

Sur quelques analogies invoquées dans les débats sur la régulation des dispositifs de modération des contenus sur les réseaux sociaux aux États-Unis

Par Jean-Yves OLLIER
Conseiller d'État

À la suite de la suspension des comptes du président Trump par les principales plateformes de réseaux sociaux, la Floride et le Texas ont adopté des lois qui restreignent les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent exclure des usagers et modérer les contenus. En raison d'une divergence entre les cours d'appel, la question de la constitutionnalité de ces lois pourrait être portée devant la Cour suprême. Diverses analogies sont invoquées dans les débats sur cette question, dont l'issue est incertaine : l'espace public, les qualifications très anciennes en *common law* de transporteur public et d'hébergement public, dont résulte une obligation de servir le public sans discrimination, et les fonctions éditoriales, protégées au titre de la liberté d'expression en application du Premier amendement.

Le 8 janvier 2021, à la suite de l'assaut du Capitole, Twitter a annoncé la suspension définitive du compte @realDonaldTrump¹, qui comptait 88 millions d'abonnés².

La cour d'appel fédérale du 2^e circuit avait jugé en 2019 que ce compte était un espace public (*public forum*), dont le Président ne pouvait bloquer certains utilisateurs³ sans méconnaître le Premier amendement⁴. Le 5 avril 2021, la Cour suprême lui a ordonné de prononcer un non-lieu dans cette affaire⁵. Le juge Clarence Thomas a émis à cette occasion une opinion dans laquelle il s'interroge sur la possibilité de légiférer pour encadrer le pouvoir des plateformes numériques, en amont, de résilier le compte d'un utilisateur « à tout moment, pour un quelconque motif ou sans motif »⁶. Il s'y réfère à des notions très anciennes de *common law* – celles de transporteur public (*common carrier*) et

¹ Motivée par une violation des règles de Twitter sur l'apologie de la violence, dans des conditions telles que l'exception d'intérêt public (pour les comptes de partis politiques, de titulaires de fonctions politiques et de candidats) ne pouvait justifier le maintien de l'accès au compte.

² Ce qui le plaçait alors au sixième rang mondial, derrière les comptes de Barack Obama, Justin Bieber, Katy Perry, Rihanna et Cristiano Ronaldo.

³ En les empêchant d'accéder à ses tweets, d'y répondre, de les retweeter et de les liker (cour d'appel du 2^e circuit, 9 juillet 2019, *Knight First Amendment Institute v. Trump*).

⁴ Qui interdit au Congrès « de faire aucune loi [...] restreignant la liberté d'expression, la liberté de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ».

⁵ L'affaire étant devenue sans objet. L'ordonnance ne précise pas si ce constat est fondé sur la fermeture du compte ou sur le fait que son titulaire ne soit plus président des États-Unis.

⁶ Selon les conditions d'utilisation de Twitter.

d'hébergement public (*public accommodation*) – qui permettent d'imposer à une entreprise l'obligation de servir tous les clients.

La Floride et le Texas ont adopté, respectivement en mai et en septembre 2021, des lois qui interdisent aux réseaux sociaux de pratiquer certaines formes de modération des contenus. Leurs préambules qualifient les réseaux sociaux de *common carriers*, en soulignant qu'ils sont devenus la nouvelle place publique (*the new public town square*).

	Floride (loi SB 7072)	Texas (loi HB 20)
Champ d'application	Service d'information ayant un revenu > 100 M\$ ou > 100 M de connexions mensuelles ^a .	Plateformes de réseaux sociaux ^b > 50 M utilisateurs mensuels.
Interdictions	Bannir (<i>to deplatform</i>) un candidat à une élection ou « censurer » ^c ou limiter l'exposition des contenus qu'il poste. Mêmes mesures (lorsqu'elles sont liées au contenu, sauf contenus obscènes et priorisation liée à un paiement) prises à l'égard d'une « entreprise journalistique » ^d .	« Censurer » ^e un utilisateur ou ses contenus en raison de sa localisation ou de l'expression d'un point de vue, sauf cas expressément autorisés par la loi fédérale, ou contenus illégaux ou incitant directement à une activité criminelle ou à la violence contre une personne en raison de ses origines.
Transparence	Règles relatives à ces mesures et information préalable de chaque usager avant leur changement.	Règles sur les contenus acceptables et sur les pratiques de modération et de recommandation.

^a Sauf si son propriétaire exploite un parc à thème.

^b Dont la définition exclut les FAI, le courrier électronique, les sites fournissant principalement des contenus d'information ou de loisir, ou des contenus qui ne sont pas générés par les utilisateurs mais sélectionnés par le fournisseur.

