. LE CONTRAT COMME OUTIL DE RÉFÉRENCE POUR JUSTIFIER LA MODÉRATION DES CONTENUS DOMMAGEABLES

22. L'ordonnance du tribunal de l'entreprise souligne à l'appui des décisions de Google l'application de la loi contractuelle, celle qui préside aux relations entre YouTube et ses utilisateurs dont Kairos. L'argument est par ailleurs soutenu par la référence à la fois de la liberté d'entreprendre et par celle d'expression dont YouTube, autant que Kairos, doit pouvoir se prévaloir. Ces libertés ne fondent-elles pas le droit des plateformes et donc de YouTube de pouvoir limiter contractuellement l'expression de ceux qui empruntent son service ? Ainsi, l'utilisation du service YouTube est soumise au respect de diverses règles, collectivement désignées comme le « contrat », acceptées par tout utilisateur[110]. En l'occurrence, Google justifie la suppression des articles et de la chaîne de Kairos par l'application de son « règlement Covid-19 »[111], élément du contrat.

La décision du tribunal se fonde sur des restrictions contractuelles qui vont au-delà de l'illicéité des messages. Elle soulève les deux questions suivantes : un contrat peut-il limiter la liberté d'expression d'autrui au-delà de ce qui est illégal ou contraire à l'ordre public ? (A) Si la réponse est positive, ne faut-il pas limiter de telles restrictions contractuelles ? (B) Sur ces deux points, il apparaît que la réponse du DSA est partielle et, pour certains aspects, sinon hésitante du moins obscure.

A. Le débat

23. Une lecture attentive indique que le DSA ne confine pas le droit à la modération des contenus par les plateformes aux seuls contenus illicites[112], qu'il s'agisse de messages d'incitation à la haine, xénophobes, pédopornographiques, terroristes ou de propagande politique, mais l'élargit aux contenus contraires aux « conditions générales »[113], comme le note

110 Comme le tribunal le relève, les conditions générales d'utilisation du service mentionnent : « si vous ne comprenez pas ou refusez tout ou partie des termes du contrat, vous ne devez pas utiliser ce service » ou encore « vous pouvez accéder au service et l'utiliser tel qu'il vous est proposé sous condition de respecter le présent contrat ainsi que les dispositions légales ».

111 Le « règlement Covid-19 » du service prévoit que « YouTube n'autorise pas les contenus qui propagent des informations médicales incorrectes contredisant celles des autorités sanitaires locales ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) concernant la Covid-19. Cela ne s'applique qu'aux contenus allant à l'encontre des conseils de l'OMS ou des autorités sanitaires locales sur les sujets suivants : traitement ; prévention ; diagnostic ; transmission ; consignes de distanciation sociale et de l'auto-isolement ; existence de la Covid-19 ».

112 Sur la notion de « contenu illicite » au sens de l'article 3, h), du DSA, voy. *supra*, n° 10. Cette définition pose difficulté dans la mesure où la notion fait référence à des droits nationaux qui peuvent avoir une conception différente de l'extension de la notion. À titre d'exemples, certaines législations nationales considèrent que l'image pédopornographique jugée illicite peut être tant une image artificielle qu'une image réelle.

113 Pour la définition des « conditions générales », voy. règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, u) : « toutes les clauses, quelle que soit leur dénomination ou leur forme, qui régissent la relation contractuelle entre le fournisseur de services intermédiaires et les destinataires du service ». Ainsi, c'est à raison que le « règlement Covid-19 » figure parmi les conditions générales dans la présente affaire. Le terme « Community Guidelines » est également utilisé (ainsi Facebook et, auparavant – c'est-à-dire, avant l'arrivée d'Elon Musk – Twitter). Sur ce terme, voy. J. Wimmers, « The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act – A disservice to its own goals », *Jipitec*, n° 12/2021, p. 429 (note infrapaginale n° 15). Sur l'analyse des « règles de la communauté » des principales plateformes, voy. Article 19, « Side-stepping rights: Regulating speech by contract », *Policy Brief*, 2018, pp. 19 et s.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

expressément la définition de la modération des contenus : « les activités, qu'elles soient automatisées ou non, entreprises par des fournisseurs de services intermédiaires qui sont destinés, en particulier, à détecter et à identifier les contenus illicites ou *les informations incompatibles avec leurs conditions générales* […] »[114].

Sans doute, regrettera-t-on que des passages du règlement soient moins clairs et semblent plus restrictifs[115] mais tant les considérants que les dispositions laissent clairement entendre la possibilité par contrat d'imposer des restrictions plus sévères à la liberté d'expression, ainsi en interprétant *praeter legem* les textes légaux (par exemple, en assimilant à des terroristes des mouvements d'opinion parfaitement légaux[116]) ou en sanctionnant la nudité[117] ou tout message antivaccins.

Le DSA, comme d'autres organisations internationales, justifient ces restrictions contractuelles de diverses manières. Aux arguments de la liberté d'entreprendre, de la liberté d'expression et donc de pouvoir sélectionner les messages retenus, on ajoutera la volonté de la plateforme de protéger sa réputation et ses utilisateurs, la crainte de responsabilité en cas de messages dommageables à défaut d'être illicites et au-delà, l'intérêt légitime lié à l'objet bien particulier poursuivi par la plateforme[118]. On ajoutera la demande insistante d'autorités publiques[119] ou d'organismes d'intérêt public créés par ces autorités[120] d'obtenir la collaboration des plateformes dans la lutte contre la désinformation dans des matières d'intérêt public, comme cela a été le cas dans le cadre de la lutte contre la Covid-19 et aujourd'hui sur des sujets comme la guerre en Ukraine ou l'en-

114 Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques précité, article 3, t). Nous soulignons.

