



## Le Conseil d'Etat se pose en allié de la neutralité de l'Internet et de la liberté d'expression

Dans son rapport 2014 sur « le numérique et les droits fondamentaux », le Conseil d'Etat met en garde la France contre toutes atteintes à la neutralité de l'Internet et à la liberté d'expression. Il prône notamment la création du statut de « *plateforme d'intermédiation* » et un recours au droit à l'oubli.

Par Winston Maxwell\*, avocat associé, Hogan Lovells



Après une étude sur « le droit souple » en 2013, le Conseil d'Etat consacre son étude annuelle 2014 au numérique et aux droits fondamentaux (1). En 1998 le Conseil d'Etat avait déjà publié un rapport précurseur en matière de droits sur Internet (2). Seize ans plus tard, le

Conseil d'Etat examine de nouveau la délicate cohabitation entre le droit et l'Internet, s'attaquant cette fois-ci aux problèmes de Big Data, algorithmes, neutralité de l'Internet, loyauté des plateformes, droit à l'oubli, activités de renseignement, et gouvernance de l'Internet.

### Neutralité du Net versus « priorisation »

La grande qualité de cette étude tient à sa prise de hauteur par rapport aux débats actuels sur la dominance des plateformes américaines et les menaces posées par la collecte de renseignement. Le rapport refuse toute attitude caricaturale sur la lutte entre le droit des citoyens français et la menace posée par des plateformes « Gafa » (3). Même en matière d'activités de renseignement, le Conseil d'Etat reste mesuré. Sur l'affaire Snowden, le Conseil d'Etat souligne les dérives de la National Security Agency (NSA) à l'égard de la surveillance de citoyens non-américains, mais remarque en même temps que la loi française accorde une liberté similaire aux agences de renseignement françaises pour espionner les communications en dehors du territoire français. Le rapport préconise un renforcement des contrôles des activités de renseignement en France par la création d'une autorité administrative indépendante.

En matière de neutralité de l'Internet, le rapport soutient le principe d'une neutralité des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), mais estime « *prématurément contraignantes* » certaines propositions du parlement européen qui encadreraient strictement les « services gérés ». Selon le rapport, tant qu'il n'existe pas de baisse dans la qualité de service de l'Internet « meilleurs efforts » (*best effort*), il serait disproportionné d'encadrer trop strictement des services payants de « priorisation » (4). De plus, le Conseil d'Etat critique l'idée du

Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) selon laquelle un FAI pourrait accorder une bande passante prioritaire aux plateformes qui s'engageraient volontairement à appliquer les mesures en faveur de la création française. Une telle discrimination dans la bande passante serait contraire à la neutralité du Net. Une priorisation pourrait s'envisager toutefois dans le cadre d'un service géré, ou bien au niveau des magasins d'applications (App Stores). Le rapport analyse le concept de « neutralité des plateformes » (5), proposé par le Conseil national du numérique (CNNum) et par le rapport de la sénatrice Catherine Morin-Desailly (6). Selon le Conseil d'Etat, la dichotomie « hébergeur/éditeur » envisagée par la directive « Commerce électronique » (7) n'est pas satisfaisante. Un intermédiaire qui propose, conseille et organise des contenus n'est pas un hébergeur. Mais il n'est pas un éditeur non plus, car il ne crée aucun contenu. Il serait disproportionné de lui appliquer une responsabilité d'éditeur. Le rapport propose de créer une nouvelle catégorie d'intermédiaire technique, dénommée « *plateforme d'intermédiation* », qui inclurait « *tous les sites qui servent de point de passage pour accéder à d'autres contenus, notamment les moteurs de recherche, les agrégateurs ou les comparateurs de prix* ». (p. 216). Le rapport reconnaît que les plateformes d'intermédiation détiennent un certain pouvoir, mais rejette l'idée de leur appliquer le statut d'« infrastructure essentielle », ni de leur appliquer un devoir total de neutralité. Selon le Conseil d'Etat, il ne serait pas envisageable d'appliquer à ces plateformes un devoir de neutralité car l'objet même de ces plateformes est de hiérarchiser des contenus et de les conseiller aux utilisateurs.

### Appliquer un « devoir de loyauté »

Ces plateformes d'intermédiation ont une activité de sélection qui est incompatible avec un devoir de neutralité. Appliquer aux plateformes une obligation de non-discrimination nierait leur rôle de tri et de recommandation. Le Conseil d'Etat suggère de reconnaître aux plateformes un rôle de conseil à l'internaute, et de leur appliquer un « devoir de loyauté » à l'égard des utilisateurs. Ce devoir de loyauté se traduirait essentiellement par une transparence à l'égard des utilisateurs.

### Notes

- (1) - Rapport du Conseil d'Etat « Le numérique et les droits fondamentaux », par Jacky Richard et Laurent Cytermann, 9 septembre 2014 : <http://lc.cx/Reg>.
- (2) - Rapport du Conseil d'Etat : « Internet et les réseaux numériques », Isabelle Falque-Pierrotin, 8 septembre 1998.
- (3) - Google, Amazon, Facebook, Apple et les autres grands acteurs du Net.
- (4) - Bénéficiaire d'une priorité dans la gestion des débits d'accès.
- (5) - Rapport du CNNum « Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable », 13 juin 2014 : <http://lc.cx/Reso>.





teurs sur la méthodologie utilisée par la plateforme, et notamment les algorithmes de recherche ou de recommandation (8). Les critères utilisés dans l'algorithme doivent être pertinents par rapport aux objectifs recherchés. Le devoir de loyauté interdirait aux plateformes de cacher certains objectifs ou conflits d'intérêts, tels que favoriser ses propres services par rapport aux services d'un fournisseur tiers qui rempliraient mieux les besoins de l'utilisateur.

