

L'hébergeur et la censure

LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN REMPART CONTRE LA CENSURE Les mécanismes de lutte contre la censure issus de la directive « e-commerce »

LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN REMPART CONTRE LA CENSURE Les mécanismes de lutte contre la censure repris par la LCEN
L'APPLICATION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UNE DÉRIVE VERS LA CENSURE L'application d'une procédure de notice and take down déguisée inefficace

L'APPLICATION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UNE DÉRIVE VERS LA CENSURE L'inutilisation des armes procédurales offertes par la LCEN

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN ENCOURAGEMENT à LA CENSURE La contractualisation des contenus : un encouragement à la censure

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN ENCOURAGEMENT à LA CENSURE L'absence d'intervention du juge sonne le glas des garde-fous contre la censure 1°/ L'obligation de retrait : la consécration de la procédure de notice and take down

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN ENCOURAGEMENT à LA CENSURE L'absence d'intervention du juge sonne le glas des garde-fous contre la censure 2°/ L'obligation de prévention : la consécration de l'obligation de notice and stay down

Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 157, 1er mars 2019

- L'hébergeur et la censure

Si le régime des hébergeurs a été construit comme un rempart à la censure, il est l'objet d'une dérive certaine vers la censure. Tel est le sens de la présente analyse.

Ronan HARDOUIN

Cabinet Ulys

Avocat associé

Docteur en droit

Chargé de cours Paris I-Sorbonne, Sciences Po Paris, Paris-Saclay

Ce titre est le fruit d'un paradoxe : alors que le régime de responsabilité limitée des hébergeurs a été créé pour éviter la censure, ces mêmes hébergeurs, eu égard à l'évolution de leur régime de responsabilité, risquent de devenir un outil d'entrave à la liberté d'expression.

Le paradoxe est donc flagrant : légitimé par sa fonction de préservation de l'intérêt général, le régime de responsabilité limitée mue, obligeant celui qui souhaite en bénéficier à agir pour la seule préservation d'intérêts privés.

Pour comprendre et expliquer cette dérive, il convient de revenir aux sources du régime et d'en rappeler en substance les grands principes.

Le régime de responsabilité limitée des hébergeurs trouve sa réelle justification dans une balance des intérêts entre droits subjectifs des tiers (droit à l'image, droit de propriété intellectuelle, etc.), d'une part, et préservation des libertés individuelles (liberté d'expression, liberté de communication, liberté du commerce et de l'industrie), d'autre part.

Le cercle est vertueux. En garantissant, au travers d'un régime juridique dédié, aux hébergeurs qu'ils n'auront pas à se comporter en censeurs, le législateur permet à l'économie numérique de se développer et à certains secteurs innovants d'émerger en se fondant sur ce régime (1) .

Pour autant, ce beau tableau est quelque peu entaché par l'existence de difficultés persistantes tant en ce qui concerne

ceux susceptibles d'en bénéficier qu'en ce qui concerne ses conditions d'application.

Ce régime s'est, en effet, au fur et à mesure des contentieux, attiré les foudres des titulaires de droits de propriété intellectuelle qui, à force d'opérations de lobbying, ont réussi à convaincre le législateur européen de la nécessité d'un nouveau texte (2) dont les termes semblent mettre à mal le double objectif d'équilibre et d'encouragement de l'économie numérique.

Ce texte est présenté comme un recours au *value gap* permettant de compenser la perte économique subies par les ayants droit du fait de la mise en ligne d'œuvres de l'esprit par des internautes sur les grandes plateformes d'intermédiation. Si tant est qu'elle soit avérée, cette intention est certainement louable en elle-même.

Néanmoins, telle qu'envisagée dans la proposition de directive, cette démarche aboutit à des effets pervers dont les conséquences sur la liberté d'expression sont loin d'être anodines.

Cela est d'autant plus critiquable qu'elle ne semble pas nécessaire pour combler ce fameux *value gap*. En effet, Google annonce, à titre d'exemple, travailler en étroite collaboration avec les ayants droit et avoir, notamment, versé 3 milliards de dollars aux ayants droit qui ont monétisé leurs contenus via l'outil content ID et 1.8 milliards de dollars à l'industrie de la musique en revenus publicitaires (3).

