

Sommaire

Le législateur tout comme les entreprises du numérique doivent faire plus pour combattre les contenus illégaux en ligne. EDiMA et ses membres sont prêts à jouer leur rôle.

En l'état actuel de la législation, les efforts volontaires des entreprises numériques pour identifier et retirer des contenus illégaux en ligne comportent des risques. Le système tel qu'il est conçu a des effets pervers, décourageant toute action avant d'avoir été informé de l'existence de ces contenus sur les services.

EDiMA envisage donc un nouveau « Cadre pour la Responsabilité en Ligne » permettant d'inciter les prestataires de services en ligne à faire plus pour protéger les consommateurs vis-à-vis des contenus illégaux. Un tel système ne peut fonctionner que si les prestataires de services en ligne savent qu'ils ne seront pas sanctionnés sur la base des mesures volontaires mises en place. Ainsi, le principe de responsabilité limitée établi par la Directive e-commerce¹ doit être réaffirmé et rester au cœur de ce nouveau cadre.

Il convient ici de bien distinguer les contenus « illégaux » des contenus dits « nuisibles ». Les contenus illégaux sont mieux définis au niveau national que les contenus nuisibles. Cette meilleure définition permet d'agir plus rapidement à leur encontre tandis que les contenus nuisibles, plus flous et complexes, doivent faire l'objet de considérations supplémentaires.

EDiMA et ses membres disposent de plus d'une incontestable expertise en matière de lutte contre les contenus illégaux en ligne, qu'ils souhaitent mettre à disposition du législateur.

« Nos membres comprennent que le public s'inquiète de la présence de contenus illégaux et nuisibles en ligne, et nous souhaitons faire plus pour lutter contre ce problème. Nous avons besoin de règles qui nous permettent de prendre notre part de responsabilité en ligne. Ces règles doivent encourager, et non pas décourager, des actions volontaires. » - Siada El Ramly, Directrice Générale d'EDiMA.

Quel est le problème ?

Il y a une pression croissante pour légiférer sur les questions touchant à la modération des contenus illégaux et nuisibles. Les lois actuelles obligent les entreprises du numérique à retirer un contenu illégal à partir du moment où elles ont été informées de sa présence.

Mais dans le même temps, les entreprises du numérique courent le risque de complètement sortir du régime de responsabilité limitée à partir du moment où elles prennent des mesures allant au-delà de ce qui est requis par la loi. D'où leur réticence à s'engager plus avant dans la modération de contenus, même si elles aimeraient pouvoir faire plus.

¹ Directive 2000/31/CE dite « Directive sur le commerce électronique »

Art. 14 : « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que: a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ; ou b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

Quelle est la solution ?

Etant donné leur rôle au cœur de l'économie numérique, les membres d'EDiMA peuvent offrir une perspective unique sur l'évolution de la nature de la technologie et la relation des citoyens européens avec cette dernière. Nous souhaitons nous appuyer sur cette perspective pour tenir un rôle constructif dans les discussions touchant au « Digital Services Act » (« DSA ») à Bruxelles. Bien qu'il soit probable que ces discussions aient un impact sur l'écosystème numérique au sens large, y compris les ayants-droits, media, utilisateurs, gouvernements et autorités nationales, notre approche restera focalisée sur les aspects ayant trait à nos membres. En tant qu'association regroupant différentes sociétés internet, nous sommes en position d'informer au mieux les législateurs sur ce potentiel nouveau cadre légal, à quoi il ressemblerait en pratique, et ce qu'il signifierait pour les citoyens européens.

Parmi les aspects les plus importants de cette discussion pour nos membres, on retrouve :

1. Les objectifs à atteindre
2. La distinction entre responsabilité et responsabilité légale
3. Les interactions avec d'autres initiatives
4. Le champ d'application de ce nouveau cadre
5. Les contenus sur lesquels les efforts doivent se concentrer
6. Le potentiel organisme de surveillance de la mise en œuvre

Chacun de ces aspects est abordé plus en détails en dessous.