115 Ainsi, en matière de notification, l'article 16 se réfère à la notification des seuls contenus illicites : « Les fournisseurs de services d'hébergement mettent en place des mécanismes permettant à tout particulier ou à toute entité de leur signaler la présence au sein de leur service d'éléments d'information spécifiques que le particulier ou l'entité considère comme du contenu illicite ».

116 Sur ce point, voy. les développements repris par Article 19 : « Furthermore, Facebook's policy of banning content that "expresses support" or "praise" for those groups, leaders or individuals involved in [terrorist] activities is vague and overbroad, and inconsistent with international standards on freedom of expression. In particular, and as the international mandates on freedom of expression and counter-terrorism have highlighted, any prohibition on incitement to terrorism should avoid references to vague terms such as the "promotion" or "glorification" of terrorism. For online speech to amount to incitement to terrorism, there should be an objective risk that the act incited will be committed, as well as intent that the speech at issue would incite the commission of a terrorist act » (Article 19, *op. cit.*, p. 22).

117 Ainsi, en 2020, selon le rapport publié par le *Facebook Transparency*, Facebook est intervenu approximativement 130 millions de fois pour bloquer des messages représentant des adultes nus ou des activités sexuelles (voy. https://transparency.fb.com/data/community-standards-enforcement/adult-nudity-and-sexual-activity/facebook/).

118 Par exemple, une plateforme spécialisée dans le sport n'a que faire d'un message dénonçant la politique ministérielle en matière de consommation d'énergie.

119 Sur les pressions exercées par certains gouvernements pour obtenir le retrait de contenus « dérangeants », voy. Rapport du rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, présenté lors de la 38e session du Conseil des droits de l'homme, 6 avril 2018, A/HRC/38/35, §§ 13, 19, 20, 23, 39 et 49.

120 Ainsi, les cas d'Europol et d'INHOPE, désignés par les considérants comme « signaleurs de confiance ».

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

vironnement[121]. Or, sauf exceptions, la désinformation n'a en soi rien d'illégale[122].

24. Ces arguments peuvent faire craindre, comme relevé par divers auteurs[123], une tendance à l'« overblocking ». Non seulement, les intermédiaires d'Internet peuvent être tenus responsables lorsqu'ils ne retirent pas un contenu ou des services qui pourraient constituer une infraction, mais en outre, les incitations à maintenir le contenu en ligne font défaut. Ces craintes sont davantage exacerbées par l'article 7 du DSA qui offre une protection pour ce que certains avaient à tort nommé les « bons samaritains »[124]. L'objectif de la disposition est d'éviter de dissuader la mise en œuvre de mesures volontaires de lutte contre les contenus illégaux par les acteurs du numérique qui pourraient, sans cette protection, craindre de perdre le bénéfice de l'exemption de responsabilité[125]. La disposition incite *de facto* à multiplier les mesures de modération et accentue les risques pour la liberté d'expression en ligne.

Les conditions de service sont ainsi utilisées pour faire entrer dans les restrictions possibles

121 Dans les cas où les autorités publiques demandent l'intervention des pouvoirs privés alors même que ces autorités ne peuvent intervenir faute de contrariété à la loi, cette délégation représente un risque de contournement de la règle de droit (« rule of law ») (J. Wimmers, *op. cit.*). L'affirmation rejoint l'analyse présentée par l'ONG Article 19 : « Finally, public authorities, and, in particular, law enforcement agencies, regularly seek the cooperation of social media platforms with a view to combat criminal activity (e.g. child pornography) or other social harms (e.g. 'online extremism') in a way which *circumvents the rule of law*. In particular, because these authorities do not always have the power to order the removal of the content at issue, they contact social media platforms informally and request the removal of content on the basis of the companies' Terms of Service. While in principle the companies are not required to comply with such requests in the absence of a judicial determination of the legality of the content at issue, it puts them in a difficult position in circumstances where the content may be at the fringes of illegality. The net result is that social media companies often become the long arm of the law » (Article 19, *op. cit.*, p. 16). Nous soulignons.

122 Sur la désinformation, l'ambiguïté du terme et les dangers de son utilisation, de même que les limites de la lutte contre la désinformation, voy. N. Bontridder et Y. Poullet, *op. cit.*, pp. 657 et s. ; voy. égal., *supra*, n° 11.

123 À propos du risque de surblocage, voy. les conclusions et les références du rapport : EU Disinfo Lab, « Covid-19 and 5G: A case study of platforms' content moderation of conspiracy theories », 14 avril 2020, disponible sur https://www.disinfo.eu/wp-content/uploads/2020/04/20200415_5G-blogpost.pdf. Voy. égal. G. Wagner, « Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2) », *GRUR*, 2020, p. 452 et les références reprise par J. Wimmers, *op. cit.*, p. 426 (en particulier note infrapaginale n° 42).

124 Sur l'utilisation erronée de l'appellation « clause de bon samaritain » et un parallèle avec cette clause en droit américain, voy. A. Kuczerawy, « The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act », 14 janvier 2021, disponible sur www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-goodsamaritan-that-wasnt.

