

Le régime d'obligation de suppression des données illicites duplicquées : Des renforcements par petits pas dans un contexte d'autorégulation numérique¹

Matthieu Gaye-Palettes

A.T.E.R. à Science Po Toulouse et doctorant à l'université Toulouse 1 Capitole

Résumé : Adapter les cadres normatifs européens pour assurer une effectivité de la réglementation numérique est un des mots d'ordre face aux dérives de la liberté d'expression sur Internet. Le renouveau du régime de responsabilité des acteurs du numérique, incarné par la Directive (UE) 2019/790 ou la proposition de Règlement de la Commission européenne du 12 décembre 2020 COM(2020) 825 final, suit cette tendance au renforcement de la modération des contenus illicites en ligne. Cependant, ces cadres normatifs souffrent encore de difficultés à appréhender la capacité de rediffusion instantanée d'un contenu déjà considéré comme illicite. La lutte contre cette propension duplicative, permise entre autres par les grandes plateformes de partage de contenus, nécessite l'usage d'outils de surveillance globale des données du réseau que le législateur européen se refuse à imposer. Privilégiant une autorégulation fondée sur une relation de coopération des acteurs numériques avec les autorités nationales, les normes nationales et européennes peinent à la combiner avec un régime d'obligation renforcé de suppression des contenus illicites duplicués.

Mots clefs : *Responsabilité des intermédiaires techniques – Duplication de contenu – Directive 2000/31/CE – Obligation de surveillance – Régulation numérique*

¹ À jour de juin 2021.

Face aux dérives d'une expression au caractère instantané, anonyme et d'une portée inégalée, la réglementation d'Internet est devenue le terrain d'une lutte acharnée entre ardents défenseurs libertariens, à l'image des pensées américaines qui ont façonné le réseau², et partisans d'une modération accrue. Si les législateurs français et européens rejoignent une vision modérée, mettant en balance la liberté d'expression avec d'autres droits en ligne, ils peinent néanmoins encore à en endiguer les excès. En droit français, une tendance se dessine allant vers un renforcement des obligations de modération de l'expression et des amendes pesant sur les intermédiaires techniques dont est contesté leur caractère purement passif. Ainsi, malgré la déclaration d'inconstitutionnalité d'une majeure partie de ses dispositions³, la Loi du 24 juin 2020 visant à la lutte contre des contenus haineux sur Internet illustre cette propension à l'accroissement des obligations de suppression des contenus en ligne. L'article 1^{er} visait en ce sens à augmenter la rapidité d'action en faisant peser sur certains intermédiaires l'obligation de retrait après notification d'un contenu dans un délai de vingt-quatre heures, réduit à une heure pour certaines données spécifiques, et assortie d'une amende alourdie en cas de non-respect⁴. Si ces obligations n'ont pas passé le tamis constitutionnel, la volonté, elle, demeure et augure un renforcement des réglementations profilant la fin d'une régulation des contenus en ligne majoritairement basée sur la coopération volontaire des acteurs. Cette orientation se percevait déjà dans le cadre de l'Union européenne à travers l'ambition d'harmonisation, réaffirmée par la Présidente de la Commission européenne Ursula Von der Leyen, par des standards communs sur la « désinformation et les messages haineux en ligne »⁵.

La lutte contre les contenus illicites est devenue un enjeu juridique autant que politique tant les dérives sont médiatisées⁶. Pourtant, un arsenal normatif fourni existe pour encadrer la publication sur Internet. Des modifications de l'ancienne Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ont notamment adapté les infractions de presse à l'environnement numérique en y appliquant des sanctions identiques. Sont donc considérés comme illicites des discours publics⁷

² Rappelons les fondements libertaires qui portaient les premiers essors d'Internet où étaient énoncés : « Gouvernements du monde industriel, vous géants fatigués de chair et d'acier, je viens du Cyberspace, le nouveau domicile de l'esprit. Au nom du futur, je vous demande à vous du passé de nous laisser tranquilles. Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'avez pas de souveraineté où nous nous rassemblons », J.P.Barlow, *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, Electronic Frontier Foundation, 8 février 1996.

³ C. const. 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet*, 2020-801DC.

⁴ L'article 1 du texte définitif adopté le 13 mai 2020 visant à la lutte contre les contenus haineux en ligne, avant que n'intervienne le Conseil constitutionnel, ne prévoyait le délai de suppression d'une heure que pour des contenus d'apologie du terrorisme et de pédopornographie. Toutefois, demeure l'élévation de l'amende à 250 000 euros en cas de non-respect d'un retrait de contenu.

⁵ V. U. von Der Leyen, A Union that strives for more, *Political guidelines for the next European commission 2019-2024*, p. 21. Cela entre dans le cadre de l'établissement d'un marché unique du numérique en Europe qui ambitionne une harmonisation globale des règles liées à Internet. V. également les conclusions du Conseil européen du 9 juin 2020, *Façonner l'avenir numérique de l'Europe*, traçant les grandes lignes du travail envisagé pour ce marché unique.

⁶ Que l'on pense aux diffusions en direct sur les réseaux sociaux des vidéos de l'attentat de Christchurch ou plus récemment des photos et vidéos de l'enseignant décapité à Conflans-Sainte-Honorine le 16 octobre 2020.

⁷ La question de la publicité du discours fait encore débat en doctrine notamment autour de la notion de « communauté d'intérêts ». V. not, L. Costes, *Identification des destinataires d'un courriel liés par une communauté d'intérêts et diffamation non publique*, *RLDI*, n° 157, mars 2019, p. 30 ; B. Ader, *Les « amis » sur Facebook forment une communauté d'intérêts*, *Légipresse*, 2013, p. 312.

diffamatoires ou injurieux, ceux incitant à la commission de certains crimes et délits, de provocation à la haine raciale ou à la discrimination basée sur le genre, le sexe ou le handicap⁸. S'y ajoutent les contenus diffusant sciemment de fausses informations⁹. De mêmes diverses infractions pénales portant sur les contenus pédopornographiques, prostitutionnels, de harcèlement sexuel ou faisant l'apologie du terrorisme¹⁰ s'appliquent automatiquement aux avancées technologiques des communications et voient leurs peines alourdies lors d'infractions commises en ligne. On retrouve la même neutralité technologique¹¹ pour les cas d'illicéité de contenus reproduisant un objet soumis au droit d'auteur, dont l'impact est fortement mis avant actuellement sur Internet suite à l'essor du téléchargement ou du *streaming* ayant facilité la diffusion illégale d'œuvres protégées¹². Se cumulent à ces infractions générales, celles créées spécifiquement pour les nouveaux comportements en ligne tels que l'article 226-2-1 du Code pénal introduit par la Loi du 7 octobre 2016 incriminant les faits de *revenge porn* ou encore l'article 222-33-3 du Code pénal introduit par la Loi du 7 mars 2007 pour les faits de *happy slapping*. En conséquence, Internet n'est pas et n'a sans doute jamais été une zone de non-droit¹³. Les auteurs physiques d'infractions évoquées sont poursuivis au même titre que celles commises hors-ligne. Toutefois, l'emphase s'est déplacée, car bien que la répression des auteurs d'infractions ne soit pas abandonnée, les difficultés techniques d'identification et de poursuite des personnes physiques responsables d'une publication de contenu ont fait ressortir la nécessité de privilégier les procédures de cessation de l'infraction. À cette fin, pour retirer au plus vite des contenus illicites ou rendre leur accès impossible, c'est bien plus vers les intermédiaires techniques que se concentrent les normes européennes et nationales des vingt dernières années.

Pour ce faire, un cadre relativement stable fut initié en droit français, notamment depuis l'article 6 de la Loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004, transposant les dispositions de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000, qui met en place le cadre général de participation des intermédiaires techniques à la lutte contre les données illicites transitant sur leur réseau. Que ce soient les hébergeurs, les moteurs de recherche ou encore les fournisseurs d'accès Internet (FAI)¹⁴, tous sont reconnus comme n'étant pas, sous certaines réserves,

⁸ Respectivement l'article 29 pour le premier et les différents alinéas de l'article 24 de la Loi du 27 juillet 1881 pour les autres infractions.

⁹ Art. 27 al. 1 de la Loi du 27 juillet 1881.

¹⁰ Respectivement : articles 227-23, 225-5 et -6, 222-33 et 421-2-5 du Code pénal.

¹¹ La neutralité technologique d'une norme se définit comme la « caractéristique d'une loi qui énonce les droits et obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place », D. Poulin et P. Trudel, *Loi concernant le cadre juridique des technologies et de l'information*, texte annoté et glossaire, Centre de recherche en droit public, sept. 2001.

¹² Art. L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle ; L'évolution des techniques permettant la violation de droit d'auteur est constante et les règles juridiques peinent à s'adapter à ces nouveaux modèles. V. not. J.-A. Fines Schlumberger, Du pair-à-pair au live streaming : les méthodes d'accès illicites aux œuvres protégées via Internet se diversifient, *La revue européenne des médias et du numérique*, n° 49, 1^{er} déc. 2018, p. 34-38.

¹³ Déjà constaté dès les débuts du droit de l'Internet, E. Derieux, Neutralité : liberté ou surveillance. Fondements et éléments du droit de l'Internet, *RLDI*, n° 74, Août 2011.