1. Les objectifs à atteindre

L'utilisation abusive de services en ligne pour disséminer des contenus illégaux et nuisibles est préoccupante. Dans la recherche de solutions à ces problèmes, il est essentiel de garder en tête les bienfaits du régime établi par la Directive e-commerce, parmi lesquels :

- La libre circulation des biens et services au sein du Marché Intérieur, rendue possible grâce au principe du pays d'origine. Il permet à une entreprise établie dans l'un des Etats Membres de l'Union Européenne d'offrir ses services dans l'ensemble d'entre eux. Le principe du pays d'origine a permis un accroissement du commerce intra européen et offert de nouvelles opportunités aux entreprises, tout en accélérant l'adoption et la croissance des technologies numériques.
- Une base juridique solide permettant l'établissement de partenariats au sein de chaînes de valeur complexes.
- La promotion de l'innovation et la protection des droits des tiers dans un internet ouvert, rendue possible par le régime de responsabilité limitée et l'interdiction d'une obligation générale de surveillance.

Ces principes fondateurs sont plus importants aujourd'hui qu'ils n'ont jamais été, les modèles commerciaux des acteurs du numérique devant plus complexes. Un nombre croissant d'acteurs dépend de ces principes au quotidien.

Afin de répondre au mieux aux préoccupations autour des contenus illégaux et nuisibles, nous pensons que le législateur devrait envisager un nouveau cadre complémentaire prenant appui sur le droit existant et réaffirmant le régime de responsabilité limitée et les principes du Marché Unique, tout en clarifiant les rôles et responsabilités en ligne.

2. Distinguer responsabilité et responsabilité légale

EDiMA estime que ce nouveau cadre devra clairement faire la distinction entre les principes de responsabilité (au sens « moral » du terme) et de responsabilité légale².

Le droit doit continuer à attribuer la responsabilité légale principale aux utilisateurs qui agissent illégalement ou nuisent aux autres, et limiter la responsabilité légale des prestataires de services en ligne dont les services sont utilisés de manière abusive. Le régime de notification et retrait (notice and action) qui accompagne le régime de responsabilité limitée doit rester la disposition clé gouvernant les illégalités spécifiques. Une clarification des règles de ce régime serait par ailleurs bienvenue.

Un nouveau cadre de responsabilité pourrait énoncer de nouveaux rôles et responsabilités pour les prestataires de services en ligne dans le but de lutter contre les contenus illégaux tout en respectant les spécificités desdits services. Le concept de responsabilité s'entend donc comme : les mesures spécifiques, processus et procédures qu'un prestataire de services peut mettre en place pour lutter contre les contenus ou activités illégaux de manière plus proactive.

Un prestataire auquel s'appliquerait ce nouveau cadre serait alors en position d'agir pour minimiser les problématiques liées à la présence de contenus ou activités illégaux sur ses services. Il agirait dans la mesure du possible et de manière raisonnable et proportionnée. Il définirait les mesures le plus appropriées compte tenu de la nature de ses services en s'assurant qu'elles soient le moins intrusives possible pour ses utilisateurs.

Des garde-fous seront bien entendus nécessaires pour s'assurer que les mesures prises sous ce nouveau cadre de responsabilité n'affecteront pas la responsabilité limitée des prestataires de services en ligne. Cela permettra de réconcilier le concept de responsabilité avec la liberté d'entreprise, le besoin de sécurité juridique pour les acteurs privés comme les pouvoirs publics, et de s'assurer qu'il n'y a pas d'effet pervers incitant les prestataires de services à interférer avec les droits de leurs utilisateurs. Il est crucial de sauvegarder le principe d'interdiction de surveillance généralisée tout en s'assurant qu'agir « dans la mesure du possible et de manière raisonnable et proportionnée » soit interprété de bonne foi par les pouvoirs publics et par le juge.