125 Pour une critique de cette disposition au regard de la liberté d'expression, voy. A. Michel, « La régulation de la modération des contenus en ligne, une affaire de droits humains ? », *op. cit.*, pp. 52-53. Attirons par ailleurs l'attention sur une coquille dans la version en langue française du DSA. À la lecture, la formulation de l'article 7 tel qu'adopté a pu initier l'espoir que les critiques des auteurs sur les risques d'« overcompliance » formulées à la suite de la proposition de règlement avaient été entendues par le législateur de l'Union. Alors que la proposition indiquait que « les fournisseurs de services intermédiaires ne sont pas réputés inéligibles aux exemptions de responsabilité […] du simple fait qu'ils procèdent de leur propre initiative à des enquêtes volontaires […] », le DSA précise désormais que « les fournisseurs de services intermédiaires ne sont pas réputés avoir droit aux exemptions de responsabilité […] du simple fait qu'ils procèdent de leur propre initiative, de bonne foi et avec diligence, à des enquêtes volontaires […] », laissant ainsi entrevoir un changement de philosophie de la disposition entre la proposition et le texte adopté. Toutefois, le considérant 26 et les autres versions linguistiques du DSA nous apprennent qu'il ne s'agit en réalité que d'une erreur matérielle. Une négation manque dans la version en langue française et l'article 7 doit se lire comme suit : « les fournisseurs de services intermédiaires ne sont pas réputés [NE PAS] avoir droit aux exemptions de responsabilité […] du simple fait qu'ils procèdent de leur propre initiative, de bonne foi et avec diligence, à des enquêtes volontaires […] ».

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

les contenus qui tombent dans la « zone grise ». En outre, rappelons la thèse d'Evelyn Douek[126] selon laquelle progressivement les technologies utilisées par les grandes plateformes ont tendance à uniformiser les critères et les pratiques contractuelles de modération des contenus[127]. Par conséquent, les contenus qui « heurtent, choquent ou inquiètent »[128] et qui se situent sous l'égide de la liberté d'expression « ont peu de chances d'être protégés dans la pratique »[129]. Comme le relève la note d'orientation du Conseil de l'Europe sur les pratiques de modération, les recherches démontrent que « les fournisseurs ont tendance à retirer trop de contenu pour éviter toute responsabilité et économiser des ressources. Ils utilisent également la technologie pour évaluer les notifications et les utilisateurs concernés qui ont publié le contenu n'entreprennent souvent aucune action »[130].

B. L'analyse critique

25. Affirmer le droit par contrat de restreindre la liberté d'expression mérite cependant d'amples nuances. Comme le note le considérant 45 du DSA, « tout en respectant en principe la liberté contractuelle des fournisseurs de services intermédiaires, il convient de fixer certaines règles concernant le contenu, l'application et la mise en application des conditions générales de ces fournisseurs, dans un souci de transparence, de protection des destinataires du service et de prévention de conséquences inéquitables ou arbitraires ».

L'intervention de l'État se justifie par le devoir positif de garantir aux citoyens le respect de leurs libertés, en particulier d'expression mais non uniquement. On évoquera à cet égard l'effet horizontal de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union mais au-delà de l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe[131] et bien évidemment de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[132].

26. Que peut signifier ce devoir positif de l'État qu'incontestablement le DSA a entendu

126 E. Douek, *op. cit.*

127 « In short, the vast majority of speech online is now regulated by the contractual terms of a handful of companies, mostly based in the United States (US) » (Article 19, *op. cit.*)

128 En référence au célèbre attendu de principe de l'arrêt *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49).

129 Conseil de l'Europe, « Modération de contenus : meilleures pratiques en vue de la mise en place de cadres juridiques et procéduraux efficaces pour les mécanismes d'autorégulation et de corégulation de la modération de contenu », *op. cit.*, p. 27).

130 *Ibidem*. La note ajoute : « En fait, selon le cinquième rapport de suivi du code de conduite en matière de désinformation (Commission européenne (2020), fiche d'information « 5e évaluation de la mise en œuvre du Code de conduite : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/codeofconduct_2020_factsheet_12.pdf), sur les 3.099 éléments de contenu potentiellement illégal qui ont été retirés par les entreprises participantes, 85 % n'ont été renvoyés à aucune autorité chargée de l'application de la loi par aucune organisation participante et aucune donnée n'est fournie quant à savoir si des mesures répressives ont été prises concernant les 15 % restants.

131 Voy. le point 1.1.3. de la recommandation CM/Rec(2018)2 du Comité des ministres aux États membres sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet (adoptée par le Comité des ministres le 7 mars 2018) : « Les États ont l'obligation fondamentale de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans l'environnement numérique. Tous les cadres réglementaires, y compris les modes d'autoréglementation ou de corégulation, devraient prévoir des mécanismes de surveillance efficaces pour être conformes à cette obligation et devraient être assortis de possibilités de recours appropriées ».

132 À ce propos, voy. les « principes » rédigés à l'issue de la conférence « Pour un Internet de confiance : vers des principes de régulation des plateformes numériques » organisée par l'UNESCO en mars 2023 : « tout processus de régulation des plateformes devrait reposer sur une approche multipartite. L'État, par le biais d'un processus législatif participatif et inclusif, fixe l'objectif légitime de la régulation ; les plate-

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

mettre en œuvre et dans quelle mesure la décision annotée se conforme-t-elle aux exigences de cette mise en œuvre ?

Comme le rappellent les récents principes de régulation des plateformes numériques[133], « Les États doivent respecter et promouvoir les droits de l'homme, y compris le droit à la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information. Les restrictions à la liberté d'expression ne sont autorisées que dans les conditions prévues à l'article 19(3) et à l'article 20 du PIDCP. Les États ont des obligations positives de protéger les droits de l'homme contre les ingérences injustifiées des acteurs privés, y compris les plateformes numériques, car ils ont la responsabilité de créer un environnement réglementaire qui facilite le respect des droits de l'homme par les plateformes numériques et de donner des orientations aux plateformes numériques sur leurs responsabilités ».