¹⁴ Il sera utilisé ce triptyque d'opérateurs parmi l'ensemble des classifications disponibles dans les textes pour classifier les sous-groupes de la catégorie « d'intermédiaire technique » renvoyant aux fournisseurs de services de communication au public en ligne de la LCEN. Sera utilisé dans les cas précis de la Directive droit d'auteur du 17 avril 2019 la nouvelle catégorie des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ».

responsables des informations stockées et transitant sur leur réseau,¹⁵ mais comme étant des collaborateurs, en raison de leurs capacités techniques, pour faire cesser une atteinte en ligne. Le régime de responsabilité repose donc sur une irresponsabilité de principe renversée pour inaction en cas de connaissance effective d'un contenu illicite. Cela implique notamment l'obligation de fournir un mécanisme de notification permettant aux utilisateurs de signaler une donnée qui serait illicite¹⁶. S'ajoute à ce mécanisme une compétence de « notification » de blocage par une autorité administrative, mais seulement envers les seuls contenus pédopornographiques ou terroristes après qu'une première demande au site Internet d'origine publiant le contenu est restée lettre morte durant vingt-quatre heures¹⁷. Toutefois, ce régime général particulièrement avantageux pour les intermédiaires techniques doit aujourd'hui se coupler avec un changement important d'ambition exposé par la Directive 2019/790 du 17 avril 2019 qui refonde en profondeur le régime des droits d'auteur et droits voisins. Dans le cadre spécifique de la propriété intellectuelle et concernant la nouvelle catégorie des « [f]ournisseurs de services de partage de contenus en ligne » la présomption s'en trouve renversée puisque qu'ils sont tenus pour responsables du contenu déposé sur leur(s) plateforme(s) et devront prouver une diligence technique pour pouvoir s'exonérer de responsabilité en cas de mise en ligne d'un contenu contrefait. Le système de notification se cumule alors avec celui de procédure de licences négociées entre les plateformes et des sociétés de gestion collective des droits. Si les deux systèmes avancent en parallèle, ils ne remettent pas en cause la capacité d'injonction appartenant au juge judiciaire. L'article 6.I.8 de la LCEN énonce ainsi que « [l]'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête [...] toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage ». En ressort qu'étant donné la célérité de diffusion d'un contenu, la promptitude indispensable à l'utilité d'un recours contre une infraction en ligne est *a minima* assurée par l'instauration d'une procédure de référé. Ce « référé Internet » fut par la suite complété par des procédures sectorielles visant le droit de la propriété intellectuelle en ligne ou celui des *fake news* en période électorale¹⁸. À ce besoin de rapidité s'ajoute une grande variété dans les mesures qui peuvent être ordonnées par le juge pour faire cesser le dommage. Ont été ordonné tant le retrait ou la suppression du contenu, le déréférencement d'un moteur de recherche ou le blocage d'accès via les FAI, que des injonctions plus larges de suppression de comptes utilisateurs ou d'obligation de conservation des informations utilisateurs permettant au juge judiciaire d'identifier et de poursuivre plus facilement les auteurs de contenus illicites¹⁹. Le cadre juridique

¹⁵ L'art. 6-I-2 de la Loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004 énonce à destination des hébergeurs leur irresponsabilité « du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services [...] ». Concernant les FAI, cette même loi modifie l'article L.32-3-3 du Code des postes et des communications électroniques pour énoncer leur irresponsabilité à raison des contenus qu'elles fournissent.

¹⁶ S'ajoutera aux mécanismes de notification spécifique à chaque site Internet une plateforme gouvernementale appelée « Pharos » créée par décret en juin 2009 pour centraliser les signalements de contenus présumés illicites. De même, des plateformes de centralisation de signalements ont été mises en place par des associations telles que le réseau *Inhope* par le site pointdecontact.net.

¹⁷ La Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011 met en place ce premier système de notification administrative jugé conforme à la Constitution par la décision C. const. 10 mars 2011, 2011-625 DC. Ce mécanisme est complété pour le contenu terroriste par la Loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

¹⁸ Respectivement, art. L. 716-4 du Code de la propriété intellectuelle et art. L.163-2 du Code électoral. Une procédure de référé est également prévue par l'article 50-1 de la Loi du 29 juillet 1881 pour des faits réalisés sur Internet.

¹⁹ L'article 8 de la Directive 2001/29/CE est interprété comme laissant le choix des moyens aux intermédiaires. Ainsi, un FAI peut échapper aux astreintes d'une injonction judiciaire de faire cesser l'accès à un contenu litigieux s'il

permettant d'arrêter l'accès à un contenu illicite en ligne ne manque donc pas d'instrument et est d'autant plus renforcé par la Directive de 2019 qui démocratise le contrôle préalable du contenu pouvant s'avérer redoutablement efficace. Cependant, l'ensemble de cet attirail n'efface pas le sentiment d'inefficacité globale de l'encadrement²⁰ face à certaines caractéristiques pratiques du réseau.

S'il ne transforme fondamentalement pas la nature des droits et libertés applicables en ligne²¹, l'environnement numérique présente cependant des spécificités techniques mettant encore à mal l'exécution des normes juridiques. Nombre de ces particularités, déjà analysées en doctrine, ont engendré des adaptations législatives et jurisprudentielles aménageant un socle cohérent de règles. C'est fut notamment le cas des difficultés de territorialité des infractions commises en ligne²² ou celles liées à l'anonymat. Malgré tout, l'effectivité des procédés de suppression de contenus illicites se heurte à une capacité de duplication de contenu du cyberspace permettant toujours de se faufiler à travers les mailles juridiques. Dans une acception large, la duplication peut être comprise comme la capacité de créer un contenu identique ou légèrement modifié sur le réseau. Deux processus duplicatifs peuvent être distingués selon l'objet numérique copié. En premier lieu, on identifie le phénomène ancien des sites-miroirs qui recréent tout ou partie d'un site Internet. Si certains auteurs considèrent qu'ils visent exclusivement au contournement des décisions de justice²³, on constate cependant que les « miroirs » peuvent répondre à des besoins légitimes sur le réseau ou à d'autres objectifs politiques délétères²⁴. En second lieu, non plus au niveau externe de création d'un site, mais au niveau interne d'usage d'un site Internet par ses utilisateurs, le phénomène prend la forme de *re-upload* ou de *résurgence*. Ce procédé dénomme alors la pratique de publication d'un contenu textuel, vidéo, musical, identique ou légèrement différent d'un contenu déjà diffusé sur un site Internet. Il implique alors souvent un même utilisateur qui rediffuse un contenu, mais n'exclut pas les possibilités de publications successives par deux utilisateurs distincts d'un même contenu si l'un entend reproduire l'autre. Peu importe la nature ou le nombre d'utilisateur(s) et de site(s) Internet impliqué(s) – puisqu'il est possible que la nouvelle publication ne soit pas diffusée via le site d'origine –, seul compte le caractère d'identité du contenu publié sur

démontre avoir pris des mesures à même de « rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services », CJUE 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH*, C-314/12, point 64.

²⁰ En ce sens, F. Potier, Le chemin escarpé de la lutte contre la cyberhaine, *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 542.

²¹ En ce sens, Le Conseil d'État admettait qu'Internet « par lui-même, [...] ne remet en cause [concernant la liberté d'expression] ni l'existence de ses limites ni leur tracé. Les textes limitant la liberté d'expression [...] s'appliquent de plein droit à l'expression sur Internet. », *Le numérique et les droits fondamentaux*, Rapport du Conseil d'État, 2014. En ce sens, V. également, E. Derieux, Régulation de l'Internet, *RLDI*, n° 78, Janv. 2012.

²² V. not. B. Barraud, L'État territorial face au cyberspace mondial, *RLDI*, n° 122, Janv. 2016.

²³ « [O]n appelle sites miroirs les sites qui sont la parfaite copie de sites qui ont fait l'objet d'une ordonnance de blocage et qui sont créés sous un autre nom de domaine afin de la contourner », A. Signourel, Les armes de la lutte contre la haine en ligne : de la théorie à la pratique, *Dalloz IP/IT*, Oct. 2020, p. 535.

²⁴ Ainsi, les sites-miroirs peuvent servir à décharger un surplus de connexion sur un site Internet pour éviter les saturations. À l'inverse, certains l'utilisent comme arme politique avec l'idée de « miroir modifié » ou « au lieu de simplement bloquer l'accès aux sites des dissidents politiques, les autorités [...] copient les sites controversés, puis les modifient afin de saper ou d'affaiblir les prises de position interdites », B. Edelman, Sur un Internet filtré, les choses ne sont pas ce qu'elles paraissent, *Reporter sans frontière*, 2004.

le réseau. L'avènement des réseaux sociaux et du Web 2.0 en général incarne l'essor spectaculaire de cette capacité de *re-upload* jusqu'alors relativement inexistante.

