

Plateformes nocives

La responsabilité des
intermédiaires Internet
et le droit canadien

Septembre 2020

Préambule	4
En bref	6
Section 1 Une mise en contexte : les intermédiaires Internet et les méfaits en ligne	9
Section 2 La réalité des méfaits en ligne	14
Section 3 Qu'est-ce qu'un éditeur ?	21
Section 4 Les intermédiaires Internet sont-ils responsables à titre d'éditeurs aux termes de la législation canadienne ?	23
Section 5 L'état actuel du droit	30
Section 6 Un nouveau devoir de diligence : redéfinir les droits et les obligations des intermédiaires Internet	38
Section 7 Recommandations à l'intention des décideurs politiques canadiens	44

Préambule

Si, à l'origine, l'Internet s'annonçait une belle promesse, dans les faits, c'est un univers anarchique dont les conséquences sont manifestes sur les médias sociaux, notamment sur Facebook et sur YouTube.

Ce document important tombe à point nommé car il fait la lumière sur les plateformes intermédiaires et comment celles-ci pullulent de discours haineux, de menaces et de contenus par ailleurs illicites et répréhensibles. Y a-t-il un argument plus convaincant pour invoquer la législation canadienne même déficiente pour s'attaquer aux méfaits personnels, sociaux et politiques qu'on associe de plus en plus aux plateformes intermédiaires telles que Facebook ?

Pour leur part, les plateformes intermédiaires débitent des prétextes faciles et sans doute peu sincères pour éviter de confronter le fléau de leurs contenus illicites, tel que ne pas en connaître l'existence jusqu'à ce que les internautes les portent à leur attention. En effet, comme on pourra le lire dans les pages qui suivent, les plateformes de réseautage avouent sans ambages qu'elles disposent des moyens technologiques voulus pour interpréter correctement les contenus mêmes les plus nuancés soumis par les internautes avant même qu'elles ne les publient. Mais plus choquant encore que l'omniprésence accablante des contenus illicites en ligne, c'est le peu d'efforts déployés par les gouvernements pour rappeler à l'ordre les entreprises qui en profitent.

Ces constatations sont sans équivoque. Il y a donc lieu de se demander pourquoi le gouvernement canadien ne pénalise toujours pas les plateformes intermédiaires qui contribuent à répandre des contenus aussi préjudiciables sur leurs plateformes surtout que ces entreprises ne se contentent pas de les diffuser à des milliards de personnes, elles les recommandent *allègrement* ! En effet, selon un article paru récemment dans le *Wall Street Journal*, les deux tiers des propos extrémistes sur Facebook sont attribuables aux recommandations formulées par cette entreprise. Et pourtant, les législateurs n'ont pas examiné ou même tenté de contrer la complicité des plateformes et leurs nombreux méfaits dont elles reconnaissent en douce avoir la responsabilité.

Si nous voulons préserver une société civile, une société de droit, nous devons faire mieux. Les *élus* de la nation doivent répondre à l'appel et intervenir pour réduire les méfaits en ligne. Il leur suffit d'obliger les plateformes intermédiaires à satisfaire des normes juridiquement contraignantes, de leur imposer des sanctions proportionnelles aux revenus importants qu'elles touchent lorsqu'elles sont prises en défaut et d'habiliter les citoyens à déposer des plaintes fort de l'appui de l'État.

On ne saurait trop insister sur l'importance pour l'État d'assurer son concours. En effet, aux termes de l'actuel système, il n'y a pas moyen de pénaliser les plateformes intermédiaires qui répandent

des propos illicites ou répréhensibles à moins que des particuliers ne leur intentent un procès. Or, les ressources des plateformes intermédiaires sont telles qu'elles ont le gros bout du bâton, ce qui leur permet d'exécuter avec succès une stratégie d'usure pour venir à bout des ressources financières et émotives des plaignants. Voilà qui explique l'absence de jurisprudence pertinente : de telles causes sont rarement entendues.

Si l'appareil judiciaire ne peut intervenir, au Parlement et aux avocats-plaidants de passer à l'avant-scène. Pour tout dire, il leur suffit d'appliquer les lois canadiennes de longue date aux entreprises puissantes qui, jusque-là, ont pu profiter de leur capacité à se comporter comme si les règles et les normes qu'elles se sont données ont préséance sur la législation et la réglementation d'un état souverain comme le Canada.

Soyons clairs, il ne s'agit pas de censure, de taire les opinions politiques ou de brimer la liberté d'expression, mais de se pencher sur la part de responsabilité des « plateformes en matière de contenus réputés inappropriés » tels que des images d'abus pédosexuels ou l'incitation à la violence. Qui de nous objecte à protéger ses enfants contre les prédateurs? Qui de nous estime acceptable l'incitation au génocide?

Ce document se veut exhaustif mais tout de même accessible. J'encourage vivement les élus, les fonctionnaires, les juges et les juristes du Canada à le lire attentivement.

Les ramifications ne pourraient pas être plus frappantes. En moins de vingt ans, les géants du Web ont réussi à défaire certaines des normes juridiques et sociales qui sont les assises même d'une société démocratique où tous et toutes peuvent co-exister en toute quiétude. Il y a donc lieu de s'en inquiéter au plus haut point.

Ce rapport est un cri de ralliement pour les élus et les hauts juristes : si la démocratie, la justice, la sécurité et le civisme leur tiennent à cœur, ils doivent exercer leurs pouvoirs et tenir pour responsable de méfaits ceux et celles qui menacent l'intérêt public. Les leaders canadiens qui ont été élus démocratiquement doivent réaffirmer leurs pouvoirs. La bonne nouvelle, c'est qu'ils et elles détiennent de tels pouvoirs. Reste à voir si ces derniers vont continuer de faire comme s'ils n'en avaient pas.

Daniel Bernhard
Directeur général
Les AMIS de la radiodiffusion

Dans ce rapport, nous explorons comment la législation canadienne peut tenir pour responsable les intermédiaires Internet, telles les plateformes de réseautage, de la diffusion de contenus préjudiciables.* Les différentes manifestations des méfaits en ligne sont bien évidentes sur ces plateformes, y compris le discours haineux, le terrorisme / la radicalisation, l'intimidation, la désinformation, l'incitation à l'auto-mutilation et au suicide.

Selon les principes actuels de la responsabilité juridique de la *common law* canadienne, un intermédiaire Internet qui 1) promeut activement le contenu des utilisateurs au moyen de manipulations algorithmiques ou qui 2) reçoit un avis d'un-e éventuel-le plaignant-e au sujet d'un contenu illicite, est fort probablement un « éditeur » en droit; c'est donc dire qu'il est responsable de ce contenu. Notre analyse repose sur le droit de la « publication » sans pour autant se restreindre aux formes de publication traditionnelles.

Les grandes plateformes de réseautage aiment bien prétendre qu'elles sont des acteurs passifs en matière de contenus illicites. Cependant, certaines d'entre elles se sont révélées particulièrement aptes à comprendre les utilisateurs et les contenus produits par les utilisateurs (« contenus-utilisateurs ») *avant même que ces contenus ne soient publiés*. Elles se servent de cette capacité pour cibler les internautes, pour leur transmettre des contenus à des fins rentables et publicitaires, et pour supprimer tout contenu qu'*elles* estiment manifestement préjudiciable. Ces plateformes intermédiaires ont de puissants motifs financiers pour offrir aux internautes des contenus qui retiennent leur attention et, selon la recherche dans le domaine, les contenus haineux attirent plus l'attention que les contenus modérés. Étant donné leur savoir sophistiqué des contenus pré-publication – contenus préjudiciables y compris – il est raisonnable de se demander si l'omniprésence des contenus haineux sur les plateformes n'est pas intentionnelle.

À la lumière des faits précités et aux termes du droit canadien, on peut certainement avancer que les plaignants sont habilités à tenir pour responsable les intermédiaires des méfaits de leurs plateformes. Toutefois, ce sont les plaignants qui, à titre individuel, doivent porter le fardeau de poursuivre, seuls, ces intermédiaires en justice. Le déséquilibre entre les pouvoirs et les ressources des géants du Web et ceux des particuliers est tel qu'il est vraiment peu probable qu'un-e plaignant-e puisse plaider sa cause, ce qui constitue un obstacle important à l'accès à la justice.

Les méfaits en ligne sont réels tout comme les incitatifs financiers qui dissuadent les intermédiaires Internet de prendre les mesures voulues pour y mettre fin. Si les élus et les décideurs politiques du Canada veulent s'attaquer au problème des méfaits en ligne, ils doivent comprendre l'urgence d'agir.

* **Mark Donald**, est l'expert-conseil à qui on a fait appel lors de la rédaction de ce document. Il est juriste et spécialiste de la diffamation et des litiges propres à la vie privée. **George Carothers** a apporté une aide non judiciaire. Il est directeur de la recherche pour les AMIS de la radiodiffusion.

Résumé des recommandations à l'intention des décideurs politiques

1. Protéger la liberté d'expression sans nuire aux autres droits. Il faut défendre la liberté d'expression de tous les citoyennes et citoyens du Canada, ainsi que les protéger contre la diffamation, le discours haineux et toute autre communication dommageable ou illicite. Toute réglementation des intermédiaires Internet doit trouver et maintenir cet équilibre.

2. Reconnaître que certains méfaits en ligne ne sont tout simplement pas acceptables. L'incitation au suicide, la traque et les menaces en sont des exemples typiques. Réagir vigoureusement à ces préjudices en ligne n'est pas un principe inconnu ou draconien au sens du droit canadien.

3. Reconnaître à juste titre la sophistication technique des plateformes. Les intermédiaires Internet possèdent des ressources technologiques de pointe pour cibler le contenu et surveiller les internautes. Les régulateurs devraient être conscients des diverses utilisations de ces capacités avancées lorsqu'ils élaborent des règlements.

4. Adopter une approche souveraine. Les décideurs politiques ont échafaudé des règlements canadiens pour les sociétés multinationales dans des secteurs réglementés tels que les télécommunications, les finances, l'aérospatiale et la défense. Les entreprises qui opèrent dans le cyberespace ne devraient pas faire exception.

5. Dans un premier temps, recourir aux principes juridiques fondamentaux pour élaborer des règlements appropriés. Au Canada, il est clair que les normes de la *common law* en matière de responsabilité semblent s'appliquer aux intermédiaires Internet.

6. Éviter que le fardeau de la preuve ne repose sur les épaules des particuliers. Toute personne lésée ne devrait pas avoir à tenter ou à financer individuellement des poursuites contre un intermédiaire Internet. Envisager la possibilité de faire intervenir un organisme gouvernemental tel le Commissariat à la protection de la vie privée pour mener des enquêtes et prendre des mesures correctrices au nom des citoyens et des citoyennes du pays.

7. Imposer de sanctions légitimes et appropriées selon la gravité de l'infraction. Les politiques et les amendes doivent convenir à la taille de l'entreprise et être à la mesure des préjudices occasionnés.

8. Établir et faire respecter des mesures de protection rigoureuses pour circonscrire la capacité

des intermédiaires à amasser des données personnelles. Les intermédiaires profitent de la diffusion des contenus extrêmes parce que ces contenus suscitent l'intérêt des internautes. Ce plus grand intérêt génère une pléthore de données-utilisateurs qui sont saisies à leur insu et qui servent à acheminer les contenus et les publicités aux internautes. Freiner pareil modèle d'affaires tentaculaire peut servir à réduire la diffusion de contenus préjudiciables.

9. Intervenir sans plus tarder. Le Canada est particulièrement bien placé pour jouer un rôle de premier plan sur la scène internationale pour stopper les méfaits en ligne. En réagissant rapidement, les décideurs politiques peuvent établir des normes qui sont à l'image du régime législatif, des valeurs et des priorités de la nation.

Une mise en contexte : les intermédiaires Internet et les méfaits en ligne

En 2017, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été saisie d'un cas où la défenderesse avait fausement rapporté sur Facebook que son voisin était un pédophile.² Le voisin était un enseignant. En moins de 24 heures, ses propos diffamatoires ont engendré 57

autres messages qui calomniaient à tort le professeur, le qualifiant de « "pédo", "désaxé", "tordu", "ordure", et "voyeur" », entre autres.³ La Cour a déclaré la défenderesse coupable de diffamation non seulement pour les messages qu'elle avait affichés, mais pour tous les messages affichés après coup par ses amis sur Facebook. Et pourtant, Facebook, la plateforme qui a véhiculé ces propos diffamatoires, qui les a recommandés à d'autres et qui a offert un forum où les gens pouvaient « aimer » ou « partager » ces propos, n'était pas partie à la poursuite. Sans Facebook, il n'y aurait pas eu diffamation, et pourtant, aucune part de responsabilité juridique ne lui a été attribuée pour les méfaits qui s'ensuivirent.

Dans la présente, nous explorons les raisons pour lesquelles le droit canadien ne s'est pas encore pleinement saisi des questions liées à la responsabilité des intermédiaires Internet. En outre, nous nous demandons si le Canada ne devrait pas prendre des mesures plus rigoureuses pour réglementer les intermédiaires tels que Facebook afin de freiner les méfaits qu'ils propagent sur leurs plateformes.

Depuis l'invention de la presse écrite, il n'y a pas mieux que l'Internet pour échanger du contenu informatif, et le public canadien a tout intérêt à protéger la liberté d'expression. Cependant,

« ...Les décisions les plus importantes pour l'avenir de la liberté d'expression ne relèvent pas du droit constitutionnel, mais plutôt des décisions propres à la conception technologique, à la législation et aux règlements administratifs, à la création de nouveaux modèles d'affaires et à l'ensemble des activités des utilisateurs finaux. »¹
– J. M. Balkin [Traduction]

¹ Balkin, J. M. (2009) *The Future of Free Expression in a Digital Age*. Pepperdine Law Review. 36 (1), p. 427. Voir également Balkin, J. M. (2004) *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*. New York University Law Review, 79 (1), pp. 1-55.

² *Pritchard c. Van Nes*, 2016 CSCB 686.

³ *Pritchard c. Van Nes*. Columbia Global Freedom of Expression. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/pritchard-v-van-nes/> [site consulté le 27 mai 2020].

l'absence générale de réglementation, de surveillance et de hiérarchie dans l'édition en ligne (c.-à-d. quiconque peut publier tout et rien de façon anonyme partout dans le monde) fait en sorte que l'ordinateur portable devient un outil dangereux pour qui s'en sert à mauvais escient. Au cours des deux dernières décennies, les tribunaux canadiens ont constaté les nombreux préjudices attribuables à l'Internet et notamment aux forums et aux plateformes qui offrent une communication de masse instantanée. Aussi, les juges canadiens accordent-ils des dommages-intérêts de plus en plus élevés tout en émettant des ordonnances d'injonction plus sévères pour stopper les trolls en ligne — surtout dans les cas de diffamation.⁴

Si les principes juridiques en matière de responsabilité individuelle pour tout comportement dommageable, diffamatoire ou illégal en ligne prennent forme — ou, à tout le moins, sont en voie de prendre forme — le droit canadien ne se prononce pas clairement quant à la part de responsabilité des plateformes intermédiaires qui facilitent pareils comportements. Il s'agit là d'une question d'actualité sur laquelle devront trancher les juristes et les décideurs politiques du pays.