La référence aux « conditions prévues à l'article 19(3) [du PIDCP] » signifie que les principes de légalité, de légitimité et de proportionnalité unanimement reconnus par les traités internationaux[134] s'appliqueraient donc y compris pour les restrictions contractuelles[135].

27. À propos de la première exigence, sans doute, en l'occurrence doit-on admettre que la base légale est la « loi » des parties, encore faut-il qu'elle réponde aux impératifs de clarté et de prévisibilité. Cette exigence fait défaut dans nombre de « contrats » entre les plateformes et leurs utilisateurs, comme le démontre l'analyse proposée par le document « Side-stepping rights – regulating speech by contract »[136]. L'article 14, paragraphe 1er, du

formes font rapport au système de régulation indépendant ; et les organisations de la société civile, les journalistes, les chercheurs indépendants et autres institutions pertinentes font preuve d'une implication et d'un contrôle appropriés pour surveiller et obtenir les contrôles et équilibres nécessaires » (UNESCO [pour un Internet de confiance], « Préserver la liberté d'expression et l'accès à l'information : principes pour une approche multipartite dans le contexte de la régulation des plateformes numériques », version 3.0, 27 avril 2023, Paris, n° 19, pp. 8-9).

133 *Ibid.*, n° 27, p. 10.

134 À propos de ces trois principes qui guident l'interprétation de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP »), voy., entre autres, E.M. Aswad, « The future of freedom of expression online », *Duke Law and Technology Review*, 2020, n° 1, p. 36: « ICCPR Article 19 protects the right to seek and receive information of all kinds, regardless of frontiers, and through any media. However, it also gives State Parties the discretion to restrict expression if they can prove that each prong of a three-part test has been met. Any restrictions on speech must be 1. "provided by law" (i.e., the restriction must provide appropriate notice and must be properly promulgated) and 2. "necessary" (i.e., the speech restriction must, among other things, be the least intrusive means) 3. to achieve one of the listed public interest objectives (i.e., protection of the reputations and rights of others, national security, public order, public health or morals) ».

135 Certains auteurs contestant cet effet horizontal des articles 10 de la CEDH, 11 de la Charte de l'Union européenne ou 19 du PIDCP invoquent les libertés d'expression et d'entreprendre ou la propriété privée des intermédiaires. L'argument ne nous apparaît pas recevable. Si les libertés d'expression et d'entreprendre des entreprises justifient des restrictions plus importantes que celles permises à l'État, leur exercice cependant doit respecter les exigences rappelées à propos des limites des libertés, comme l'affirme clairement, en particulier, l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

136 Article 19, *op. cit.*, pp. 20 et s. Voy. par exemple, l'analyse des clauses de Facebook en ce qui concerne les messages de violence ou d'harcèlement : « Facebook has the most detailed policy on these issues. It provides an explanation of the factors it takes into account when assessing threats (including, for example, the physical location of the parties involved) and has a relatively comprehensive policy on harass-

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

DSA applique cette exigence aux conditions générales : « Les fournisseurs de services intermédiaires incluent dans leurs conditions générales des renseignements relatifs aux éventuelles restrictions qu'ils imposent en ce qui concerne l'utilisation de leur service vis-à-vis des informations fournies par les destinataires du service. Ces renseignements comprennent des informations sur les politiques, procédures, mesures et outils utilisés à des fins de modération des contenus, y compris la prise de décision fondée sur des algorithmes et le réexamen par un être humain. Ils sont énoncés dans un langage clair, simple, intelligible, aisément abordable et dépourvu d'ambiguïté, et sont mis à la disposition du public dans un format facilement accessible et lisible par une machine ».

Sans doute, reste-t-il quelques points d'ombre. Si certains peuvent être solutionnés en recourant à la jurisprudence sur les conditions d'opposabilité des conditions générales accessibles en ligne, d'autres apparaissent plus délicats dans la mesure où les clauses de modération sont susceptibles de modification unilatérale par l'intermédiaire et que dès lors, outre que cette pratique est contraire à la règle du consensualisme, la question de l'information continue de l'utilisateur, prônée par le paragraphe 2 de l'article 14 et par ailleurs réclamée par la décision allemande citée dès l'entrée de cet article, s'impose mais s'avère délicate dans l'application.

28. L'analyse d'impact réalisée par la Commission européenne dans le cadre des travaux qui ont précédé l'écriture de la proposition qui mènera à l'adoption du DSA atteste de la manière dont les services intermédiaires et en particulier les plateformes recourent (trop) facilement aux sanctions liées à la modération du contenu[137]. Cette pratique se heurte aux exigences du principe de proportionnalité. La question de la proportionnalité des restrictions et de leur nécessité dans une société démocratique doit s'apprécier aux termes d'une analyse des différents intérêts en cause et de leur mise en balance. Le considérant 52 énumère les droits et intérêts à prendre en cause : « Ces droits fondamentaux comprennent notamment, sans s'y limiter : pour les destinataires du service le droit à la liberté d'expression et d'information, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit à la non-discrimination et le droit à un recours effectif ; pour les fournisseurs de services, la liberté d'entreprise, y compris la liberté contractuelle ; pour les parties affectées par un contenu illicite, le droit à la dignité humaine, les droits de l'enfant, le droit à la protection de la propriété, y compris la propriété intellectuelle et le droit à la non-discrimination ».