Ces phénomènes de duplication ont un impact immédiat sur l'efficacité des mesures prises, notamment par les juges. Bien qu'ils n'enlèvent pas toute utilité à l'injonction judiciaire de suppression d'un contenu, il en réduit sa portée en remettant en ligne l'essence de la donnée supprimée avec une quasi-instantanéité. Il est même craint que la suppression entraîne un « effet Streisand » renforçant la visibilité d'une information illicite²⁵. On touche donc ici au cœur d'un cadre juridique théorique de la liberté d'expression en ligne malmené par des pratiques spécifiques aux technologies de l'information. Il existe pourtant déjà dans le Code pénal un délit d'entrave, pour les contenus terroristes et pédopornographiques, réprimant l'extraction et la reproduction dans le but de contourner un blocage judiciaire. Toutefois, c'est à un autre niveau que l'on se place ici, celui de l'extinction d'une atteinte, de la disparition d'un contenu litigieux, et non de la répression de son auteur. L'élargissement des types d'infractions en ligne et l'alourdissement des peines qui ne semblent pas dissuader les internautes, ressemblent donc à un coup d'épée dans l'eau n'ayant d'effets que médiatiques. Face à un cas de duplication manifeste, le droit est en partie désarmée pour y répondre et le Conseil d'État constatait à ce propos dans son avis sur la Loi Avia qu'« il n'existe aujourd'hui pas d'autre manière de réprimer ces résurgences que de recommencer la même procédure judiciaire. »²⁶ Ainsi à chaque contenu dupliqué, l'autorité judiciaire doit être de nouveau saisie. Si la voie des référés permet un prompt traitement des demandes, la procédure juridictionnelle lorsqu'elle confronté aux quantités phénoménales de contenus que drague Internet souffre d'un décalage constant sur la pratique.

Face à cette incompatibilité entre le temps judiciaire et le temps numérique, la réglementation européenne et ses traductions dans le système français se sont reposées sur les intermédiaires techniques pour assurer un minimum d'efficacité. Du fait de leur emprise technologique qui dépasse bien souvent les moyens techniques et financiers des agents de l'État, l'action concrète sur le réseau passe par leur intervention. Or, l'intérêt économique sous-jacent au développement d'un marché européen du numérique compétitif rend frileux les législateurs nationaux et européens dans l'instauration d'obligations lourdes d'intervention de ces acteurs. L'encadrement devant reposer sur les intermédiaires techniques implique d'assurer la conciliation entre d'un côté la liberté d'expression en ligne²⁷ - restreinte lorsqu'entre en discussion le besoin de modération des contenus, et de l'autre le respect tant de la liberté d'entreprendre²⁸, le droit des tiers

²⁵ L'effet Streisand renvoie à l'affaire de 2003 liée à la chanteuse Barbra Streisand qui en voulant faire supprimer une photographie sur Internet pour empêcher sa propagation a engendré, à l'inverse, une surexposition que n'aurait pas eu l'élément en cause par un phénomène d'engouement médiatique. V. S. Liarte, Image de marque et Internet : Comprendre, éviter et gérer l'effet « Streisand », *Décisions Marketing*, n° 69, Janv-Mars 2013, p. 103-110.

²⁶ Avis du Conseil d'État, n° 397368, du 16 mai 2019 sur la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux en ligne, p. 10.

²⁷ Découlant de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel réaffirme la liberté d'expression en ligne comme « la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer », C. Const. 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet*, n° 2020-801 DC.

²⁸ Protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et également établie à valeur constitutionnelle depuis la décision du C. const. 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC.,

et la protection de l'intérêt général affectés par l'usage qui est fait des infrastructures du réseau. Pour assurer ce travail de funambule, le cadre actuel s'est élaboré en privilégiant les mécanismes d'autorégulation et de *compliance* dans la régulation des contenus en ligne²⁹. Ce rapport de force complexe qu'imposent notamment les grandes entreprises du numérique n'est pas sans influence sur le cadre juridique de la suppression des contenus dupliqués. En ce sens, sans verser dans la critique du système actuel ni n'ambitionner d'en proposer l'amélioration, le présent texte se restreint à montrer l'ambivalence du régime de responsabilité délictuelle des intermédiaires techniques du fait des contenus dupliqués qui, tout en se voulant de plus en plus contraignant, n'en demeure pas moins limité par une acception des relations avec les acteurs du réseau considérées en collaborateurs dans la lutte d'avantage qu'en acteurs de l'infraction.

Pour ce faire, une distinction est faite sur la dualité qui se creuse actuellement entre un régime spécifique se voulant plus restrictif et un régime général aux contours insaisissables. Ainsi, c'est tout d'abord sur le cadre global de la Directive « e-commerce » de 2000 que se centrera le propos. Cette dernière, qui encore aujourd'hui fournit la base des obligations de suppression des duplications en ligne, offre un cadre ambigu reposant sur un principe de collaboration des intermédiaires techniques estimés externes à l'infraction (I). Face aux nécessités de s'adapter aux évolutions technologiques, la Directive 2019/790 tendrait quant à elle à s'écarter des fondements collaboratifs sous-jacents à la responsabilité des intermédiaires permettant d'assurer un nouveau régime de suppression des contenus identiques. Toutefois, si cette réforme tend renforcer la protection de la propriété intellectuelle, elle ne fournit qu'un bouleversement parcellaire du régime des duplications en ne procédant qu'à un abandon partiel de la vision collaborative (II).

I. Le maintien d'un régime minimal ambigu conditionné par la collaboration des intermédiaires techniques

La Directive 2000/31/CE subsiste comme le fondement normatif des situations de résurgence en ligne. Ce cadre ancien, même dans sa possible rédaction du future *Digital services Act*³⁰, reste fondé sur un modèle coopératif des relations entre les intermédiaires techniques et les autorités nationales duquel résulte une ambiguïté juridique du régime faisant planer une incertitude sur son application concrète (A). Malgré l'indétermination du régime, c'est avec grand-peine qu'une ligne directrice est instaurée vis-à-vis des duplications au vu des menaces sur les droits des utilisateurs du réseau liées à l'abandon de la relation de collaboration avec les intermédiaires (B).

A. L'ambivalence de la suppression des contenus identiques : entre coopération et obligation de surveillance

²⁹ La Commission européenne a ainsi privilégié l'usage de codes de conduite tel que le Code de conduite visant à combattre les discours de haine illégaux en ligne du 31 mai 2016 auxquels ont adhéré neuf entreprises majeures de partage de contenus et qui démontre d'une réelle volonté des entreprises de fournir des solutions rapides.

³⁰ Proposition de Règlement de la Commission européenne du 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, *Proposal for a regulation on a single market for digital service*.

Les obligations de suppression des duplications en ligne peuvent être déduites du régime général de la Directive 2000/31/CE. Instauré dans une période d'essor rapide du marché du numérique dominé par les acteurs américains, le législateur européen s'est refusé à imposer des obligations lourdes sur les nouveaux acteurs économiques de peur de freiner l'innovation³¹. En ressort un régime « d'obscurité clarté »³² qui pour ne pas dissuader les entreprises du numérique, favorisera une relation de collaboration avec les autorités, notamment judiciaires, fondée sur leur irresponsabilité pour le contenu transitant sur leur réseau. Ainsi, aux éditeurs de contenus traditionnels, responsables des informations qu'ils publient, sont distingués les intermédiaires techniques considérés comme externes au contenu diffusé sur leurs plateformes. Cette distinction, fondée initialement sur la technicité du service proposé, a évolué du fait de la complexité des nouveaux prestataires du Web 2.0 vers la recherche du rôle neutre ou passif de l'activité³³ détachant ainsi le prestataire de l'infraction qui peut être commise par l'usage de leur structure.

C'est à l'aune de cette relation de collaboration, justifiée par le désir de développement économique du numérique européen, que peut s'appréhender l'article 15 de la Directive³⁴. C'est un poncif d'affirmer l'importance qu'a prise cette disposition dans le contentieux de la responsabilité des prestataires de services en ligne. Exprimant une interdiction faite aux États d'élaborer une obligation générale « de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites », cette disposition a été transposée par l'article 6-I-7 de la LCEN et est largement brandie en bouclier par les intermédiaires techniques pour s'exonérer d'obligations qui pourraient leur être imposées vis-à-vis de la modération du contenu sur leur réseau. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi considéré que contrevenait notamment à cette interdiction de surveillance l'obligation d'instaurer des mesures de filtrage de son réseau pour détecter et empêcher les transmissions *peer-to-peer* contrevenant au droit d'auteur³⁵. De même, en France, les juridictions au fond ont refusé d'imposer à Youtube une obligation d'utiliser « de sa propre initiative et sans contrôle des ayants droit, des empreintes sur les contenus »³⁶ ayant fait l'objet d'un signalement. Ressort de ces jurisprudences une interdiction large d'imposer toute mesure de filtrage global et

³¹ L'ambition origininaire du législateur européen « était de ne pas enrayer le développement d'un Internet encore jeune en faisant en sorte d'éviter que des opérateurs jugés indispensables à celui-ci répugnent à s'engager de crainte de voir peser sur eux des charges inconsidérées. », M. Vivant, Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscurité clarté d'un droit sans boussole apparente, in C. de Terwangne et al. (dir.), *Mélanges Pouillet, Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 323.

³² *Ibid.*

³³ En ce sens, C. Castets-Renard, Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'Internet, *D.*, 2012, p. 817, qui précise également le passage à un morcellement de l'analyse prétorienne des activités des intermédiaires techniques pour justifier de l'application du régime favorable d'irresponsabilité. Le juge identifiera au cas par cas, selon l'activité technique en cause dans l'affaire.

³⁴ L'équilibre est repris dans sa grande majorité par la proposition de Règlement de la Commission européenne du 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, *proposal for a regulation on a single market for digital service*. L'article 15 de la Directive 2000/31/CE est retranscrit à l'article 7 de la proposition de règlement.