### Balkanisation et surblocage du Net

La plateforme devra fournir aux utilisateurs une information claire sur les critères de retrait de contenus licites, et permettre à l'utilisateur de fournir ses observations en cas de retrait de contenus par la plateforme. A l'égard d'utilisateurs commerciaux, la plateforme devra fournir une information préalable avant de changer les règles de référencement, afin que les utilisateurs commerciaux puissent s'adapter.

Enfin, le rapport ne s'alarme pas de l'existence de règles d'utilisation au sein des plateformes. Il s'agit d'une forme de droit souple. Certes les règles d'utilisation peuvent conduire au retrait de certains types de contenus, et éventuellement poser une menace pour la liberté d'expression. Mais interdire aux plateformes la possibilité de retirer des contenus en fonction de leurs règles internes créerait une interférence disproportionnée avec leur liberté d'entreprendre et leur liberté contractuelle. En tant qu'instrument du droit souple, ces règles internes devraient en revanche obéir à certaines règles de transparence et de procédure. Le rapport propose que les règles d'utilisation soient élaborées en concertation avec les utilisateurs. La création d'un nouveau statut de « plateforme d'intermédiation » nécessiterait une modification de la directive « Commerce électronique » (9).

Concernant l'application de la loi française aux sites étrangers, le Conseil d'Etat propose de créer un socle de règles fondamentales qui s'appliqueraient à tout service qui viserait le public français. Ces règles viseraient la protection de droits fondamentaux de l'individu, et seraient considérées comme des « lois de police » qui seraient prioritaires par rapport aux contrats privés. Parmi ces règles de police figurerait la protection des données personnelles, ainsi qu'un devoir de coopérer avec la justice en France. Pour le Conseil d'Etat, un service étranger qui vise le public français devrait avoir une obligation de coopérer avec la justice en France. En revanche, il n'est pas favorable à une application systématique de toute la réglementation française. Il rappelle que la France n'est pas seulement un pays consommateur de services en provenance de l'étranger, mais qu'elle produit elle-même des services et contenus disponibles à l'étranger via l'Internet. Appliquer une règle de « pays de destina-

tion » à l'égard de tous les aspects de la réglementation créerait un précédent international regrettable, car chaque pays pourrait dès lors interdire un service Internet qui n'était pas en conformité avec l'ensemble de la réglementation locale. Pour le Conseil d'Etat, une telle balkanisation de l'Internet serait dommageable pour la liberté d'expression et pour l'innovation.

En matière de lutte contre la contrefaçon en ligne, le rapport préconise de créer une « injonction de retrait prolongé » qui pourrait être appliquée par une autorité administrative indépendante telle que l'Hadopi, ou son éventuel successeur. Il suggère de légitimer l'utilisation des outils de reconnaissance de contenus au sein des plateformes, mais souhaite les mieux encadrer afin de limiter les risques de surblocage. A l'instar des autres obligations de transparence qui pèseraient sur les plateformes, celles-ci auraient une obligation de publier les règles de fonctionnement des outils de reconnaissance de contenus, et les mesures prises par les plateformes pour éviter le surblocage. Sur la protection des données à caractère personnelles, le Conseil d'Etat soutient la proposition de règlement européen, tout en critiquant certains de ses aspects. Certaines dispositions du règlement sont trop détaillées, selon lui, et risquent de devenir obsolètes rapidement. Certaines dispositions sont trop vagues et seraient contraires à la règle constitutionnelle de prévisibilité de la loi (p. 194). Il soutient l'idée d'un droit à l'oubli sur les moteurs de recherche, tout en soulignant la nécessité de prendre en considération la liberté d'expression de l'éditeur du site déréféré, et la liberté d'expression de l'internaute qui ne pourra plus trouver l'information déréféré. L'éditeur du site déréféré doit bénéficier d'un droit de recours efficace contre le déréfèrement.

### Droit à l'oubli versus liberté d'expression

Le Conseil d'Etat a publié, à la fin de leur rapport, un article dont je suis l'auteur sur la liberté d'expression aux Etats-Unis. Dans cet article (10), je soutiens que le droit à l'oubli tel que défini par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) serait contraire à la liberté d'expression aux Etats-Unis, car il créerait un « effet réfrigérant » (*chilling effect*) nuisible à la libre circulation des idées. Je soutiens par ailleurs que la CJUE, dans sa décision sur le droit à l'oubli, n'a pas suivi sa propre méthodologie en matière de proportionnalité, car elle n'a pas pris la mesure des effets négatifs du droit à l'oubli sur la liberté d'expression, ni examiné si d'autres mécanismes, moins attentatoires à la liberté d'expression, pouvaient atteindre l'objectif recherché. @

\* Winston Maxwell est membre de la Commission de réflexion sur le droit et les libertés à l'âge du numérique à l'Assemblée nationale.

### Notes

(6) - Rapport « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet », Catherine Morin-Desailly.

(7) - Directive n°2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive dite « Commerce électronique »).

(8) - Il ne s'agit pas selon le Conseil d'Etat de divulguer les secrets d'affaires liés au fonctionnement de l'algorithme, mais plutôt d'exposer clairement les objectifs recherchés par l'algorithme, les critères utilisés, et les moyens utilisés pour atteindre ces objectifs.

(9) - Il s'agit d'une piste de réforme à moyen terme.

(10) - « La jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression sur Internet », Winston J. Maxwell (p. 393 du rapport du Conseil d'Etat).

