
QUAND LE DIGITAL DÉFIE L'ÉTAT DE DROIT

Iteanu, Olivier. (2016). Paris : EYROLLES.

Nadia Gannouni, Maxime Lemer, , Charles Prevot, Sophie Studemann

PRESENTATION DE L'AUTEUR



Olivier Iteanu, avocat et chargé d'enseignement aux universités de Paris I Sorbonne et Paris-Saclay est réputé pour être l'un des meilleurs spécialistes français et européens du droit du numérique et des communications électroniques. Auteur du premier ouvrage de droit français sur Internet (*Internet et le droit*, Eyrolles, 1996), il est président d'honneur du chapitre français de l'*Internet Society* et l'avocat le plus cité dans la première base de données de jurisprudence française sur le droit des nouvelles technologies. Il est également administrateur d'Eurocloud France et vice-président de Cloud Confidence.

Quand le digital défie l'état de droit est un essai juridique où Olivier Iteanu fait part de sa critique du fonctionnement juridique des GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft). En 2017, il reçoit pour son livre le prix spécial du jury de la cybersécurité (FIC).

PRESENTATION GENERALE DE L'OUVRAGE

L'auteur interroge quatre concepts fondamentaux du droit, qui sont en jeu dans la société du numérique : « Liberté d'expression et freedom of speech », « vie privée et privacy », « droits d'auteurs et copyright » ainsi que « loi et governance ».

Olivier Iteanu se demande finalement si, notre droit ne se transforme-t-il pas au contact du digital. La transformation numérique modifie-t-elle également le droit ? Le digital est-il en passe de rendre inopérants les droits français et européen, après avoir chamboulé la technologie, nos modes de vie et les modèles économiques existants ? Olivier Iteanu va plus loin en lançant un cri d'alerte : « *s'il ne reste plus au peuple européen le choix de sa loi, que lui reste-t-il de sa souveraineté ?* ».

Pour l'auteur, nous assistons à la « colonisation » du droit européen par le droit californien. Une tendance motivée par des raisons économiques et justifiée au nom de leur culture juridique respective. Des rapports de forces inégaux qui impactent nos droits utilisateurs.

UN DROIT CULTURELLEMENT MARQUE DANS LES SOCIÉTÉS

Dans son œuvre, Olivier Iteanu tend à décrire la réalité du quotidien d'Alice. Cette jeune parisienne active, utilise de nombreuses applications et services numériques. De Google, Twitter à Uber, ces sociétés de services sont toutes basées à l'étranger et dépendent, en grande majorité, de la loi et des tribunaux californiens. L'auteur s'interroge : pourquoi ces sociétés ne s'alignent-elles pas sur le droit de leur client ?

En premier lieu, plusieurs facteurs rentrent en compte dont la fiscalité. Néanmoins, le facteur déterminant reste la culture. La culture européenne et notamment française fait peur. Elle a pour réputation de ne pas « faciliter le business » contrairement au droit californien. À titre d'exemple, le droit de la consommation européen est une loi dite de police. De l'autre côté de l'Atlantique, les acteurs des grands groupes sont donc mal à l'aise avec l'idéologie européenne du droit.

L'utilisateur européen dépend alors du droit californien sur la base des CGU (Conditions Générales d'Utilisation) indiquées sur les sites web de ces sociétés. Contre les clauses abusives proposées aux clients, la bataille juridique s'avère être très compliquée face aux géants. Les démarches juridiques sont longues et coûteuses, les utilisateurs se découragent souvent. Pour cause, il est difficile de saisir un tribunal local « *Les juges constatent que Facebook oblige ses clients à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais [...] que les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action [...]* ».