³⁵ Cette violation de l'article 15 fut constatée tant pour une obligation de filtrage généralisée, sans limites de temps et à ses frais, imposée à un FAI, V. CJUE 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c/ SABAM*, C-70/10, Rec. I-11959, (not. les paragraphes 35 à 40), que celle imposée à un hébergeur, notamment une plateforme de réseau social, V. CJUE 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog NV*, C-360/10 (not. les paragraphes 33 à 38).

³⁶ Cour d'appel de Paris 21 juin 2013, pôle 5, Ch. 2, *SPPF / Youtube, Google*.

non limité dans le temps des données pour un intermédiaire technique surtout quand elle ne découlerait pas d'une injonction judiciaire.

Cette protection large découle logiquement de la relation de collaboration sur laquelle repose la régulation numérique. Les intermédiaires n'étant pas considérés comme des acteurs de l'infraction en ligne, mais en simples intervenants externes venant prêter main-forte aux autorités judiciaires, on ne saurait leur faire peser le poids de la réparation, ni même celui d'une activité de police³⁷. Or, si ce bouclier permet d'éviter tout excès de surveillance, il est au cœur des difficultés du régime de suppression des contenus dupliqués. En effet, la possibilité même d'une injonction judiciaire de suppression des sites miroirs ou des données retéléchargées repose sur la surveillance, de la part d'un FAI ou d'un hébergeur, des données transitant sur son réseau pour détecter les nouveaux contenus identiques à une donnée déclarée illicite. En cela, si la suppression d'un primo-contenu déclaré illicite n'impose que son retrait, l'obligation de suppression des résurgences implique la recherche et l'identification des dupliques en amont de leur retrait. Conscient des enjeux, notamment de garantie de l'effectivité des décisions de justice qui deviendrait inutile sans faculté d'imposer le retrait des contenus identiques, la directive souligne une possibilité d'exception qui cristallise l'ambiguïté du régime. Le paragraphe 47 de la Directive 2000/31/CE, dont l'idée est reprise par la LCEN à son article 6-I-7 alinéa 2, dégage donc la faculté d'une injonction de surveillance ciblée. Il explicite l'idée que l'interdiction ne porte qu'envers les obligations générales, laissant aux États la possibilité d'instaurer des « surveillances spécifiques » demandées par les autorités nationales ce qui fut traduit en France par la possibilité de fonder une « activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ». Toute l'incertitude interprétative repose sur la frontière entre ce qui est ciblé et temporaire et ce qui est assimilable à une surveillance générale. Les arrêts de la Cour de justice *Scarlet* et *SABAM* fournissent certes des exemples de surveillance généralisée quand il n'y a ni limite de temps ni limite matérielle à l'obligation imposée aux intermédiaires, mais laissent totalement ouverte la question de savoir quelle durée serait acceptable et quelle quantité de données à surveiller serait adéquate. En outre, cette marge d'interprétation large n'est pas éclaircie par la jurisprudence *L'Oréal* qui reconnaissait pourtant explicitement cette possibilité d'injonction ciblée, dans le cadre particulier d'atteinte à la propriété intellectuelle, uniquement pour des mesures devant être « effectives, proportionnées, dissuasives et ne [devant] pas créer d'obstacles au commerce légitime. »³⁸ Si l'expression renvoie au triple test effectué par la Cour, elle ne donne pas pour autant d'éléments supplémentaires clarifiant ce régime d'exception. Cette incertitude nourrit de ce fait le débat autour de la qualification de surveillance générale ou de surveillance spécifique d'un filtrage.

La jurisprudence se trouve bien en peine pour clarifier ce tiraillement entre besoin de supprimer les dupliques afin d'asseoir l'utilité de la réglementation et interdiction d'obligation de surveillance assurant l'irresponsabilité. En effet, le simple fait de proposer des mesures proactives

³⁷ On peut néanmoins reconnaître à l'instar de Pierre Blanquet que les grandes entreprises du numérique jouent le rôle d'une « police inavouée » des contenus en ligne, V. P. Blanquet, *La police des fausses informations à l'ère du numérique*, *Revue du droit public*, n° 1, 2021.

³⁸ CJUE 12 juillet 2011, aff. C 324/09, *L'Oréal SA c. Ebay*, Rec. I-06011, point 144.

de surveillance intimerait d'écarter la vision passive de l'intermédiaire, pouvant être considéré comme ayant eu connaissance des données transitant, ainsi que le régime d'irresponsabilité délictuelle en découlant³⁹. En ce sens, l'acceptation par certains juges nationaux de mesures de *notice and stay down*, où l'hébergeur et les FAI doivent automatiquement supprimer une résurgence d'un contenu illicite, questionnait donc sur le maintien de l'irresponsabilité des intermédiaires⁴⁰. De même, l'arrêt *Facebook Ireland Limited* de la Cour de justice de l'Union européenne en acceptant, dans le cas d'un contenu atteignant à l'honneur d'un individu, que pèse sur un hébergeur l'obligation de suppression des contenus identiques ou strictement similaires⁴¹ permettait, elle aussi, une remise en cause des fondements mêmes de la collaboration avec les intermédiaires techniques. Toutefois, va-t-on vers un changement global dans la posture coopérative qu'avait l'État vis-à-vis des nouveaux acteurs du Web 2.0. ? Rien n'est moins sûr. D'abord parce que les effets de ce revirement de la jurisprudence européenne ne se sont pas encore fait ressentir dans les offices nationaux. Ces derniers perpétuent une tendance jurisprudentielle récusant toute injonction de suppression des contenus dupliqués. L'injonction d'un retrait automatique d'un contenu est donc refusée par la Cour de cassation qui rappelle le besoin, dans la lutte contre la contrefaçon, de conserver la procédure de notification sous peine de se voir tomber dans une obligation générale de surveillance⁴². Les juges nationaux réitèrent constamment le cloisonnement de la portée de leurs décisions aux seules URL ou aux seuls contenus précis cités dans la décision⁴³. Les intermédiaires techniques, lorsqu'ils sont qualifiés comme tels, ne doivent pas se voir imposer de mesures autres que celles nécessaires à la cessation de l'infraction déterminée.

Par ailleurs, si certaines normes internes ou européennes envisageaient d'aller plus loin dans les obligations des intermédiaires notamment concernant les contenus haineux, toute proposition de changement dans l'équilibre relationnel avec les acteurs numériques reste lettre morte. À titre d'exemple, l'article 8 de la proposition de Loi Avia du 24 juin 2020 qui prévoyait la possibilité pour une autorité administrative de demander à un FAI de bloquer, ou à un moteur de recherche de déréférencer, tout site-miroir à un site déclaré judiciairement illicite pour des propos haineux, fut déclaré inconstitutionnel par effet domino. Du reste, au niveau européen, la proposition de la Commission COM (2018) 640 du 12 septembre 2018 relative à la prévention de la diffusion du contenu à caractère terroriste en ligne fut amendée dès le début des discussions au Parlement européen supprimant à son article 6 toute référence à l'établissement par les intermédiaires de mesures proactives visant à supprimer les contenus terroristes⁴⁴. Le refus catégorique de faire peser

³⁹ Cela entraîne également un effet pervers, celui du « paradoxe du bon samaritain » en dissuadant les intermédiaires de mettre en place des mesures proactives pour ne pas perdre leur régime protecteur d'irresponsabilité, V. P. van Eecke, *Online Service Providers and Liability : A Plea for a balanced approach*, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1483.

⁴⁰ Not. CA Paris 26 mars 2010, ch. 4., *Magdane c. YouTube* ; TGI Paris 19 octobre 2007, 3^{ème} ch., 2^{ème} sec., *Zadig Productions c. Google Video* ; TGI de Paris 10 avril 2009, 3^{ème} ch., 2^{ème}, *Zadig Productions c. Dailymotion*, RG 06/18473

⁴¹ CJUE 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited*, C-18/18.

⁴² Cour de cassation, 1^{ère} civ. 12 juillet 2012, *aufeminin.com/ Google France et autres*, 11-15.165 ; 11-15.188.

⁴³ V. not., TGI de Paris 7 mars 2019, *Elsevier, Springer Nature c/ Orange, SFR, Free et Bouygues* ; TGI 27 novembre 2018, *LICRA c/ Orange, SFR, FREE et autres*.

⁴⁴ Amendement 21 adopté en première lecture par le Parlement européen dans sa Résolution du 17 avril 2019, TA/2019/0421.

cette obligation de prévention de publication de contenu identique n'occulte cependant pas le fait que le régime actuel de la duplication est au cœur du débat politique faisant consensus sur le caractère imparfait du cadre actuel. Enfin, si le *Digital services Act* qui entend refondre le cadre de la Directive 2000/31/CE veut également aller plus loin dans la lutte contre les contenus illicites, les premiers documents n'entendent pas remettre en cause les fondements de l'irresponsabilité des intermédiaires et l'interdiction de surveillance générale⁴⁵. Au contraire, elle viserait plutôt à renforcer la collaboration notamment par l'introduction d'un principe de « bon samaritain » en incitant à la mise en place volontaire de mesures proactives par les intermédiaires techniques tout en leur assurant qu'elles n'influeraient pas sur leur caractère passif au cœur de leur régime d'irresponsabilité⁴⁶. En conséquence, le maintien de cette vision collaborative des intermédiaires, externes à l'infraction, complexifie la résolution de l'ambiguïté inhérente à l'imbrication avec un régime de la duplication en ligne. Le juste équilibre entre l'impératif de surveillance, intrinsèque à la suppression des contenus identiques, et son interdiction explicite si elle est générale, demeure au cœur d'une obscurité normative.