^c Par suppression, altération, limitation de l'accès aux contenus ou de leur exposition ou publication d'un *addendum*.

^d Définie de façon à inclure l'activité de toute entreprise publiant sur Internet des contenus, quels qu'ils soient, dépassant certains seuils d'audience et de volume.

^e Dont la définition inclut le bannissement et la démonétisation.

Ces analogies – et celles qui sont relatives aux fonctions éditoriales des opérateurs – sont au cœur des débats devant les cours fédérales⁷ qui ont abouti à la suspension temporaire de ces deux lois⁸. Le cas de la loi texane a été porté devant la Cour suprême, qui a prononcé le 1^{er} juin 2022 une ordonnance de suspension par cinq voix contre quatre, avec un partage des voix qui transcende les sensibilités politiques. Il pourrait revenir prochainement devant elle⁹. En l'absence de loi fédérale, et alors que les approches des États sont

⁷ Le système judiciaire fédéral américain comprend 94 cours de district et 13 cours d'appel, dont les ressorts territoriaux sont dénommés « circuits ».

⁸ Cf. cour d'appel du 11^e circuit, 26 mai 2022, *Netchoice Llc v. Attorney general of Florida*, suspendant la loi SB 7072, sauf en ce qui concerne les obligations de transparence.

⁹ La cour d'appel du 5^e circuit venant de se prononcer dans le sens de la constitutionnalité de la loi texane (16 septembre 2022, *Netchoice v. Paxton*).

politiquement très différenciées, une décision de la Cour suprême sur le fond aurait une incidence déterminante sur la régulation des réseaux sociaux aux États-Unis, et sur la possibilité d'une convergence avec le régime que dessine le règlement européen sur les services numériques ("Digital Services Act").

Cet article présente quelques éléments sur l'arrière-plan juridique et historique des analogies relatives, d'une part, à l'espace public et à l'action d'État, d'autre part, aux transporteurs et aux hébergements publics, qui peuvent être invoquées pour limiter le droit d'exclure des utilisateurs ou d'exercer un contrôle éditorial sur la diffusion des contenus.

LES DOCTRINES DE L'ESPACE PUBLIC ET DE L'ACTION D'ÉTAT

La doctrine de l'« espace public » (*public forum*)

La *common law* ne connaît pas la notion de domaine public. Les droits de l'État et des municipalités sur leurs propriétés ne se distinguent pas, en principe, de ceux d'un propriétaire privé. À ce titre, ils comportaient traditionnellement celui d'en exclure un tiers ou d'y limiter sa liberté d'expression : « Le fait pour une législature d'interdire, de façon absolue ou conditionnelle, de prendre la parole en public dans une rue ou dans un parc public ne porte pas plus atteinte aux droits des personnes concernées que le fait pour un particulier de l'interdire dans sa maison » (Cour suprême du Massachusetts, *Massachusetts v. Davis*, 1895¹⁰).

La Cour suprême des États-Unis est revenue sur cette jurisprudence en 1939, dans sa décision *Hague v. CIO*, en jugeant inconstitutionnels des arrêtés municipaux qui interdisaient la distribution d'imprimés et la tenue sans autorisation de réunions dans les espaces publics. Selon l'opinion du juge Roberts¹¹ : « Depuis des temps immémoriaux, les rues et les parcs, quel qu'en soit le propriétaire, ont été remis à la garde des autorités pour l'usage du public et utilisés par les citoyens pour se réunir, échanger des idées et débattre des affaires publiques. Cet usage des rues et des lieux publics (*public places*) fait partie, depuis des temps anciens, des privilèges, immunités, droits et libertés des citoyens. »

La Cour suprême utilise depuis les années 1970 l'expression de *public forum* pour qualifier les espaces dans lesquels ces droits s'exercent. Ils sont « publics » à un double titre : parce qu'ils appartiennent à l'État ou à une municipalité (*public property*) et parce qu'ils sont ouverts au public. Elle distingue à cet égard trois catégories d'espaces (*Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 1983) :

- les forums publics par nature ou par tradition, dans lesquels le gouvernement ne peut interdire l'expression publique et ne peut mettre en œuvre que des restrictions très limitées et strictement proportionnées, et en principe indépendantes du contenu (*content neutral*)¹² pour répondre à un objectif d'intérêt public substantiel ;
- les forums publics par affectation, que l'État a choisi d'ouvrir au public, auxquels s'appliquent les mêmes règles tant qu'ils conservent cette affectation ;

¹⁰ Opinion majoritaire, rédigée par le juge Holmes. Position confirmée en 1897 par la Cour suprême des États-Unis.