LIBERTÉ D'EXPRESSION VS FREEDOM OF SPEECH : DEUX DOCTRINES OPPOSÉES

Le Freedom of speech est un droit absolu auquel le législateur américain ne peut apporter aucune limite, ni prévoir aucune sanction, même en cas d'abus. « *Pour les libertariens californiens, le free speech est une liberté absolue et même totale, tout à la fois économique, sociale, politique et sociétale. Rien ne peut ni ne doit aller à son encontre.* ». Ce droit absolu subsiste en Amérique depuis de nombreuses années et est ancré culturellement dans l'espace public. Dans le domaine du numérique, l'auteur se demande : « *Il s'agit de savoir si le concept de freedom of speech ou de free speech, deux termes équivalents [...] ne se substitue pas par l'effet du digital au concept européen de liberté d'expression.* »

En Europe, **la liberté d'expression** n'est pas une liberté absolue mais une liberté encadrée. « *La liberté d'expression en Europe est un droit dit relatif et ses abus sont*

sanctionnés par la loi ». Les Européens sont très attachés aux valeurs de respect : ne pas porter atteinte à autrui notamment en public (en fonction de l'origine ethnique, de l'orientation sexuelle, etc.). « *La législation à pour objectif de prévenir l'acte raciste, la violente agression, l'homicide, l'acte de guerre, voire le génocide, de pacifier la société, les liens sociaux.* »

La conception de l'Europe et celle des Etats-Unis se différencie sur un point : la manière de traiter les paroles de haine ou *hate speech* par les systèmes judiciaires. Les Etats-Unis sont « tolérants » contrairement aux Européens qui font directement appel aux tribunaux en considérant les paroles comme étant des abus de la liberté d'expression. Toutefois, l'Europe continue d'être un marché porteur et fleurissant pour ces sociétés puisque de nombreux utilisateurs ont un usage quotidien de leurs services. La dépendance envers les services de la Silicon Valley n'a jamais été aussi forte.

L'auteur s'interroge alors sur « l'américanisation » du droit européen. Le droit californien ne serait-il pas en train d'influencer et de changer le nôtre ? « *Le premier constat que nous pouvons faire est que le digital est devenu un moyen utilisé pour défier l'État de droit des Européens.* »

VIE PRIVEE ET PRIVACY

L'auteur s'interroge sur cette question centrale : Comment concilier la vie privée et l'avènement d'Internet ?

LE FREEDOM OF SPEECH CONTRE LA VIE PRIVEE

Dans le cas où la vie privée se retrouverait exposée au public à l'insu de la personne concernée, la victime pourrait-elle engager des poursuites devant les tribunaux pour violation de sa vie privée ?

Aux Etats-Unis, si tel est le cas, la *privacy* perd à tous les coups et c'est le *freedom of speech* qui l'emporte car il relève à la loi américaine.

En Europe, le problème se pose d'une manière différente.

Sur Facebook, par exemple, les CGU mentionnent que le réseau social lutte pour la protection de la vie privée. Cependant, en cas d'atteinte à sa vie privée, la victime peut contacter la plateforme responsable de la publication (que ce soit Facebook, Youtube, Twitter, etc.) pour lui demander de retirer la photo/vidéo en question. Cela prend la forme d'un formulaire, ou d'un courriel au réseau concerné menaçant l'intervention d'un avocat. Ce combat ne mène finalement pas souvent à des poursuites puisque les plateformes étant pour la majorité américaines, elles ne sont pas « sensibles » à la notion de vie privée au sens européen du terme et font primer le droit américain et donc le *freedom of speech*.

Actuellement, il est très difficile pour une victime européenne de faire cesser la violation de sa vie privée puisque les plateformes contribuent peu voire pas à l'identification des auteurs de ces atteintes. Leurs modèles économiques sont fondés sur l'exposition et la collecte massive de leurs données personnelles.

LA VIE PRIVEE, EN PERIL FACE AU FREE SPEECH

En 2012, la CEDH (Cour Européenne des Droits de l'Homme) a admis que la vie privée pouvait légalement être violée dans une publication si cette atteinte était justifiée par la nécessité d'informer le public. Par cette jurisprudence, la vie privée se rapproche de sa soeur américaine la *privacy*.

LA VIE PRIVEE EN EUROPE

Olivier Iteanu distingue la vie privée, un droit personnel qui ne se négocie et ne se vend pas et la *privacy*, rattachée au droit de propriété.