B. Les risques de la suppression des contenus identiques : entre coopération et censure numérique

Le difficile équilibre encore au centre des jurisprudences françaises et de celle de la Cour de justice de l'Union européenne témoigne de la complexité qu'entraînerait l'abandon de l'approche collaborative avec les intermédiaires du fait des risques pour les utilisateurs découlant d'obligations renforcées de suppression des duplications. La solution retenue par la Cour de justice dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited* doit être concrétisée et ravive les questions sur sa mise en pratique⁴⁷. Le passage d'une coopération des intermédiaires irresponsables à un régime renforcé d'obligation de suppression des duplications soulève deux types de risques intrinsèquement liés.

En premier lieu, toute obligation de suppression des résurgences ou des sites miroirs entraîne la délégation d'un pouvoir de qualification d'une infraction relevant traditionnellement de l'office du juge. En effet, en interprétant la Directive 2000/31/CE comme permettant d'enjoindre aux hébergeurs de supprimer des contenus identiques ou des contenus similaires à ceux déclarés illicites par un juge, la Cour accorde une forte marge d'appréciation aux hébergeurs concernant l'illicéité du contenu. Bien qu'elle pose comme limite que les données fournies par l'injonction doivent être suffisamment précises pour ne pas « contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu », cela s'avère difficilement praticable, qui plus est, dans le

⁴⁵ Reprenant les termes de Karive Favro et Célia Zolynski, le *Digital Service Act* veut « renforcer les obligations sans toucher aux fondements », K. Favro et C. Zolynski, DSA, DMA : L'Europe encore au milieu du gué, *Daloz IP/IT*, 2021, n° 4, p. 218.

⁴⁶ Proposition de Règlement de la Commission européenne du 15 décembre 2020, COM (2020) 825 final, *Proposal for a regulation on a single market for digital service*. L'article 7 reprend ainsi l'interdiction d'obligation de surveillance générale, mais l'article 6 rappelle dès avant que la mise en place « de leur propre initiative, d'enquête ou d'autres activités visant à détecter, identifier, retirer ou rendre inaccessible l'accès à un contenu illicite » ne peut empêcher de bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue par le Règlement.

⁴⁷ V. not. V. Varet, Responsabilité des prestataires d'hébergement : les modalités d'une injonction visant à empêcher la réapparition d'un contenu illicite selon la CJUE, *Légipresse*, 2020, p. 29 et s.

cas d'abus de la liberté d'expression. Le cas particulier de l'alourdissement des obligations de surveillance tel que celui instauré dans la Directive 2019/790 sur le droit d'auteur peut être justifié par l'usage d'algorithmes capables d'identifier de manière fiable un contenu contrefait à partir de l'empreinte d'un contenu initial. Il ne s'agit pas pour le fournisseur d'apprécier une illicéité, mais d'identifier une donnée identique. L'exigence d'appréciation est cloisonnée à son versant purement technique déterminant les similarités entre deux éléments. L'illicéité est ainsi automatique par la communication au public d'un contenu techniquement identique à celui d'une œuvre protégée préalablement fournie aux intermédiaires. Si cette technique peut être adoptée pour des cas de contrefaçon, où l'illicéité est moins liée au contexte entourant la communication au public qu'au contenu en lui-même⁴⁸, le parallèle avec les contenus haineux, injurieux ou même terroristes s'avère délicat. L'illicéité de ce type de publications relève parfois davantage du contexte de son énonciation et de l'intentionnalité de l'auteur que du contenu matériel diffusé. Ce n'est ainsi pas le message en lui-même, mais l'intentionnalité sous-jacente qui fera d'un message un acte d'apologie du terrorisme. En conséquence, la signification du message reposera sur des éléments liés au contexte de sa publication⁴⁹ nécessitant une qualification bien souvent subjective. Il ne peut être considéré automatiquement qu'un nouveau message contenant le même ordre de lettres ou de mots, s'il est illicite, soit la continuation d'une infraction précédente et non la caractéristique d'une nouvelle infraction. Le même raisonnement peut se retrouver par analogie lorsqu'il n'est plus question d'une suppression de contenus, mais du blocage de sites-miroirs. Le blocage d'un site implique d'empêcher l'accès à un moyen technique permettant de diffuser du contenu pouvant s'avérer illégal. L'illicéité d'un site Internet repose donc sur l'utilisation qui en est faite par ses utilisateurs et son blocage nécessite une évaluation substantielle pour chaque site-miroir⁵⁰.

Le risque est ainsi double. D'abord cela laisse une marge interprétative aux intermédiaires techniques dans la qualification d'une infraction qui revient normalement au juge garant de la protection des droits fondamentaux⁵¹. Si le pouvoir donné aux entreprises est alors bien réel, le risque d'abus pour les internautes doit être nuancé. D'un côté du fait d'un maintien du juge comme seul compétent pour évaluer l'illicéité d'un primo-contenu. De l'autre en ce que les garanties d'accès à ce dernier afin de contester tout cas de suppression abusive permettent de maintenir une emprise, bien que plus lointaine. Ensuite, s'ajoute à cela, qu'une obligation de suppression de contenus similaires nécessite l'utilisation pour les intermédiaires de procédés technologiques de reconnaissance de contenus afin de traiter l'immensité des données. La qualité du résultat de logiciel

⁴⁸ Cela pourrait être nuancé puisque les exceptions à la réutilisation de contenus protégés reposent sur le contexte de publication. Seront ainsi considérées comme légitimes et licites les réutilisations à visée éducative, pour la critique, le pastiche, la parodie, etc.

⁴⁹ V. K. Favro & C. Zolynski, Pour un (nouveau) modèle de régulation des contenus illicites, *Légipresse*, 2019, p. 673 et s. Elles rappellent que l'évaluation de ce type de contenus est complexe en raison de « l'intentionnalité équivoque des messages ».

⁵⁰ European Digital Rights, Contribution au projet de loi dit « avia » 2019/412/F, 18 novembre 2019. De même, l'avis énonce sa méfiance envers l'usage indépendant d'algorithme, « *databases, which are not accountable, transparent and democratically audited and controlled, will likely disadvantage certain users based on their ethnic background, gender, religion, language, or location.* »

⁵¹ En ce sens, O. de Maison Rouge, Cyber expression : vers une anastase électronique ?, *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 198 et s.

fonctionnant sur correspondance de mots-clefs, de suite de termes, ou d'images identiques sans pouvoir analyser l'intentionnalité d'énonciation peut être contestée⁵². La pertinence de l'usage de telles techniques est également remise en question par la vitesse à laquelle les images, vidéos ou messages peuvent être modifiés, même de manière infime, rendant difficile la réidentification de manière algorithmique⁵³. Ces risques peuvent expliquer que la jurisprudence française ait refusé à plusieurs reprises de confier ce travail de qualification aux intermédiaires techniques ou aux tiers lésés⁵⁴.

En second lieu, l'obligation de suppression des contenus identiques implique l'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire technique en cas de défaillance. Ce lien entre obligation de suppression et irresponsabilité fait craindre l'émergence d'une pratique de surmodération préventive des plateformes numériques sans vérification approfondie du doute sur sa licéité ou non⁵⁵. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel estime que conditionner l'irresponsabilité à une obligation renforcée de suppression, d'autant plus lourde si elle porte également sur les contenus identiques, engendrerait un surblocage préventif de contenus, illicites ou non, attentatoire à la liberté d'expression en ligne des utilisateurs⁵⁶. Cela entraînerait une forme de renversement de la présomption pour les intermédiaires techniques envisageant toute notification comme illicite, par principe, jusqu'à preuve du contraire. La crainte de la censure liée à la surveillance généralisée du réseau qui amènerait un excès de zèle des intermédiaires pour protéger leur irresponsabilité reste encore hypothétique et est loin d'être systématique. En ce sens, ce serait oublier que l'environnement numérique n'en est pas moins un environnement concurrentiel qui ne peut pas se permettre une sur-modération et qui tente à l'inverse de démontrer sa transparence et sa neutralité.

Le juste équilibre apparaît donc difficile face à un média qui renferme tant un moyen inégalé d'abus de la liberté d'expression qu'un potentiel redoutable de censure généralisé et de privation de cette liberté⁵⁷. L'engouement actuel soulevé par le besoin de renouvellement des cadres normatifs du numérique semble déboucher sur une impasse à laquelle les législateurs ont bien du mal à trouver la ligne de crête pour s'assurer d'une effectivité de la réglementation tout en ne laissant pas le

⁵² Ainsi, la décision de la CJUE, *Facebook Ireland*, fait reposer les garanties de protection de la liberté d'expression « sur l'efficacité des filtres - à supposer que ceux-ci fonctionnent correctement dans un environnement éminemment contextuel. », K. Favro & C. Zolynski, art. cité.

⁵³ La vidéo de la tuerie de Christchurch est identifiée sous 800 hash différents par les algorithmes de Facebook. Or, « [e]n l'occurrence, le réseau social a reconnu que la vidéo a été dupliquée plus de 1,5 million de fois sur la plateforme d'échanges dans les 24 heures qui ont suivi l'attentat, et dans ce laps de temps, 300000 copies auraient entièrement échappées aux outils de modération mis en place par le site Facebook », Thèse de E. Stella. *L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne*, Université de Lorraine, 2019, p. 352.

