



13 Septembre 2016

MSI-NET(2016)05

**Projet de recommandation CM/Rec(2017)X du Comité des Ministres aux Etats
membres sur les intermédiaires internet**

**Premier Projet (13 septembre)
pour la deuxième réunion (29-30 septembre 2016)**

Rapporteur : Matthias C. Kettemann

1. Toute personne jouit du droit d'accès à internet, qui est inhérent au droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (STE n° 5, ci-après « la Convention »). Les Etats membres du Conseil de l'Europe sont tenus de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits de l'homme et les libertés fondamentales sur internet.

2. Les intermédiaires internet jouent un rôle de premier plan en fournissant un accès à l'internet et à son contenu à des milliards d'utilisateurs et sont structurellement essentiels à tous les flux de données en ligne. Ils gèrent les contenus en ligne et en contrôlent l'accès. Les conditions de fait et de droit qui régissent la fourniture d'accès à internet, la recherche, la communication et la réception d'informations, ainsi que l'agrégation et la gestion des données par les intermédiaires internet, sont définies par un ensemble complexe de lois nationales, de règles européennes et internationales, de conditions de service, d'instruments de droit souple et de codes. Conformément à leurs obligations négatives et positives relatives aux droits de l'homme, les Etats membres doivent établir un cadre juridique qui permet aux intermédiaires internet de jouer ce rôle essentiel sans violer les droits de l'homme.

3. Les Etats membres sont confrontés à la nécessité de concilier des objectifs contradictoires et de rechercher un équilibre entre les droits concurrents, dans un contexte de plus en plus international compliqué par les caractéristiques de la technologie internet ainsi que par les multiples fonctions et la nature diverse des intermédiaires internet.

4. Par conséquent, le Comité des Ministres, soucieux de guider les Etats membres dans l'élaboration et l'application de la législation sur les intermédiaires internet, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe, recommande aux Etats membres :

- de veiller à s'acquitter de leur obligation positive et négative de garantir les droits de l'homme de toute personne relevant de leur juridiction, conformément aux articles 8 et 10 de la Convention, lorsqu'ils réglementent les activités des intermédiaires internet ;
- de prendre toutes les mesures nécessaires, en coopération avec tous les acteurs concernés, pour que les intermédiaires internet puissent remplir leur rôle et développer leur potentiel dans la société de l'information sans violer les droits de l'homme ;
- de remplir, en ligne et hors ligne, l'obligation primordiale qui leur incombe de protéger les droits de l'homme et l'état de droit, y compris par des garanties procédurales et des voies de recours effectives en cas de violation des droits ;
- ce faisant, d'adopter des cadres d'action nationaux et de contribuer aux cadres d'action régionaux et internationaux, en tenant dûment compte des lignes directrices sur les intermédiaires internet exposées dans l'annexe à la présente recommandation ;
- de promouvoir ces lignes directrices dans d'autres enceintes internationales et régionales qui traitent des intermédiaires internet.

Annexe à la recommandation : lignes directrices sur les intermédiaires internet

1. Principes généraux

- 1.1. Conformément à la Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme et les entreprises, dans le cadre de leur juridiction, les Etats ont l'obligation primordiale de respecter, de protéger et de réaliser tous les droits et libertés garantis à toute personne par la Convention européenne des droits de l'homme, aussi bien en ligne que hors ligne.
- 1.2. Les Etats sont tenus d'établir un cadre juridique, fondé sur la Convention et conforme aux principes bien établis des droits de l'homme, de la démocratie et de l'état de droit, qui favorise un environnement en ligne propice au débat public.
- 1.3. Les organes spécialisés de la société, tels que les intermédiaires internet, doivent se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme (« responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme »). Des voies de recours appropriées, aisément accessibles et effectives devront compenser les manquements des Etats et des organes spécialisés à leurs obligations en matière de droits de l'homme.