D'aucuns diront qu'aux termes de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM), le Canada ne peut tenir pour responsable les intermédiaires Internet des contenus-utilisateurs qu'ils diffusent.⁵ En effet, l'ACEUM semble déresponsabiliser les intermédiaires de la teneur des contenus-utilisateurs.⁶ Cependant, comme nous l'exposons ci-après, les entreprises ne doivent pas pour autant être exonérées de leurs obligations fondamentales envers la société, surtout lorsque leurs modèles d'affaires recommandent des contenus aux internautes, y compris des contenus possiblement préjudiciables. De plus, malgré l'ACEUM, les législateurs américains s'activent présentement à faire adopter des dispositions pour qualifier ou restreindre l'exemption générale des intermédiaires en matière de contenus-utilisateurs sur leurs plateformes,⁷ minant ainsi l'argumentaire selon lequel cet accord commercial empêcherait le Canada d'intervenir.

Les méfaits sur les plateformes Internet sont nombreux et différents. Le trollage, le doxing, les

menaces, la sextortion, les images d'abus pédosexuels, l'intimidation, la propagande à grande échelle, les propos incendiaires à l'endroit des minorités ethniques, sociales ou religieuses, l'incitation au suicide, les pseudosciences et les autres méfaits répandus en ligne sont, en règle générale, jugés inacceptables par le public canadien.⁸ Cependant, les lois et les règlements actuels du pays n'ont pas été conçus pour contrer la viralité des médias sociaux, qui peut s'avérer une arme puissante.⁹ Par conséquent, le Canada devrait envisager des mesures pour faire face à la diffusion en masse de tels contenus par des entreprises multimilliardaires dont les intérêts financiers sont tels qu'elles préfèrent faire leurs affaires avec un minimum de restrictions. Cela dit, le Canada doit aussi soupeser le bienfondé d'adopter des mesures trop restrictives qui pourraient, par inadvertance, compromettre la liberté d'expression et faire tout en son possible pour protéger un discours public libre et ouvert qui est le fleuron d'une saine démocratie.

Nous ne cherchons pas à débattre ce que l'on entend exactement par « méfaits » en ligne. Nous voulons plutôt nous attarder à ce que devrait être la part de responsabilité des plateformes intermédiaires pour les méfaits qui sont déjà reconnus comme étant préjudiciables ou illégaux, tels que la diffamation, la cyberintimidation et autres activités semblables. Nous retiendrons donc la démarche du juge Potter Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans une décision en 1964 où il est question « d'obscénité » :

« Je ne tenterai pas aujourd'hui de définir davantage les types de contenus qui, selon moi, relèvent d'une description aussi brève, car je ne pourrais sans doute pas y arriver de façon intelligible. Cela dit, je reconnais l'obscénité lorsque je la vois... »¹⁰

Les débats portant sur les méfaits en ligne interpellent les plateformes intermédiaires qui en bénéficient et reposent souvent sur la définition de ce qui constitue, ou pas, un « éditeur » aux yeux de la loi. Les intermédiaires Internet, qu'il s'agisse des fournisseurs de services Internet ou des grandes plateformes de réseautage, participent tous à la publication d'une manière ou d'une autre, mais leur degré d'implication et, du coup, de responsabilité, n'est pas toujours intuitif. Bon nombre de Canadiens pensent sans doute que l'éditeur d'un contenu préjudiciable est l'entité qui affiche le contenu et non pas la plateforme sur laquelle le contenu est affiché. De plus, la définition du vocable « éditeur » en droit canadien est à ce point floue qu'au cours de la dernière décennie,

⁴ Par exemple, voir l'article de l'avocat-conseil, *Bringing order from chaos: some thoughts on recent judicial approaches to online libel cases*, The Advocates' Journal. Hiver 2019. <https://www.scribd.com/document/439971183/Bringing-Order-from-Chaos-Mark-Donald-The-Advocates-Journal-Winter-2019> [site consulté le 26 mai 2020].

⁵ Pour un exemple, voir l'analyse de Michael Geist : *Why the USMCA Locks in the Internet Platform Liability System in the US, Canada and Mexico*. <https://www.michaelgeist.ca/2020/05/why-the-usmca-locks-in-the-internet-platform-liability-system-in-the-u-s-canada-and-mexico/> [site consulté le 2 juin 2020].

⁶ Voir l'article 19.17 de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*. <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/19-Digital-Trade.pdf> [site consulté le 4 juin 2020].

⁷ Pour un exemple, voir Law Bites. 8 juin 2020. Episode 54: *Eric Goldman on Internet Platform Liability and the Trump Executive Order*. Michael Geist. <https://www.michaelgeist.ca/podcast/episode-54-eric-goldman-on-internet-platform-liability-and-the-trump-executive-order/> [site consulté le 10 juin 2020].

⁸ Le « doxing » est un acte malicieux qui consiste à publier sur Internet des informations personnelles sur quelqu'un.

⁹ Bowers, J., Zittrain, J. (2020) *Answering Impossible Questions: Content Governance in an Age of Disinformation*, The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review, 1 (1). [Age of Disinformation.]

¹⁰ *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184.

les tribunaux ont été saisis de nombreuses causes cherchant à tirer au clair si les intermédiaires Internet peuvent ou doivent être réputés comme étant les éditeurs des contenus qu'ils hébergent, qu'ils diffusent et qu'ils recommandent aux internautes.

La réponse à cette question est importante et déterminera comment nous comptons réglementer les intermédiaires Internet et comment la Canadienne moyenne ou le Canadien moyen pourront se protéger de préjudices comme la diffamation, l'exploitation, l'intimidation et les atteintes à la vie privée.

Aperçu

Dans un premier temps, nous définissons la portée de certains des principaux préjudices que facilitent les intermédiaires Internet : le discours haineux, le terrorisme/la radicalisation, la prolifération de la désinformation, la cyberintimidation, l'incitation à l'automutilation et le suicide.

Puis, nous résumons les principes pertinents de la responsabilité juridique traditionnelle et nous proposons d'appliquer les principes existants de la common law canadienne aux intermédiaires Internet, qui 1) prennent activement des mesures pour promouvoir des contenus au moyen d'algorithmes ou d'autres systèmes similaires qui ciblent les internautes ou qui 2) reçoivent de plaignants potentiels un avis de contenu illégal, sont bel et bien des « éditeurs » aux yeux de la loi et sont donc responsables des contenus qu'ils hébergent.

Après quoi, nous nous attardons à la législation actuelle et nous soumettons que les recours judiciaires qui s'offrent aux Canadiens sont pour tout dire illusoire, très souvent en raison de la complexité et du coût des procédures judiciaires, sans oublier le rapport de force entre les internautes et les sociétés multinationales qui sont anonymes et multimilliardaires.

Nous terminons en résumant les grandes orientations de l'heure, en abordant les points forts et les faiblesses de l'argumentaire des deux parties intéressées par le débat sur la réglementation des intermédiaires. Par la suite, nous explorerons les compétences techniques poussées que possèdent certains intermédiaires quand vient le temps de modérer avec rigueur les méfaits qu'ils estiment être les plus graves. En tenant compte de ces compétences techniques, nous nous interrogeons sur ce que les intermédiaires peuvent faire de plus, le cas échéant, pour remplir leurs obligations légales envers la société.

Pour être clairs, nous militons en faveur d'une réflexion approfondie de la part des décideurs politiques quant aux moyens politiques qui pourraient servir à trouver un équilibre entre les bienfaits des intermédiaires Internet et les méfaits qu'ils facilitent et qu'ils perpétuent. Nous ne

formulons pas de propositions détaillées, mais nous espérons néanmoins contribuer au débat entre les décideurs politiques du Canada quant à la façon de procéder pour en arriver à un juste équilibre.

Il existe des personnes en vue au Canada et à l'étranger qui s'opposent vivement à ce que les géants du Web comme Facebook soient tenus responsables des informations diffamatoires, haineuses ou répréhensibles qu'ils diffusent ou qu'ils recommandent. La plupart du temps, ces gens arguent que toute réglementation, quelle qu'elle soit, risque de porter sérieusement atteinte à la liberté d'expression. Nous sommes d'avis que c'est simplifier les choses outre mesure et que ce n'est pas trouver le bon équilibre entre l'internaute et la plateforme, notamment à la lumière des principes juridiques actuels du pays.

Soyons très clairs : les auteurs du présent document ne veulent pas restreindre la liberté d'expression, de quelque façon que ce soit, ou limiter le débat sur les enjeux d'intérêt public. Tout le contraire, nous cherchons simplement à mettre en lumière les problèmes sociaux et les problèmes de santé publique occasionnés par les intermédiaires Internet qui diffusent, à des vitesses sans précédent et à tous azimuts, des informations reconnues comme étant dommageables ou illicites. Nous ne voulons pas non plus passer sous silence le problème des informations dommageables qui obligent certaines personnes à quitter les réseaux sociaux, ce qui brime leur droit à la liberté d'expression tout en appauvrissant le débat public.

Nous voulons amorcer le dialogue quant aux mesures de réglementation à retenir, le cas échéant. La preuve est concluante : faire l'objet de propos haineux, intimidants ou harcelants dissuade bon nombre de gens de participer au débat public, notamment les femmes, les personnes non binaires et les personnes racisées.¹¹

La différence entre une expression répréhensible et une diffusion illégale n'est peut-être pas nette, mais il ne faudrait pas pour autant laisser entendre, aux termes de la législation canadienne, que le seuil de tolérance à l'égard du discours illicite est à ce point informe et flou qu'il n'y a pas lieu d'en débattre. Ainsi, aussi insatisfaisant que cela puisse être, il faut admettre que, même si on ne sait pas exactement où elle se trouve, *il existe bien une ligne de démarcation entre un discours acceptable et un discours illicite, et qu'il faut s'appliquer à la rendre visible*. Il nous appartient à tous de tenter d'en cerner les limites afin d'établir des règles claires et justes pour quiconque franchit cette ligne et les entreprises qui le leur permettent.

¹¹ Livre blanc sur les méfaits en ligne, présenté au Parlement par le secrétaire d'État pour la Culture des médias numériques et du Sport, et le secrétaire d'État pour le Home Department, avril 2019. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf [site consulté le 26 mai 2020], [Online Harms].

La réalité des méfaits en ligne

Dans les deux décennies qu'il a fallu à l'Internet pour dominer notre quotidien, les éditeurs en ligne n'ont pas vraiment fait l'objet d'une réglementation de leurs contenus, sauf pour leurs politiques maison et la mesure dans laquelle les plaideurs veulent ou peuvent contester leur action ou inaction devant les tribunaux. Les Canadiens traitent surtout avec les intermédiaires américains, et les lois américaines qui régissent ces derniers depuis les tout débuts sont non interventionnistes. En 1996, les États-Unis ont adopté l'article 230 de la *Communications Decency Act* [« loi sur la décence dans les communications »], qui exonère expressément de toute responsabilité les sites Web qui hébergent des informations fournies par les internautes, ainsi que de toute responsabilité lorsqu'ils choisissent de supprimer ces informations. À l'époque, on croyait qu'en protégeant ainsi les intermédiaires contre d'éventuelles poursuites de la part des internautes dont les informations avaient été supprimées, on encouragerait les intermédiaires Internet à agir de bonne foi et à surveiller les informations qu'ils hébergent sur leurs plateformes de la manière la plus éthique et compétente possible.¹²

Les géants du Web tels que Facebook, Google, YouTube et Twitter ayant vu le jour sous ce régime, il va de soi qu'ils défendent vigoureusement l'article 230. En effet, pour la plupart des grandes entreprises, cette loi rejoint particulièrement bien leurs intérêts. Bon nombre d'entre elles prétendent que leur position privilégiée de grandes facilitatrices de la liberté d'expression et du réseautage communautaire devrait avoir préséance sur tout préjudice éventuel attribuable à leurs activités. À la rubrique des préjudices, notamment ceux de la désinformation qui ont trop souvent été diffusés sur la plateforme de son entreprise, Mark Zuckerberg, p.-d. g. de Facebook, a déclaré : « Je doute fort que la majorité des gens veulent vivre dans un monde où l'on peut uniquement faire des publications que les entreprises de technologie estiment être entièrement véridiques. »¹³ [Traduction]

Ce cadre juridique a permis aux entreprises comme Facebook et Google de générer des profits sans précédent. Ces mêmes entreprises ont maintenant accaparé le marché mondial de la publicité, en partie parce qu'elles ne sont pas exposées aux mêmes risques en matière de responsabilité que leurs concurrents dans les secteurs traditionnels de l'édition et de la radiodiffusion. En 2019, Google et Facebook représentaient, à elles seules, près de 60 pour cent du marché de la publicité numérique aux États-Unis.¹⁴

¹² Citron, D. K., & Franks, M. A. (2020) *The Internet as a Speech Machine and Other Myths Confounding Section 230 Speech Reform*. Boston University School of Law, Public Law & Legal Theory Paper No. 20-8.

¹³ Romm, T. (2019) *Zuckerberg: Standing For Voice and Free Expression*. The Washington Post. <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/17/zuckerberg-standing-voice-free-expression/> [site consulté le 26 mai 2020].

¹⁴ Perin, N. (2019) *Facebook-Google Duopoly Won't Crack This Year*. eMarketer. <https://www.emarketer.com/content/facebook-google-duopoly-won-t-crack-this-year> [site consulté le 26 mai 2020].

Ce cadre réglementaire, qui permet un certain laisser-faire, a favorisé la diffusion d'une quantité innombrable d'informations sur ces grandes plateformes. En effet, selon Facebook, quelque 100 milliards d'éléments d'information transitent par sa plateforme *tous les jours*,¹⁵ qu'il s'agisse de vidéos de félins ou de photos de bambins, en passant par de la propagande, des théories conspirationnistes, des images d'abus pédosexuels, des informations terroristes, des incitations au génocide et plus encore. Comme nous l'exposons ci-après, les plateformes intermédiaires évoquent souvent le volume phénoménal des informations qu'elles diffusent pour expliquer pourquoi il est impossible de les contrôler.

Selon ces mêmes plateformes, elles « sont trop grosses pour réussir » à modérer les contenus. Si cet argument peut paraître raisonnable a priori, il faut user de prudence et vérifier si des entreprises telles que Facebook et YouTube n'ont vraiment pas les moyens d'identifier avec fiabilité les informations haineuses ou illicites sur leurs plateformes.

Si la responsabilité des plateformes à l'égard des méfaits en ligne fait l'objet présentement d'un débat, les préjudices sont connus et les dangers, réels :

- En 2016, l'assemblée législative du Manitoba a adopté la *Loi sur la protection des images intimes*¹⁶, afin de venir en aide aux victimes qui essaient de naviguer un système complexe pour faire des réclamations ou déposer des plaintes contre les parties ayant affiché ou diffusé en ligne des images intimes des victimes sans leur consentement – un phénomène communément appelé celui de la « vengeance par la pornographie ». Entre autres, la loi crée une structure législative pour le délit de « distribution non consensuelle d'images intimes », en plus d'un cadre élargi grâce auquel les instances provinciales peuvent aider les victimes à déposer des plaintes et à les faire avancer, à faire supprimer et à détruire les images incriminantes et, au besoin, les aider à déposer des plaintes pénales. À la mi-2018, 1 300 personnes avaient demandé une telle aide en vertu de la loi.¹⁷
- À l'échelle mondiale, Facebook a supprimé 8,7 millions d'éléments d'information lors du troisième trimestre de 2018; ces éléments d'information violaient ses politiques sur la nudité chez les enfants et sur l'exploitation sexuelle.¹⁸

¹⁵ Wintour, P. (2020) *Mark Zuckerberg: Facebook must accept some state regulation*. The Guardian. <https://www.theguardian.com/technology/2020/feb/15/mark-zuckerberg-facebook-must-accept-some-state-regulation> [site consulté le 26 mai 2020].