¹¹ Les décisions de la Cour suprême sont motivées par une opinion rédigée par l'un des juges, à laquelle tout ou partie de ceux qui ont voté en faveur de la solution adhèrent. Des difficultés d'interprétation se présentent quand une évolution de la jurisprudence donne lieu à des opinions qui concordent sur la solution mais non sur les motifs ce qui est le cas dans cette affaire, dans laquelle les membres de la majorité se sont exprimés dans trois opinions différentes.

¹² Les restrictions fondées sur le contenu devant – à la différence de celles qui sont liées au temps, au lieu ou à la forme – être justifiées par des motifs impérieux d'intérêt public (*compelling state interest*).

- les forums non publics, dont il peut réserver l'usage à des finalités qu'il détermine, pour autant que la réglementation de la liberté d'expression est raisonnable et ne vise pas à supprimer les expressions contraires à celles de l'administration.

Une extension limitée de la liberté d'expression à certains espaces ouverts au public dans les propriétés privées

Le Premier amendement ne protège la liberté d'expression que face à l'action d'un État, fédéral ou fédéré¹³ (*State action*). Il n'a en principe pas d'effet horizontal sur les relations entre personnes privées. Cette condition connaît des assouplissements lorsqu'une personne ou un lieu privé exerce une « fonction publique ».

Les villes d'entreprise

Une ville d'entreprise (*company town*) est un ensemble urbain planifié fondé autour d'un site industriel par une entreprise qui fait construire pour ses employés des habitations et des équipements, dont elle conserve souvent la propriété et le contrôle. Les exemples les plus célèbres – parmi plus de 2 000 aux États-Unis – de ce mode de développement urbain sont Durango¹⁴ (Colorado, 1880), Pullmann (Illinois, 1880) et Hershey (Pennsylvanie, 1903).

La ville de Chickasaw (Alabama) appartenait à un opérateur de chantiers navals. Madame Marsh avait été condamnée pour atteinte à la propriété d'autrui (*trespass*) pour avoir continué à distribuer des publications des témoins de Jéhovah sur un trottoir du bloc d'immeubles commerciaux (*business block*)¹⁵ en centre-ville, après avoir été sommée de cesser de le faire. La Cour suprême a jugé une telle interdiction inconstitutionnelle (*Marsh v. Alabama*, 1946). L'opinion majoritaire relève qu'en dehors de la propriété, Chickasaw avait toutes les caractéristiques d'une autre ville américaine. Une réglementation municipale ou d'État proscrivant la distribution de publications religieuses dans des espaces librement accessibles au public et librement utilisés par celui-ci serait inconstitutionnelle. Une route construite et exploitée dans l'intérêt du public, même si elle appartient à un propriétaire privé, remplit une « fonction publique », qui interdit à celui-ci de faire obstacle au trafic. Qu'une ville soit contrôlée par une municipalité ou par une entreprise, le public a un même intérêt à ce que les canaux de communication restent libres. Les citoyens qui y vivent ne peuvent être privés des libertés garanties par la Constitution.

Les variations de la jurisprudence sur les centres commerciaux

Cette extension de la protection de la liberté d'expression à l'égard des activités des personnes privées repose-t-elle seulement sur l'ouverture d'un espace au public ou sur une équivalence fonctionnelle plus stricte avec une municipalité ?

La première interprétation a conduit la Cour suprême à juger que le droit de manifester pacifiquement sous le porche et sur le parking d'un centre commercial¹⁶ était protégé par le Premier amendement (*Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*,

¹³ L'interdiction faite au Congrès (c'est-à-dire à l'État fédéral) – dont la Cour suprême a commencé à assurer le contrôle pendant la Première Guerre mondiale à propos de la répression de propos critiquant l'effort de guerre – ayant été étendue aux États fédérés par l'application combinée du Premier et du Quatorzième amendement (*Gitlow v. New York*, 1925).

¹⁴ Créée par le "Denver and Rio Grande Railroad" (D&RG).

¹⁵ Les règles édictées par la société soumettaient le démarchage dans la rue à une autorisation écrite, dont on lui avait indiqué qu'elle lui serait refusée.

¹⁶ Il s'agissait d'un piquet tenu par les membres d'un syndicat, extérieurs aux commerces, devant un supermarché qui avait ouvert avec un personnel entièrement non syndiqué.

1968). Sans se référer à la notion de fonction publique, la Cour s'est fondée sur le fait que ce *shopping center* périurbain, ouvert sans restriction au public, était ainsi l'équivalent fonctionnel du quartier commercial en cause dans l'affaire *Marsh*. Elle est cependant rapidement revenue sur cette jurisprudence, en considérant que le fait qu'un centre commercial n'exerce pas les fonctions d'une municipalité était déterminant, pour juger que le Premier amendement ne donnait pas le droit d'y distribuer des tracts contre la guerre du Vietnam (*Hudgens v. NLRB*, 1976).