Or, il existe en Europe un courant de pensée qui milite pour que la vie privée passe d'un droit personnel à un droit patrimonial que l'on pourrait louer ou vendre au plus offrant.

Évidemment, les grandes plateformes de l'Internet voient d'un très bon œil cette évolution. « *Il leur suffira d'acheter la vie privée des individus pour, en tant que propriétaires, exploiter librement leurs fonds de commerces* », un risque à prendre au sérieux.

LE COPYRIGHT : TALON D'ACHILLE DU DROIT CALIFORNIEN

Olivier Iteanu nous rappelle que les droits d'auteur (*copyrights*) ont vu le jour avec la création de l'imprimerie puisqu'il était question de diffuser massivement des œuvres. La production et diffusion des ouvrages avait un coût et il était nécessaire d'établir un système pour créer du profit malgré les dépenses. Les GAFAM l'ont vite compris, Internet aussi diffuse massivement des créations et ce partout dans le monde ! « *En 2015 Google a obtenu 2835 brevets et se classe désormais en cinquième position devant Apple. Amazon occupe la 26e place avec 1136 brevets attribués* ».

Ils restent cependant confrontés à de nombreux obstacles face :

À la culture massivement libertaire des internautes pour qui le droit d'auteur « porte atteinte à leur dogme du free et de la libre circulation de l'information [...] sur ce bien commun qui ne peut être accaparé ». Une véritable culture du free, du forward et de l'hyperlien, facilitée par des infrastructures (serveurs cryptés, bande passante élevée, etc.) qui offrent performance et anonymat à ceux qui profitent gratuitement de contenus payants.

À une juridiction compliquée. « Les œuvres concernées par le copyright étant « à disposition dans le cyberspace, une étendue pas toujours facile à rattacher à un territoire physique. Or les systèmes judiciaires sont et restent nationaux ». Et quand bien même le territoire (et sa juridiction) serait identifié, on se retrouve avec un « temps de l'enquête judiciaire puis procès qui est très loin du temps d'Internet et des réseaux numériques. Dans le premier cas, on compte en mois, voire en année, quand le second, on est en temps réel ». À cela, s'ajoute un nombre incalculable de « délinquants » aidés de leurs infrastructures. Le système judiciaire est alors confronté à des problèmes de moyens et de preuves.

« Les utilisateurs sont désormais les maîtres des réseaux numériques, là où les producteurs, les éditeurs et autres ayants droits dominaient dans le **monde papier audiovisuel** ».

Face à ces téléchargements illégaux, nos continents voient leur économie du droit d'auteur fragilisée. Ils vont alors s'allier. Ou du moins, l'un influencera l'autre. À tel point que l'Europe adoptera les mêmes lois que celles des Américains les mois suivants. Seule exception, dans le respect de sa liberté d'expression, l'Europe étend ces sanctions jusqu'aux utilisateurs et plateformes qui diffusent du contenu insultant, diffamant, négationniste, etc. Cela démontre que l'Europe met de côté son propre droit d'auteur (qui défend principalement les créateurs) pour se plier au copyright américain (qui défend majoritairement les ayants droit de ces créations).

Pour maintenir cet ordre, ce sont les États-Unis qui s'imposent de nouveau. De nombreux sites diffusant des contenus illégaux, ne sont pas hébergés sur son sol. Néanmoins, beaucoup sont fermés puisqu'ils dépendent d'ayants droit américains.

À l'instar de la fermeture en 2012 du site MEGAUPLOAD, orchestrée autour d'une interpellation hors-sol américain et sous l'œil des caméras du monde entier. Les États-Unis s'affirment en tant que armée internationale du web.

L'INFLUENCE AMERICAINE

Sous la célèbre maxime, « nul n'est censé ignorer la loi » les citoyens ont le devoir de connaître les lois. Dès lors, en se connectant à internet et à ses différents services, **les utilisateurs se soumettent à «un environnement que d'autres ont décidé»**. Tous acceptent des CGU (Conditions Générales d'Utilisation) sans en prendre connaissance. Des CGU écrites en français se traduisent par la loi californienne et leur mode de pensée.