¹⁶ CPLM c. I87.

¹⁷ Kubinec, V. (2018) *More than 1,300 Manitobans seek help after intimate images shared*. CBC News. <https://www.cbc.ca/news/canada/manitoba/vengeance-porn-help-online-1.4637615> [site consulté le 26 mai 2020].

¹⁸ Facebook (2018) Transparency Report. Voir : <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#child-nudity-and-sexual-exploitation>, cité dans *Online Harms White Paper, supra*, point 1.6

- En 2018, le National Center for Missing and Exploited Children [« centre national pour les enfants disparus ou exploités »] a reçu plus de 18,4 millions d'avis de contenus pédopornographiques de la part d'entreprises de technologie aux États-Unis.¹⁹
- Selon la Internet Watch Foundation [« fondation de surveillance Internet »], environ 55 pour cent des contenus à caractère pédopornographique comportent des images d'enfants âgés de dix ans ou moins, et 33 pour cent de ces images relèvent de la catégorie d'exploitation la plus grave.²⁰
- Le FBI est à ce point débordé par les images d'abus pédosexuels qu'il est contraint de prioriser les cas d'abus de nourrissons et de bambins et, de son propre aveu, « en est réduit, essentiellement, à mettre de côté tout signalement d'enfants plus âgés ». ²¹
- Les cinq attaques terroristes survenues au Royaume-Uni en 2017 avaient toutes une composante virtuelle, et les contenus terroristes en ligne sont présentement une caractéristique de la radicalisation.²²
- Les attentats de Christchurch en 2019 auraient été envisagés avec les médias sociaux en tête. En effet, l'assassin avait positionné la caméra comme s'il s'agissait d'un jeu-vidéo de tir à la première personne en vue de diffuser en direct sur Facebook le massacre qu'il destinait à un public mondial.²³
- En 2018, Facebook a déclaré avoir supprimé plus de 14 millions d'éléments d'information liés au terrorisme ou à l'extrémisme violent. Également en 2018, le groupe terroriste Daesh (État islamique) a utilisé plus d'une centaine de plateformes, dont des plus petites et des moins restrictives.²⁴

- Pendant les élections présidentielles aux États-Unis en 2016, les « 20 faux reportages les plus populaires » ont suscité 18 pour cent plus d'interactions (aimer, partager, etc.) que les « 20 reportages les plus populaires publiés sur les sites Web des 19 grands quotidiens. » ²⁵

Comme les exemples précités le laissent entendre, les enfants et les jeunes sont ceux qui souffrent le plus des méfaits en ligne. Selon un document produit conjointement par le Bureau de l'Intérieur et le Département du Numérique, de la Culture et du Sport, au Royaume-Uni, près de neuf adultes sur dix et 99 pour cent des jeunes âgés de 12 à 15 ans sont en ligne. De ces internautes, 1 sur 4 signale avoir subi un préjudice quelconque attribuable à des contenus ou à des interactions en ligne.²⁶

Alors que les jeunes passent de plus en plus de temps en ligne et qu'ils s'exposent à des contenus préjudiciables, on constate que leur santé mentale se détériore à un rythme alarmant. En effet, selon les chercheurs de l'université de Toronto et le Centre hospitalier pour enfants de l'est de l'Ontario, après seulement dix minutes sur Facebook, l'humeur des jeunes adolescentes se détériore, elles ont une plus grande envie de changer leur apparence physique et elles sont plus susceptibles aux troubles alimentaires.²⁷ Ils notent également, qu'en Ontario, le nombre d'adolescents qui rapportent être en détresse psychologique (modérée à sérieuse) a augmenté de 63 pour cent entre 2013 et 2017, ce qui correspond étroitement à l'augmentation du temps passé au téléphone intelligent ou à réseauter sur les médias sociaux au cours de cette même période. Entre 2009 et 2014, le nombre moyen d'internautes actifs présents mensuellement sur Facebook a augmenté de 480 pour cent, soit de 276 millions à 1,3 milliard.²⁸ Au cours de la même période, selon les chercheurs : « le nombre d'admissions dans les hôpitaux par suite d'automutilations intentionnelles a augmenté de 110 pour cent chez les jeunes filles canadiennes ». ²⁹

²⁵ Silverman, C. (2016) Cette analyse montre comment en matière électorale, la popularité des faux reportages l'a emporté sur celle des vrais reportages sur Facebook. BuzzFeed News. <https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook> [site consulté le 26 mai 2020].

²⁶ Ofcom and ICO (2018). Internet users' experience of harm online 2018. Voir : <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/internet-use-and-attitudes/internet-users-experience-of-harm-online>, cité dans *Online Harms, supra*, Joint Ministerial Foreword et 1.3.

²⁷ Abi-Jaoude, E. *et al.* (2020) Smartphones, social media use and youth mental health. *CMAJ*, 10 février 2020, 192 (6) E136-E141 <https://www.cmaj.ca/content/cmaj/192/6/E136.full.pdf> [site consulté le 26 mai 2020].

²⁸ Ortiz-Ospina, E. (2019) *The rise of social media*. Our World in Data. <https://ourworldindata.org/rise-of-social-media> [site consulté le 26 mai 2020].

²⁹ Abi-Jaoude *et al.*, *supra*

¹⁹ NCMEC. Voir : <http://www.missingkids.com/footer/media/vnr/vnr2>, citée dans *Ibid*

²⁰ Internet Watch Foundation (2017). Rapport annuel 2017. Voir : <https://annualreport.iwf.org.uk/>, cité dans *Online Harms, supra*, 1.7

²¹ *The Daily*, 10 février 2020. *A Criminal Underworld of Child Abuse, Part 1*. The New York Times <https://www.nytimes.com/2020/02/19/podcasts/the-daily/child-sex-abuse.html?showTranscript=1> [site consulté le 26 mai 2020].

²² Discours au Forum virtuel de San Francisco, Très honorable Amber Rudd, 13 février 2018, cité dans *Online Harms, supra*, 1.9

²³ Marsh, J., Molholland, T. (2019) How the Christchurch terrorist attack was made for social media. CNN Business. <https://www.cnn.com/2019/03/15/tech/christchurch-internet-radicalization-intl/index.html> [site consulté le 26 mai 2020].

²⁴ Facebook (2018). Transparency Report. Voir : <https://transparency.facebook.com/community-standards-enforcement#child-nudity-and-sexual-exploitation>, cité dans *Online Harms, supra*, 1.10

Rien ne présage un moins grand usage des médias sociaux à l'avenir. Après tout, les téléphones intelligents et leurs applis ont été conçus pour encourager l'accoutumance.³⁰ Qu'il s'agisse des bips sonores ou des rappels visuels signalant la réception d'un message, tout a été conçu avec grand soin par des scientifiques behavioristes dont le talent est de réduire l'internaute à des réflexes pavloviens.³¹ Les dirigeants des entreprises de technologie réitèrent à souhait leur volonté de créer des produits d'accoutumance. Or, à la différence d'autres produits qui créent une dépendance néfaste tels que le tabac et l'alcool, il n'existe aucune restriction quant à l'utilisation que les jeunes peuvent faire de leurs téléphones intelligents ou du réseautage en ligne, mis à part celle imposée à la discrétion de leurs parents ou de leurs tuteurs qui, dans bien des cas, sont tout aussi accros à leurs appareils de communication.

Comme c'est souvent le cas pour les maux sociaux et les enjeux en matière de santé, les méfaits en ligne ne sont pas répartis également : trop souvent, les femmes, les personnes racisées et d'autres minorités encaissent plus que leur part. Ainsi, par exemple, 21 pour cent des femmes ont subi une violence genrée en ligne.³² Plus de la moitié des jeunes filles sensibilisées à la violence genrée admettent que cela les gêne au quotidien ou dans leurs aspirations et, dans certains cas, qu'elles ont dû renoncer aux médias sociaux. Selon une étude de la Fédération internationale des journalistes, 64 pour cent des femmes journalistes ont reçu des menaces de mort ou de viol, des commentaires sexistes, des avis de traque ou d'usurpation de compte et des messages obscènes, mais près de la moitié d'entre elles disent ne pas l'avoir signalé, et plus d'un tiers se sont par la suite autocensurées.³³ Selon une analyse des quelque 70 millions de commentaires laissés par ses utilisateurs sur son site Web au cours des dix dernières années, le quotidien *The Guardian* aurait dénombré, parmi les dix auteurs ayant subi le plus de cyberharcèlement, huit femmes et deux hommes Noirs, même si ce sont des hommes blancs qui, à la majorité, signent les articles d'opinion du quotidien.³⁴

³⁰ *The Sunday Edition*, 14 septembre 2018. You can't stop checking your phone because *Silicon Valley* designed it that way. CBC Radio. <https://www.cbc.ca/radio/thesundayedition/the-sunday-edition-september-16-2018-1.4822353/you-can-t-stop-checking-your-phone-because-silicon-valley-designed-it-that-way-1.4822360> [site consulté le 26 mai 2020] et Pringle, R. (2018) *Married to your phone? It's designed that way – but you can break up*. CBC News. <https://www.cbc.ca/news/technology/cellphones-ramona-pringle-addiction-1.4637316> [site consulté le 26 mai 2020].

³¹ Vengoechea, X., Eyal, N. (2015) *The Psychology Of Notifications*. Tech Crunch <https://techcrunch.com/2015/02/05/the-psychology-of-notifications/>

³² Amnesty International (2017). The impact of online abuse against women. Voir : <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/11/amnesty-reveals-alarming-impact-of-online-abuse-against-women/>, cité dans *Online Harms, supra*, 1.15.

³³ *Cyberharcèlement: les femmes journalistes gravement touchées, selon une enquête mondiale de la FIJ*. Fédération internationale des journalistes. <https://www.ifj.org/fr/salle-de-presse/nouvelles/detail/article/ifj-global-survey-shows-massive-impact-of-online-abuse-on-women-journalists> [site consulté le 26 mai 2020].

³⁴ *The Guardian* (2016). Le côté sombre des commentaires sur *The Guardian*. Voir : <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/12/the-dark-side-of-guardian-comments>, *Online Harms, supra*, at 1.25, encadré 14.

Ces exemples révèlent que les méfaits en ligne ne portent pas seulement à conséquence pour ceux et celles qui en sont victimes. De grands idéaux publics sont en jeu, tels que l'engagement d'un journaliste à publier un reportage, l'estime de soi des femmes et les droits politiques de tous et de toutes à travers le monde. Si la libre circulation des propos haineux en ligne décourage les femmes, les communautés racisées, les minorités sexuelles ou tout autre groupe identifiable à participer au débat public, alors l'absence de réglementation des plateformes numériques pourrait ultimement abolir la liberté d'expression.

Les préjudices partagés sur les plateformes numériques telles que Facebook peuvent même inciter au génocide. En 2018, une enquête de la revue *Wired* a conclu que sans Facebook, les émeutes qui se sont multipliées à la grandeur du Myanmar en 2014 n'auraient pas eu lieu. En effet, malgré les nombreux avertissements émis à ses cadres dirigeants, Facebook s'est fait prendre de court lorsqu'un faux reportage s'est mis à circuler sur sa plateforme comme quoi un boutiquier musulman avait violé une employée bouddhiste. Cette fausse nouvelle a engendré des actes d'une telle violence que des dizaines de milliers de personnes ont perdu la vie, et près d'un million de personnes de plus ont dû fuir le pays.³⁵

Il est également important de réfléchir aux effets durables des méfaits en ligne, car ce qui se trouve sur l'Internet y est pour toujours. On peut télécharger à volonté, pour conserver ailleurs – n'importe où dans le monde – des messages dommageables et des détails personnels intimes. Certains pays d'Europe ont proclamé « le droit à l'oubli », ce qui oblige des entreprises telles que Google à omettre, sur demande, certains éléments d'information lors de recherches faites par des moteurs de recherche.³⁶ Google résiste toutefois aux demandes d'organismes de réglementation de supprimer le contenu de tous les résultats de recherche partout dans le monde. Le géant technologique affirme que le contenu devrait seulement être supprimé des résultats de recherche pour les internautes résidant dans les pays européens. Lorsqu'on a saisi la Cour de justice de l'Union européenne de la question, cette dernière s'est prononcée en faveur de Google, c'est-à-dire que les internautes résidents de pays qui ne relèvent pas de la compétence de la Cour sont libres d'accéder aux renseignements personnels de nature délicate des citoyens et des citoyennes des pays d'Europe.³⁷

³⁵ McLaughlin, T. (2018) *How Facebook's Rise Fueled Chaos and Confusion in Myanmar*. *Wired*. <https://www.wired.com/story/how-facebooks-rise-fueled-chaos-and-confusion-in-myanmar/> [site consulté le 26 mai 2020]. {McLaughlin}

³⁶ Kelion, L. (2019) *Google wins landmark right to be forgotten case*. BBC News. <https://www.bbc.com/news/technology-49808208> [site consulté le 26 mai 2020].

³⁷ Chee, F. *You have the right to be forgotten by Google - but only in Europe*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-eu-alphabet-privacy-idUSKBN1W90R5> [site consulté le 26 mai 2020].

À ce jour, les juristes canadiens ne se sont pas attardés aux dommages instantanés, perpétuels ou irréversibles à la réputation et au bien-être de la personne.³⁸ De plus, le phénomène de la disponibilité perpétuelle risque d'éradiquer les droits présumés « à la vie privée » et « à la réputation », principes que le droit canadien s'efforce de défendre depuis des décennies.³⁹ Une récente étude, centrée sur les Canadiens et Canadiennes âgés de 15 à 21 ans et leurs expériences des méfaits en ligne, a révélé une forte présence d'attaques vitrioliques contre les personnes qui s'identifient comme musulmanes, allosexuelles ou qui vivent avec un handicap.⁴⁰ S'ajoute à cela la perception que les plateformes de réseautage, en dépit de leurs politiques et de leurs lignes de conduite, soulignent l'importance de la liberté d'expression sans vraiment s'attaquer aux méfaits en ligne :

*« . . . les participants ont décrit de nombreuses expériences différentes lorsqu'ils ont prévenu les intermédiaires des informations dommageables qui circulaient sur leurs plateformes de réseautage, qu'il s'agisse d'une page sur Instagram où l'on se moque de gens ayant des problèmes de santé mentale ou d'un commentaire raciste laissant entendre que les enfants de Monsieur Obama "ressemblent à des gorilles" ».*⁴¹ [Traduction]

Ces jeunes Canadiens et Canadiennes semblent accepter que l'inaction des plateformes intermédiaires soit normale, voire inévitable, en présence de contenus préjudiciables. Fait encore plus révélateur, ces jeunes ne s'attendent pas à ce que les choses changent.⁴²

Malgré les préjudices réels que les plateformes facilitent, le Canada a peu fait pour élaborer des politiques gouvernementales ou des dispositions légales visant à intervenir auprès des entreprises de réseautage qui publient, qui promeuvent ou qui recommandent pareils contenus. Si les plateformes observent les principes enchâssés dans l'article 230 de la loi américaine sur la décence dans les communications, nous devons nous rappeler que cette loi n'a pas son équivalent au Canada. Nous devons donc demander aux juristes ce qu'ils en pensent et s'ils sont d'avis que la démarche américaine rejoint nos traditions, nos lois, notre jurisprudence et nos valeurs.