Toutefois, les constitutions de la majorité des États fédérés comportant non seulement une définition défensive de la liberté d'expression face à l'action de l'État, mais aussi une définition affirmative indépendante de celle-ci¹⁷, certaines Cours suprêmes ont jugé qu'elles protégeaient l'exercice de la liberté d'expression sur les aires publiques des centres commerciaux. La Cour suprême des États-Unis a admis que les États puissent interpréter ainsi leur Constitution sans porter atteinte au droit de propriété ni à la liberté d'expression du propriétaire¹⁸ (*Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 1980).

Les actions « nominalement privées »

La Cour suprême a parfois considéré que les relations qu'entretenait une personne privée avec les institutions publiques étaient telles – en raison d'une réglementation très stricte¹⁹, d'une délégation ou d'un « enchevêtrement » de fonctions ou d'une « relation symbiotique » – qu'un comportement formellement privé devait être assimilé à une action de l'État et soumis au Premier amendement (*Evans v. Newton*, 1966)²⁰.

Plateformes numériques : les limites de l'analogie avec la « place publique »

La protection du Premier amendement s'applique à l'égard des lois qui restreignent l'accès aux réseaux sociaux, qui sont la « place publique moderne »²¹ (*the modern public square*) (Cour suprême, *Packingham v. North Carolina*, 2017²²).

En revanche, « le simple fait d'héberger le discours des autres n'est pas une fonction publique traditionnelle et exclusive, ne suffit pas à transformer des entités privées en acteurs d'État soumis au Premier amendement » (*Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 2019). Le fait que YouTube soit une plateforme ouverte au contenu généré par des utilisateurs ne suffit pas à en faire un *public forum*, dès lors qu'il s'agit d'une propriété privée qui ne remplit aucune fonction d'État (cour d'appel du 9^e circuit, 26 février 2020, *Prager University v. Google*²³).

¹⁷ En particulier celle de Californie : « Toute personne peut librement dire, écrire et publier son opinion sur tout sujet, en étant responsable des abus de ce droit. Aucune loi ne peut restreindre la liberté d'expression ou celle de la presse » (art. 1^{er} § 2).

¹⁸ Le fait de l'obliger à permettre à des étudiants de solliciter des signatures pour une pétition dans l'enceinte du centre commercial ne mettant pas en cause sa liberté d'expression.

¹⁹ Bien que ce critère ne suffise pas à lui seul.

²⁰ Dans un cas de ségrégation raciale pour l'accès à un parc public à Macon (Géorgie), légué sous cette condition par le sénateur Augustus Bacon (1839-1914) à un *trust* géré par la ville. Le fait que les représentants de la municipalité se soient retirés du *trust* ne suffit pas à écarter l'assimilation à l'action de l'État dès lors que la ville continue d'en assurer l'entretien et le gardiennage.

²¹ Parce qu'ils sont l'un des lieux les plus importants pour échanger des vues.

²² À propos d'une loi interdisant de façon générale aux délinquants sexuels d'accéder à des réseaux sociaux accessibles aux mineurs.

²³ Prager University est une organisation à but non lucratif qui édite des vidéos visant à promouvoir les points de vue conservateurs sur les questions politiques et sociales auprès d'un public de lycéens et d'étudiants. Elle reprochait à YouTube d'avoir méconnu le Premier amendement en classant certaines de ses vidéos en mode restreint et en en démonétisant d'autres.

Lieux et situations concernés	Protection de la liberté d'expression	Application aux réseaux sociaux
espaces ouverts au public et appartenant à l'État / une municipalité (<i>public forum</i>)	des citoyens face à l'État / la municipalité	compte Twitter du président (<i>Knight First Amendment Institute v. Trump</i> , 2019) ^a
espaces publics d'une ville d'entreprise (<i>Marsh</i> , 1946)	des citoyens face à un propriétaire qui exerce l'équivalent d'une fonction publique	Le simple hébergement ne suffit pas à transformer en acteur d'État (<i>Manhattan Community Access</i> , 2019)
espaces publics d'un centre commercial (<i>Pruneyard</i> , 1980)	du public face au propriétaire (interprétation possible de certaines Constitutions fédérées)	Pas de précédent
enchevêtrement entre fonctions publiques et privées (<i>Brentwood</i> , 2001)	du public face au propriétaire et à l'administration	Pas de précédent
réseaux sociaux (<i>Packingham</i> , 2017)	des utilisateurs face à une législation ou à une réglementation restrictive	

^a Cf. note 3.