Sur un plan plus juridique, les ayants droit disposent également d'armes offertes tant par le droit européen que par le droit français pour obtenir des dommages et intérêts en compensation de leur préjudice qui, il faut bien le constater, ne sont pas utilisées en pratique et qui s'inscrivent pourtant dans la lignée de la préservation des équilibres susvisés.

Cela peut donc paraître étonnant de militer pour la nécessité d'un nouveau texte permettant de combler le *value gap*. Faut-il y voir une méconnaissance des textes ? Nous ne le croyons pas. La réalité semble plus obscure et révèle certainement une volonté des ayants droit d'évincer les constructions juridiques élaborées depuis 2004 et ainsi d'empêcher ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler les plateformes de profiter du régime de responsabilité des hébergeurs.

En tout état de cause, si le régime des hébergeurs a été construit comme un rempart à la censure (I), il est l'objet d'une dérive certaine vers la censure (II). Pire encore, la proposition de directive semble être un véritable encouragement à la censure (III).

LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UN REMPART CONTRE LA CENSURE

Dans un premier temps, les termes de la directive « e-commerce » (A) ont été structurés comme un véritable rempart contre la censure. Cet objectif européen semble avoir été correctement transposé en droit français par la LCEN (B).

Les mécanismes de lutte contre la censure issus de la directive « e-commerce »

Soulignons d'emblée que l'article 15 de ce texte prohibe toute obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques et donc des hébergeurs.

Cette prohibition est en elle-même un rempart à la censure. En effet, en n'obligeant pas les hébergeurs à surveiller l'ensemble des contenus transmis via leur service, le législateur européen prône un laisser-faire / laisser passer favorisant l'exercice de la liberté d'expression.

Mieux encore, cela signifie que les Etats membres n'ont pas la possibilité d'adopter une quelconque mesure qui s'apparenterait ou entraînerait une obligation générale de surveillance.

Cet article est en quelque sorte un rempart *a priori* à la censure empêchant que les hébergeurs ne soient, par exemple, en application de la théorie du risque créé et/ou profit, contraints de retirer « préventivement » des contenus.

Pour contrebalancer et assurer l'équilibre, le législateur européen a également prévu des mécanismes *a posteriori* de lutte contre la censure. L'article 14 de la directive e-commerce qui régit la responsabilité des hébergeurs dispose ainsi

que l'hébergeur ne peut être responsable à condition « *qu'il n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* ». *A contrario*, lorsqu'il dispose d'une telle connaissance, l'hébergeur, pour ne pas être considéré comme responsable du contenu transmis par son intermédiaire, doit procéder à son retrait promptement.

Concrètement, le législateur européen a prévu deux situations dans lesquelles l'hébergeur doit opérer le retrait d'un contenu avec la promptitude requise s'il ne souhaite pas endosser la responsabilité du fournisseur de contenu : lorsqu'il dispose de la *connaissance effective* ou, lorsque cela n'est pas le cas, lorsque *l'illicéité de l'activité ou de l'information est apparente*.

Selon le vocabulaire juridique Cornu, le terme « *effectif* » se définit comme ce « *qui correspond à la réalité* » (4) . Par conséquent, pour que l'hébergeur soit dans l'obligation de retirer un contenu, il faut que l'illicéité de ce dernier corresponde à la réalité juridique. Or, si l'on considère qu'est illicite ce qui est « *contraire à la loi* » (5) et que, dans une société de droit, la prérogative de dire sans ambiguïté ce qui est effectivement contraire à la loi appartient au juge qui détient le « *pouvoir de dire le droit* » (6) , il faut convenir que, dans ce premier cas, l'hébergeur aura connaissance de l'illicéité d'un contenu dès lors qu'un juge l'en aura informé.

En d'autres termes, disposer de la connaissance effective signifie être averti par décision de justice constatant l'illicéité d'un contenu ou d'une activité devant faire l'objet d'un retrait. Sans cette décision de justice, l'hébergeur ne peut disposer de la connaissance « *effective* ».

Le juge se place donc comme un rempart contre la censure et garantit *de facto* l'absence d'atteinte à la liberté d'expression.