³⁸ *Rutman v. Rabinowitz*, 2018 ONCA 80, paras. 68-70.

³⁹ *Jane Doe c. N.D.*, 2016 ONSC 541, paras 10, 39 (citant *Jones c. Tsige*, 2012 ONCA 32, paras 67 et 68), 57, pour d'autres motifs, 2016 ONSC 4920 [N.D.].

⁴⁰ Bailey, J., Steeves, V. (2017) *Defamation Law in the Age of the Internet: Young People's Perspectives*. Commission du droit de l'Ontario. Juin 2017. pp. 38-39 [Young People's Perspectives].

⁴¹ *Young People's Perspectives*, supra, pp. 50-51.

⁴² *Young People's Perspectives*, supra, p. 53.

Qu'est qu'un éditeur ?

Si nous voulons tenter de déterminer la responsabilité des plateformes intermédiaires en matière de contenus préjudiciables, nous devons commencer par analyser les faits en fonction du droit de la diffamation ou, plus précisément, du droit de l'édition. Ce domaine, qui fait l'objet d'une jurisprudence de plusieurs siècles, nous permet d'établir des catégories afin de déterminer dans quelles mesures un « acteur » est responsable de diffuser ou, en termes juridiques, de « publier » les propos illicites d'un tiers. La nature des actes ou des omissions qui font de quelqu'un un éditeur au sens de la loi se mesure en fonction de sa contribution au contenu publié.

Si l'« édition » en droit de la diffamation peut tenir lieu de « responsabilité juridique » *prima facie*, dans d'autres domaines du droit comme le respect de la vie privée, le droit d'auteur ou les procédures pénales, l'analyse du droit de la diffamation peut s'avérer utile pour faire le tour de la question de la responsabilité et pour se faire une meilleure idée de l'enjeu.

Au Canada, pour déterminer ce qui constitue un éditeur, il faut commencer par vérifier dans quelle mesure une partie contribue à la formulation d'une déclaration ou d'un énoncé :

*« Toute partie à l'édition engage sa responsabilité, peu importe dans quelle mesure elle y contribue exactement. Les premiers intéressés tels que l'auteur, le rédacteur ou l'éditeur de journaux sont responsables, même en cas de diffamation involontaire qui ne peut être évitée par l'exercice d'une diligence raisonnable. Toute partie qui n'autorise pas la publication, mais qui joue le rôle secondaire de simple distributeur du contenu, peut ne pas être tenue pour responsable si elle peut faire la preuve qu'elle n'avait pas de raison de savoir ou de soupçonner qu'elle distribuait un contenu diffamatoire. »*⁴³ [Traduction]

La question juridique de la « publication » est en fait un continuum. D'une part, il y a l'auteur — la personne qui fait une déclaration ou s'adresse à un tiers. D'autre part, il y a la partie qui est en quelque part impliquée dans le processus de publication, mais d'une façon tellement passive — sans la moindre idée du contenu qu'elle aide à distribuer — qu'il ne serait pas raisonnable de la tenir pour responsable légalement. L'exemple-type de la « diffusion innocente » est celui du facteur qui livre une lettre diffamatoire. Cette lettre ne serait pas parvenue à son destinataire sans le rôle joué par le facteur. Or, prétendre que ce dernier est complice de l'acte de diffamation dépasse l'entendement.

⁴³ *The Canadian Encyclopedic Digest: Defamation; V; 2 – What Constitutes Publication*, para 111.

Les juges et les juristes universitaires ont fait couler beaucoup d'encre sur la façon de procéder pour toute partie qui se trouve dans une zone grise du continuum de la publication. En règle générale, une partie est réputée éditrice si elle connaît le fond du contenu à publier. Ainsi, l'imprimeur d'un bulletin de nouvelles diffamatoire ne peut sans doute pas être tenu pour responsable à titre d'éditeur, contrairement au propriétaire de journaux qui permet que l'on publie des commentaires diffamatoires dans ses journaux. Et si tous les membres du conseil d'administration et tous les travailleurs d'une maison d'édition peuvent ne pas être individuellement ou collectivement au courant d'une publication illicite, puisqu'une tierce partie approuve du contenu imprimé de toutes ses publications, cet aval constitue un motif de responsabilité. Au bout du compte, la question de la publication, en soi, en est une de contrôle et de savoir. Les normes qui s'appliquent aux parties en cause sont différentes selon que ces parties savent (ou devraient savoir) ce qu'elles aident à diffuser, ou qu'elles ne le savent pas. Plus la contribution est étroitement liée au processus, plus le risque est grand d'être tenu pour responsable.

Il faut toutefois retenir que le fait de savoir n'est pas arrimé au fait de savoir à l'avance. En droit canadien, la tendance semble être qu'une partie devient « éditrice » lorsqu'elle est avisée, après coup, c'est-à-dire après avoir diffusé un contenu diffamatoire.

L'affaire *Byrne c. Deane* de 1937, au Royaume-Uni, fait autorité dans ce domaine du droit, y compris dans la jurisprudence canadienne. La cause se résume comme suit : des inconnus ont affiché un message diffamatoire sur le babillard d'un club de golf. La cour a déclaré le club de golf coupable de diffamation parce que la direction du club a omis de supprimer le message même après en avoir été prévenue.⁴⁴

Le précédent *Byrne* stipule que la publication n'est pas seulement un acte délibéré, mais peut également être un manquement délibéré d'agir. Omettre d'intervenir pour supprimer un contenu préjudiciable après en avoir été prévenu correspond à approuver, promouvoir ou ratifier un contenu diffamatoire aux termes de la loi canadienne. À défaut de supprimer un contenu diffamatoire, un lien de publication et de responsabilité s'ensuit.⁴⁵

Les intermédiaires Internet sont-ils responsables à titre d'éditeur aux termes de la législation canadienne ?

Aux termes du principe de *Byrne*, les plateformes intermédiaires Facebook et YouTube, entre autres, seraient tenues pour responsable de tout contenu préjudiciable ou illicite sur leurs plateformes si a) elles savent, au préalable, que le contenu est préjudiciable ou illicite mais le diffusent néanmoins ou si b) elles sont prévenues du contenu répréhensible mais omettent de le supprimer.

À première vue, la dernière des deux hypothèses semble bien établie : toutes les grandes plateformes ont mis en place un processus quelconque pour quiconque veut déposer une plainte. Une fois la plainte reçue, la plateforme devient l'éditeur du contenu offensant en vertu de la loi canadienne et elle est tenue pour responsable légalement si elle néglige de le supprimer.

Cependant, comme nous l'explorons ci-après, il faut reconnaître que le principe de *Byrne* n'a pas été appliqué comme tel à aucune des grandes plateformes intermédiaires. En l'absence d'une telle jurisprudence, le principe est surtout dissuasif pour les plateformes du Canada, car le couperet n'est jamais tombé. Nous croyons qu'il s'agit là d'une lacune opportune qui pourrait être comblée grâce à des politiques gouvernementales rigoureuses.

Mais une question encore plus élémentaire se pose et celle-ci pourrait rendre l'application du principe de *Byrne* superflu : les plateformes Internet connaissent-elles à l'avance la teneur des contenus sur le point de paraître et, dans l'affirmative, l'acte de publication subséquent constitue-t-il en soi un assentiment exprès?

Afin de pouvoir répondre à cette question, nous devons examiner le fonctionnement des plateformes. À ce jour, la recherche, ainsi que le silence de l'appareil judiciaire et du législateur en ce sens, révèlent une mauvaise compréhension des faits et donc un angle mort conceptuel pour qui cherche le bon équilibre à trouver entre la réglementation et la liberté d'expression.

Modus operandi des intermédiaires Internet (et les préjudices qu'ils peuvent faciliter)

En 2017, la Commission du droit de l'Ontario a examiné la législation propre à la diffamation en ligne et son examen lui a permis d'établir trois grandes catégories pour les intermédiaires Internet : 1) les fournisseurs de services Internet (tels que Bell, Rogers, Shaw, etc.) qui transmettent des contenus à nos appareils et depuis ces mêmes appareils, 2) les moteurs de recherche qui réagissent

⁴⁴ *Byrne c. Deane*, [1937] 2 All ER 204 [*Byrne*] cité, par exemple, par la Cour suprême du Canada dans *Crookes c. Wikimedia Foundation Inc.*, 2011 CSC 47 (C.S.C.), para 87 [*Crookes*].

⁴⁵ *Crookes*, *supra*, paras 97-98.

aux requêtes des internautes et 3) les services d'hébergement de contenus qui exploitent des forums de discussion permettant aux membres d'échanger entre eux.⁴⁶

À première vue, des entreprises telles que Facebook et YouTube relèvent de la catégorie des « services d'hébergement de contenus » mais dans les faits, elles sont beaucoup plus que de simples forums de discussion. Certes, elles ne sont pas sans rappeler le babillard du club de golf dans l'affaire *Byrne*, mais elles sont en réalité beaucoup plus complexes.

La curation de contenu est la compétence première de Facebook, YouTube, Twitter et d'autres intermédiaires Internet à succès. Selon de récentes recherches, la majorité des internautes – et on peut présumer la majorité des juges, des législateurs et des fonctionnaires – ne réalisent pas vraiment que ce qu'ils ou elles voient en ligne leur est destiné, après avoir été personnalisé avec soin par des algorithmes qui mettent en œuvre les politiques éditoriales des plateformes intermédiaires.⁴⁷ Le fil Facebook de l'internaute n'est pas une archive centrale ou complète des messages affichés par ses amis. Au contraire, la décision d'ajouter ou de retrancher des informations est prise « en secret » par des algorithmes en fonction des données considérables amassées à partir de son historique de navigation, de sa présence sur les médias sociaux, de son historique de localisation, de ses technologies prêtes-à-porter et des appareils intelligents qu'il possède au foyer, entre autres sources de saisie des données. La plupart du temps, ces données sont colligées à l'insu et sans le consentement de l'utilisateur qui n'est pas dédommagé pour autant.⁴⁸

Le processus de curation est tel que, sur Facebook, le fil de contenu de chaque utilisateur est différent. De même, deux utilisateurs qui regardent la même vidéo sur YouTube ne verront pas les mêmes recommandations quant aux autres vidéos à visionner.

Les décisions des plateformes propres aux contenus à proposer ou à exclure visent un seul objectif : retenir l'attention de l'internaute aussi longtemps que possible. Les plateformes à succès sont celles qui sont passées maîtres dans l'art de retenir l'attention des gens. Ce processus comporte six étapes :

⁴⁶ *La Diffamation à l'époque de l'Internet : un document de consultation*. Commission du droit de l'Ontario (Toronto, novembre 2017), pages 34-35 <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/12/Defamation-Consultation-Paper-Eng.pdf> [site consulté le 25 mai 2020], [CDO]

⁴⁷ *Online Harms, supra*, Harm: Online disinformation – Encadré 12.

⁴⁸ Dans son ouvrage précurseur sur la mécanique de la monétisation des données, Shoshana Zuboff décrit ce processus comme étant celui du « cycle de la dépossession ». Voir Zuboff, S. (2019) *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the frontier of power*. New York: Public Affairs. [*The age of surveillance capitalism*]

1. Recueillir autant de données personnelles que possible, très souvent subrepticement ou sous peine d'être exclu de services populaires.⁴⁹

2. Établir le profil de chaque utilisateur à partir de ses données et de ses comportements afin de pouvoir prédire correctement ses intérêts, ses humeurs, ses desiderata et ses états d'âme en vue de pouvoir, ultimement, prévoir ce qu'il est disposé à regarder et à acheter à tout moment.⁵⁰

3 Interpréter tout le contenu systémique afin d'identifier les messages, les hyperliens, les vidéos et tout autre contenu que l'utilisateur est tout à fait disposé à visionner à la lumière de son profil et des circonstances (humeur, emplacement, heure de la journée, temps du mois, etc.).

4. Proposer ce contenu à l'utilisateur pour retenir son attention.⁵¹

5. Exploiter l'attention de l'utilisateur pour lui présenter des publicités, chacune ayant été choisie pour augmenter les chances qu'il clique sur elle à la lumière de son profil et des circonstances (humeur, emplacement, heure de la journée, temps du mois, etc.).

6. Intervenir (imperceptiblement et secrètement) de manière à augmenter les possibilités que l'utilisateur clique sur une publicité ou révèle davantage de données personnelles.⁵²

On ne peut opérationnaliser les étapes deux à cinq sans posséder des connaissances détaillées sur les contenus-utilisateurs. Les plateformes intermédiaires clament haut et fort, dans leurs déclarations et leurs rapports, qu'elles ont des connaissances approfondies des contenus que leur soumettent les utilisateurs. Facebook, par exemple, peut répertorier et catégoriser les sujets populaires et les sujets d'actualité dans le monde entier, y compris les sujets de conversation et les changements de comportement.⁵³ Cette entreprise fait même paraître un rapport annuel sur ces constatations pour séduire les annonceurs publicitaires.⁵⁴

⁴⁹ Selon Zuboff, « l'impératif de l'extraction ». Voir: *The age of surveillance capitalism, supra*.

⁵⁰ Selon Zuboff, « le processus du transfert » où l'on désarticule et l'on réduit à des points de données la vie des personnes (déplacements, relations, professions, intérêts, achats, loisirs, matériel génétique, etc.) Voir : *The age of surveillance capitalism, supra*.

⁵¹ Il s'agit de l'interface que les utilisateurs empruntent lorsqu'ils se prévalent de services populaires comme Facebook. Alors qu'ils empruntent cette interface, ils produisent, selon Zuboff, des « données résiduelles » ou des « excédents comportementaux » que les plateformes s'approprient à leurs fins. Voir : *The age of surveillance capitalism, supra*. Pour une réflexion fascinante sur le concept de « l'interface » et une promesse insaisissable de la gratification, voir : Kingwell, M. (2019). *Wish I were here: boredom and the interface*. Kingston: McGill-Queen's University Press

⁵² Selon Zuboff, « l'impératif de l'activation ». Voir : *The age of surveillance capitalism, supra*.

⁵³ Voir, par exemple : *Hot topics in Canada for December 2019*, Facebook for Business. <https://www.facebook.com/business/news/insights/2019-12-hot-topics-canada>; aussi, *Topics to watch in the United States for January 2020*. Facebook for Business. <https://www.facebook.com/business/news/insights/2020-01-topics-to-watch-united-states> [site consulté le 26 mai 2020].

⁵⁴ *The 2020 Topics & Trends Report from Facebook IQ*. Facebook for Business. Rapport téléchargé à partir de : <https://www.facebook.com/business/news/insights/2020-topics-and-trends-report> [site consulté le 1^{er} juin].