- 1.4. Toute personne a le droit de participer à la société de l'information. Le droit d'accès à internet est inhérent au droit d'accéder à l'information et à la communication, qui est protégé par la Convention. Dès lors, les Etats membres sont tenus de garantir à leurs citoyens l'accès à internet (Yildirim, 2012, paragraphe 31). Pour améliorer l'accès du public à l'actualité et à d'autres informations, il est indispensable de protéger l'accessibilité d'internet ainsi que sa capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données (Times Newspapers Ltd., 2009, paragraphe 27).
- 1.5. La protection des intermédiaires internet complète le droit d'accès. Les intermédiaires internet jouent un rôle central en assurant l'accès au contenu d'internet, en tant que fournisseurs d'accès et en tant qu'hébergeurs de contenu. Ainsi, ils constituent des sources précieuses d'informations souvent spécifiques et ont joué un rôle déterminant dans l'émergence du journalisme citoyen (Cengiz, 2015).
- 1.6. Si l'exercice effectif des droits prévus à l'article 10 exige de mettre en œuvre des mesures de protection positives, y compris entre les individus ou entre les individus et les intermédiaires internet, il incombe aux Etats membres d'adopter une législation appropriée au niveau national.
- 1.7. Lorsqu'ils réglementent les intermédiaires internet, les Etats membres doivent ménager un juste équilibre entre l'intérêt général de la société, les intérêts de l'individu et l'intérêt de l'intermédiaire (Özgür Gündem, 2000, paragraphe 43).
- 1.8. Afin de garantir le droit d'accès à internet et la protection des intermédiaires internet, les Etats prennent des mesures positives et, au besoin, réglementent les intermédiaires internet. Ces derniers jouent un rôle fondamental dans l'économie numérique, et toute réglementation les concernant doit faire en sorte qu'ils puissent continuer à offrir et à développer des services innovants, tout en garantissant que tout nouveau service soit conforme aux lois en vigueur et respecte les droits de l'homme.
- 1.9. Les Etats membres veillent à ce que la réglementation des intermédiaires internet soit, dans la mesure du possible, flexible évolutive et propice à l'innovation, et assure un équilibre approprié en cas d'interprétation conflictuelle des droits de l'homme.
- 1.10. Les Etats membres ne délèguent pas des mesures de censure à des organismes privés, ne privatisent pas les services chargés de l'application des lois, ni ne confèrent aux intermédiaires des fonctions quasi-judiciaires sans les garanties appropriées. Les intermédiaires internet devraient décliner les invitations à exercer de telles fonctions.
- 1.11. Toute restriction du droit à la liberté d'expression des intermédiaires doit être prévue par la loi, poursuivre l'un des buts légitimes énumérés de façon exhaustive à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, et être nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.
- 1.12. Pour que la liberté d'expression s'exerce sur les réseaux et les plateformes des intermédiaires internet en accord avec une conception centrée sur les droits de

l'homme, il convient que les conditions de service soient transparentes et interprétées conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, que ces conditions soient appliquées et mises en œuvre de manière cohérente et proportionnée, et que les usagers aient accès à un mécanisme de recours. En outre, les sociétés privées devraient s'abstenir d'imposer des restrictions à la liberté d'expression allant au-delà des exigences de la loi.

2. Protection du rôle de facilitation des intermédiaires internet

- 2.1. Les Etats membres veillent à ce que la responsabilité des intermédiaires internet soit délimitée conformément, en particulier, aux articles 8, 10 et 13 de la Convention.
- 2.2. Pour réglementer la responsabilité des intermédiaires internet, les Etats membres adoptent une approche fondée sur les activités afin que les acteurs d'internet qui exercent un vaste éventail d'activités puissent bénéficier d'exonérations de responsabilité (civile et pénale) dans les cas où 1) ils agissent en tant que canaux d'expression pour des tiers dans le cadre d'une activité spécifique (fonction de recherche, section de commentaires générés par les usagers, par exemple) et 2) ils mettent en œuvre de bonnes pratiques de transparence lorsqu'ils traitent les contenus de tiers.
- 2.3. Les Etats membres encouragent le développement de bonnes pratiques de transparence pour le traitement des contenus de tiers (par l'adoption de codes de conduite par exemple).
- 2.4. Les Etats membres ne demandent pas aux intermédiaires internet d'évaluer la légalité d'un contenu de tiers. Ils peuvent apprécier si le contenu enfreint ou non leurs conditions de service, mais doivent procéder de manière non discriminatoire et veiller à ce que les conséquences de cette appréciation soient clairement communiquées, de même que les possibilités de recours, et qu'elles ne constituent pas une discrimination ni d'autres violations des droits de l'homme.
- 2.5. Les intermédiaires internet sont tenus de réagir rapidement face à un contenu illicite uniquement si une procédure claire, prévisible et proportionnée a été mise en place. La nature de cette procédure devrait dépendre de son incidence sur le droit au respect de la vie privée et le principe de confidentialité des communications, prévus à l'article 8, et sur la liberté d'expression des usagers d'internet, protégée par l'article 10 de la Convention.
- 2.6. Différentes procédures devraient être suivies lorsque la réclamation relative à un contenu concerne un différend de caractère privé (droits d'auteur, pour lesquels un système de notification serait préférable, par exemple) et lorsque le contenu en question est criminel (incitation à la violence, par exemple).
- 2.7. Les Etats membres demandent aux intermédiaires internet opérant au niveau de l'application de retirer le contenu illicite uniquement lorsqu'ils en ont connaissance ou s'ils ont été informés de la présence/transmission de contenus manifestement illicites dans leurs systèmes.
- 2.8. Les fournisseurs d'accès à internet sont tenus de bloquer l'accès à un contenu illégal uniquement en conséquence d'une ordonnance judiciaire. Lorsqu'ils s'opposent à des ordonnances de blocage, les frais de précontentieux et les frais de justice ne sont pas à leur charge. Les intermédiaires internet intervenant au niveau de l'application n'assument pas les frais de précontentieux et les frais de justice lorsque le contenu en question n'est pas jugé manifestement illicite.