⁵⁴ V. not. dans le cadre de l'identification d'un site diffusant des contenus illicites en refusant le blocage d'URL non cité dans la décision ; TGI Paris 28 novembre 2013, *Allostreaming* ; TGI de Paris 7 mars 2019, *Elsevier, Springer Nature c/ Orange, SFR, Free et Bouygues*.

⁵⁵ Cette question se posait déjà pour la frontière ambiguë de l'article 15 de la Directive *E-commerce*, V. not. Q. Van Enis, La prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires, in le même, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Larcier, 2015, p. 348-399.

⁵⁶ C. cons, *Loi Avia*, *op.cit.* ; O. de Maison Rouge, *Loc. cit.* ; Sur un point de vue critique de cette question dénonçant une forme de chantage juridique de la part des intermédiaires, V. N. Droin, *Loi Avia : une censure attendue, mais paradoxalement surprenante*, *AJ pénal*, n°9, Sept. 2020, p. 407 et s.

⁵⁷ En ce sens, J.-P. Foegle & R.M. Inghilterra, De l'art du funambulisme : la CNCDH se saisit des « discours de haine » sur Internet, *La revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2015.

numérique à l'autorégulation totale⁵⁸. À contrepied de du législateur français dans la Loi Avia alourdissant la responsabilité, le *Digital Service Act* européen maintient l'équilibre de la Directive 2000/31/CE et tente de passer par une intensification de l'implication des plateformes en imposant des obligations souples au niveau processuel plutôt que substantiel⁵⁹. Néanmoins, l'action volontaire des plateformes à démontrer de certaines limites d'effectivité dans le traitement des duplicques, et il peut être assuré qu'une atténuation de la vision collaborative qui domine le cadre juridique actuel sera nécessaire pour une évolution de ce régime. C'est d'ailleurs ce que démontre l'inversion partielle de logique qui permet à la Directive 2019/790 d'initier le début d'une responsabilité proactive concernant la duplication en ligne.

II. L'abandon partiel de la relation collaborative avec les intermédiaires à la suite du renouveau du régime du droit d'auteur

La Directive 2019/790 est le résultat d'une âpre lutte au sein des institutions européennes opposant les grands acteurs du numérique directement visés par les mesures et les groupes de gestion collective des droits d'auteur qui souhaitaient un cadre plus favorable à la rémunération des artistes. De ce fait, le texte refonde le régime de responsabilité en proposant une clarification spécifique au droit d'auteur. Dans ce nouveau cadre, le rapport collaboratif traditionnel avec les intermédiaires techniques dans la régulation est délaissé pour les considérer comme des acteurs ou « accélérateurs » de l'infraction. Toutefois, l'on verra que la directive est encore frileuse et ne propose qu'un bouleversement limité de la logique collaborative de la régulation numérique en n'imposant des obligations restreintes contre la duplication des contenus illicites en ligne (A) et en limitant les opérateurs soumis à ces obligations créant une multiplicité de cadres normatifs (B).

A. Un renversement parcellaire : un régime restreint d'obligation de suppression des contenus dupliqués

Le régime qu'instaure la nouvelle Directive 2019/790 fait figure de revirement dans la régulation du numérique en abandonnant partiellement la vision collaboratrice jusqu'ici privilégiée entre les pouvoirs publics et les intermédiaires techniques pour instaurer une obligation partielle de surveillance du contenu. Adoptée après trois années d'âpres débats ayant fait l'objet de pressions lobbyistes dus à « l'alliance paradoxale et opportuniste de ces géants de l'Internet et des utilisateurs autour d'un Internet "libre" »⁶⁰ la Directive *Droit d'auteur* bouleverse l'ancien équilibre de la

⁵⁸ Certains témoignent du passage actuel de cette autorégulation à une régulation placée sous le contrôle d'un « tiers de confiance », notamment un organe régulateur. V. R.-O. Maistre, Point d'étape : vers un nouveau modèle de régulation des plateformes de contenus, *Légitimes*, 2019, p. 459 et s.

⁵⁹ Elle passe par les mesures de transparence vis-à-vis de la modération et celles de « point de contact » ou de « représentant légal » pour l'intégralité des différents services en ligne envisagés par le *Digital Services Act*. Cela permet de redonner aux autorités publiques une certaine visibilité sur les actions des entreprises du numérique sur la modération ; V. A. Aulas et M. Le Masne de Chermont, Modération des contenus par les plateformes : quelles obligations pour demain ?, *RLDI*, Avril 2021, n° 180.

⁶⁰ E. Treppoz, Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique, *JCP-E*, Juil. 2019, n° 27, p. 1343 ; La pression des différents lobbies amena une proposition d'abord refusée par le Parlement européen ce qui

responsabilité délictuelle des intermédiaires techniques instauré par la Directive de 2000 *E-commerce*. L'article 17 entend extraire la catégorie des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne du régime de responsabilité limitée qui s'applique aux autres intermédiaires techniques⁶¹. Il est ainsi prévu qu'à défaut d'une autorisation de diffusion reçue par les détenteurs des droits d'une œuvre, les plateformes sont responsables de la communication de contenus protégés, même lorsqu'ils proviennent d'un téléversement des utilisateurs. La vision dualiste que proposait la Directive *E-commerce*, distinguant l'activité d'un utilisateur de celle de la plateforme, faisant du premier le seul responsable et du second un technicien coopérant avec les autorités nationales pour modérer⁶², cède pour une version unifiée de l'action où se cumulent, pour le détenteur des droits, la possibilité d'engager la responsabilité de la plateforme et/ou de l'utilisateur⁶³. Cette responsabilité n'est toutefois pas absolue et il est possible pour les plateformes de s'en défaire s'elles font démonstration d'une forme de bonne foi pour l'obtention de l'autorisation de diffusion ou pour l'enrayement de la communication de contenu protégé⁶⁴. Ce nouveau régime spécifique de responsabilité entend alors s'adapter aux opérateurs du Web 2.0 que l'on insérait imparfaitement dans le cadre de la Directive 2000/31/CE créée à une époque où ces entreprises n'étaient qu'embryonnaires. Là où n'existaient que des hébergeurs fournissant une infrastructure passive aux sites web, des moteurs de recherche ou des FAI, la domination grandissante des plateformes de partage bouscule ces catégories en incitant à une alimentation en contenus par les internautes et en fournissant des services de personnalisation poussés d'expérience utilisateur⁶⁵.

Ce renversement de responsabilité au détriment des plateformes, perdant leur statut privilégié, n'est pas sans effet sur l'encadrement des contenus dupliqués puisqu'il permet d'abord d'unifier, dans les limites de la portée de l'article 17, les règles qui étaient préalablement laissées aux aléas jurisprudentiels tout en renforçant l'obligation pesant sur les fournisseurs. En effet, là où la

amène certains auteurs à qualifier cette directive de « miraculée », C. Charon, *La miraculée du droit d'auteur, Communication-Commerce électronique*, Mai 2019, n° 5, repère 5.

⁶¹ La transposition française via l'Ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 reprend les lettres de la directive et fait déroger les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne du régime de responsabilité limitée fournie par l'article 6 de la Loi du 21 juin 2004 dans les cas d'actes d'exploitations. Cela confirme la volonté de la France de favoriser un blocage *ex ante*, V. P. Sirinelli & S. Prevost, *Directive droit d'auteur : un jour sans fin, Dalloz IP/IT*, 2020, p. 521.

⁶² L'on peut cependant nuancer car la CJUE en répondant à une question préjudicielle des Pays-Bas avait déjà considérée qu'un site gérant une infrastructure permettant majoritairement de déposer des liens vers des *Torrents* de téléchargements illégaux d'œuvres protégées, même s'il ne publiait directement le contenu illicite ne pouvait pas ne pas en avoir connaissance et réalisait tout de même une « communication au public » au sens de la directive 2001/29/CE. Par cela il pouvait ainsi être tenu pour responsable de l'infraction. CJUE 14 juin 2017, *Stichting Brein c/ Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (ThePirateBay)*, C610/15.

⁶³ En ce sens, C. Alleaume, *L'article 17 de la directive (UE) 2019/790 : une (fragile) responsabilité des fournisseurs de service de partage en ligne de contenus protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin, Legipresse*, 2019, p. 530 et s.

⁶⁴ Directive 2019/790, l'article 17 à son point 4 qui énonce 3 conditions cumulatives permettant d'écarter cette responsabilité : « a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation; et b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts [...] pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires; et en tout état de cause c) ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites Internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b). »

⁶⁵ V. en ce sens, A. Bensamoun, *L'article 17 de la directive « digital single Market » ou comment la légitimité d'un droit se pare des atours de la valse, Legipresse*, 2019, p. 89 et s.

responsabilité était antérieurement l'exception, elle est devenue la règle, reposant sur les épaules des fournisseurs de plateformes, et soumet l'exception d'irresponsabilité à la mise en place de mesures proactives contrôlant préalablement les données diffusées. Dans ce cadre, la différence n'est plus faite entre la suppression d'un primo-contenu ou celle d'un contenu illicite remis en ligne. La date ou le caractère répété de l'infraction n'influe plus, ou seulement sur les sanctions complémentaires pouvant être prises vis-à-vis de l'utilisateur, seul demeure le caractère contrefait du contenu. Ce renforcement de l'exigence de suppression repose sur l'usage de technologies émergentes de surveillance du contenu qui est incité par la directive. Que ce soient des technologies de *ContentID* ou de *hasbage*⁶⁶, toutes permettent d'identifier, à partir d'une empreinte technique apposée à un objet initial, les contenus identiques et d'en procéder au retrait. C'est au prix de ces technologies dissuadant la remise en ligne que s'obtient l'exonération de toute responsabilité quant aux contenus publiés par les internautes. Nonobstant cette obligation d'identification préalable apparaissant comme relativement stricte, il convient d'apporter plusieurs nuances.