Dès lors, doivent être pris en considération, non seulement les intérêts et les droits de l'auteur du message, mais également ceux des autres utilisateurs qui pourraient y avoir accès et enfin, ceux des plateformes ou des services intermédiaires. Cette pesée rappelle celle imposée par l'article 6, paragraphe 1er, f), du RGPD en matière de protection des données, lorsque l'intérêt légitime du responsable de traitement est invoqué comme fondement

ment. At the same time, aspects of its policy fall below typical legal standards of harassment, since it includes breaches of its bullying policy, which is very broadly defined. As such, Facebook is likely to take measures against users in circumstances where their conduct would not be unlawful under domestic law (at least in the absence of intent to intimidate) ».

137 Commission, Impact Assessment (n. 9) SWD(2020) 348 final, Part 1, § 51. À cet égard, voy. le passage suivant de l'Impact Assessment à propos des mesures prises par les plateformes : « often not based on an assessment of the legality of the content […] but they are solely governed by the discretionary powers of the platform according to the terms of services that are part of their contractual terms ».

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

du traitement mais doit être supérieur aux intérêts de la personne concernée en tenant compte par ailleurs des intérêts des tiers. On ajoute que des restrictions à la liberté d'expression existent dans d'autres domaines, ainsi l'employé voire le syndicat se trouvent limités dans leur liberté de parole si celle-ci met en cause de manière démesurée l'intérêt de l'entreprise. Cette exigence de proportionnalité pourrait aboutir à des solutions à géométrie variable. Il est clair qu'un service d'intermédiaire à connotation religieuse pourra justifier plus facilement de restrictions relatives à la moralité des messages, alors même qu'on exigera d'un service intermédiaire généraliste une plus grande souplesse, quitte à exiger de ce service des mesures de restriction d'accès vis-à-vis des mineurs et la possibilité de filtres pour ceux qui souhaitent ne pas être choqués par ces messages[138].

On ajoute que la proportionnalité doit également s'attacher à l'ampleur des sanctions prises par le service intermédiaire. Ainsi le blocage d'un message, sa mise au frigo, voire son retrait constituent des sanctions bien moindres que celles aboutissant au retrait d'accès au service, voire à la radiation définitive du « client »[139]. Faut-il ajouter que dans le cas des « très larges plateformes » au sens du DSA, on aura à cœur de tenir compte du fait que le refus d'accès à de telles plateformes même temporaires est, eu égard à la position de quasi-monopole de ces plateformes, véritables *gatekeepers*, un service devenu essentiel dans la société de l'information, à savoir le service de communication avec autrui ou d'accès à l'information. Ces opérateurs offrent, au vu de leur clientèle et de l'effet réseau, ce que l'UNESCO appelle un « public good ». Dès lors, il nous apparaît que priver dans la durée un simple citoyen d'un tel service qualifiable d'universel ne peut être admis que dans des cas exceptionnels.

29. Revenons à la décision bruxelloise. Elle évoque cette triple exigence de légalité, de légitimité et de proportionnalité du règlement contractuel et ce, dans les limites de la procédure menée devant le tribunal. Ainsi, le juge « considère que, *prima facie* [le « règlement Covid-19 »] ne confère pas à Google un pouvoir trop discrétionnaire en ce qui concerne la détermination des contenus autorisés ou pas concernant [la] Covid-19. La question de savoir si le renvoi aux règles édictées par ces autorités était justifié et si ces règles étaient proportionnées au regard de la crise sanitaire n'est pas de nature à modifier cette constatation et dépasse la présente procédure avant-dire droit ». Il ajoute : « En l'espèce, les contenus supprimés correspondaient à des interdictions expresses et étaient donc prévisibles, contrairement à ce

138 À propos de cette géométrie variable qui peut justifier des mesures de restrictions plus ou moins étendues suivant les caractéristiques de la plateforme, voy. Comm. Paris (1re ch.), 6 septembre 2022, précité : « Attendu en l'espèce, en ce qui concerne Actu, que les "informations consommateurs", accessibles immédiatement depuis le lien en tête de la première page intitulé "i) comment les articles sont-ils classés ?" indique à l'intention des internautes que l'objet de ce service est de fournir aux utilisateurs des articles de presse "fiables, de haute qualité, récentes, originales et pertinentes" ; qu'en effet Actu n'est pas un moteur de recherche généraliste, comme le moteur "Google Search" mais un moteur spécialisé dans la mise à disposition de l'internaute d'articles de presse sur l'actualité récente et dont Google garantit à ses utilisateurs la qualité ; qu'à cette fin il est indiqué dès la [première] ligne de cette page "informations consommateurs" "les éditeurs peuvent publier leur contenu sur Actualité en suivant certaines consignes" avec un lien vers lesdites consignes ».