Lorsque le demandeur au retrait n'a pas choisi la voie judiciaire pour obliger le retrait, il devra démontrer que l'illicéité est *apparente*. Le terme apparent est défini comme « *ce qui, dans une situation juridique, peut être connu, sans recherches approfondies (et qui ne correspond pas nécessairement à la réalité)* » (7)

En d'autres termes, lorsque le contenu est d'une telle gravité que l'infraction « *saute aux yeux* » de l'hébergeur, l'intervention du juge n'est pas obligatoire pour conditionner le retrait.

Malgré l'absence d'intervention préalable du juge, le législateur européen a également prévu un mécanisme limitant les possibilités de censure lorsque l'illicéité n'est qu'apparente.

En effet, la demande de retrait se fondant sur une telle illicéité est circonscrite à une demande de dommages et intérêts, *i.e.* à une action visant à engager la responsabilité civile de l'hébergeur.

Cette voie n'est donc pas ouverte à celui qui souhaiterait engager la responsabilité pénale de l'hébergeur qui doit donc, pour ce faire, se fonder que sur la démonstration d'une « *connaissance effective de l'illicéité* ». Il résulte donc clairement des termes du texte une volonté de limiter tout acte de censure en indiquant aux hébergeurs que leur responsabilité pénale ne peut être engagée que dans un strict cas : mis en condition de disposer d'une connaissance de l'illicéité s'appuyant sur une décision de justice, ils n'ont pas retiré promptement le contenu.

Le législateur européen a donc envisagé des mécanismes permettant à tout un chacun de faire respecter ses droits tout en offrant des garanties d'effectivité des libertés publiques et donc de lutte contre les possibilités de censure.

Les mécanismes de lutte contre la censure repris par la LCEN

L'article 14 de la directive e-commerce a été transposé à l'article 6-I-2 de la LCEN. En application de cet article, l'hébergeur, *i.e.* celui dont l'activité consiste à stocker des contenus de toute nature fournis par le destinataire du service, par un service de communication au public en ligne pour mise à disposition du public, ne peut être responsable

desdits contenus que lorsqu'il est avéré qu'il dispose de la « connaissance effective » de l'illicéité du contenu ou de l'activité et qu'il n'a pas procédé promptement à son retrait.

Selon le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 21 juin 2004 cette disposition ne saurait avoir pour effet « *d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* » (8) .

Ainsi, enrichie de la décision du Conseil Constitutionnel, la LCEN, tout comme la directive e-commerce, prévoit également deux possibilités pour porter à la connaissance de l'hébergeur l'illicéité d'un contenu : la connaissance effective, d'une part, et la connaissance de l'illicéité manifeste, d'autre part.

Force est de constater que l'illicéité manifeste prévue par la loi française recouvre la même réalité que l'illicéité apparente prévue par la directive e-commerce.

En effet, le terme « *apparent* » est défini comme se rapprochant de « *l'évidence* » (9) . L'évidence est définie, quant à elle, comme « *ce qui ressort comme manifestement vrai ; ce qui se fait reconnaître comme tel par tout esprit raisonnable [...]* » (10) . Partant, serait apparente l'illicéité qui serait évidente et serait évidente celle qui serait manifeste, de sorte que l'on puisse utiliser l'un quelconque de ces termes de manière indifférenciée.

En d'autres termes, la législation française connaît les mêmes remparts de lutte contre la censure que le droit européen. Partant, le régime de responsabilité des hébergeurs, impliquant dans la majorité des cas l'intervention de l'autorité judiciaire, seule apte à qualifier un contenu d'illicite ou non, était construit comme un véritable rempart contre la censure répondant ainsi à la volonté du législateur qui ne souhaitait pas transposer la procédure américaine dite de *notice and take down* en application de laquelle l'hébergeur est tenu de retirer un contenu dès son signalement sans avoir la certitude de son illicéité.

L'APPLICATION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS : UNE DÉRIVE VERS LA CENSURE

La pratique d'une procédure de *notice and take down* déguisée est l'exemple le plus visible de cette dérive vers la censure (A) alors que le législateur avait prévu des outils efficaces mais, malheureusement, inutilisés pour préserver les équilibres (B).

L'application d'une procédure de notice and take down déguisée inefficace

Malheureusement, en pratique, cette grille de lecture incluant des mécanismes de lutte contre la censure n'a que trop rarement été appliquée. Les décisions passant les contenus litigieux au crible de la notion de « *manifestement illicite* » sont rares de sorte que la pratique s'est construite en contradiction de la volonté initiale du législateur.