En premier lieu, l'abandon de l'appréhension collaborative de la relation avec les intermédiaires n'est que partiel, car il n'existe pas d'obligation absolue pour les fournisseurs de garantir qu'aucun contenu contrefait ne soit mis en ligne. La lecture de la directive n'impose qu'une obligation de moyens pour atteindre un niveau suffisant de protection. Par cela, demeure toujours une optique de coopération des intermédiaires qui ne sont pas directement des contrefacteurs, mais qui donnent accès aux moyens de la contrefaçon. Ainsi, en cas de litige seront pris en compte la nature du contenu téléversé, mais également les caractéristiques des dispositifs mis en œuvre ainsi que leur coût pour le fournisseur. Cela permet ainsi d'exiger des plateformes en ligne que soient intégrés des systèmes algorithmiques de contrôle préalable tout en ne les tenant pas pour responsables des imperfections des technologies mises en place. En second lieu, l'obligation de suppression des contenus identiques n'impose pas une recherche générale par le fournisseur d'une potentielle illicéité du contenu. Les plateformes ne se substituent pas à une forme de police et doivent ainsi détenir des informations minimales concernant le contenu protégé. Il n'est pas exigé d'identification *in abstracto* du caractère contrefait d'un contenu téléversé sur leur réseau. On demeure ainsi dans une forme de *Notice and Stay down* qui repose sur deux cas. L'un d'entre eux est un pendant négocié où les auteurs, en donnant l'autorisation de diffusion moyennant une rémunération préétablie⁶⁷, apportent les éléments techniques minimums permettant d'identifier les contenus en question pour supprimer toutes les données commerciales ou générant des revenus qui réutiliseraient l'œuvre protégée sans accord. L'autre, en cas d'inexistence d'autorisation

⁶⁶ Les technologies de reconnaissance de contenu sont aujourd'hui au cœur de tous les questionnements et une large étude sur les possibilités données aux entreprises fut réalisée. V not. Rapport de la mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique intitulé : Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage, 20 novembre 2019.

⁶⁷ Cette possibilité risque de connaître des politiques similaires à celles opposées par Google sur l'interprétation de l'article 15 de la Directive 2019/790. Celui-ci refuse de rémunérer les éditeurs de presse pour l'utilisation de leurs contenus négociant la diffusion des contenus de presse sur leur moteur de recherche à une autorisation de diffusion accordée gratuitement par les éditeurs. La Cour d'appel a ainsi confirmé les mesures conservatoires prises par l'autorité de la concurrence pour la pratique anticoncurrentielle pratiquée par Google. V. N. Maximim, Droit voisin des éditeurs de presse : la cour d'appel confirme la décision de l'autorité de la concurrence, *Dalloz IP/IT*, Nov. 2020, n° 11, p. 588 ; également, J.-C. Roda, Google dans la tourmente concurrentielle, *D.*, Nov. 2020, n° 39, p. 2176.

négociée, reprend la possibilité de notification en l'alourdissant d'une obligation proactive de retrait des contenus identiques. Ainsi, ne pourra être engagée la responsabilité du fournisseur uniquement s'il a été préalablement signalé un contenu contrefaisant et apporté les éléments techniques nécessaires pour identifier l'œuvre protégée originale. L'article 17 maintient alors une forme de coopération entre l'ayant droit et les plateformes pour restreindre l'évaluation discrétionnaire de l'illicéité d'un contenu par l'intermédiaire⁶⁸. L'obligation qui pèse sur les plateformes, étant déjà renforcée s'agissant de la prévention de publication de contenus contrefaits, n'en demeure qu'une obligation technique⁶⁹. On peut donc estimer qu'un fournisseur ne sera pas tenu pour responsable de la publication de contenus contrefaits s'il n'a pas été mis à sa disposition les moyens techniques permettant d'identifier l'œuvre source protégée par le droit d'auteur. Le régime n'assimile donc les plateformes ni à des éditeurs maîtrisant leurs données, ni à des hébergeurs passifs, mais les érige en entre-deux justifiant le maintien au point 8 de l'article 17 de la Directive de l'interdiction une obligation « générale de surveillance »⁷⁰. Cette option ne renverse donc pas totalement la relation collaborative établie avec les intermédiaires techniques jugés encore externes à l'infraction, mais alourdit leur obligation pour pallier la fourniture des moyens de l'infraction.

Il ressort de ce nouveau régime une clarification du régime d'obligation de l'hébergeur concernant les contenus dupliqués en permettant une suppression rapide, automatique et autonome par les fournisseurs. En conséquence, le régime pourra s'avérer redoutablement efficace d'autant plus en étant soutenu par des moyens techniques de plus en plus précis. Cela n'enlève pas que ce régime ne modifie concrètement que peu les pratiques actuelles liées à la duplication de contenu et vient plutôt codifier des pratiques volontaires préexistantes. En effet, en ciblant les fournisseurs de services de partage de contenus, la directive ne porte que sur les cas de *re-upload* sur un même site Internet. Or, notamment sous l'effet de certaines poursuites judiciaires aux États-Unis⁷¹, les plus grandes plateformes de partage ont volontairement intégré l'option, facultative pour les utilisateurs, d'identification par les techniques notamment de *ContentID*⁷² pour prévenir automatiquement d'une publication future d'un contenu protégé. Conséquemment, ce n'est qu'une mise à jour du droit en la matière par rapport aux pratiques des acteurs en ligne. En outre, cette obligation ne porte pas sur l'encadrement des sites-miroirs qui nécessite l'intervention des FAI et des moteurs de recherche et qui sont le problème majoritaire dans le cadre de la protection de la contrefaçon pour éviter la prolifération de sites de *streaming* ou de *peer-to-peer*. Il est également raisonnable de penser qu'en l'occurrence les plus grands sites de partage de contenus illicites,

⁶⁸ En ce sens, P. Sirinelli, *Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne*, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 293.

⁶⁹ Cela est bien précisé dans la distinction faite au point 9 de l'article 17 déclarant que le traitement d'une demande de blocage doit être fait par une personne physique. Le primo-blocage, nécessitant la qualification de l'illicéité, est donc distinguée de la suppression des duplicques. L'une est une activité d'évaluation et l'autre est une activité technique.

⁷⁰ En ce sens, certains le voient non comme un régime d'exception, mais comme un moyen de compléter la Directive *E-commerce*, V. F. Pollaud-Dulian, *Téléversement et responsabilité des prestataires de services de l'Internet : Encore et toujours l'article 17 de la directive n° 2019/790*, *RTD com*, 2021, n° 1, p. 77 et s.

⁷¹ La technologie de *ContentID* développée par Google répond en partie à un besoin de résoudre les poursuites contre Youtube initiées par la société Viacom. V. not., District Court of southern district of New York, n° 07 Civ. 2103, 23 juin 2010, *Viacom International Inc. v. Youtube, Inc.*

⁷² Facebook a ainsi développé son *RightsManager*, mais des sites tels Twitch sont en partenariat avec la compagnie Audible Magic fournissant un service de scan de contenu.

souvent hébergés à l'étranger ne se sentiront pas menacés par ce changement d'obligation. En somme, la Directive 2019/790 fournit davantage un renouveau pour la rémunération des artistes face aux plateformes de partage qu'un changement de pratiques liées à l'encadrement de la duplication de contenus qui conserve en grande partie l'équilibre ancien collaboratif.

B. Un renversement parcellaire : la multiplicité des régimes applicables en matière de suppression des contenus dupliqués

Ce régime clarificateur de l'obligation pesant sur certains intermédiaires dans l'optique de supprimer les *re-upload* est une nouvelle avancée dans la fondation d'un marché unique numérique européen⁷³ améliorant l'harmonisation et la lisibilité des obligations sur Internet. En ce sens, le régime proposé résout la difficulté inhérente au principe de *Notice and take down* qui impliquait la réitération de la procédure pour chaque cas de duplication faisant peser sur le détenteur de droit un besoin de surveillance et un problème d'effectivité de la suppression. Cet apport en clarté n'en entraîne pas moins un morcellement supplémentaire du cadre général du numérique. La nouvelle catégorie des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne divise encore un peu un agglomérat normatif débordant déjà de sous-catégories d'acteurs du numérique. Les normes européennes reconnaissent déjà la fonction générale des « services de la société d'information » assumée par différents prestataires vaguement énoncés par la Directive 2000/31/CE et précisés ultérieurement par la jurisprudence, notamment les fournisseurs de service d'hébergement, les fournisseurs de service d'accès à Internet, les moteurs de recherche, les agrégateurs de contenus ou les places de marché. La Directive du 14 novembre 2018 ajoutait également, pour le cadre de la réglementation des médias audiovisuels, les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos. En plus de ces distinctions européennes, le droit français n'a pas manqué de complexifier à son tour la catégorisation en distinguant les opérateurs de plateformes en ligne intégrés à l'article L111-7(I) du Code de la consommation par la Loi 7 octobre 2016 République numérique⁷⁴. La Directive 2019 apporte donc une pierre à l'édifice obscurcissant un peu plus une structure qui pouvait s'avérer opaque. Elle l'est d'autant plus qu'une entreprise du réseau peut intégrer différentes catégories selon les fonctionnalités qu'elles proposent⁷⁵. Ce cadre confus, à l'image de la complexité des offres disponibles en ligne, n'est, dans le cadre de la duplication de contenu, pas facilité par un morcellement des régimes résultant de l'article 17 de la Directive 2019/790.