À l'inverse, le compte du président des États-Unis sur Twitter est un *public forum*, dès lors qu'il a été utilisé de façon répétée comme vecteur officiel de communication, et que ses fonctions interactives ont été rendues accessibles au public sans limitation.

La jurisprudence distingue donc les mesures selon qu'elles relèvent de l'action autonome des opérateurs ou qu'elles découlent de l'action d'une autorité publique (ou y sont assimilables). Le Premier amendement n'est en principe pas opposable aux premières, mais protège la liberté d'expression des utilisateurs, mais aussi celle des opérateurs, à l'égard des secondes.

Toutefois, la loi texane HB 20 continue de se référer à la notion de *public forum* pour fonder des restrictions au droit des opérateurs de modérer les contenus. Ce qui pose la question de la façon dont la liberté d'expression pourrait être invoquée par les utilisateurs à l'encontre des interventions concurrentes de la plateforme et de l'État, dans une variante de la théorie de l'« enchevêtrement » entre fonctions publiques et privées.

Quels enseignements pour les débats européens sur la modération des réseaux sociaux ?

Telle qu'elle est garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par les constitutions des pays européens, la liberté d'expression ne peut en principe être invoquée qu'à l'encontre des autorités publiques. Elle peut être soumise à des limitations prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique pour certains motifs d'intérêt général.

Par contraste, aux États-Unis, le Premier amendement interdit par principe à l'État de faire « aucune loi » en la matière et, dans un espace ouvert au public qui se trouve sous son contrôle, aucune action restrictive, sous les réserves très strictes énoncées par la

jurisprudence, qui opère une balance des intérêts qui donne à la liberté d'expression un poids plus absolu, notamment par rapport à la prévention de ses abus²⁴. Ceci peut contribuer à expliquer que les questions posées par sa protection à l'égard des personnes privées y aient reçu plus d'attention qu'en Europe.

La Cour suprême fédérale allemande en matière civile et pénale (BGH), dans un arrêt du 29 juillet 2021 concernant les conditions d'utilisation de Facebook, a jugé d'une façon innovante que la position des grands réseaux sociaux dans la création d'espaces publics de communication est telle qu'ils sont soumis à l'obligation de respecter les droits fondamentaux des utilisateurs²⁵.

Les craintes liées à une forme de délégation de la régulation des contenus aux opérateurs privés ont été exprimées en Europe à propos des législations leur imposant de recourir à des outils de contrôle et de filtrage ou fixant des obligations de retrait de contenus illicites. Elles ont donné lieu à un contrôle de nécessité et de proportionnalité des limitations qui peuvent en résulter indirectement pour la liberté d'expression des utilisateurs (cf. Conseil constitutionnel, 18 juin 2020, loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet ; CJUE, 26 avril 2022, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, C-401/19, à propos de la directive sur le droit d'auteur)²⁶.

La liberté d'expression pourrait en outre imposer aux autorités publiques de prendre des mesures positives de protection encadrant les relations entre personnes privées. La Cour européenne des droits de l'homme juge²⁷ qu'elle « ne donne pas la liberté de choisir un forum en vue d'exercer ce droit ». L'évolution des moyens de se déplacer et de communiquer n'implique pas un droit de pénétrer dans les propriétés privées. Toutefois, lorsque l'interdiction d'y accéder « a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie », la Cour n'exclut pas que l'État puisse avoir l'obligation positive de réglementer le droit de propriété (6 mai 2003, *Appleby c. Royaume-Uni*, §§ 39 et 47, citant la situation en cause dans *Marsh v. Alabama*).

L'OBLIGATION DE SERVIR DES COMMON CARRIERS ET DES PUBLIC ACCOMMODATIONS FACE AU LIBRE EXERCICE D'UN JUGEMENT ÉDITORIAL

Les analogies, d'une part, avec les transporteurs ou les hébergeurs publics, d'autre part, avec les fonctions éditoriales, sont les plus fréquemment invoquées dans les débats sur la réglementation de la modération des contenus.

Les qualifications utilisées par les cours d'appel et leurs enjeux

L'opinion majoritaire qui fonde la décision de la cour d'appel du 5^e circuit du 16 septembre 2022 sur la loi texane se réfère longuement au régime des *common carriers*. Elle remonte à un jugement de 1444 sur l'obligation des passeurs (*ferrymen*) d'entretenir, d'exploiter et de réparer leurs navires pour servir le public (*for the convenience of the common people*), et

²⁴ Cf. Zoller (2008), « La liberté d'expression : "bien précieux" en Europe, "bien sacré" aux États-Unis ? ».

²⁵ Conseil d'État (2022), pp. 114-116.