Les CGU contiennent dans son ensemble bon nombre de régulations qui viennent d'une nouvelle tendance : la gouvernance Internet. Malgré tout, cela reste imprécis et dans le cyberspace il n'y a pas de place pour les territoires.

L'HEGEMONIE NUMERIQUE AMERICAINE

La «gouvernance Internet» est «personnifiée par une société de droit californien qui gère au niveau mondial les ressources rares de l'Internet que sont les adresses IP et les noms de domaine». Cette société c'est l'**ICANN : Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**. Elle délègue la gestion par contrat à des organisations privées ou publiques. Cette organisation a le pouvoir sur l'ensemble des noms de domaines mis en ligne. A tout moment, elle pourrait supprimer le «.fr» et mettre en péril le «fonctionnement de millions d'adresses électroniques et de sites Web attachés à ce domaine ». Elle est constituée de «skateholders », c'est à dire de parties prenantes et de multi-acteurs. Olivier Iteanu rapporte que l'ICANN est une organisation administrée par le gouvernement américain.

Le lobbying américain est présent en force à Bruxelles. En 2011, Alex Türk, ancien président de la CNIL, rapporte dans La vie privée en péril (Odile Jacob) qu'en 2008. En vue de la réforme du cadre européen de la régulation des données personnelles, la commission européenne a lancé un groupe de travail. Sur les cinq membres, quatre étaient en réalité des représentants de sociétés américaines. Le groupe sera dissous par la suite. Olivier Iteanu souligne un paradoxe : **les Américains qui n'ont aucune législation fédérale au titre de la protection des données personnelles sont alors invités à réfléchir à l'évolution de la réglementation européenne** dans ce même domaine. De plus, l'auteur soulève que le problème est **«bien moins la volonté hégémonique des Etats-Unis que l'absence de volonté et la naïveté des Européens »**.

AVIS ET MISE EN PERSPECTIVE

Olivier Iteanu nous livre un essai engagé et fataliste, dans lequel il déplore l'emprise du droit californien sur son homologue européen. À tel point qu'il choisit d'intituler son livre avec le terme anglophone « DIGITAL », plutôt que « numérique ». Un anglicisme déjà assimilé et largement répandu en France, symbole de cette domination.

Dès les premières lignes de son ouvrage et tout au long, il détaille les deux doctrines bien différentes que sont la liberté d'expression et le *freedom of speech*. Aussi, il fait le parallèle entre l'Europe et les Etats-Unis à plusieurs reprises : vie privée et *legacy*, droit d'auteur et *copyright*, loi et *governance*. Des parallèles qui mettent en lumière les rapports de force en faveur du droit américain. En effet, dans le cas d'un litige sur l'un de ces réseaux, il est très difficile de contacter la plateforme pour que cette dernière supprime le contenu en question. Cependant, les plateformes sont peu réactives et manifestent pas ou peu d'intérêt pour ce type de demandes. Par conséquent, si les victimes souhaitent se faire entendre, elles n'ont rarement d'autre choix que d'aller en justice face aux géants de la Silicon Valley, une démarche longue et coûteuse qui en décourage plus d'un. Nombreuses

sont les autres entraves à la défense des utilisateurs européens, mentionnées tout au long de l'essai.

L'auteur adopte une position très fataliste face à ces constats. Néanmoins, il nous parle d'un combat dont l'enjeu « *est bien de vivre en paix* ». Le terme combat nous laisse penser qu'il est encore possible de croire en un partage équitable des droits. Ces mêmes droits qui devraient être depuis longtemps accessibles pour éveiller la conscience des utilisateurs.

Agir, c'est déjà lire ces nombreuses lignes rébarbatives que vous retrouverez à chaque inscription. On les appelle les CGU et ce sont elles qui cherchent à vous tromper.