En pratique, les hébergeurs ont tendance à retirer sur simple notification d'ayants droit. Il ne s'agit ni plus ni moins que ce que le droit américain nomme la procédure de *notice and take down* pourtant écartée par le législateur français dès les débats parlementaires.

La seule possibilité théorique qui obligerait l'hébergeur à retirer un contenu dénoncé comme violant des droits de propriété intellectuelle consisterait à considérer cette catégorie de contenus comme « *manifestement illicites* ». Cette voie a pourtant également été écartée dès les travaux parlementaires. Le député Dionis du Séjour indiquait ainsi : « *il [i.e. le législateur] a souhaité alléger la responsabilité pesant sur les hébergeurs, en ne les tenant pour responsables d'une poursuite de la diffusion, même une fois prévenus, que dans les cas où les données en question étaient « manifestement » illicites. L'ajout de l'adverbe « manifestement » a visé notamment à protéger les hébergeurs dans les cas où le litige portait sur des droits d'auteur ou des droits de propriété, car l'appréciation du bien-fondé d'un droit est très délicate dans ces domaines.*

(...)

Au total, votre rapporteur propose d'alourdir la contrainte pesant sur les hébergeurs pour ce qui concerne le risque de diffusion d'un noyau de données particulièrement sensibles, mais de l'alléger pour ce qui concerne les litiges courants, notamment ceux, complexes, qui sont liés au droit d'auteur et au droit de la propriété intellectuelle. »

Cette proposition du député est d'ailleurs retranscrite à l'article 6-I-5 au travers d'une subtilité de plume. En effet, alors que la responsabilité des hébergeurs peut être engagée dès lors qu'ils ont une « *connaissance effective* » de l'illicéité, la procédure de notification de l'article 6-I-5 ne permet que de présumer de « la connaissance du caractère litigieux ». En d'autres termes, à ce stade, la notification ne permet pas à l'hébergeur de disposer des éléments pour procéder au retrait du contenu objet de la notification. En l'absence d'un contenu qui ne serait pas manifestement illicite, l'hébergeur disposerait dès lors de tous les moyens pour renverser la présomption et démontrer que malgré la connaissance du caractère *litigieux*, il ne dispose pas, en l'absence de décision de justice, de la connaissance du caractère *illicite*.

En d'autres termes, l'absence de retrait d'un contenu dénoncé (11) comme étant illicite n'est pas, lorsque le contenu n'est pas manifestement illicite (et en l'absence de décision de justice venant caractériser cette illicéité), source de responsabilité de l'hébergeur.

En tout état de cause, au-delà des purs débats juridiques, il faut bien convenir que cette procédure déguisée de *notice and take down* s'avère en pratique inefficace.

En effet, malgré les retraits opérés par certains hébergeurs sans décision de justice, les contenus ne cessent de réapparaître de sorte que la demande de retrait initiale doit d'être renouvelée encore et encore en attendant que le contenu en question soit privé de toute rentabilité économique (12) .

On le comprend, au-delà de son inefficacité, cette procédure de *notice and take down* déguisée encourage l'hébergeur à opérer des retraits sans disposer des garanties suffisantes pour écarter toute idée de censure, *i.e.* une décision de justice en ce sens.

Cela est d'autant plus critiquable que la LCEN offre des armes efficaces aux ayants droit pour défendre leurs intérêts de manière pérenne sans risquer de porter atteinte à la liberté d'expression.

L'inutilisation des armes procédurales offertes par la LCEN

Si la difficulté d'application de la procédure de notification réside dans la réitération des contenus illicites, la solution consiste à empêcher cette réitération.

Or, la LCEN offre une possibilité de responsabiliser directement les hébergeurs en cas de réitération de l'atteinte en demandant au juge qu'il impose à l'hébergeur une surveillance spéciale de manière ciblée et temporaire (13) .

Dès lors, on peut s'étonner que les ayants droit ne saisissent pas cette opportunité pour, dès qu'ils constatent un contenu violant leurs droits, demander au juge de se prononcer sur l'illicéité alléguée, d'une part, et, en cas de réponse positive, d'imposer à l'hébergeur une surveillance ciblée sur le ou les contenus en cause, d'autre part.