- 2.9. Les Etats membres mettent en place des procédures de notification et de contre-notification, que les intermédiaires internet au niveau de l'application doivent suivre lorsqu'ils réagissent à un contenu illicite et qui doivent effectivement impliquer à la fois les émetteurs et les destinataires du contenu afin de permettre l'exercice du droit à un recours effectif protégé par l'article 13 de la Convention.
- 2.10. En vue d'émettre des notifications à l'attention des intermédiaires internet intervenant au niveau de l'application, les Etats membres envisagent de mettre en place au sein de leurs systèmes judiciaires des procédures de notification et de contre-notification largement accessibles et rapides, plus respectueuses des droits de l'homme que les procédures de notification et de contre-notification (purement) privées
- 2.11. Les Etats membres favorisent le développement de bonnes pratiques permettant de reconnaître rapidement des contenus manifestement illicites qui devraient reposer sur des procédures de notification et de contre-notification par l'adoption d'instruments sectoriels comme des codes de conduite.
- 2.12. Les intermédiaires internet ne sont pas tenus (après la réception de notifications ou l'émission d'ordonnances judiciaires) de surveiller systématiquement leurs systèmes afin de prévenir toute activité illicite, en particulier lorsque la surveillance systématique de contenus de tiers suppose la mise en œuvre de mesures intrusives sur le plan de la vie privée, lorsque la surveillance systématique de contenus de tiers peut entraîner des mesures de surblocage, ou lorsque la surveillance systématique de contenus de tiers impose une trop lourde charge financière aux intermédiaires internet.
- 2.13. Les Etats membres n'encouragent pas les intermédiaires internet à surveiller volontairement leurs systèmes de manière systématique pour éviter toute activité illicite, si la surveillance systématique de contenus de tiers suppose d'appliquer des mesures intrusives sur le plan de la vie privée et/ou de surblocage.
- 2.14. Pour déterminer si des mesures sont intrusives sur le plan de la vie privée, il faut tenir compte du rôle joué par les intermédiaires internet dans le processus de transmission des communications et des effets du principe de confidentialité des communications prévu par l'article 8 de la Convention.
- 2.15. Les Etats membres envisagent l'adoption de règles sectorielles relatives à la répartition des coûts de mise en œuvre du blocage ou du retrait afin que les intermédiaires internet puissent en demander le remboursement à certaines catégories de victimes (les titulaires de droits de propriété intellectuelle par exemple), dans la mesure où le droit à un recours effectif, prévu à l'article 13 de la Convention, n'est pas compromis.

3. Limites à la réglementation des intermédiaires

- 3.1. Les Etats sont tenus de combattre la violence et les autres activités criminelles ou illicites en ligne. A cette fin, ils peuvent être amenés à imposer aux intermédiaires

l'obligation de retirer des contenus, de communiquer des informations sur les usagers ou de suspendre l'accès dont bénéficiaient des usagers ou l'accès à des noms de domaines.