Google possède également pareils talents, ce qu'elle appelle « l'exploration perceptive » dans son jargon-maison vantant ainsi sa capacité à surveiller et à documenter les interactions des utilisateurs afin d'élaborer et d'opérationnaliser des stratégies et des promotions publicitaires. Google dit aux annonceurs comment sont surveillés « les résultats des recherches afin de savoir quand les gens échangent, *ce sur quoi ils échangent*, et quand ils se sont joints à la conversation » [les italiques sont nôtres].⁵⁵

Ces entreprises de technologie font de grands investissements dans l'apprentissage-machine et l'intelligence artificielle (IA) axée sur la compréhension.⁵⁶ Cette technologie a pu faire naître les « assistants virtuels » maintenant intégrés à tous les téléphones intelligents qui sont de plus en plus présents sous forme de dispositifs intelligents au foyer, tels que Google Home ou Amazon Echo. Ces dispositifs exploitent des logiciels affublés de prénoms humains tels Alexa ou Siri qui ont quasi maîtrisé la compréhension et la conversation humaine. En 2018, Sundar Pichai, p.-d.g. de l'entreprise Alphabet, a démontré comment l'assistant Google pouvait communiquer avec une facilité remarquable avec la réceptionniste d'un salon de coiffure avec laquelle l'assistant était entré en contact pour prendre rendez-vous. La conversation était à ce point vraisemblable que la réceptionniste ne se doutait pas qu'elle parlait à un ordinateur.⁵⁷

En 2017, Facebook a déployé des outils-logiciels efficaces qui peuvent suivre des vidéos transmises en direct et identifier, en temps réel, un contenu suggérant des idées suicidaires.⁵⁸ Déjà, en 2013, Facebook menait des essais auprès des internautes — à leur insu et sans leur consentement — pour éprouver des méthodes qui ont réussi non seulement à établir les états d'âme des utilisateurs, mais à les manipuler. De plus, les chercheurs de Facebook ont pu constater un effet de « contagion sociale »; par exemple, les sautes d'humeur d'un internaute influent de manière prévisible sur les humeurs de ses contacts.⁵⁹

De tels constats portent à croire que la publication virale de contenus extrêmes sur ces plateformes est profitable et peut-être même intentionnelle plutôt qu'accidentelle. Wael Ghonim, universitaire

de Harvard, ancien employé de Google et leader des manifestations de 2011, sur la place Tahrir, en Égypte, affirme que les grands intérêts financiers des plateformes les encouragent à offrir des contenus qui sont « *vulgaires, violents ou sexuels et à colporter des ragots qui sont humiliants, embarrassants ou choquants* » parce que la preuve est faite que de tels contenus suscitent l'intérêt des utilisateurs.⁶⁰ En effet, lorsqu'il s'agit d'exciter leur intérêt plus le contenu est sensationnel, plus il est efficace. Ghonim cite une étude menée par le Pew Research Centre, en 2017, selon laquelle « *les représentants du Congrès américain ont récolté deux fois plus de "j'aime", trois fois plus de commentaires et deux fois plus de "partager", lorsqu'ils affichaient des messages précisant leur "désaccord indigné" par opposition à des messages de sentiments bipartisans* ». ⁶¹ Il est donc raisonnable de supposer que les plateformes intermédiaires qui sont les experts internationaux de l'apprentissage-machine et de l'analyse des données en sont arrivées aux mêmes conclusions que Ghonim. Par conséquent, on serait bien avisé d'examiner si la prévalence de contenus haineux, incitants, agressifs, diffamatoires ou répréhensibles est délibérée. Si la haine suscite l'intérêt et que l'intérêt soutenu des utilisateurs augmente les profits, alors une entité rationnelle en quête de profits pourrait se servir de ses capacités avancées pour comprendre la nature des messages, des vidéos et des photos, afin de promouvoir, autant que possible, un contenu excitant l'intérêt du public.

Dans un article de la revue *The New Republic*, Bob Moser affirme que c'est exactement ce qui se passe sur YouTube, plateforme-vidéo qu'il qualifie de « *leader mondial de la suprématie blanche* ». ⁶² Le processus de radicalisation est progressif, évidemment. Conor Friedersdorf, de la revue *The Atlantic*, soutient pour sa part que YouTube entraîne les spectateurs « *dans le trou noir de l'extrémisme alors que Google mousse les ventes d'annonces publicitaires* » parce que ses algorithmes encouragent les points de vue marginaux. ⁶³ Friedersdorf cite l'universitaire Zeynep Tufekci quant à la façon que YouTube s'y prend pour recommander des vidéos :

« Les vidéos sur le végétarisme mènent à des vidéos sur le végétalisme. Les vidéos sur le jogging mènent à des vidéos sur les ultramarathons. C'est comme si vous n'êtes jamais assez « pur et dur » pour l'algorithme de recommandation YouTube.

⁵⁵ *Data and Insight Tools*. Think with Google. <https://www.thinkwithgoogle.com/features/youtube-playbook/topic/data-insight-tools/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁵⁶ Voir, par exemple : Gershgorn, D. (2019) *How Google aims to dominate artificial intelligence*. Popular Science. <https://www.popsci.com/google-ai/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁵⁷ Welch, C. (2018) *Google just gave a stunning demo of Assistant making an actual phone call*. The Verge. <https://www.theverge.com/2018/5/8/17332070/google-assistant-makes-phone-call-demo-duplex-io-2018> [site consulté le 29 mai 2020].

⁵⁸ Callison-Burch, V. et al. (2017) *Building a Safer Community with New Suicide Prevention Tools*. Facebook. <https://about.fb.com/news/2017/03/building-a-safer-community-with-new-suicide-prevention-tools/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁵⁹ *The age of surveillance capitalism*, supra, pp.299-301.

⁶⁰ Ghonim, W. (2018) *Transparency: What's Gone Wrong with Social Media and What Can We Do About It?* Harvard Kennedy School Shorenstein Center on Media, Politics, and Public Policy. <https://shorensteincenter.org/transparency-social-media-wael-ghonim/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁶¹ *Partisan Conflict and Congressional Outreach*. Pew Research Center. <https://www.people-press.org/2017/02/23/partisan-conflict-and-congressional-outreach/>, cité dans *Ibid*.

⁶² Moser, B. (2017) *How YouTube Became the Worldwide Leader in White Supremacy*. The New Republic. <https://newrepublic.com/article/144141/youtube-became-worldwide-leader-white-supremacy> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁶³ Friedersdorf, C. *YouTube Extremism and the Long Tail*. The Atlantic. <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2018/03/youtube-extremism-and-the-long-tail/555350/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

Il promeut, recommande et diffuse des vidéos de manière à toujours augmenter les enjeux. Avec son milliard d'utilisateurs, YouTube pourrait être l'un des outils de radicalisation les plus puissants du 21^e siècle ». ⁶⁴ [Traduction]

D'anciens employés de Google confirment ce phénomène de la « radicalisation progressive » (Google est le propriétaire de YouTube par le biais de sa société de portefeuille, Alphabet.) Certains ingénieurs, dont Guillaume Chaslot, ont été alarmés de voir que les moteurs de recommandation qu'ils élaboraient augmentaient le temps d'écoute des utilisateurs en les aiguillant vers des vidéos de machinations, de désinformation et de haine de plus en plus extrêmes. Lorsque Chaslot a tenté de modifier l'algorithme en vue de formuler des recommandations mieux équilibrées, Google a mis fin à son emploi. ⁶⁵

Les ramifications propres à la haine et à la radicalisation sont particulièrement inquiétantes. Une étude récente de *Data & Society* montre comment YouTube aiguille les auditeurs ayant des « vues traditionnelles du libertarisme et du conservatisme à des prises de position relevant du nationalisme blanc et militant ». ⁶⁶ La preuve est maintenant bien établie que des politiciens exploitent ce tollé d'indignation dans leurs intérêts propres et que des entreprises comme Facebook en ont profité en permettant aux leaders politiques de non seulement cibler les électeurs susceptibles, mais d'acheter des annonces publicitaires que Facebook, de son propre aveu, estiment fausses. Selon Mark Zuckerberg : « les gens devraient pouvoir décider par eux-mêmes » si un politicien dit la vérité. ⁶⁷ La sénatrice Elizabeth Warren a répliqué en qualifiant Facebook « de machine qui préconise la désinformation au service du profit ». ⁶⁸

Il faut toutefois noter qu'il n'y a pas lieu de conclure que tous les intermédiaires Internet logent à la même enseigne. En effet, certains peuvent jouer un rôle si passif dans le processus de publication qu'ils 1) ne peuvent être considérés comme étant des éditeurs aux termes de la loi ou, 2) au contraire, sont des « éditeurs », mais peuvent facilement se déresponsabiliser en invoquant l'argumentaire de la « diffusion innocente ». ⁶⁹ Cependant, bon nombre des plus grands

intermédiaires Internet parmi les plus influents, notamment Facebook, Google, YouTube et Twitter, ne sauraient légitimement prétendre à la « diffusion innocente ». Leurs modèles d'affaires, dans les faits, ainsi que leurs déclarations propres prouvent tout le contraire.

La connaissance préalable des plateformes quant aux contenus qu'elles publient est à ce point détaillée et poussée que l'on peut à coup sûr arguer qu'elles sont effectivement des éditeurs aux termes de la législation canadienne.

Si on applique le principe de *Byrne* à ces intermédiaires Internet qui pratiquent l'auto-modération, qui appliquent des algorithmes, qui minent les renseignements personnels des internautes pour ensuite classer et promouvoir divers contenus à des fins de gains financiers, ces intermédiaires semblent bel et bien rejoindre l'approbation, l'adoption, la promotion et la ratification des contenus tel qu'on l'entend dans *Byrne* – c'est-à-dire la définition même de la « publication ». Que l'on emprunte le concept passif de la publication élaboré dans *Byrne* ou celui de la « participation active et en connaissance de cause » préféré par les Britanniques, on peut certainement avancer qu'un intermédiaire Internet friand d'algorithmes est sans conteste un éditeur.

Étant donné le recours soutenu à des recommandations pour retenir l'attention des internautes, les intermédiaires tels que Facebook et YouTube sont sans doute *plus* « impliqués » dans la publication des contenus-utilisateurs que ne le sont les internautes eux-mêmes. Bowers et Zittrain résument bien la situation :

« Lorsque l'utilisateur d'une bibliothèque s'adresse au comptoir du prêt pour obtenir un exemplaire de *Mein Kampf*, nous nous attendons, en grande partie à cause de la liberté d'expression, à ce que le bibliothécaire lui remette l'exemplaire en mains propres ou qu'il dise à l'utilisateur où en trouver un exemplaire sur les rayons. Du même coup, nous espérons également que si le client demande une lecture intéressante, qu'on lui remettra un autre titre ». ⁷⁰ [Traduction]

Or, c'est précisément ce que ne fait pas YouTube. On croit maintenant que près de 80 pour cent des visites sur YouTube tiennent à des recommandations de son moteur de recherche. ⁷¹ Les plateformes ne répondent pas forcément à des requêtes de contenus préjudiciables, mais plutôt, elles recommandent de tels contenus à leurs utilisateurs afin de susciter leur intérêt, retenir leur attention et les rendre disponibles aux annonceurs publicitaires.

⁷⁰ *Age of Disinformation*, supra

⁷¹ Voir, par exemple, *After Truth: Disinformation and the Cost of Fake News* (film documentaire) <https://www.crave.ca/en/search?q=after%20truth#/special/47072> [site consulté le 29 mai 2020].

⁶⁴ Tufekci, Z. (2018) *YouTube, the Great Radicalizer*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2018/03/10/opinion/sunday/youtube-politics-radical.html> [site consulté le 1^{er} juin 2020], cité dans *Ibid.*

⁶⁵ *The Daily*. 17 avril 2020. *Introducing 'Rabbit Hole'*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2020/04/17/podcasts/the-daily/rabbit-hole.html> [site consulté le 4 juin 2020].

⁶⁶ Lewis, R. (2018) *Alternative Influence: Broadcasting the Reactionary Right on YouTube*. Data & Society. <https://datasociety.net/library/alternative-influence/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁶⁷ Budryk, Z. (2019) *Zuckerberg on allowing political ads: 'People should be able to judge for themselves'*. The Hill. <https://thehill.com/policy/technology/472571-zuckerberg-on-political-ads-people-should-be-able-to-judge-for-themselves> [site consulté le 26 mai 2020].

⁶⁸ Kang, C., Kaplan, T. (2019) *Warren Dares Facebook with Intentionally False Political Ad*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2019/10/12/technology/elizabeth-warren-facebook-ad.html> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁶⁹ See Laidlaw, E., Young, H. (2017) *Internet Intermediary Liability in Defamation: Proposals for Statutory Reform*. Osgoode Hall Law Journal. 56 (1), pp. 112-120

L'état actuel du droit

L'absence flagrante de conseils judiciaires propres à la responsabilité des intermédiaires Internet

À ce stade-ci, il devrait être clair que les intermédiaires tels que Facebook et YouTube sont vraisemblablement des éditeurs au sens de la loi canadienne. Selon le principe de *Byrne*, ils deviennent des éditeurs lorsqu'ils sont prévenus de la publication de contenus préjudiciables. Nous avons toutefois examiné la preuve probante qu'ils connaissent le fin détail des contenus préjudiciables ou diffamatoires avant même que ces contenus ne soient publiés. Le fait qu'ils les publient en pleine connaissance de cause nous porte à croire qu'ils l'avalisent et qu'ils sont complices.

Pourtant, malgré la prévalence des contenus préjudiciables, le droit canadien donne peu d'indications à savoir quand et dans quelle mesure ces contenus engagent la responsabilité des intermédiaires. Ainsi, les plateformes intermédiaires n'ont pas à répondre de leur contribution à la publication de contenus préjudiciables ou illicites.

S'il existe une jurisprudence abondante concernant les intermédiaires Internet au Canada, sous une forme ou une autre, la question de leur responsabilité à l'égard des délits tels que la diffamation ou l'atteinte à la vie privée n'a jamais vraiment été débattue en profondeur. Par ailleurs, il n'existe aucune loi qui stipule implicitement leur responsabilité.

La vidéo des tueries de Christchurch en 2019 en est un exemple utile. Facebook a été prévenue de l'existence de la vidéo dans les 30 minutes qui ont suivi sa publication, mais malgré un effort herculéen pour la retirer de sa plateforme, l'entreprise a avoué que 1,5 million de copies avaient été téléversées sur ses serveurs pour ensuite faire l'objet de 300 000 recommandations à ses utilisateurs dans les 24 heures ayant suivi cette tragédie.⁷² YouTube a été confrontée à une situation comparable.⁷³ À ce jour, au meilleur des connaissances des auteurs, au Canada, ni l'une ni l'autre de ces deux plateformes n'a eu à répondre devant les tribunaux du fait de ne pas avoir supprimé ce contenu même après en avoir été prévenue.

⁷² Naughton, J. (2019) *Christchurch shows how social media sites help spread the poison of far-right ideology*. The Guardian. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/mar/24/christchurch-shows-how-social-media-sites-help-spread-poison-far-right-ideology-youtube-facebook> [site consulté le 26 mai 2020].