Toutes les parties seraient gagnantes : l'hébergeur disposerait d'une sécurité juridique lui permettant de ne pas naviguer à vue quant à l'appréciation de l'illicéité d'un contenu (14) ; les ayants droit gagneraient un précieux temps en vue d'empêcher une nouvelle mise à disposition non autorisée de leurs œuvres ; enfin, le public aurait la certitude que les contenus retirés sont bien illicites et que, par conséquent, tout risque de censure est écarté.

On peut donc s'étonner de la volonté affichée des ayants droit qui exercent un fort lobbying pour faire évoluer la responsabilité des hébergeurs sans avoir réellement exploré toutes les possibilités offertes par la LCEN. S'agit-il d'une méconnaissance du texte ? Cela semble difficile à croire. S'agit-il de la crainte de frais de justice trop conséquents ? Il n'est pas certain que la répétition des notifications soit plus économique. Ou s'agit-il tout simplement d'une opposition de principe au régime de responsabilité des hébergeurs menant à détourner le texte en pleine conscience pour le

transformer en procédure de *notice and take down* ?

Le débat mérite d'être posé tant la proposition de directive, au travers de ses différentes versions et notamment sous l'impulsion des groupes de lobby français suivi en cela par le ministère de la culture français, semble vouloir gommer la notion même d'hébergeur dont le régime, martelons-le, est pourtant une garantie de l'effectivité des libertés sur internet.

L'ÉVOLUTION DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES HÉBERGEURS (15) : UN ENCOURAGEMENT À LA CENSURE

Cet encouragement à la censure se matérialise par trois nouveaux principes issus de la proposition de directive copyright. Ainsi le principe fondateur de ce texte, i.e. l'obtention d'une licence, fait craindre que les prestataires de service de partage de contenus en ligne se limitent à transmettre les seuls contenus sous licence (A). Ce texte, contrairement à la directive e-commerce et à la LCEN, exclut toute intervention du juge avant que le retrait d'un contenu soit opéré (B). Enfin, et non des moindres, ce texte met à la charge, tout en tentant de s'en cacher, une obligation de filtrage généralisée par les prestataires de service de partage de contenus en ligne (C).

La contractualisation des contenus : un encouragement à la censure

Afin de combler le *value gap* dénoncé par les ayants droit, la proposition de directive oblige les prestataires de partage de contenus en ligne à conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits.

En d'autres termes, le rapport de force entre ayants droit et prestataire de partage de contenus en ligne est tronqué avant même la phase de négociation contractuelle ce qui une fois de plus risque de limiter l'exercice des libertés sur internet et pourrait impliquer des actes de censure.

En effet, une telle approche est à la fois une barrière à l'entrée pour de nombreux acteurs du numérique limitant par définition les possibilités de diffuser des contenus et un appel à appliquer une logique de limitation des risques.

Il est aisé de comprendre que, dès lors que le pouvoir de négociation est détenu par les ayants droit, on peut s'interroger sur les capacités financières d'hébergeurs au revenus modestes qui, s'ils n'ont pas les moyens de se voir accorder une licence, risquent de ne pas plus avoir de fonds pour mettre en place une solution de filtrage. Partant, les services de diffusion des contenus risquent de fondre comme neige au soleil et les espaces de partage de contenus seront limités à ceux en capacité financière d'honorer un accord de licence.

Au-delà de cette limitation d'acteurs, il faut également souligner que ceux qui auront la « chance » d'être choisis par les ayants droit en tant que cocontractant seront certes autorisés à diffuser le contenu objet de la licence, ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils ne seront pas responsables pour les contenus non couverts par cet accord.

Il y a donc tout lieu de craindre que les heureux élus appliqueront une politique de limitation des risques. Certes, l'article 13 précise que « *cette coopération entre prestataires de services de contenus en ligne et titulaires de droits n'empêche pas la mise à disposition d'œuvres ou autres objets protégés qui ne porte pas atteinte au droit d'auteur, y compris ceux qui relèvent d'une limitation ou d'une exception au droit d'auteur* ». Cependant, il convient de rappeler, une fois de plus, que le prestataire de service n'est ni juge ni même juriste et que, partant, il risque de se heurter à des difficultés pour considérer si tel ou tel contenu est susceptible d'entrer ou non dans une limitation ou une exception au droit d'auteur. Il y a donc tout lieu de craindre que face à cette hésitation, le prestataire ne décide purement et simplement de supprimer le contenu en cause afin d'écartier tout risque de mise en jeu de sa responsabilité. En d'autres termes, l'article 13 de la proposition de directive est bien un texte encourageant à opérer des actes de censure.