139 Ainsi dans sa fameuse décision relative aux messages de Donald Trump postés dans le cadre de la « prise du Capitole », l'*Oversight Board* de Facebook a estimé que la peine de radiation définitive de l'ancien président était disproportionnée et l'a ramenée à six mois. À propos de cette décision, voy. E. Farnoux, « La liberté d'expression et l'ordre public dans la *lex electronica :* sur la décision *Trump vs. Facebook* du Conseil de surveillance de Facebook du 5 mai 2021 », *Gazette du Palais*, 27 juillet 2021, pp. 12 et s.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

que soutient Kairos». La légitimité du contenu s'appuie sur les initiatives prises par les autorités publiques européennes et mondiales en matière de lutte contre la Covid[140]. La proportionnalité de la sanction finale (suppression de la chaîne YouTube de Kairos) est justifiée par l'absence de suite donnée aux avertissements qui l'ont précédée et par l'application prévisible des conditions contractuelles. Le tribunal prend soin de procéder à la pondération des intérêts, en particulier à l'argument lié au fait que «la suppression de sa chaîne lui cause un préjudice important dans la mesure où la communication via une chaîne YouTube est sans commune mesure avec ce qu'il est possible d'obtenir via un "simple" site *web*». À cet égard, nonobstant la constatation de la place unique de la plateforme YouTube, le magistrat estime que la liberté d'expression de l'utilisateur du service, en l'occurrence Kairos, n'est pas anéantie dans la mesure où ce dernier dispose d'autres canaux de distribution[141]. Par conséquent, «le tribunal estime que, à ce stade, la balance des intérêts en présence ne permet pas de justifier que la chaîne soit remise en ligne dans l'attente d'une décision au fond». Il est sans doute utile de noter *a contrario* que le tribunal aurait conclu à l'illégalité de la décision de Google s'il avait constaté que la liberté d'expression ou de communication du bénéficiaire du service avait été sinon anéantie, fortement réduite.

IV. LE DROIT À UN RECOURS EFFECTIF DE L'UTILISATEUR AFFECTÉ PAR UNE MESURE DE MODÉRATION

30. La liberté d'expression impose la possibilité pour l'utilisateur affecté à la fois d'être informé de la décision prise à son encontre et surtout d'avoir droit à un recours devant une autorité indépendante[142]. Affirmant clairement ces droits, l'article 17, paragraphe 3, f), du DSA relatif à la motivation des décisions adoptées par les plateformes introduit comme suit la triple option laissée aux utilisateurs du service: «L'exposé des motifs […] comprend au minimum […] des informations claires et aisément compréhensibles relatives aux possibilités de recours à la disposition du destinataire du service en ce qui concerne cette décision, notamment, le cas échéant, par l'intermédiaire de *mécanismes internes de traitement des réclamations*, d'un *règlement extrajudiciaire des litiges* et d'un *recours juridictionnel*»[143].

140 Nous citons l'attendu du tribunal de l'entreprise (Bruxelles [cess., 16e ch.], 2 mai 2022 et ses références aux textes de l'OMS et de l'Union européenne (nos 30 et s.): «Ce règlement a été édicté par Google pour répondre à des appels (notamment) de la Commission européenne ainsi que de l'OMS et d'autres autorités supranationales».

141 Cette décision mériterait sans doute une analyse économique plus fine. Chaque canal de distribution (par exemple Facebook et YouTube) a ses propres caractéristiques et il importe d'approfondir leur substituabilité pour leurs utilisateurs. On peut évoquer également les difficultés liées à l'interopérabilité des infrastructures et, sans doute, le fait que la décision de *Google*/*YouTube* fera tache d'huile.

142 À ce propos, on se référera à la thèse de A. Kuczerawy, *Private enforcement of public policy: freedom of expression in the era of online gatekeeping*, thèse de doctorat, KU Leuven, mai 2018.

143 Lire également à cet égard, le considérant no 54 du DSA: «Lorsqu'un fournisseur de services d'hébergement décide de retirer ou rendre impossible l'accès à des informations fournies par un bénéficiaire du service, par exemple suite à la réception d'une notification ou de sa propre initiative, y compris par l'utilisation de moyens automatisés, il convient que ce fournisseur informe le bénéficiaire de sa décision, des raisons de celle-ci et des possibilités de recours disponibles pour la contester, compte tenu des conséquences négatives que de telles décisions peuvent avoir pour le bénéficiaire, y compris en ce qui concerne l'exercice de son droit fondamental à la liberté d'expression. Cette obligation devrait s'appliquer quelles que soient les raisons de la décision, en particulier si l'action a été engagée parce que les informations notifiées sont considérées comme un contenu illicite ou incompatible avec les conditions générales applicables au service. Les recours disponibles pour contester la décision du fournisseur de services d'hébergement

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

Le DSA laisse donc aux utilisateurs du service trois possibilités de recours : la première est d'interpeller le « système interne de traitement des réclamations » mis en place par l'intermédiaire lui-même (article 20) ; la deuxième consiste en la saisine d'un organe de règlement extrajudiciaire des litiges (les fameux « Online Dispute Resolution bodies » en abrégé « ODR ») (article 21), que ce soit directement ou sur base de la décision interne ; la troisième est, en toute hypothèse y compris à l'encontre de la décision de l'organe visé au point 2, le recours aux tribunaux étatiques, conformément au droit applicable. Notre propos s'en tiendra à quelques considérations sur le système interne (A) et sur le règlement extrajudiciaire (B).

A. Le système interne

31. Désormais, la mise sur pied d'un système interne de traitement des litiges sera obligatoire pour les plateformes en ligne, excepté les plateformes qualifiables de micro ou petites entreprises. On sait que nombre de « très grandes plateformes en ligne » ont créé ces organes internes de règlement des litiges et assurent les utilisateurs de l'indépendance de ces dernières. On sait l'ambition qui avait été celle de la création, il y a trois ans, du Conseil de surveillance de Meta (*Meta's Oversight Board*) : « 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 sur la plateforme »[144]. Sans doute, cette création était-elle le fruit de la pression exercée par les pouvoirs publics pour que la plateforme revoie sa politique de modération. Il n'empêche que le modèle a contaminé d'autres plateformes et que ces « tribunaux privés » ont effectivement désiré appliquer le droit international des libertés et en particulier l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[145].