En effet, la directive n'ajoute pas seulement une nouvelle catégorie d'acteurs, elle fractionne également leur régime de responsabilité des contenus dupliqués. Pour ce faire seront distinguées deux possibilités, les cas où l'on se trouve face à un fournisseur de service de partage de contenus

⁷³ V. J. Daleau, Droit d'auteur : de la société de l'information au marché unique numérique, *Dalloz actualité*, 18 sept. 2018.

⁷⁴ L'inconstitutionnalité d'une partie de la Loi du 24 juin 2020 visant les contenus haineux à empêcher la création d'un autre acteur qui aurait été les « opérateurs de plateformes en ligne ».

⁷⁵ Cela est d'autant plus vrai si l'on ajoute la catégorie des « *Gatekeeper* » de la proposition de règlement COM (2020) 842 final dit *Digital Markets Act* qui porte sur une distinction non du type d'activité, mais de l'importance du fournisseur de service sur le marché. V. not. B. Bertrand, Chronique Droit européen du numérique – la volonté de réguler les activités numériques, *RTD eur*, 2021, n° 1, p. 163.

en ligne et celui où l'on se trouve face à un autre acteur du numérique. Dans le premier cas, la directive n'impose pas non plus un cadre unique de responsabilité à l'ensemble des fournisseurs, mais le scinde en fonction du contenu concerné et des caractéristiques propres à l'entreprise. La distinction sur le contenu correspond à une limite naturelle à la directive elle-même qui ne porte que sur le domaine des droits d'auteur et des droits voisins. Ainsi les obligations de surveillance des résurgences de contenu ne s'appliquent qu'aux communications publiques contrevenant au droit de propriété intellectuelle. Les autres contenus illicites pour des motifs autres, mais diffusés via le même fournisseur de contenus ne sont pas affectés par cette réglementation. La seconde distinction fondée sur les caractéristiques de l'entreprise est plus spécifique et répond au besoin de protection de la liberté d'entreprendre. Pour ne pas faire de la directive un élément permettant d'asseoir les positions dominantes que connaissent déjà les plus grands acteurs du numérique, les entreprises nouvellement créées sont exemptées de certaines obligations préventives les plus lourdes envers les contenus dupliqués. Cela est d'autant plus nécessaire quand on sait que de telles obligations pénaliseraient avant tout l'essor économique des entreprises européennes représentant ainsi un réel enjeu de compétitivité. En effet, bien qu'Internet soit mondial et que les grands acteurs touchent de nombreux pays, les *start-up* débutent principalement auprès du public de leur région d'origine avant d'éventuellement s'étendre rapidement en cas de succès. L'établissement d'obligations lourdes de suppression, nécessitant des coûts élevés et des techniques parfois complexes pour les entreprises, ne s'appliquerait qu'aux *start-up* européennes avantageant le développement de celles extérieures à l'Union. En conséquence, un double seuil est fixé pour ne pas supporter l'obligation de suppression des contenus identiques. Un seuil temporel fixé à une création de l'entreprise depuis maximum 3 ans qui se cumule à un seuil financier établi à un chiffre d'affaires inférieur à dix millions d'euros par an. Les *start-up* directement visées par ces mesures ne sont malgré tout pas totalement libres, devant conserver leurs meilleurs efforts pour obtenir l'autorisation de communication et maintenant la procédure *notice and take down*, mais elles ne supportent aucune exigence juridique de suppression des *re-uploads*. Enfin, un dernier seuil est inséré par le paragraphe 6 de l'article 17 de la Directive et porte sur le nombre d'utilisateurs qui, s'il dépasse 5 millions, même pour les *start-up*, ajoute l'obligation de mettre tout en œuvre « pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques ». En somme, ces seuils sont le reflet de la borne au-delà de laquelle les institutions européennes considèrent que la mise en place des éléments techniques n'est plus pénalisante pour le développement économique, mais également au-delà de laquelle les atteintes aux droits d'auteur sont trop importantes pour ne pas être réprimées.

Dans le second cas, celui touchant aux autres acteurs du numérique, une question se pose puisque là encore, la directive limite sa portée aux seuls fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Or, la définition même devra être précisée puisqu'ils correspondent selon l'article 2 aux acteurs dont « l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives. » Deux éléments entraineront sans aucun doute d'après discussions, celui de la détermination de « l'objectif principal » et celui de l'établissement du seuil de la « quantité

importante » d'œuvres diffusées⁷⁶. Si les premières semblent ne poser aucun problème pour des plateformes telles Youtube ou DailyMotion, il n'en va pas de même pour d'autres acteurs se trouvant à la frontière. Ainsi, les plateformes de réseaux sociaux telles que Facebook⁷⁷, Twitter ou Instagram ont-elles pour objectif « principal » ou même ont-elles simplement parmi ces objectifs de diffuser des œuvres protégées ? Le problème sera encore plus épineux lorsqu'il s'agira de savoir si l'évaluation porte sur le fournisseur comme une entité unique ou s'il est maintenu la possibilité d'étudier les fonctionnalités d'un prestataire de manière autonome⁷⁸. Ainsi Google dans son ensemble pourrait échapper à la qualification, mais ses fonctionnalités de Google Vidéo, Google Actualité ou Google Book ni couperaient pas. Du reste, l'évaluation d'une « quantité importante » sera à clarifier notamment vis-à-vis de son référentiel d'origine⁷⁹. Si l'on reprend l'exemple de Facebook, étudie-t-on cette « quantité importante » vis-à-vis du nombre total des publications qui sont diffusées ou en prenant un barème laissé à la discrétion des juges ? Toutes ces questions devront être tranchées puisque la lourdeur du régime concernant la prévention de publication de contenu illicite ne porte pas sur les autres intermédiaires techniques tels les FAI.

Ce tableau de la responsabilité concernant la suppression des *re-upload* de contenus contrefaits ne comprend donc pas moins de quatre régimes possibles. Un que l'on pourrait considérer comme « total » pour les fournisseurs dépassant l'intégralité des seuils, un « allégé » pour ceux se plaçant sous l'ensemble des seuils, un « modéré » pour les entreprises de moins de 3 ans, de moins de dix millions d'euros de chiffre d'affaires annuel, mais attirant plus de 5 millions d'utilisateurs et enfin le régime général de la Directive de 2000/31/CE pour les autres acteurs du numérique dans le domaine de la protection du droit d'auteur⁸⁰. Le cadre de la Directive 2019/790 apparaît bien restreint et ne semble pas opérer le bouleversement présagé, mais davantage un alourdissement épars du cadre de la suppression des contenus identiques envers les fournisseurs de contenus les plus importants. Loin de devenir le régime principal, c'est donc encore vers le cadre découlant de la Directive *e-commerce* qu'il faut se tourner. Si la tendance au renforcement, bien que plus modérée, se retrouve dans le cadre de cette dernière, elle se heurte encore au maintien d'une vision exclusivement collaborative des intermédiaires techniques laissant un régime de responsabilité largement ambigu.

⁷⁶ Le point de l'organisation et de la promotion à des fins lucratives reprend les formules de la Cour de justice de l'Union européenne et certains précisent que « [c]ela ne suppose pas un paiement de la part de l'internaute qui vient consulter les œuvres, mais la recherche par le prestataire d'une source de rémunération par la publicité ou la monétisation d'éléments recueillis », P. Sirinelli, *Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne*, *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 290.

⁷⁷ Bien que certains l'intègrent automatiquement dans la catégorie des fournisseurs. En ce sens, C. Alleaume, art. cité.

⁷⁸ Le juge européen expose depuis longtemps une appréciation pragmatique liée à la fonctionnalité précise en cause pour établir le caractère d'hébergeur ou non d'un acteur. V. not. CJUE 23 mars 2010, *Google France c/ LVM, Viatium, CNRRH*, C-236/08 à C238/08, Rec. I-02417.

⁷⁹ La Directive indique viser les plateformes jouant un rôle important et entrant en concurrence pour le même public avec d'autres services. V. C. Callataj et S. Depreeuw, *La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive « Digital Single Market »*, in J. Cabay & A. Strowel (dir.), *Les droits intellectuels entre autres droits*, Larcier, Coll. UB3, p. 158.

⁸⁰ Une distinction similaire semble s'opérer dans la proposition de règlement de la Commission européenne du 15 décembre 2020, COM(2020) 825 final, *Proposal for a regulation on a single market for digital service*. La proposition instaure des obligations de base pour l'ensemble des prestataires, ajoute des obligations pour les « plateformes en ligne » et impose encore des obligations supplémentaires pour les « très grandes plateformes en ligne ».