Ce nouveau cadre de responsabilité donnera confiance et incitera les prestataires de services en ligne à agir au-delà de leurs strictes obligations légales contre les contenus et activités illégaux tout en préservant les principes fondateurs de l'internet ouvert. Ce cadre devra être complété par des analyses et actions sur les responsabilités que d'autres acteurs de l'écosystème numérique peuvent endosser pour atteindre l'objectif de lutter contre les contenus illégaux.

3. Articulation avec d'autres initiatives

Bien que l'initiative que nous décrivons soit de nature horizontale, s'appliquant à une grande variété de secteurs et de contenus, elle peut aussi être complétée par des règles ciblant des secteurs ou contenus spécifiques. Ces règles pourront être basées sur les trois piliers de la régulation : l'autorégulation, la co-régulation et la législation.

² Le document original en anglais fait référence aux principes de « responsibility » et « liability ».

Cette nouvelle approche peut donc co-exister avec les règles actuelles tout en établissant un cadre général. Et s'il devient évident que des mesures verticales sont nécessaires pour faire face à des nouvelles problématiques, elle rend aussi possible des réactions rapides et concrètes.

4. Champ d'application de ce nouveau cadre

Le champ d'application de ce nouveau cadre doit être défini de manière générale et respecter une certaine neutralité technologique tout en étant fondé sur des principes clairs. Il doit s'appliquer de manière proportionnée pour inclure une variété de différents services en ligne plutôt que reposer sur une liste qui deviendra obsolète ou inapplicable avec le temps. Il convient aussi d'éviter une approche fragmentée ne prenant en compte certains services que sur la base de leur taille ou du type de contenu proposé par exemple, les services numériques étant dynamiques par essence.

Cette nouvelle approche établirait donc un ensemble de mesures permettant aux opérateurs de réagir de manière appropriée eu égard aux spécificités de leurs services, en accord avec leurs situations et capacités uniques.

Les concepts de proportionnalité et de faisabilité prendront en compte les situations pour lesquelles la nature du service requiert une approche différente. Par exemple, les fournisseurs de services de communication en ligne et les fournisseurs d'infrastructure de cloud ont beaucoup de difficultés à faire face au contenu illégal téléchargé ou partagé par leurs utilisateurs. Ceci est lié, entre autres, à leur architecture technique ainsi qu'aux relations contractuelles entretenues avec leurs utilisateurs. Attendre les mêmes efforts de gestion de contenus de leur part que ceux requis pour les services de partage de contenus au public serait irréaliste compte tenu des différences de nature technique et opérationnelle entre ces services. De plus, cela risquerait d'entraîner des atteintes injustifiées à la vie privée et à la sécurité des utilisateurs, tout en interférant avec le modèle commercial des sociétés.

5. Le contenu sur lequel se concentrer

Afin de prévenir toute différence d'approche entre les différents Etats Membres de l'Union Européenne, ce nouveau cadre de responsabilité doit être précis et ancré dans une base juridique solide, d'ores et déjà applicable au niveau national. EDiMA appelle donc une nouvelle fois le législateur à se concentrer dans un premier temps sur les contenus et activités illégaux en ligne.

Les contenus illégaux sont mieux définis et de manière plus harmonisée au sein de l'Union Européenne que les contenus « nuisibles ». Le concept de contenu « nuisible » est subjectif, dépendant grandement du contexte et peut considérablement varier entre les Etats Membres en fonction de différences culturelles ou linguistiques par exemple. La définition plus claire des contenus illégaux au niveau national permet une action plus rapide vis-à-vis desdits contenus. Parce que les contenus et activités « nuisibles » requièrent bien plus de nuance, se concentrer sur les activités et contenus illégaux au niveau européen permettra d'éviter une interférence trop forte avec les droits fondamentaux des utilisateurs.

Ceci étant dit, mettre l'accent sur les contenus et activités illégaux n'interdit pas de futures actions contre les contenus « nuisibles ». Des approches d'auto-régulation ou de co-régulation par exemple peuvent permettre de bâtir un ensemble de « best practices », une approche législative pouvant être envisagée là où des manquements sont clairement identifiés.