32. Que dit le DSA à propos de tels systèmes internes de traitement des litiges ? Des règles relatives à leur accès aisé, à leur utilisation gratuite et facile, à la motivation et à la transparence de leurs décisions sont prévues par l'article 20 et par le considérant 58 mais la nécessité de leur « indépendance », la qualité de leurs membres et la certification de tels organes ne sont pas imposées. Faut-il y voir une attitude de méfiance *a priori* par rapport à l'impartialité de ces organes[146] et dès lors la préférence pour des ODR dont le respect de l'article 21 est censé garantir la neutralité ? Le document du Conseil de l'Europe déjà cité estime en effet que « les États ne doivent pas non plus supposer que les intermédiaires d'Internet sont les mieux placés pour prendre des décisions sur la légalité ou l'illégalité du contenu ou qu'ils sont neutres lorsqu'ils prennent de telles décisions. Lorsqu'il s'agit de décider de laisser un contenu en ligne, une société privée serait mal placée pour trouver un équilibre entre les droits du plaignant et ceux de la personne qui télécharge le contenu. Elle est encore moins apte à équilibrer les droits lorsque ses propres intérêts sont en jeu »[147]. Rien n'est dit à cet égard dans

devraient toujours comprendre une voie de recours juridictionnel ». Nous soulignons.

144 Préambule de la Charte du Conseil de surveillance (ci-après Charte), traduction par V. Ndior, « Le Conseil de surveillance de Facebook, service après-vente de la liberté d'expression ? », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1474.

145 À ce propos, voy. l'analyse des premières décisions du comité de surveillance de Meta par B. Charvin, « Le Conseil de surveillance de Facebook », *R.D.P.*, n° 4/2022, pp. 1115 et s.

146 Comme le note E. Douek, « Governing Online Speech: From "posts-as-trumps" to proportionality and probability », *Columbia Law Review*, 2021, vol. 121, n° 1, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3679607.

147 Conseil de l'Europe, « Modération de contenus : meilleures pratiques en vue de la mise en place de cadres juridiques et procéduraux efficaces pour les mécanismes d'autorégulation et de corégulation de la modération de contenu », *op. cit.*, p. 21. L'analyse des décisions de l'*Oversight Board* de Meta par B. Charvin,

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

le document européen mais il est clair qu'on peut craindre avec certains auteurs[148], que la réglementation européenne risque de mettre à mal les efforts d'autorégulation des plateformes en ligne[149]. Elle semble en outre contradictoire avec la demande insistante de coopération avec les autorités publiques et l'article 7[150] qui prémunit les fournisseurs de services intermédiaires « en cas d'enquêtes volontaires d'initiative propre ».

B. Le règlement extrajudiciaire

33. La possibilité prévue par l'article 21 du DSA de saisir des ODR d'un recours contre les décisions prises par les plateformes en ligne soulève d'autres problèmes.

Légitimement, on peut craindre que les ODR retenus dans le cadre de la procédure mise en place par la directive 2013/11/UE[151] ne soient pas spécialisés dans l'examen de questions autres que celles de l'achat de biens ou services en ligne et en particulier pour juger des limites à la liberté d'expression et à leurs conséquences[152]. En réponse, l'article 21 prévoit cependant, par le « coordinateur national pour les services numériques », un examen préalable à la certification de l'ODR chargé de régler les conflits en matière de modération de contenu. Pour être certifié, l'organe doit notamment démontrer son indépendance et son impartialité par rapport aux plateformes en ligne et aux utilisateurs affectés et son expertise sur un domaine particulier de contenu illicite ou sur l'application et la mise en application des conditions générales d'une plateforme en ligne déterminée[153]. Sans doute, de ce fait, l'application du DSA aboutira à la reconnaissance d'ODR spécialisés en matière de modération de contenu, à l'instar du « Social Media Council » de l'ONG Article 19[154].

op. cit., corrobore l'avis du Conseil de l'Europe. Elle met en évidence la tendance en matière de proportionnalité à faire pencher la balance en faveur de la protection des tiers et de l'intérêt des plateformes : « Le Conseil a admis "qu'il peut y avoir des cas où des mots qui sont dégradants dans un contexte peuvent être plus anodins, ou même donner plus de pouvoir, dans un autre". Il a par exemple mis en avant les responsabilités de Meta dans un monde "qui connaît vraisemblablement une recrudescence du soutien et de l'acceptation de l'idéologie néonazie" où "l'antisémitisme" est en hausse. La lutte contre la désinformation dans un contexte de pandémie mondiale et les défis que rencontrent l'entreprise à cet égard ont également été soulignés de manière pragmatique ».

148 Voy. les auteurs cités par J. Wimmers, *op. cit.*, point IV.4. Leur point de vue est résumé comme suit : « It does not recognize the platform operators' freedom of contract as an outflow from Article 16 of the Charter (D.II.). The proposed out-of-court redress is in violation of the right to an effective remedy and to a fair trial in Article 47 of the Charter (D.III.), and it frustrates voluntary own initiative investigations by the platform in violation of the principle of proportionality ».

149 *Cf.* le jugement sévère de J. Wimmers : « Article [20] DSA also operates against its own goals. By subjecting decisions by platform operators to remove or block content based on their community standards to the redress mechanism, the DSA frustrates the pre-existing and efficient "flagging"-systems established by all major social networks. These systems are effective, because they are easy and quick to use; the amount of content removed on this basis alone shows that the significant procedural requirements established by Article [20] DSA will likely render these systems unfeasible. Article [7] DSA intends to reward such "voluntary own initiative investigations", whereas Article [20] DSA does the opposite… » (J. Wimmers, *ibid.*, p. 423).