- 3.2. Etant donné l'importance du droit d'accès à internet et de la liberté d'expression, toute restriction concernant les intermédiaires qui a une incidence sur ces droits doit être prévue par la loi, poursuivre l'un des buts légitimes énumérés de façon exhaustive à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, et être nécessaire et proportionnée dans une société démocratique.
- 3.3. Toute loi ou réglementation régissant la responsabilité des intermédiaires doit être accessible et suffisamment précise pour qu'ils puissent prévoir les conséquences de leur comportement. De plus, afin de satisfaire aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité, la loi doit offrir une protection juridique contre l'arbitraire et définir des garanties procédurales appropriées afin de protéger de manière effective les droits énoncés par la Convention, notamment le droit à la liberté d'expression. Cette protection ne se limite pas aux ingérences des pouvoirs publics dans l'exercice du droit à la liberté d'expression. Il incombe en outre aux Etats membres de prévenir et de réparer les violations de la Convention commises par des personnes ou des entités privées en vertu des conditions précitées.
- 3.4. Les Etats membres n'encouragent pas les intermédiaires internet, indépendamment ou collectivement, à surveiller et censurer les contenus qui ne sont considérés comme illicites ni par le droit international ni par le droit national.

4. Encourager des pratiques commerciales respectueuses des droits de l'homme chez les intermédiaires internet

- 4.1. Sachant que la relation entre les intermédiaires et les usagers relève pour l'essentiel du droit privé, les Etats membres incitent les intermédiaires internet à mettre en œuvre des pratiques commerciales respectueuses des droits de l'homme, en particulier de la liberté d'expression et de la protection des données.
- 4.2. Les Etats membres s'efforcent d'assurer que les contrats conclus entre les usagers et les intermédiaires soient conformes aux principes sous-jacents à la Convention (Khurshid Mustafa et Tarzibachi 2008, paragraphe 33, 16 ; Pla et Puncernau (2004), paragraphe 59).
- 4.3. Les Etats membres veillent à ce que les intermédiaires internet respectent la législation en matière de protection des données et de protection des consommateurs et, à cette fin, envisagent d'encourager le réexamen régulier des conditions de service, de la politique de monétisation des intermédiaires, de l'utilisation des données à caractère personnel, du champ des décisions par algorithmes (notamment les algorithmes d'actualités et de recherche), des procédures de signalement de contenus (qui doivent être claires et transparentes) et des critères décisionnels concernant les contenus signalés.
- 4.4. Les Etats encouragent la transparence et la responsabilité des intermédiaires internet et ne leur adressent des demandes de retrait de contenu ou d'autres

demandes concernant les données de clients que si la loi le prévoit et si cette mesure est nécessaire dans une société démocratique.

- 4.5. Les Etats encouragent les intermédiaires à offrir aux usagers des moyens rapides et effectifs d'obtenir réparation en cas de réclamation ou de violation des conditions de service, et mettent en place des voies de recours effectives dans le cadre de leur système judiciaire national pour les cas où les mécanismes internes et les mécanismes alternatifs de règlement des litiges s'avèrent insuffisants.
- 4.6. Tout en respectant les droits des intermédiaires internet, les Etats membres œuvrent en faveur de l'évolution de la sphère publique en ligne. En particulier, lorsque les décisions des intermédiaires internet empêchent l'exercice effectif de la liberté d'expression, les Etats membres peuvent être amenés à protéger la jouissance des droits énoncés par la Convention en réglementant les droits de propriété de façon à préserver l'espace de communication offert par internet.

5. Questions de compétence soulevées par les activités des intermédiaires internet

- 5.1. La nature d'internet implique que les intermédiaires seront soumis à différents systèmes juridiques, ce qui peut avoir des effets dissuasifs en termes de contenus mis à disposition via les intermédiaires.
- 5.2. Les Etats membres veillent à ce que leur obligation de respecter, de protéger et de réaliser tous les droits et libertés consacrés par la Convention ne soit pas exercée d'une manière assimilable à un abus de procédure.
- 5.3. Reconnaissant l'égalité souveraine de tous les Etats membres et la marge d'appréciation dont ils disposent dans l'élaboration de leur cadre normatif, aucun Etat membre n'adopte de lois qui produisent des effets extraterritoriaux importants et injustifiés.
- 5.4. Les Etats membres n'introduisent aucune condition de localisation des données ni n'exigent de la part des intermédiaires internet qu'ils soient physiquement présents sur leur territoire.
- 5.5. Les Etats membres veillent à ce que les juridictions nationales se déclarent compétentes à l'égard des intermédiaires qui opèrent à l'étranger uniquement lorsque l'opération a une incidence suffisamment sérieuse sur un éventuel réclamant. Les parties privées ne devraient porter une affaire devant une juridiction que si elles peuvent établir qu'elles ont un lien réel et substantiel avec cette juridiction et qu'elles ont subi un préjudice grave dans son ressort.
- 5.6. Les Etats encouragent l'établissement d'un dialogue, dans les enceintes appropriées, pour résoudre les conflits de lois et de compétence.