⁷³ *Ibid.*

De même, Facebook n'a subi aucune conséquence et a permis aux annonceurs publicitaires de cibler illégalement leurs annonces selon la race, l'âge, le genre ou d'autres motifs de discrimination illicites.⁷⁴ Après que les journalistes eurent porté la chose à l'attention de l'entreprise, c'est donc dire qu'elle a été prévenue, cette dernière a annoncé des changements à sa politique. Toutefois, ces changements s'appliquent uniquement aux États-Unis, de sorte que le ciblage publicitaire illicite et discriminatoire se poursuit au Canada.⁷⁵ Selon les enquêtes du bulletin *The Logic*, il était possible d'acheter des annonces immobilières qui excluaient explicitement les Autochtones. Alors qu'elle a pu pratiquer la discrimination contre les peuples autochtones au Canada, elle n'a pu en faire autant contre les groupes marginalisés identifiés aux États-Unis : il lui était interdit d'utiliser des vocables tels que « "Afro-Américain", "Noir", "Mexicain", "Indien des Amériques", "Italien", "queer" et "transgenre" ». ⁷⁶

Il est clair que la pensée judiciaire ne peut faire fi des principes énoncés dans la décision *Byrne* de sorte qu'il est relativement simple pour un plaignant d'affirmer avec succès, à tout le moins au début de la plaidoirie, que tout intermédiaire-défendeur est vraisemblablement un « éditeur » lorsqu'il reçoit un avis alléguant l'existence de contenus diffamatoires.⁷⁷

Cependant, il n'est pas dit qu'on est assuré d'avoir gain de cause, même si la cause est bien fondée. Le conseiller juridique ayant contribué à ce document a déjà vu des intermédiaires et leurs avocats opter pour la ligne dure alors qu'ils refusent de supprimer des contenus jusqu'à ce que les parties en arrivent au stade où elles doivent engager des sommes importantes. Dans pareils cas, le conseiller juridique présume que la stratégie de l'intermédiaire est de faire durer les délibérations dans l'espoir que les plaignants abandonneront la partie ou qu'ils manqueront de ressources financières avant même que la cause ne procède pour de bon. Le conseiller juridique a aussi connu d'autres causes où les intermédiaires Internet acceptent d'emblée de supprimer les contenus présumés illicites, mais à la condition expresse que les plaignants acceptent de poursuivre en justice vigoureusement les auteurs à l'origine des contenus. Ainsi, le citoyen moyen – le premier à souffrir de ces méfaits en ligne – ne dispose tout simplement pas des ressources financières nécessaires pour accéder à la justice; ou encore, l'asymétrie des ressources financières des internautes et des plateformes Internet est telle qu'elle constitue un obstacle à ce que des affaires

⁷⁴ McIntyre, C. *Facebook's ad system seems to discriminate by race and gender*. *The Logic* <https://thelogic.co/briefing/facebooks-ad-system-seems-to-discriminate-by-race-and-gender/?gift=65be5b57c596fba32d6faf855124b577> [site consulté le 4 juin 2020].

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ McIntyre, C. (2018) *Facebook allowed housing and employment advertisers to exclude users with Indigenous interests* <https://thelogic.co/news/big-tech/facebook-allowed-housing-and-employment-advertisers-to-exclude-users-with-indigenous-interests/?gift=6df096977caadabadf5c6517cbf8083e>

⁷⁷ *Pritchard c. Van Ness*, 2016 CSCB 686.

importantes soient portées devant les tribunaux et, par conséquent, à ce que ces mêmes tribunaux puissent se prononcer clairement sur la responsabilité des intermédiaires.

Nous avons toutefois démontré que des intermédiaires tels que Facebook et YouTube possèdent des connaissances approfondies des contenus diffamatoires ou préjudiciables bien avant leur publication et, par conséquent, peu importe les contenus publiés, ceux-ci le sont en pleine connaissance de cause et avec leur aval préalable.

Politiques, principes et meilleures pratiques – l'autorégulation des intermédiaires

En l'absence de lois, de règlements ou même de jurisprudence bien établis, les intermédiaires deviennent, de facto, les régulateurs et les modérateurs des contenus qu'ils hébergent et n'ont pas de comptes à rendre à qui que ce soit. À titre d'exemple, les entreprises Facebook, Instagram et Google disposent toutes de conditions de service ou de lignes directrices générales à l'intention des utilisateurs qui leur permettent de surveiller les contenus répréhensibles.⁷⁸ L'existence de ces dispositions démontre, à tout le moins, que ces entreprises reconnaissent une certaine part de responsabilité et qu'elles sont conscientes qu'elles pourraient être éventuellement tenues pour responsable.

Étant donné le peu de mesures gouvernementales touchant cet enjeu, ce sont les pressions sociales et les interventions délibérées des plateformes intermédiaires qui semblent motiver leurs efforts accrus en matière de modération. Dès 2015, Dick Costolo, ancien p.-d.g. de Twitter, avouait que :

« Nous sommes vraiment nuls quand vient le temps de traiter des cas d'abus ou de trolage sur les plateformes et ce, depuis des années. C'est un secret de polichinelle et le monde entier en parle au quotidien. Nous perdons un utilisateur principal après l'autre parce que nous refusons de traiter des problèmes de trolage auxquels ceux-ci font face tous les jours... J'ai honte, je vous l'avoue, du peu que nous avons fait pour nous attaquer à ce problème depuis que je suis président-directeur général. Il n'y a pas d'excuse, j'en assume la responsabilité : nous aurions dû nous y attaquer avec plus de vigueur ... »⁷⁹ [Traduction]

Ces dernières années, Facebook a annoncé la mise en œuvre d'un modèle *proactif* qui lui

permettrait de supprimer 99 pour cent du contenu terroriste et 80 pour cent du contenu haineux sur sa plateforme avant même qu'une plainte ne soit faite.⁸⁰ Dès 2017, Facebook a rapporté que, dans certains cas, le modèle était à ce point proactif qu'il pouvait écarter le gros des contenus terroristes avant même qu'un seul internaute ne puisse le visionner.⁸¹ Cela nous paraît un aveu qui démontre que l'entreprise peut comprendre les contenus publiés sur sa plateforme, se prononcer sur ces contenus et faire la part entre ce qui est préjudiciable et ce qui ne l'est pas avant même de publier les messages des utilisateurs.

En 2018, lorsque Mark Zuckerberg, p.-d.g. de Facebook, a témoigné devant le comité sénatorial des affaires juridiques des États-Unis sur la protection des renseignements et la désinformation russe, il a admis avec candeur que Facebook avait une responsabilité de plus en plus grande de s'attaquer aux méfaits sociaux sur sa plateforme :

« C'est vrai pour les fausses nouvelles, l'ingérence de pays étrangers dans le processus électoral et le discours haineux [...] Nous n'avons pas mesuré notre responsabilité de façon globale [...] Il ne suffit pas de mettre les gens en contact. Nous devons nous assurer que ces contacts sont positifs [...] Il ne suffit pas de donner voix aux gens, nous devons nous assurer que ce faisant nous ne nuisons pas à d'autres ou que nous ne répandions pas de la désinformation [...] Je prends l'engagement d'en faire autant. »⁸² [Traduction]

Évidemment, les déclarations publiques ne constituent pas des obligations juridiques. Dans leur article sur la gouvernance des contenus, Bowers et Zittrain attaquent l'actuelle auto-gouvernance des intermédiaires qu'ils qualifient de peu satisfaisante, de « *processus corporatif de service à la clientèle conçu pour réduire les tensions en matière de relations publiques et protéger la rentabilité de l'entreprise* » par opposition à une volonté de tempérer les contenus préjudiciables.⁸³

Nous devons nous demander à quel point de telles affirmations publiques de responsabilité devraient se traduire en responsabilité légale et si nous sommes prêts à accepter de piètres résultats pour autant que les entreprises montrent qu'elles font des efforts.

⁸⁰ Voir, par exemple, *Community Standards Enforcement Report, November 2019* Edition. Facebook. <https://about.fb.com/news/2019/11/community-standards-enforcement-report-nov-2019/> [site consulté le 4 juin 2020].

⁸¹ *Facebook's AI wipes terrorism-related posts*. 29 novembre 2017. BBC News. <https://www.bbc.com/news/technology-42158045> [site consulté le 26 mai 2020].

⁸² Rocha, V. *et al.* (2018) *Mark Zuckerberg testifies before Congress*. CNN. https://www.cnn.com/politics/live-news/mark-zuckerberg-testifies-congress/h_908afd7a7eabfdc60a62e21700493e2c [site consulté le 26 mai 2020].

⁸³ *Age of Disinformation, supra*

⁷⁸ Voir, par exemple, les normes communautaires de Facebook : <https://www.facebook.com/communitystandards/>, les lignes directrices communautaires de Instagram : <https://help.instagram.com/477434105621119>, et les conditions de service de Google : <https://policies.google.com/terms?hl=en-US>.

⁷⁹ Tiku, N., Newton, C. (2015) *Twitter CEO: 'We Suck at dealing with abuse'*. The Verge. <http://www.theverge.com/2015/2/4/7982099/twitter-ceo-sent-memo-taking-personal-responsibility-for-the> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

Facebook mesure à sa juste valeur le risque d'une éventuelle réglementation de l'industrie. En février 2020, l'entreprise technologique a pris les devants et a publié un énoncé de principe intitulé : « *Charting a Way Forward: Online Content Regulation* » [L'avenir et la régulation des contenus numériques], dans lequel le vice-président des politiques en matière de contenus du géant du Web admet qu'il faut discuter de nouveaux cadres réglementaires à la lumière des tensions grandissantes entre l'impératif de la liberté d'expression globale et les préjudices tout aussi globaux du terrorisme, du trolage, etc. Il n'y a pas lieu de s'étonner que cet énoncé précise que les entreprises de technologie, notamment Facebook, ne sont que des « *intermédiaires et non des parties prenantes* » et qu'il n'y a donc pas lieu de les tenir pour responsables des contenus-utilisateurs qu'elles publient, qu'elles promeuvent et qu'elles recommandent.⁸⁴

À la menace des préjudices en ligne, Facebook propose comme solution que les intermédiaires Internet maintiennent de manière appropriée et transparente « des systèmes et des procédures » (avec possiblement l'adoption de certaines balises pour répondre aux plaintes relevant de règlements gouvernementaux) afin de trouver un équilibre entre la sécurité des internautes et la liberté d'expression. Du même souffle, Facebook renchérit que tout règlement devrait « *tenir compte de la taille et de la portée de l'entreprise, car la régulation des contenus ne doit pas entraver l'arrivée de nouveaux concurrents sur ce marché.* »⁸⁵

Plus récemment, Facebook a annoncé son intention de créer sa propre « cour suprême », soit un *conseil de surveillance* où les internautes pourront en appeler des décisions de la plateforme de supprimer ou non des contenus.⁸⁶ Elle a ainsi prêté le flanc à une critique cinglante qui l'accuse de vouloir noyer le poisson, car ce conseil ne pourra pas régler les plaintes de manière expéditive, mais il mettra à l'abri M. Zuckerberg et permettra à Facebook d'échapper à la critique de ses politiques éditoriales permissives.⁸⁷

Arguments économiques des intermédiaires Internet pour se déresponsabiliser

Malgré les preuves contraires étayées ci-dessus, la position de Facebook est claire : elle préfère nettement que l'appareil judiciaire perçoive sa plateforme comme un simple babillard, c'est-à-dire

⁸⁴ Bikert, M. (2020) *Charting a way forward: Online content regulation*. Facebook. https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/02/Charting-A-Way-Forward_Online-Content-Regulation-White-Paper-1.pdf [site consulté le 26 mai 2020], [*Charting a Way Forward*.]

⁸⁵ *Charting a Way Forward, supra.*

⁸⁶ Au moment de rédiger ces lignes, le *conseil de surveillance* a été mis sur pied, mais n'est pas encore opérationnel. Voir : <https://www.oversightboard.com>

⁸⁷ Walther, M. (2020) Facebook's 'Supreme Court' won't solve anything. The Week. <https://theweek.com/articles/913248/facebooks-supreme-court-wont-solve-anything> [site consulté le 4 juin 2020].

un intermédiaire passif et inerte qui sert uniquement comme courroie de transmission servile des contenus-utilisateurs – licites ou autres. Si nous retenons cette position, la norme de notification prescrite dans *Byrne* s'applique toujours. Pourtant les plateformes ont échafaudé de multiples arguments pour justifier leur non-conformité.

Les plateformes présentent généralement quelques paramètres pour soutenir qu'il est impossible de modérer correctement les contenus :

1. Le coût. À l'heure actuelle, par exemple, les services de modération de Facebook comptent 35 000 employés. Il leur appartient de modérer toute la gamme des contenus répréhensibles, des propos haineux à la pornographie infantile.⁸⁸ S'il est plus facile de modérer les contenus extrêmes (p. ex., la pornographie infantile ou les images explicites de violence), il est plus difficile d'en faire autant lorsqu'il s'agit de sujets plus nuancés tels que la diffamation ou le respect au droit à la vie privée où il faut souvent soupeser avec soin les différents intérêts juridiques. À noter que si les infractions criminelles telles que la pornographie infantile et les images de violence font souvent l'objet de contacts directs entre l'intermédiaire et les forces policières et d'une technologie de suppression finement calibrée,⁸⁹ les poursuites civiles plus complexes et situationnelles telles que la diffamation et le harcèlement ne peuvent être traitées de manière aussi expéditive.

2. Aucune connaissance du contenu contesté et exonération de responsabilité.

Une question apparentée à la première, c'est celle du *contexte* et des preuves associés aux contenus qui font l'objet de plaintes, mais dont l'intermédiaire n'est peut-être pas au courant. Ainsi, par exemple, une plainte de diffamation en vertu de la loi canadienne peut soulever une multitude d'arguments juridiques de la partie défenderesse, y compris la vérité, le commentaire juste, l'immunité relative et la communication responsable. Comme nous l'avons déjà fait valoir brièvement, de tels arguments sont au cœur même de toute poursuite pour diffamation et chacun de ces arguments nécessite des connaissances approfondies sur les *antécédents* de publication – que seules les parties intimement impliquées peuvent connaître.

⁸⁸ Voir, par exemple, Holmes, A. (2019) *The company behind Facebook's nightmarish moderation center in Florida will end its content moderation services*. Business Insider. <https://www.businessinsider.com/facebook-content-moderator-cognizant-cancels-contract-2019-10> [site consulté le 4 juin 2020].

⁸⁹ Antigone, D. (2018) *New Technology to Fight Child Exploitation*. Facebook. <https://about.fb.com/news/2018/10/fighting-child-exploitation/> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

3. La multiplication des litiges. Facebook compte des milliards d'utilisateurs mais seulement des dizaines de milliers d'employés à ses services de modération. C'est dire que toute déclaration judiciaire définitive quant à sa responsabilité à titre d'éditeur pourrait donner lieu à une petite industrie de plaintes futiles et vexatoires de la part de plaignants désireux de faire un coup d'argent.