150 Sur la protection des fournisseurs de services qui mettent en place des mesures d'enquêtes volontaires, voy. *supra*, n° 24.

151 Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165, 18 juin 2013, p. 63.

152 Pour les litiges de consommation, la directive 2013/11/UE prévoit des règles spécifiques pour le règlement extrajudiciaire auxquelles le DSA ne porte pas préjudice (règlement (UE) 2021/784 précité, article 21, § 8, et considérant 60).

153 Règlement sur les services numériques précité, article 21, §§ 3 et 6, et considérant 59.

154 Sur ces *Social Media Councils* et leurs activités, voy. Article 19, « Social Media Councils: One piece in the puzzle of content moderation », 12 octobre 2021, disponible sur https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/10/A19-SMC.pdf.

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

Un autre point délicat est le choix de l'ODR laissé à la discrétion des seuls utilisateurs du service, soit l'auteur du message mis en cause, soit un tiers, utilisateur de la plateforme et « victime » du message. Ne peut-on craindre que la course aux recours n'amène des ODR à une jurisprudence favorable aux utilisateurs et peu encline à accueillir les arguments des plateformes[155]. Un tel *a priori* nuirait à la collaboration de bonne foi exigée par l'article 21, paragraphe 2, du règlement et expliquerait la difficulté pour ces dernières de se soumettre à la décision de l'ODR, comme l'exige le même article. À cet égard, on note que le recours juridictionnel est possible à tout moment pour le bénéficiaire du service et que l'alinéa 2 de l'article 21, paragraphe 1, semble octroyer à lui seul le droit de contester la décision de l'ODR[156].

CONCLUSION

34. La régulation des propos sur Internet s'opère à travers des textes multiples qui, on doit bien l'avouer, témoignent de la nécessité d'une large délégation par les pouvoirs publics aux acteurs privés du numérique qui se trouvent légitimés à appliquer les prescrits étatiques et à les interpréter, voire parfois à les définir. Cette ambivalence propre à la corégulation s'explique par le besoin d'une effectivité de la régulation que seule la technologie mise en place par les acteurs privés peut assurer. Encore faut-il craindre que les moyens de contrôle de cette technologie manquent à l'autorité publique.

35. La régulation horizontale offerte par le DSA, présenté comme un texte fort de régulation publique laissant peu de place à l'initiative privée, n'échappe pas à cette ambivalence. Sans doute, nombre de dispositions sont remarquables et méritent d'être soulignées : les obligations d'information, de mécanisme de notification, de motivation, de réponse aux « signaleurs de confiance », de renforcement des voies de recours qui laissent augurer d'une meilleure protection des utilisateurs des plateformes. L'audit externe des systèmes de recommandation des « très grandes plateformes en ligne » et l'obligation d'évaluation et d'atténuation des risques qualifiés à raison de systémiques liés à leurs pratiques constituent sans doute des mesures préventives nécessaires à l'encadrement des « géants du net ».

36. Au-delà, on ne peut cependant s'empêcher de constater que l'Union européenne ouvre la porte à une autorégulation et ce, sans oser la nommer. C'est en effet à travers les lignes que se dessine le pouvoir contractuel des entreprises tant dans la définition des comportements ouvrant la voie aux mesures de « censure » que dans leurs sanctions. Sans doute, importe-t-il que nos autorités ou nos juges, en définitive, se penchent plus avant sur ces notions de « désinformation » et autres contenus « dommageables », qu'une fois pour toutes, soient affirmées la nécessité des contrats de tenir compte de la priorité de la liberté d'expression et, d'autre part, des limites que la jurisprudence impose à la liberté contractuelle à travers les principes de proportionnalité, de prévisibilité et de compatibilité avec le fonctionnement d'une société démocratique. Ces limites n'interdisent pas des solutions contractuelles innovantes et la prise en considération d'une extension des mesures à des messages non point illicites mais dommageables : la taille des acteurs, l'objet ou les objectifs du réseau peuvent et doivent alors les justifier.

Sans doute, la vérité n'est-elle jamais que relative. Le droit ne peut avoir pour ambition

155 D'autres questions se posent, notamment au regard de l'harmonisation des solutions proposées par les ODR et au regard du droit applicable dès lors que le choix de l'ODR n'est lié à aucun critère de juridiction.

156 « Le premier alinéa est sans préjudice du droit du bénéficiaire concerné de contester la décision devant une juridiction conformément au droit applicable ».

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023

d'en imposer une mais d'obliger le législateur, au-delà en dernier ressort les juges, de peser les vérités contradictoires opposées par les différents protagonistes sur la base des principes simples que nous venons de rappeler. Il est patent que cette pesée n'aboutira pas aux mêmes résultats comme le démontrent les trois décisions belge, française et allemande évoquées en exergue de notre article. On regrettera cependant que le dogmatisme invoqué dans des sens contraires, tantôt pour affirmer sans nuance la liberté d'entreprendre et celle contractuelle, tantôt pour proclamer une liberté d'expression sans limites n'aboutisse à des divergences dommageables au moment où l'Europe cherche à harmoniser les jurisprudences.

Alejandra Michel et Yves Poullet

strada lex
UNamur On campus / UNamur On Campus (138.48.8.152)
À partir de l'affaire Kairos, quelques réflexions sur les débats autour de la modération des contenus en ligne
www.stradalex.com - 20/10/2023