²⁶ Cf. également Maxwell (2022), proposant une harmonisation sur ce point de la rédaction du DSA avec le règlement 2021/784 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne.

²⁷ Dans une affaire qui concernait le droit de distribuer des tracts dans un centre commercial.

à la théorisation de la notion par le Chief Justice Matthew Hale (*de Portibus maris*, 1670), reprise par la Cour suprême des États-Unis (*Munn v. Illinois*, 1876). Cette qualification, appliquée aux réseaux sociaux parce qu'ils sont un moyen de communication proposé au public sans négociation individuelle et revêtu d'un intérêt public²⁸, permet de légiférer pour leur imposer des règles de non-discrimination, qui sont nécessaires et proportionnées à l'intérêt du Texas à promouvoir « la diffusion à grande échelle d'informations de sources multiples ». La cour écarte toute protection du Premier amendement à l'égard de pratiques²⁹ de « censure »³⁰ des plateformes qui, à la différence des contenus postés par les utilisateurs, ne constitueraient pas une forme d'expression protégée.

La cour d'appel du 11^e circuit a jugé, à l'inverse, que les fonctions de modération et d'organisation de la présentation des contenus postés par les utilisateurs caractérisent, à des degrés divers, l'exercice d'un jugement éditorial par un acteur privé, protégé par le Premier amendement, auquel les dispositions de la loi floridienne (sauf celles qui concernent la transparence) portent une atteinte qui n'est justifiée par aucun intérêt public, que l'on applique à cet égard un contrôle approfondi (*strict scrutiny*)³¹ ou intermédiaire. Elle a écarté les arguments selon lesquels les réseaux sociaux seraient des *common carriers* par nature, ou pourraient l'être par détermination de la loi, et voir de ce fait cette protection réduite au minimum. Elle relève qu'ils ne sont ouverts au public que sous réserve de l'acceptation de leurs conditions d'utilisation, que la Cour suprême n'a pas retenu cette qualification pour le câble, et que le Congrès distingue clairement les services d'information des *common carriers*³².

Le juge Thomas évoquait subsidiairement, dans l'opinion mentionnée plus haut, la qualification de *public accommodations*³³, qui pourrait reposer sur le simple fait de fournir un service à l'ensemble du public.

Le débat sur les qualifications et sur leurs conséquences

Le fait que, dans le domaine des télécommunications, les *common carriers* soient définis et soumis à un régime particulier par la loi et par le régulateur laisse ouverte la question de la qualification des réseaux sociaux comme tels par la jurisprudence. Les considérations qui ont fondé cette qualification de certaines activités ont varié dans l'histoire et sont difficiles à systématiser (Yoo, 2021) :

- le critère du pouvoir de monopole résulte d'une reconstruction historique ou économique *a posteriori* ;

²⁸ Compte tenu de leur rôle central dans la diffusion de l'information et dans les échanges sociaux, culturels et économiques, et du monopole de fait dont disposent les principales plateformes dans leurs « niches » respectives. La cour cite l'opinion du juge Thomas, selon lequel invoquer la possibilité théorique de recourir à une autre plateforme revient à dire à un passager débarqué d'un train qu'il peut toujours utiliser la diligence de l'Oregon Trail.

²⁹ Qu'elle compare à celles de Western Union au XIX^e siècle, refusant de transmettre les messages des concurrents de l'agence Associated Press ou opérant des discriminations à l'encontre de certains discours politiques.

³⁰ Terme employé une centaine de fois dans l'opinion majoritaire.

³¹ Lorsque leurs critères d'application sont liés au contenu (*content-based*), les mesures doivent être justifiées par un intérêt public impérieux, et strictement nécessaires, ce que les juridictions admettent rarement. La cour de district avait appliqué ce contrôle à l'ensemble des dispositions sur la modération, au vu des déclarations du gouverneur sur l'objectif de défense de la liberté d'exprimer des positions conservatrices face aux « médias gauchistes » et aux efforts des « oligarques de Silicon Valley » pour les étouffer.

³² Ou services de télécommunication (“Telecommunications Act”, 1996).

³³ Dont j'ai évoqué les lointaines origines dans ces pages (Ollier, 2022).

- la caractérisation d'une activité déterminée comme « revêtue d'un intérêt public » (*affected with a public interest*) n'est plus utilisée par la Cour suprême³⁴ ;
- ce régime a cessé d'être appliqué à certaines activités de transports (aérien, ferroviaire) et de communication à partir des années 1970 ;
- le critère de la contrepartie d'un privilège accordé par l'autorité publique est discuté, et doit ressortir clairement de la loi³⁵ ou de la licence accordée ;
- le critère, le plus largement reconnu, d'une offre indiscriminée de service au public, est circulaire³⁶. Il est aisé d'y échapper en modifiant les conditions de service.