Selon l'expérience du conseiller juridique ayant contribué à l'élaboration de ce document, la prise de position habituelle de Facebook à l'étape précontentieuse, c'est qu'elle héberge des milliards d'éléments de contenus et que de vouloir surveiller le tout c'est vouloir trouver une aiguille dans une botte de foin. À titre d'exemple, Facebook a récemment fait l'objet d'une poursuite en Irlande du Nord parce qu'elle hébergeait du contenu incitant les gens à la violence contre des détenus libérés en les identifiant par leur nom, leur adresse et le type d'infraction commise. Pour sa défense, Facebook a déclaré, sans présenter des éléments de preuve, qu'étant donné « les milliards de messages, de "j'aime", de photos et de commentaires qui viennent s'ajouter quotidiennement à sa plateforme, elle ne pouvait pas raisonnablement épilucher son site dans l'espoir de repérer le contenu dont il était question – la fameuse aiguille dans la botte de foin ». Facebook a été déboutée en cour.⁹⁰

L'argument de l'aiguille dans la botte de foin est problématique à bien des égards. Comme nous l'avons déjà démontré, la proposition de valeur d'entreprises telles que Facebook et YouTube, c'est leur aptitude à offrir un service personnalisé aux utilisateurs et, aux annonceurs publicitaires, la possibilité de micro-cibler leurs annonces selon les préférences des utilisateurs. En d'autres mots, trouver l'aiguille dans la botte de foin, c'est leur talent premier. Et même si nous devons retenir l'argument avancé par les plateformes, à savoir qu'elles ne sont que de simples babillards électroniques, les plateformes ne devraient-elles pas être assujetties aux mêmes impératifs politiques raisonnés et aux mêmes concepts de responsabilité que la décision Byrne impose aux parties dans le cas d'un babillard physique?⁹¹ De plus, le fait que de nombreux grands intermédiaires en ligne surveillent et modèrent déjà les contenus à un coût élevé porte à croire que l'argument « l'aiguille dans la botte de foin » se résume à leur refus de dépenser davantage.

Quiconque s'intéresse plus ou moins aux grands fournisseurs de services Internet et aux plateformes de réseautage retiendra probablement qu'il s'agit d'entreprises privées régies par le profit et qui génèrent des revenus substantiels. Et pourtant, il est bien connu que les « modérateurs humains » chez Facebook sont particulièrement mal rémunérés et, selon de récents rapports,

un nombre important d'entre eux souffrent de stress post-traumatique après avoir visionné des centaines, parfois des milliers de messages représentant des suicides, des abus pédosexuels, de la violence terroriste et pis encore.⁹²

Dans le cas du Myanmar, il est maintenant du domaine public que Facebook a retenu les services d'un seul modérateur de langue birmane, habitant Dublin, pour contrôler le contenu des quatre millions d'utilisateurs de langue birmane et, malgré les nombreux avertissements faits à la haute direction selon lesquels on se servait de la plateforme pour inciter à la violence, aucun geste n'a été posé pour mettre fin au discours haineux.⁹³ Voici comment un journaliste a résumé la situation :

*« ... une petite équipe qui n'a pas les moyens de contrer le discours haineux ou de comprendre les nuances culturelles du Myanmar et une trop grande dépendance sur une poignée de groupes de la société civile pour alerter l'entreprise aux messages potentiellement dangereux se répandant sur la plateforme. Tout cela révèle une démarche improvisée pour une grande entreprise de technologie multimilliardaire qui contrôle en grande partie le discours populaire au pays et dans le monde entier ».*⁹⁴ [Traduction]

En effet, même les Nations unies ont reproché à Facebook d'être une plateforme de prédilection pour répandre des propos haineux et de la désinformation au Myanmar.⁹⁵ La violence qui s'ensuivit est responsable de la mort de dizaines de milliers de personnes et de l'exode de près d'un million de personnes.

Notre analyse révèle clairement que de nombreux intermédiaires Internet ont déjà créé et calibré des machines de modération des contenus, et il y a peu de doute que ces intermédiaires évoluent dans une sphère socio-économique privilégiée. Aussi, il est juste de se demander si leurs obligations juridiques sont à la hauteur de la place qu'ils occupent dans la société.

⁹² Newton, C. (2019) *The trauma floor: The secret lives of Facebook moderators in America*. The Verge. <https://www.theverge.com/2019/2/25/18229714/cognizant-facebook-content-moderator-interviews-trauma-working-conditions-arizona> [site consulté le 26 mai 2020].

⁹³ McLaughlin, *supra*.

⁹⁴ McLaughlin, *supra*.

⁹⁵ McLaughlin, *supra*.

⁹⁰ *G c. Facebook Ireland Ltd & Anor* [2015] NIQB 11 (20 février 2015). <http://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/QB/2015/11.html> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

⁹¹ CDO, *supra*, page 31.

Un nouveau devoir de diligence : redéfinir les droits et les obligations des intermédiaires Internet

L'accès à la justice à l'époque virtuelle

En *common law*, la loi sur la diffamation fournit un cadre utile pour déterminer si les plateformes sont responsables des contenus préjudiciables ou illicites qu'elles font circuler, qu'elles promeuvent ou qu'elles recommandent, mais ses limites sont importantes parce qu'elle contraint les particuliers à entreprendre des poursuites sur une base individuelle, selon les mérites de la cause. La plupart des gens n'ont ni le temps, ni les moyens financiers, ni la détermination de se livrer à une guerre de tranchées avec les Facebook et les Google de ce monde, et ceux qui tentent leur chance font face à une stratégie d'usure qui épuise les ressources financières et émotives des plaignants.

Par ailleurs, même si un plaignant a gain de cause, le processus à suivre est long et le tort a déjà été perpétré. La loi canadienne sur la diffamation a traditionnellement reconnu qu'en matière de publication, « *la vérité rattrape rarement le mensonge* », ⁹⁶ et ce malheureux constat est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit du cyber-univers. De même, les universitaires et la jurisprudence ont déjà souligné que la notion de la réputation est intimement liée à la dignité personnelle, aux rapports sociaux et, du coup, au bien commun. ⁹⁷

Il serait donc peut-être plus utile d'examiner le problème du point de vue du bien commun et de la santé publique. Les intermédiaires Internet devraient peut-être assumer leurs obligations vis-à-vis la société à laquelle ils appartiennent.

Sur le plan juridique, mettre l'accent sur le bien-être du particulier face au pouvoir des intermédiaires Internet n'est pas un concept étranger étant donné l'actuelle trajectoire du droit canadien. Les principes fondamentaux de « réputation » et de « vie privée » — principes qui sont déstabilisés par les intermédiaires Internet débridés — font de plus en plus le poids dans notre réalité devenue virtuelle.

De plus, la Cour suprême du Canada maintient que le respect de la vie privée — *notamment* le droit de l'enfant à la vie privée — est au cœur même de la liberté et de la sécurité garanties par la *Charte*. ⁹⁸ La Cour a également précisé que la vie privée, en soi, concourt au *bien commun*, statuant

que « *la vie privée est essentielle au bien-être du particulier [...] L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique* ». ⁹⁹ Cependant, comme Zuboff le fait remarquer, les auteurs de nos constitutions n'ont pas envisagé le jour où les entreprises privées et non les gouvernements deviendraient une plus grande menace à la vie privée. ¹⁰⁰

Par conséquent, les décideurs politiques doivent se demander s'il est justifié de maintenir une approche non interventionniste alors que plusieurs de ces intermédiaires Internet sont la source la plus évidente et sans doute les principaux responsables de la diffusion à grande vitesse et à grande échelle des contenus préjudiciables. La jurisprudence contemporaine au Canada regorge d'exemples de plaideurs incapables d'obtenir un accès réel à la justice parce que les éditeurs sont anonymes ou hors de la compétence de la justice nationale. Dans pareils cas, un plaignant n'a sans doute d'autre recours que celui de s'adresser directement aux intermédiaires Internet.

À noter que le souci renouvelé, si hésitant, du judiciaire et du barreau d'assurer au citoyen moyen « l'accès à la justice » arrive à point nommé lorsqu'il est question de conflits entre les grandes plateformes Internet et leurs utilisateurs. La Cour suprême reconnaît qu'un « *virage culturel* » s'impose en matière de litiges afin que le Canadien moyen ait un accès expéditif et abordable au système judiciaire, ¹⁰¹ et nous croyons que de porter attention à la question de la responsabilité des intermédiaires Internet pourrait être une bonne façon d'ébaucher ce principe.

Par ailleurs, encourager les citoyens à recourir au système judiciaire n'expose pas indûment les intermédiaires Internet à des niveaux inappropriés de risques juridiques ou de poursuites vexatoires ou encore attentatoires à leur liberté d'expression puisque, encore là, le système judiciaire du Canada a déjà mis en place les éléments essentiels pour empêcher de tels abus. Ainsi, en Ontario, le paragraphe 137.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* fait état d'une disposition anti-poursuite stratégique contre la mobilisation publique (poursuite-bâillon), c'est-à-dire un cadre juridique grâce auquel la partie défenderesse peut faire des motions préliminaires pour mettre fin à des causes judiciaires visant à limiter la participation aux débats sur les affaires d'intérêt public. Si, au départ, ce mécanisme visait à préserver les droits à la liberté d'expression d'une partie défenderesse sans le sou face à ce qui pourrait devenir une cause opposant David à Goliath, rien n'empêche les grands intermédiaires Internet de citer cette même loi (avec quelques amendements peut-être), afin de défendre leur propre droit à la liberté d'expression.

⁹⁹ *R. c. Dymnt*, [1988] 2 SCR 417, para 17 [*Dymnt*] tel que cité par la CDO, supra, pp. 31-32.

¹⁰⁰ Tsalikis, C., Zuboff, S. (2019) Shoshana Zuboff on the Undetectable, Indecipherable World of Surveillance Capitalism. CIGI (Entrevue). <https://www.cigionline.org/articles/shoshana-zuboff-undetectable-indecipherable-world-surveillance-capitalism> [site consulté le 4 juin 2020].

¹⁰¹ *Hryniak c. Maudlin*, 2014 CSC 7, paras 1, 2, 24, 27.

⁹⁶ *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), para. 32 [*Lopehandia*].

⁹⁷ CDO, supra at pp. 31-32.

⁹⁸ *A.B. v. Bragg Communications*, 2012 CSC 36, paras 14-29.

Étant donné la multiplication rapide des méfaits en ligne que nous avons exposés dans le présent document, ainsi que les objections systémiques des intermédiaires à l'égard d'une réglementation rigoureuse, les décideurs politiques canadiens doivent décider de l'équilibre réglementaire qui régira les rapports entre les particuliers, les intermédiaires Internet et l'État.

La scène internationale

Le législateur du Royaume-Uni a pris position sur cette question et il s'est rangé du côté de l'intérêt public, car « . . . *alors que le pouvoir et l'influence des grandes entreprises gagnent en importance et que les plateformes gérées par des intérêts privés ressemblent de plus en plus à des espaces publics, certaines de ces entreprises reconnaissent dorénavant qu'elles doivent être guidées par les normes et les règles adoptées par les sociétés démocratiques* ». ¹⁰² [Traduction]

Que faire alors pour trouver un juste équilibre entre le droit d'un particulier d'être à l'abri des préjudices illicites en ligne et le droit à la liberté d'expression des intermédiaires et de la société ?

D'autres pays démocratiques adoptent des politiques rigoureuses visant les méfaits en ligne, quoiqu'il faille remarquer que leurs appareils judiciaires respectifs ne sont pas toujours similaires à celui du Canada.

- En 2017, l'Allemagne a adopté la loi NetzDG [« loi sur la conformité des réseaux »] selon laquelle les plateformes numériques comptant plus de deux millions d'utilisateurs inscrits en Allemagne doivent supprimer tout contenu « *manifestement illicite* » qui contrevient à des dispositions particulières du code pénal allemand (les propos haineux ou ceux niant l'holocauste, par exemple). Les plateformes doivent supprimer pareil contenu dans les 24 heures qui suivent une plainte et elles ont jusqu'à sept jours pour supprimer tout autre contenu illicite après avoir reçu un avis en ce sens. Les plateformes qui refusent de se conformer risquent des amendes à concurrence de 50 millions d'euros. La loi cherche également à accroître la responsabilité des plateformes en leur imposant des obligations en matière de transparence et de production de rapports. ¹⁰³
- En 2015, l'Australie a mis en place un *eSafety* Commissioner [« commissariat à la sécurité électronique »] par le biais de la *Enhancing Online Safety for Children*

¹⁰² *Online Harms, supra*, voir *Clarity for Companies*, 13

¹⁰³ *Netzdurchsetzungsgesetz, loi NetzDG*. Archives de la jurisprudence allemande. <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245> [site consulté le 26 mai 2020].

Act [« loi visant à bonifier la sécurité virtuelle des enfants »]. Il appartient au commissariat de promouvoir la sécurité en ligne de toutes les Australiennes et de tous les Australiens. En vertu de son mandat, il doit offrir un service de plaintes aux jeunes, supprimer tout contenu illicite en ligne et réagir aux images d'abus. ¹⁰⁴

- En 2018, la Commission européenne a émis une proposition visant à empêcher la diffusion en ligne de contenus terroristes, en plus d'élaborer un plan d'action contre la désinformation avec l'aide des entreprises dont Facebook, Google et Twitter. ¹⁰⁵
- Le Congrès américain est présentement saisi d'une loi [« *EARN IT Act* »] qui mettrait fin à l'immunité des plateformes aux termes de l'article 230 de la loi sur la décence dans les communications, « *si ces dernières ne peuvent pas faire la preuve de leurs efforts pour combattre l'exploitation chez les enfants* ». ¹⁰⁶ Les deux grands partis appuient le projet de loi, bien que ce soit pour des raisons très différentes. ¹⁰⁷
- Comme nous l'avons fait valoir à plusieurs reprises, le Royaume-Uni redéfinit présentement le rapport approprié entre les intermédiaires Internet et l'État. Le livre blanc sur les méfaits en ligne porte notamment sur la surveillance gouvernementale et l'adoption de balises réglementaires et qualitatives régissant l'effort technologique et la réactivité temporelle. On y recommande l'adoption « *d'une obligation légale de diligence* » que l'on explore ci-après. ¹⁰⁸

Selon Bowers et Zittrain, la solution pourrait être d'établir des structures de gouvernance distinctes des intermédiaires ou de leur permettre de se redéfinir non seulement à titre d'intervenants socialement progressifs, mais aussi à titre de « fiduciaires de contenus », c'est-à-dire des parties ayant l'obligation légale d'agir dans le meilleur intérêt des utilisateurs comme c'est d'ailleurs le cas pour d'autres relations où il existe une relation de pouvoir asymétrique, telle la relation entre un médecin et son patient ou celle entre un avocat et son client. ¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Our legislative functions*. eSafety Commissioner, Australia. <https://www.esafety.gov.au/about-us/who-we-are/our-legislative-functions> [site consulté le 26 mai 2020].

¹⁰⁵ *Online Harms, supra*, 2.16.

¹⁰⁶ Levine, A. (2020) *EARN It Act under the Senate Judiciary microscope*. Politico. <https://www.politico.com/newsletters/morning-tech/2020/03/11/earn-it-act-under-the-senate-judiciary-microscope-488556> [site consulté le 1^{er} juin 2020].

¹⁰⁷ Les Démocrates veulent limiter l'immunité des plateformes qui hébergent des contenus haineux ou illicites afin d'en réduire la prévalence. Les Républicains veulent limiter l'immunité des plateformes qui *suppriment* de tels contenus parce que des opinions conservatrices légitimes font l'objet d'une censure sous le prétexte de vouloir réduire les propos haineux et les mensonges.