6. Un potentiel organisme de supervision

EDiMA accepte que cette nouvelle approche puisse nécessiter une forme de supervision à laquelle acteurs privés et autorités publiques pourraient prendre part, pour s'assurer de son efficacité. Si cet

élément devait continuer à faire partie du débat ayant trait au « DSA », nous pensons que la réflexion devrait être guidée par certains principes clés.

Premièrement, pour respecter l'esprit du Marché Unique promu par la Directive e-commerce, un organisme de supervision devrait idéalement opérer au niveau européen. A minima il devrait permettre l'établissement d'un mécanisme de coordination au niveau européen d'autorités nationales, capable de délivrer cohérence et sécurité juridique pour toutes les parties prenantes.

L'intérêt d'un organisme de supervision, qu'il soit nouveau ou l'extension d'une entité déjà existante, serait sa capacité à conseiller, guider et superviser les prestataires de services en ligne sur leur responsabilité, tout en s'assurant qu'ils agissent bel et bien dans la mesure du possible et de manière raisonnable et proportionnée. Il apparaît crucial que l'attention de cet organisme se limite aux mesures générales que prennent les prestataires de services. Il ne devrait pas avoir pour prérogative de se prononcer sur la licéité de contenus spécifiques, ni pouvoir émettre d'ordre de retrait, qui est de la responsabilité d'autorités nationales spécifiques. De telles compétences font appel à de nombreux critères nationaux spécifiques, qu'ils soient constitutionnels ou de nature procédurale, et que les cours de justice sont le plus à même de gérer.

Enfin, cet organisme doit reposer sur un principe de co-régulation, offrant un rôle consultatif clair au secteur privé et à la société civile. Il devrait disposer d'équipes dédiées composées d'experts techniques et d'experts du numérique afin de s'assurer que les conseils et bonnes pratiques qu'il publie soient conformes à l'esprit du cadre de responsabilité. Cet éventuel organisme de supervision devrait aussi emprunter des bonnes pratiques en matière de gouvernance à des organismes de supervision déjà existants. On peut citer par exemple le groupe permanent des parties prenantes de l'ENISA (Agence Européenne chargée de la Sécurité des Réseaux et de l'Information), les codes de conduites élaborés par l'industrie sous la supervision des autorités de protection des données, etc.

Conclusion

Le concept de « DSA » élaboré par la Commission Européenne est un point de départ intéressant pour les discussions portant sur la modération des contenus et les rôles et responsabilités en ligne. Il sera important au cours de ces futures discussions de se rappeler qu'aucun acteur ne peut à lui seul assurer un combat transparent, efficace et évolutif contre les contenus et activités illégaux en ligne. C'est plutôt un réseau complexe d'entreprises, d'individus, d'ONG, d'acteurs publics et de prestataires de services en ligne qui doivent travailler de concert vers des objectifs communs.

Le passé nous a montré qu'il est nécessaire de considérer l'espace numérique comme un écosystème dans lequel se trouvent une multitude d'acteurs différents disséminant du contenu et rendant possibles des activités en ligne. Tous ces acteurs devraient dans une certaine mesure assumer la responsabilité de préserver un environnement en ligne sain. Dans le futur, nous exhortons donc le législateur à prendre en compte le rôle de chaque acteur dans l'écosystème numérique et de faire appliquer efficacement ses responsabilités, qu'il s'agisse des utilisateurs eux-mêmes, des ayants-droits, des autorités de police, des « trusted flaggers », etc.

Nos membres offrent un aperçu unique des modalités découlant des efforts mis en œuvre pour gérer les contenus illégaux et nuisibles en ligne. Pour cette raison, nous demandons au législateur de prendre en considération les six aspects mentionnés dans ce document et de s'engager à nos côtés et à ceux de nos membres dans la recherche d'une solution fonctionnelle.