La question de la qualification des réseaux sociaux est compliquée par le fait que, face aux polémiques sur la désinformation ou sur l'incitation à la violence³⁷, ou pour bénéficier des immunités prévues par la section 230 (ou dans l'Union européenne par la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique), certains opérateurs se sont défendus de jouer un rôle éditorial³⁸, que leur association professionnelle revendique aujourd'hui devant les tribunaux.

La qualification comme *common carrier*, qui est l'un des critères de justification d'une réglementation économique³⁹, n'a en elle-même pas de rapport avec le niveau de protection de la liberté d'expression de l'opérateur. Toutefois, elles peuvent trouver à s'articuler lorsqu'une réglementation économique affecte cette liberté – en imposant des obligations d'hébergement, de diffusion ou de non-discrimination – ou parce que certaines caractéristiques d'une activité peuvent être pertinentes sous ces deux aspects.

La Cour suprême s'est notamment prononcée sur le cas des câblo-opérateurs, considérés comme des « quasi *common carriers* »⁴⁰. Elle a estimé que la loi qui leur imposait de réserver une partie de leurs canaux pour la diffusion de programmes gratuits de télévision locale (*must-carry*) affectait leur « discrétion éditoriale » – c'est-à-dire leur droit de choisir de diffuser ou non un contenu et la manière de le faire – et à ce titre leur liberté d'expression. Elle a appliqué à cette atteinte un contrôle intermédiaire (de stricte nécessité au regard d'un intérêt public substantiel), dès lors que l'obligation était neutre au regard du contenu, ce qui conduit à écarter un contrôle approfondi, et compte tenu des caractéristiques de l'activité, qui justifient un niveau de protection intermédiaire entre ceux appliqués à la diffusion audiovisuelle et à la presse (*Turner Broadcasting v. FCC*, 1994). La Cour suprême a précisé à cet égard qu'elle ne se fondait pas sur une défaillance de marché, mais sur les caractéristiques physiques de l'activité qui mettent l'opérateur en position de contrôleur d'accès (*gatekeeper*), sans pour autant justifier le même niveau de régulation que la rareté des fréquences.

³⁴ Qui y a substitué d'autres critères de constitutionnalité de la réglementation économique (depuis *Nebbia v. New York*, 1934).

³⁵ Ce qui n'est pas le cas pour les exemptions de responsabilité données aux plateformes par la section 230.

³⁶ C'est aussi le principal critère de définition des *public accommodations*, dont une jurisprudence complaisante avec le ségrégationnisme a pendant un temps restreint la portée, avant que les principes n'en soient inscrits dans le "Civil Rights Act" (1964).

³⁷ Cf. Whitney (2018), à propos de Facebook.

³⁸ La Cour suprême vient d'accepter, le 3 octobre 2022, dans l'affaire *Gonzalez v. Google*, de se saisir de la question de savoir si les plateformes telles que YouTube, Google, Facebook et Twitter, lorsqu'elles font des recommandations ciblées d'informations fournies par des tiers, relèvent de l'exemption de responsabilité prévue par la section 230.

³⁹ Sur la constitutionnalité de laquelle la Cour suprême exerce depuis le "New Deal" un contrôle très distancié, alors qu'elle a en revanche développé un contrôle très strict des atteintes à la liberté d'expression.

⁴⁰ Parce qu'ils ne sont soumis qu'à des obligations spécifiques et limitées de non-discrimination.

La question de la conformité au Premier amendement des obligations qui sont imposées aux opérateurs se pose au regard des niveaux de contrôle appliqués par la Cour suprême à des réglementations qui restreignaient les choix éditoriaux d'entreprises⁴¹ ou d'autres organisations dans l'exercice de différentes activités de diffusion ou d'hébergement. Un essai de synthèse articulée sur ce point fournirait la matière de plusieurs articles. Le tableau ci-contre en esquisse le schéma.

Les réflexions académiques sur la régulation des réseaux sociaux s'orientent dans le sens d'une appréciation différenciée entre les fonctions d'hébergement et de modération, d'une part, et de recommandation, d'autre part (Volkh, 2021 ; Yoo, 2021 ; Keller, 2021), qui permettrait à l'État d'imposer des règles de non-discrimination aux premières⁴².

La jurisprudence de la Cour suprême, construite au fil de l'évolution des moyens modernes de communication, fournit des échelles de contrôle et de qualification des atteintes à la liberté d'expression et des intérêts publics qui les justifient. Elles permettent de délimiter le champ des possibilités de réglementation des fonctions de modération des contenus, entre des obligations de transparence⁴³ et des règles de fond qui affecteraient leur droit d'héberger ou de ne pas héberger certains contenus.