¹⁰⁸ *Online Harms, supra*

¹⁰⁹ *Age of Disinformation, supra*

Réflexion sur l'obligation des intermédiaires Internet envers les utilisateurs

Si on aborde la question strictement du point de vue du droit de la responsabilité délictuelle, un plaideur éventuel doit démontrer que l'acte, ou l'omission, qui est reproché au défendeur constitue un manquement de sa part envers le demandeur, en termes de son « obligation légale » à l'égard de ce dernier. Le demandeur aurait à faire la preuve qu'une telle obligation légale existe, c'est-à-dire que la relation entre les parties est suffisamment *étroite* ou *dépendante* qu'il est raisonnable de penser que l'intermédiaire a une certaine obligation légale à l'égard du demandeur. Si ce dernier peut établir une telle obligation, il doit ensuite montrer que l'intermédiaire a agi de manière déraisonnable en s'acquittant de cette obligation, autrement dit, qu'il a manqué à son « devoir de diligence », en termes juridiques.¹¹⁰ En insistant ainsi sur l'acte ou l'omission, le fait de se demander si un intermédiaire Internet est responsable à titre « d'éditeur » et s'il a manqué à son « devoir de diligence » revient plus ou moins au même.

La portée du devoir de diligence dans un cas particulier n'est pas une simple liste d'obligations à remplir, mais plutôt un principe de droit qu'il faut tirer au clair, préciser et affirmer avec chaque nouvelle décision judiciaire. Avec le passage du temps, la portée de certaines relations finit par être bien connue et acceptée alors que, dans d'autres cas, telles les relations entre les intermédiaires Internet et leurs utilisateurs, ces relations restent à définir.

Le test de base pour établir le devoir de diligence est le suivant : comment une personne raisonnable se comporte-t-elle de façon responsable? Les entreprises qui produisent des parcs pour enfant ont, par exemple, l'obligation de veiller à ce qu'ils soient sécuritaires en utilisant des matériaux qui sont non toxiques et de qualité convenable. De même, les conducteurs d'automobile ont l'obligation d'être alerte et en pleine possession de leurs facultés quand ils sont au volant.

Cela ne veut pas dire que les fabricants de parcs pour enfant sont responsables de tous les bris imaginables de leur produit. La loi de la responsabilité délictuelle n'oblige pas les gens à atteindre la norme de la perfection lorsqu'il s'agit de responsabilité légale. Plutôt, il s'agit de se demander *s'ils se sont comportés de façon raisonnable dans les circonstances* ou s'il y a eu manquement au devoir de diligence.

Le caractère informationnel et la nature sociale de la relation étroite entre les intermédiaires Internet et leurs utilisateurs — surtout les grands intermédiaires particulièrement puissants qui exercent beaucoup d'influence — sont tels que le devoir de diligence pourrait sans doute être établi en droit. Là où les choses se corsent c'est lorsqu'on essaie de répondre à la question suivante : qu'est-ce qui serait un *devoir de diligence* approprié pour les intermédiaires Internet à l'égard de leurs utilisateurs? En d'autres mots, une fois que vous vous êtes inscrit à leurs services, quelle est la norme minimale que les intermédiaires doivent satisfaire pour assurer votre sécurité?

Le gouvernement du Royaume-Uni, tout comme Bowers et Zittrain,¹¹¹ revendique un nouveau devoir de diligence plus précis, avisé et renforcé par un règlement gouvernemental par opposition aux soi-disantes « meilleures pratiques » des plateformes. Tout comme pour le cadre allemand susmentionné, la proposition du R.-U. mise sur le comportement des entreprises une fois que celles-ci ont été prévenues de l'existence de contenus préjudiciables ou illicites sur leurs plateformes et sur l'adoption de normes de pratique exécutoires. Ainsi, par exemple, selon la proposition du R.-U., les intermédiaires seraient tenus de communiquer régulièrement aux régulateurs la prévalence des contenus préjudiciables sur leurs plateformes et de leur prouver que leurs algorithmes sont conçus pour identifier et supprimer tout contenu préjudiciable dans la mesure du possible.¹¹² La proposition recommande des sanctions importantes pour toute entreprise qui refuse de se conformer aux règles, y compris des amendes considérables pour l'entreprise et chacun de ses hauts dirigeants qui pourraient aussi tous être tenus responsables de certaines infractions.¹¹³ Le législateur anglais demande également le pouvoir d'interrompre les activités des entreprises prises en défaut, y compris d'y mettre fin.¹¹⁴

¹¹¹ *Age of Disinformation, supra*

¹¹² *Online harms, supra, Executive Summary, 23*

¹¹³ *Ibid, Executive Summary, 19*

¹¹⁴ *Ibid, Executive Summary, 19*

¹¹⁰ L'affaire qui fait autorité sur la question est *McAlister (Donoghue) c. Stevenson* (1932), [1932] A.C. 562 (U.K. H.L.).

Recommandations à l'intention des décideurs politiques canadiens

1. Protéger le droit à la liberté d'expression sans nuire aux autres droits. Avant l'avènement de l'Internet, les Canadiennes et les Canadiens jouissaient à la fois de bonnes protections en matière de liberté d'expression et de protections contre la diffamation, le discours haineux, les menaces et autres communications dommageables qui faisaient l'objet de sanctions. Les éditeurs conventionnels sur les ondes et dans la presse respectaient les normes d'intégrité journalistiques et les normes juridiques les plus rigoureuses n'hésitant pas pour autant à critiquer les puissants de ce monde précisément parce que le Canada s'était donné un système de justice solide. En exiger autant des intermédiaires Internet n'est pas un acte de censure sans précédent, mais simplement le prolongement d'un système qui fonctionnait relativement bien. Ces dispositions ne visent pas à limiter, mais plutôt à *protéger* la liberté d'expression de certains groupes qui sont autrement appelés de manière disproportionnée à s'isoler du débat public parce qu'ils craignent d'être harcelés ou maltraités. Le législateur n'a pas à se prononcer sur ce qui constitue un contenu *approprié*. Il doit décider de la part de responsabilité des intermédiaires pour les contenus *déjà réputés inappropriés* qui se trouvent sur leurs plateformes. À l'heure actuelle, les intermédiaires censurent les contenus en choisissant de ne pas les diffuser ou en les supprimant unilatéralement de leur plateforme. Cependant, leurs motifs sont intimement liés à leurs impératifs commerciaux. Comme nous l'avons fait valoir à plus d'une reprise, cela entraîne une approche déséquilibrée face aux méfaits en ligne. La réglementation gouvernementale doit corriger ce déséquilibre.

2. Reconnaître que certains méfaits en ligne ne sont tout simplement pas acceptables. Les plateformes bénéficient d'un sentiment de prédéterminisme, entre autres, chez les personnes victimes de cyber-intimidation et d'atteinte à la vie privée qui s'y résignent. Ce prédéterminisme rejoint peut-être les intérêts commerciaux des plateformes, mais ne constitue pas un droit naturel. Les tribunaux et les décideurs canadiens doivent remettre en cause l'approche non interventionniste et envisager l'adoption d'un cadre réfléchi bien ancré dans le droit canadien qui est le reflet des valeurs démocratiques du pays même si cela va à l'encontre de certains intérêts commerciaux. Le législateur doit garder en tête qu'une approche plus rigoureuse pour contrer les méfaits en ligne n'est pas un principe inconnu ou draconien au sens du droit canadien. Au contraire, nous pouvons l'affirmer parce que la common law et la législation font déjà place à l'interventionnisme raisonné (l'affaire *Byrne* et la *Loi sur la protection des images intimes* au Manitoba, par exemple) tout en ébauchant un cadre émergent pour écarter les poursuites vexatoires ou problématiques qui ne tiennent pas vraiment compte des droits en matière de liberté d'expression (les dispositions propres aux poursuites-bâillons en Ontario, par exemple).

3. Reconnaître à juste titre la sophistication technique des plateformes. L'argument de « l'aiguille dans la botte de foin » révèle un manque de connaissances techniques de la part du législateur et des juges. Les plateformes avouent qu'elles disposent de ressources technologiques de pointe pour examiner les contenus-utilisateurs et même pour identifier les états d'âme des internautes. Les plateformes n'hésitent pas à en affirmer autant auprès des annonceurs publicitaires. Toutefois, lorsqu'elles ont à répondre aux régulateurs, elles se présentent comme étant de simples intermédiaires impuissants qui font de leur mieux pour surveiller les mauvais éléments qui se prévalent de leurs services à leur insu. Cet argument est contradictoire et il ne faut pas en être dupe.

4. Adopter une approche souveraine. Les entreprises multinationales ne sont pas un phénomène récent. Le Canada a acquis énormément d'expérience auprès de telles entreprises dans des secteurs hautement réglementés tels que les télécommunications, les finances, la mise en valeur des ressources, l'aérospatiale et la défense. Dans pareils cas, les décideurs politiques insistent sur le fait que les entreprises doivent observer les lois et les règles canadiennes si elles veulent continuer de faire affaire au Canada. On doit aborder la gouvernance des entreprises présentes dans le cyberspace sensiblement de la même façon, peu importe que certains comportements aient été normalisés en raison de lois promulguées par d'autres pays, tel l'article 230 de la loi américaine sur la décence dans les communications. Le Canada est un pays souverain et ses politiques gouvernementales lui appartiennent en propre.

5. Dans un premier temps, recourir aux principes juridiques fondamentaux pour élaborer des règlements appropriés. La décision *Byrne* établit des critères clairs en matière de responsabilité, lesquels semblent également s'appliquer aux intermédiaires Internet. S'il se trouvent des contenus préjudiciables ou illicites sur leurs plateformes, il faut les en tenir judicieusement responsables. Toute prescription légale ou politique – qu'elle soit statutaire ou autre – n'est pas un concept étranger qui va forcément à l'encontre de l'intérêt premier de la société canadienne pour la liberté d'expression. C'est plutôt la prochaine étape logique qui tient compte des réalités empiriques selon lesquelles ces services :

- a. possèdent les moyens de saisir l'essentiel du contenu des messages-utilisateurs avant même qu'ils ne soient affichés et
- b. ne font pas seulement publier ces contenus, mais ils en font la promotion et la recommandation.

6. Éviter que le fardeau de la preuve ne repose sur les épaules des particuliers. Bien que la loi sur la diffamation s'avère utile pour déterminer si un intermédiaire est complice de la publication de contenus dommageables, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que chaque personne lésée fasse les frais financiers d'une poursuite interminable.¹¹⁵ Même si cela était possible, l'éventuelle multiplication des poursuites paralyserait les tribunaux. Il faut peut-être envisager une formule différente, plus équitable et plus efficace telle que celle de mettre sur pied un tribunal spécialiste de la médiation des conflits entre les internautes et les plateformes Internet. Il est capital que la solution retenue soit centrée sur le pouvoir de l'État afin d'équilibrer les règles du jeu entre les plaignants et les plateformes. Il y a lieu d'envisager la possibilité, pour le Canadien moyen, de loger une plainte auprès d'un organisme gouvernemental qui pourrait mener des enquêtes et prendre des mesures correctrices au nom des citoyens et des citoyennes du pays, fort du pouvoir de l'État et du judiciaire. C'est le modèle du Commissariat à la vie privée, ainsi que le processus mis en place par le Manitoba pour faire face à la diffusion d'images intimes.

7. Imposer des sanctions significatives et appropriées selon la gravité de l'infraction. Comme nous l'avons démontré, il y a fort à parier que les intermédiaires vont se préoccuper davantage des contenus préjudiciables si on porte atteinte à leur réputation ou à leur chiffre d'affaires. Peu importe la politique entérinée, les pénalités éventuelles doivent être efficaces pour décourager l'inaction et être à la mesure des préjudices occasionnés. En l'absence de telles dispositions, les intermédiaires vont sans doute percevoir une simple amende comme étant le prix à payer pour être en affaires et ils continueront de faire comme bon leur semble.

8. Établir et faire respecter des mesures de protection rigoureuses pour circonscrire la capacité des intermédiaires à amasser des données personnelles. « L'impératif d'engagement » des plateformes tient à deux forces qui sont complémentaires : la cueillette d'autant de données d'observation que possible et leur utilisation pour bombarder les internautes avec autant d'annonces publicitaires que possible. Cet impératif récompense la propagation de contenus extrêmes et incendiaires. Si on peut contenir ce modèle d'affaires hostile, on pourra grandement réduire les préjudices qui y sont attribuables.

9. Intervenir sans plus tarder. Nombreux sont les pays qui calquent simplement les politiques

gouvernementales d'autres instances. Si le Canada veut bénéficier d'un régime législatif qui correspond à ses besoins et à ses valeurs, il doit intervenir sans plus tarder. Grâce à ses ressources technologiques et son respect indéniable de la primauté du droit, le Canada est bien placé pour jouer un rôle de premier plan afin de relever les défis importants exposés dans ce document. Si, par contre, le Canada piétine, un consensus pourrait se dégager qui n'est pas conforme aux priorités et aux valeurs des Canadiennes et des Canadiens. Mieux vaut façonner ces critères que de les subir.

L'Internet est peut-être un nouveau mode de publication en pleine effervescence, mais il n'en reste pas moins que cette plateforme demeure un mode de publication. Il incombe donc aux décideurs politiques canadiens d'en apprécier les nombreux bienfaits, ainsi que les défis qui y sont associés et de contrer les méfaits sociaux imprévus qui y sont attribuables. Se donner un régime réglementaire bien équilibré n'est pas une mince affaire, car ce régime ne sera jamais parfait. Cependant, l'équité et la primauté du droit sont les pierres d'assise du Canada et, par le fait même, on ne saurait éviter le débat simplement parce qu'il est difficile. Déjà en 2004, la Cour d'appel de l'Ontario a prévenu que ni la taille ni la vitesse de l'Internet ne devraient être perçues comme un obstacle insurmontable à notre capacité de le réguler correctement [références omises] :

« La nature hautement transmissible de la conduite délictuelle mise en évidence est un facteur dont il faut tenir compte pour décider s'il y a lieu d'accorder une injonction permanente. Les tribunaux font face à un dilemme. D'une part, ils peuvent jeter l'éponge et affirmer qu'il ne rime à rien de vouloir appliquer la loi à de telles transmissions éphémères partout dans le monde et conclure que seule la juridiction où se trouve l'auteur de la communication peut interdire la conduite répréhensible. D'autre part, les tribunaux peuvent essayer d'empêcher que la conduite contestée ne se reproduise dans leur juridiction. À cet égard, je suis d'accord avec l'observation suivante [...]

Toute suggestion selon laquelle il n'y a aucun recours efficace contre la diffamation (ou autres torts civils) par suite de l'utilisation de l'Internet (ou qu'il faut simplement tolérer ces torts parce que c'est le prix à payer pour bénéficier des avantages de ce mode de communication) est en soi manifestement inacceptable. »¹¹⁶ [Traduction]

Quelque seize ans plus tard, ce précepte est encore plus remarquable. Toutefois, il ne suffit pas de dire que les intermédiaires Internet ne sont pas au-dessus de la loi, car ils font la loi jusqu'à ce que des nations souveraines comme le Canada en décident autrement.

¹¹⁵ Roger McNamee, parmi les premiers investisseurs de Facebook, puis militant anti-plateforme réclame de « nouvelles lois qui donnent aux utilisateurs le droit d'intenter des poursuites en dommages-intérêts s'ils ont subi des torts parce qu'ils ont utilisé une plateforme Internet. » McNamee, R. (2020) *Facebook Cannot Fix Itself. But Trump's Effort to Reform Section 230 Is Wrong*. Time. <https://time.com/5847963/trump-section-230-executive-order/> [site consulté le 4 juin 2020].

¹¹⁶ *Lopehandia, supra*, para 75.