Enfin, il est loisible de s'interroger sur la capacité des prestataires de services de partage de contenus en ligne d'obtenir une licence pour l'ensemble des contenus protégés par un droit d'auteur. Une vision pragmatique conduit naturellement à considérer que les contenus licenciés seront les contenus *mainstream* et que le rôle du prestataire de service de

partage de contenus en ligne consiste *in fine* à ne fournir que les contenus sous licence. Le pluralisme et la liberté d'expression n'en sortiront certainement indemnes.

L'absence d'intervention du juge sonne le glas des garde-fous contre la censure

Les hébergeurs sont tenus, à certaines conditions, de faire cesser l'illicite, d'une part, et de prévenir la réitération de l'illicite, d'autre part. Pour déclencher ces obligations à la charge de l'hébergeur, l'intervention du juge est un préalable permettant d'instaurer des garde-fous contre les risques de censure.

En substance, le régime de responsabilité de l'hébergeur, devenu par la plume du législateur « prestataire de service de partage de contenu en ligne » en ce qui concerne les contenus dénoncés comme violant des droits de propriété intellectuelle est le suivant. En l'absence de licence, le prestataire est, par principe considéré comme responsable (16) sauf à ce qu'il démontre (i) qu'il a tenté d'obtenir une licence ; (ii) qu'il a mis en place des procédés en phase avec les hauts standards de l'industrie en ce domaine ; (iii) que, notifié, il a retiré promptement les contenus dénoncés comme illicites et qu'il tente de prévenir leur réitération.

On le voit, à la différence des contenus pour lesquels aucun droit de propriété intellectuelle ne peut être invoqué pour demander le retrait, les contenus dénoncés comme violant un tel droit doivent être retirés et surveillés sans qu'un juge n'ait à se prononcer en ce sens.

La procédure de retrait et de prévention glisse donc dangereusement vers une procédure de *notice and take down* concernant l'obligation de retrait (1°/) et vers une procédure de *notice and stay down* concernant l'obligation de prévention (2°/), qui, toutes deux, conduiront les prestataires de service de partage de contenus en ligne à opérer des actes de censures.

1°/ L'obligation de retrait : la consécration de la procédure de notice and take down

Les prestataires de service de partage de contenus en ligne ne sont pas tous logés à la même enseigne. L'article 13.4 de la proposition de directive établit une distinction en fonction du chiffre d'affaire ou du trafic généré par ces prestataires.

En effet, à la condition que le service n'est pas une durée d'existence de plus de 3 ans et ne dépasse pas les 10 millions de chiffre d'affaire et le prestataire ne sera tenu que de retirer le contenu qui lui est notifié.

Que son trafic mensuel moyen soit supérieur à 5 million de visiteurs et il devra en plus mettre en place des moyens de filtrage.

En d'autres termes, la notification est suffisante pour obliger un hébergeur à retirer un contenu, ce qui est la marque pure et simple de la consécration de la procédure de *notice and take down* dont on a vu les risques qu'elle faisait courir à la liberté d'expression.

Certes, la proposition de directive oblige à ce que tous les retraits soient vérifiés par un humain (17) mais cela ne diminue pas le risque pour autant. L'analyse des exceptions ou limitations, dont le bénéfice est consacré par la proposition de directive, est un exercice juridique difficile dont l'actualité vient d'ailleurs de nous livrer un exemple dans l'affaire dite « *copycomic c. Gad Elmaleh* » (18) dans laquelle une vidéo a été supprimée à la hâte - pour ensuite être remise en ligne quelques jours plus tard - faisant du réseau social Twitter une sorte de censeur.

2°/ L'obligation de prévention : la consécration de l'obligation de notice and stay down

Le fait que les prestataires de service de partage de contenus en ligne soient tenus d'une obligation de prévention n'est pas nouveau. En effet, l'article 14.3 de la directive e-commerce prévoit bien une telle obligation. Néanmoins, cette obligation de prévention est encadrée de garde-fous tant par les textes (19) que par la jurisprudence de la CJUE (20) .

A ce titre, une telle mesure ne peut être autorisée que par un juge condition qui manque cruellement dans la

proposition de directive. En se privant d'une telle intervention, le législateur instaure une réelle procédure de *notice and stay down* en application de laquelle le prestataire de partage de contenus en ligne doit, automatiquement, surveiller les contenus qu'il a préalablement retiré sur simple notification.

Même si la proposition de directive précise que son application ne doit pas conduire à la mise en place d'une surveillance généralisée (21), il est à craindre que la pratique s'oriente vers des solutions de filtrage généralisées qui, une fois de plus, risque de conduire le prestataire de partage de contenus à filtrer tous azimuts afin d'être certains de ne pas engager leur propre responsabilité.

La proposition de directive permet d'ailleurs au prestataire qui serait malgré tout soucieux de la liberté d'expression de ses utilisateurs de s'acheter une conscience dès lors que le texte offre la possibilité à la personne s'estimant lésée par un retrait ou un blocage de leur de disposer de voies de recours extra judiciaires ou judiciaires (22) permettant de rétablir la juste situation.

Le paradigme est donc inversé. Au lieu de faire courir le risque aux ayants droit qu'un contenu illicite reste quelques temps (23) en ligne, le texte organise un système dans lequel il convient de retirer avant de vérifier la licéité.

Force est donc de convenir que la procédure instaurée par la proposition de directive organise un système de restriction de la liberté d'expression et donc de censure potentielle.

On le comprend dès lors. L'adoption de ce texte sous couvert de combler un déficit financier des ayants droit (le *value gap*) met au pilori les équilibres établis en 2000 sans réellement les avoir mis à l'épreuve.

Au travers d'un changement de qualification et d'obligations, l'hébergeur devient un prestataire de service de partage de contenus en ligne et perd son rôle de vecteur de liberté d'expression pour devenir censeur.

(1) On pense ici aux places de marché par exemple ou, de manière beaucoup récente, au secteur de l'impression 3D qui se structure autour de ce régime de responsabilité.

(2) Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique (ci-après « proposition de directive » ou « directive copyright »)

(3) <https://france.googleblog.com/2018/11/rapport-piratage-enligne-2018.html>.

(4) G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2011, 9^e éd.

(5) G. Cornu, *op. cit.*

(6) G. Cornu, *op. cit.*

(7) G. Cornu, *op. cit.*

(8) Conseil Constitutionnel, déc. 2004-496 DC.

(9) G. Cornu, *op. cit.*

(10) G. Cornu, *op. cit.*

(11) Pour reprendre la terminologie utilisée par le Conseil Constitutionnel.

(12) En ce sens, Cass. civ 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-15.165 et 11-15.188.

(13) Fondée sur une lecture cumulée des articles 6-I-7 al. 2 et 6-I-8 de la LCEN.

- (14) Rappelons qu'en cas d'erreur, les utilisateurs de son service pourraient être en mesure d'engager sa responsabilité
-
- (15) Cet article est écrit au lendemain du trilogue relatif à la proposition de directive copyright dont la version peut être consultée ici : https://juliareda.eu/2019/02/eu-copyright-final-text/?fbclid=IwAR-334hqpONWnhmxjYhFvu0s8jTvubc_PBKDwqkGqHPMv1T5rJ3GCfki45m0.
-
- (16) art. 13.4.
-
- (17) art. 13.8, al. 2
-
- (18) À ce sujet, voir : <https://www.nextinpact.com/news/107632-epinglepour-plagiat-gad-elmaleh-accuse-copycomic-contrefacon.htm> et <https://www.arretsurimages.net/articles/plagiats-reproches-a-gad-elmaleh-twitter-a-la-gachette-rapide>.
-
- (19) Voir article 6-I-7 al. 2 de la LCEN instaurant une obligation particulière de surveillance à la condition qu'elle soit ordonnée par le juge de manière ciblée et temporaire.
-
- (20) Voir CJUE
-
- (21) art. 13.7.
-
- (22) art. 13.8.
-
- (23) Temporalité qui peut être très brève dès lors que l'illicéité peut être constatée par un juge en application d'une procédure sur requête.
-