Cette construction pragmatique doit s'articuler avec une approche originaliste, aujourd'hui majoritaire chez les juges de sensibilité conservatrice, qui consiste à interpréter la Constitution selon le sens originel qu'elle avait lors de son adoption en 1787, et indirectement à des époques beaucoup plus lointaines lorsque les principes auxquels renvoie la jurisprudence constitutionnelle sont issus de la *common law* anglaise. Ce rapprochement donne à la Cour des marges d'interprétation importantes.

L'ampleur des clivages sur cette question, entre les positions libertariennes d'une partie de la classe politique et le rejet par les opérateurs de toute forme de régulation publique, se reflète en partie dans la divergence entre les cours d'appel. L'issue d'un renvoi à la Cour suprême de la question de la constitutionnalité des lois de Floride et du Texas encadrant la modération est donc ouverte et incertaine.

RÉFÉRENCES

CONSEIL D'ÉTAT (2022), « Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique », étude annuelle.

KELLER D. (2021), "Amplification and its discontents", Knight First Amendment Institute.

MAXWELL M. (2022), "Applying Net neutrality rules to social media content moderation systems", *Annales des Mines - Enjeux numériques* n°18, pp. 90-98.

OLLIER J.-Y. (2022), « Contrôle d'accès et droits d'accès dans l'univers numérique », *Annales des Mines - Enjeux numériques*, n°18, pp. 120-128.

VOLOKH E. (2021), "Treating social media platforms like common carriers?", *Journal of Free Speech Law*, 377.

⁴¹ Les entreprises bénéficient de la protection du Premier amendement (*First National Bank of Boston v. Bellotti*, 1978). La réglementation de leur expression commerciale (qui est une catégorie spécifique d'expression bénéficiant d'une moindre protection) fait l'objet d'un contrôle intermédiaire, mais celle de leur expression politique (par exemple à travers le financement des campagnes électorales) donne lieu à un contrôle approfondi.

⁴² Cf. Maxwell (2022), à propos de la transposition de certains principes de neutralité du Net.

⁴³ Dont le principe fait l'objet d'un consensus politique, à défaut d'avoir l'aval des opérateurs.

	Fonctions éditoriales / expression	Protection de la liberté d'expression de l'opérateur
éditeur de presse (<i>Miami Herald v. Tornillo</i> , 1974)	sélection des articles, décisions sur leur contenu et le traitement des sujets	contrôle approfondi. La loi ne peut altérer le message de l'éditeur en lui imposant de publier un droit de réponse.
site Internet (<i>Reno v. ACLU</i> , 1997)		contrôle approfondi. Même niveau de protection que la presse écrite.
câblo-opérateur (<i>Turner Broadcasting v. FCC</i> , 1994)	choix des chaînes distribuées	contrôle intermédiaire. La loi peut lui imposer d'accueillir une chaîne, dès lors que rien ne suggère qu'il en approuve le contenu.
réseau de télévision hertzienne (<i>CBS v. FCC</i> , 1981)	contrôle éditorial de la programmation	protection limitée (en raison de la rareté des fréquences). La loi peut obliger les réseaux nationaux à diffuser des publicités électorales.
organisateur de parade (association de vétérans) (<i>Hurley</i> ^a , 1995)	Le fait d'assembler une parade (célébration de la Saint Patrick) est une forme d'expression.	La loi sur les <i>public accommodations</i> ne peut lui imposer d'accueillir un groupe dont l'expression (pancartes) peut interférer avec son discours.
université subventionnée (<i>Rumsfeld v. FAIR</i> , 2005)	L'accueil sur le campus de recruteurs de l'armée n'affecte pas le discours de l'université.	La loi peut le lui imposer, dès lors qu'elle ne limite pas son droit de s'exprimer sur la politique de l'armée ^b , que rien ne suggère qu'elle l'approuve.
fournisseur d'énergie (<i>Pacific Gas & Electric</i> , 1986)	diffusion d'une <i>newsletter</i> avec les factures	La loi ne peut imposer de diffuser le prospectus d'un concurrent, ce qui pourrait suggérer qu'elle l'approuve ou l'obliger à y répondre.

^a *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 1995.

^b L'enjeu était la politique "Don't ask, don't tell".

WHITNEY H. (2018), “Search engines, social media and the editorial analogy”, Knight First Amendment Institute.

YOO Ch. (2021), “The First Amendment, common carriers and public accommodations: Net neutrality, digital platforms and privacy”, *Journal of Free Speech Law*, 463.

ZOLLER E. (dir.) (2008), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz.