



JOURNÉE D'ÉTUDE DU 29 JANVIER 2016
VERS UN DROIT GLOBAL DU NUMÉRIQUE ?

NOTE D'ORIENTATION



SOMMAIRE

1. Note d'orientation «Vers un droit global du numérique ?»
par Bertrand WARUSFEL 1
2. Liste des ateliers de réflexion Conventions conduits dans le cadre du groupe
de travail sur « La régulation internationale du numérique » en 2014/2015 5

VERS UN DROIT GLOBAL DU NUMÉRIQUE ?

En choisissant de débattre pendant plus d'une année des principaux aspects de la régulation internationale du numérique, le programme de travail de Conventions a permis de mettre en évidence différents aspects communs aux sujets abordés : la transformation profonde des rapports sociaux ou économiques induite par la dématérialisation, les conséquences de la déterritorialisation sur l'effectivité de la règle de droit, la place très importante prise par les nouveaux intermédiaires de l'internet, les choix politiques sous-jacents ou encore les fréquentes divergences de perception existant entre les deux rives de l'Atlantique.

Mais cela a aussi renforcé notre perception de l'urgence d'une proposition politique nationale et européenne forte, qui s'appuie sur ces facteurs de transversalité pour fonder un droit global du numérique, dont le besoin paraît adapté à l'importance des transformations que ces technologies induisent.

La transformation numérique va bien au-delà d'une simple mutation technique

Si l'informatique s'est introduite dans les entreprises et les organisations depuis une cinquantaine d'années et si sa mise en réseau ne s'est généralisée qu'il y a vingt ans, on aurait tort de croire que nous assistons simplement à une accélération du développement des technologies de traitement de l'information.

En effet, un basculement s'est opéré durant cette dernière décennie entre l'ancienne posture de l'homme autonome sollicitant l'ordinateur pour automatiser une tâche et celle de *l'homo numericus* contemporain dont une très grande partie des activités, tant personnelles que professionnelles, implique l'accès et l'exploitation permanente des ressources numériques. Là où l'on assistait à une pratique discontinue de l'informatique, on vit aujourd'hui une immersion de plus en plus profonde et incontrôlable dans la numérisation de tous les aspects de l'existence, ainsi qu'une dépossession générale de la maîtrise des données via le développement des offres de « cloud ».

Ce phénomène s'accompagne aussi d'un brouillage de la distinction traditionnelle (et structurante économiquement et juridiquement) entre le client et le fournisseur, l'utilisateur et le producteur d'informations ou de services. Chacun devient, sans toujours en mesurer les conséquences, un « pro-sommateur », passant du simple consommateur à la production et à la diffusion de données et de contenus qu'il génère y compris malgré lui.

Après des périodes marquées successivement par l'ordinateur, le logiciel, puis le réseau, voici que nous entrons dans l'ère de la donnée, c'est-à-dire de l'échange, de la

collecte et du traitement numérique généralisé, celle de la calculabilité et de la prédictivité. Plus encore que précédemment, ce nouveau temps de la transformation numérique – qui induit autant d'espoirs que de craintes - a donc besoin de valeurs et de règles. Si les premières resteront toujours personnelles, les secondes ne peuvent que résulter d'un processus collectif et réellement politique.

Le droit, paramètre majeur de la redistribution de la valeur et du pouvoir dans l'univers numérique

Cette transformation, qui remet en cause les cadres traditionnels de gestion de toutes nos activités, produit une nouvelle demande de droit.

On est désormais loin de l'utopie originelle d'un cyberspace libre et sans droit qui aurait « plané » au-dessus du monde physique toujours régi par les lois anciennes. Aujourd'hui, l'espace numérique n'est plus un lieu à part mais constitue le cœur d'un grand nombre d'activités. En se connectant à un service en ligne, l'internaute ne quitte pas le monde réel, il cherche au contraire à ce que les ressources numériques qu'il mobilise lui permettent d'agir efficacement dans le monde réel qui l'entoure.

Les règles applicables à ces activités numériques s'imbriquent donc étroitement avec celles régissant les activités concrètes de chacun. Le droit du numérique va ainsi cesser d'être une niche juridique sectorielle pour devenir plutôt une dimension transversale de nos systèmes juridiques, lesquels vont de plus en plus se « numériser », non seulement dans leurs modalités pratiques de mise en œuvre (diffusion des normes, transactions en ligne, cyber-tribunaux...) mais aussi au sens où toutes leurs dimensions (civiles, commerciales, pénales, administratives, sociales...) vont intégrer les effets de la dématérialisation des rapports sociaux et économiques.

Avec la déterritorialisation de l'espace numérique, chacun sent bien qu'il faut élaborer de nouvelles règles et outils, qu'il s'agisse de pratiques contractuelles en ligne, de la réglementation générale des services numériques (par exemple, via la directive de l'Union européenne de 2000 sur le commerce électronique) ou d'infractions pénales spécifiques sanctionnant les atteintes commises sur et via les réseaux (dans leur dimension nationale – comme dans le code pénal français – mais aussi internationale, comme la Convention de Budapest sur la cybercriminalité).

Ce besoin d'encadrer la numérisation des activités et de gérer efficacement les conflits qu'elle suscite se fait d'autant plus sentir que la dématérialisation rend inefficace de nombreuses garanties qui contribuaient à réguler les transactions dans le monde physique. Mais il est encore renforcé par l'inquiétude qu'engendrent désormais les nouvelles possibilités de surveillance automatique des flux et des traces que chacun génère, qu'il s'agisse des moyens techniques de renseignement d'État (dont l'affaire Snowden nous révèle l'ampleur méconnue) ou de celles des grandes plateformes numériques et des différents prestataires de service en ligne. Contournant les règles classiques régissant les données personnelles (puisque ce sont toutes les traces qui sont exploitables et non plus seulement les données identifiant un individu) ou l'encadrement des activités commerciales (puisque les intermédiaires numériques se

contentent souvent de faciliter la mise en relation sans participer à la transaction), ces nouvelles pratiques nous poussent à imaginer un cadre juridique renouvelé qui fixe les droits et obligations des utilisateurs et des prestataires et qui en assure le respect.

Mais la production d'un droit adapté à la redistribution de la valeur et du pouvoir que provoque la numérisation de la société doit avoir nécessairement une dimension transnationale. Car, outre la prégnance du droit européen sur les matières concernées, il doit s'appliquer à des opérateurs et à des transactions qui traversent les frontières et leur fournir des règles de résolution des conflits appropriées à la nature globale des réseaux numériques.

La production d'un droit du numérique négocié, enjeu politique et international

La nécessité de construire un droit global du numérique a été prise en compte dès les débuts du développement international de l'internet. Ainsi, furent signés en 1996 le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (qui, le premier, s'efforçait d'adapter le droit de la propriété intellectuelle à la nouvelle réalité des réseaux) et en 2001 la convention de Budapest déjà citée (dont le périmètre dépasse aujourd'hui celui des seuls États membres du Conseil de l'Europe, et comporte notamment une dimension transatlantique forte). Par ailleurs, et plus indirectement, c'est bien à une régulation mondiale des noms de domaine – même très imparfaite – qu'a abouti la mise en place de l'ICANN et de ses procédures en 1998.

Dans les mêmes années, la production normative de l'Union européenne s'est intensifiée, qu'il s'agisse des directives sur la signature électronique (1999), le commerce électronique (2000) ou le droit d'auteur dans la société de l'information (2001). Mais, tout comme au niveau international (avec l'échec relatif des sommets successifs sur la société de l'information), on a assisté plus récemment à un ralentissement. Et ce, malgré le remplacement de la directive sur les signatures électroniques (par le règlement du 23 juillet 2014), la réforme du droit des données personnelles (sans doute prochainement votée) ou la prochaine directive sur la sécurité des réseaux (NSI).

On peut trouver plusieurs causes à cette relative stagnation du cadre législatif du numérique dans la dernière période. Outre la nécessité de faire une pause permettant à toutes les parties prenantes (entreprises, citoyens-consommateurs, juristes, juges) de s'approprier les nouvelles règles du jeu numérique, le risque de contrariété et de blocage avec la politique et le droit des États-Unis a largement contribué à freiner les ardeurs et les projets. Que ce soit sur le terrain conflictuel des données personnelles, sur celui des pratiques de propriété intellectuelle (longtemps favorables aux titulaires de droits en Amérique du Nord qu'il s'agisse de la protection des logiciels, des inventions numériques ou des méthodes de commerce en ligne) ou sur celui des droits régaliens en matière de surveillance électronique, les désaccords transatlantiques ont paru impossibles à surmonter, empêchant toute progression vers l'émergence de normes juridiques mondiales applicables à l'espace numérique. Le récent arrêt de la Cour de justice censurant l'accord « Safe Harbor » en a été la dernière illustration.

Parallèlement, on peut penser que l'ardeur des Européens à enrichir leur droit du numérique et à l'exporter a été freinée par les choix politiques difficiles que la poursuite de ces réformes impliquerait nécessairement : entre lutter contre la cyber-délinquance en renforçant la sécurité des données (notamment par le chiffrement) ou favoriser la surveillance étatique sur le réseau pour protéger la sécurité nationale, l'arbitrage reste délicat ; de même en est-il s'agissant de la balance à redéfinir entre les créations numériques appropriables et ces « communs informationnels » dont il faudrait protéger la liberté ; c'est aussi la responsabilité des plateformes (qui sont devenues beaucoup plus que de simples intermédiaires passifs) qui doit être repensée sans pour autant briser la dynamique de l'offre de services en ligne, ou enfin la recherche d'une conciliation efficace entre la délocalisation des transactions numériques et la territorialité inhérente aux législations fiscales.

Plus profondément encore, l'essor actuel des techniques algorithmiques et des *big data* appelle certainement une réflexion de fond sur la nécessité ou non de réguler les pratiques prédictives qui pourraient proliférer rapidement, au risque d'inverser gravement la relation entre l'homme et son environnement technique. Enfin, la nécessité de garantir aux ressources centrales de l'internet une protection efficace devrait conduire les États développés à négocier avec les différents acteurs le cadre d'une gouvernance et d'un droit international du cyberspace.

Ces thèmes essentiels ont une double caractéristique : d'une part, ils ne pourront être efficacement traités qu'au prix de choix politiques audacieux eux-mêmes précédés par des délibérations démocratiques complexes (parce qu'ils impliquent des sujets techniques et sensibles) ; d'autre part, sur tous ces sujets, le consensus européen indispensable pour élaborer une norme efficace devrait être complété par une négociation transatlantique ambitieuse et de long terme. Ce n'est, en effet, qu'au prix de positions communes équilibrées entre l'Europe et ses partenaires nord-américains qu'ils pourront ensemble proposer au reste de la communauté internationale les bases d'un droit global du numérique.

Face à ces évidences, beaucoup hésitent et font valoir toutes les raisons possibles de douter de la possibilité de mener un tel exercice juridique, politique et diplomatique. Mais nous n'avons sans doute pas le choix. Si de grands principes régulateurs de l'économie et de la société numériques ne sont pas produits par un processus politique et diplomatique volontaire, il y a fort à parier que ce droit du numérique s'imposera à nous par le bas, c'est-à-dire par le jeu obscur des acteurs technologiques maîtres du marché, de leurs pratiques techniques et commerciales, ainsi que des lobbies. Plus grave encore, une partie de cette régulation sera alors invisible car elle sera discrètement codée au cœur des logiciels, des plateformes et des services. A l'opposé de notre tradition d'un droit accessible, démocratiquement élaboré et humainement appliqué, ce serait alors la technique qui dirait son droit en imposant par la force de son code et de ses algorithmes une règle d'airain indiscutable et n'offrant aucune garantie d'expression de l'intérêt général. Face à cette perspective, l'ambition politique – pour risquée quelle soit – devient peut-être alors la seule véritable sagesse.

Bertrand WARUSFEL

Liste des ateliers de réflexion

conduits dans le cadre du groupe de travail sur

« LA RÉGULATION INTERNATIONALE DU NUMÉRIQUE »

2014 – 2015

au Ministère des Affaires étrangères

Dans le cadre de sa stratégie d'influence par le droit et des importantes négociations internationales dans le domaine, la Direction générale de la mondialisation du ministère des Affaires étrangères a souhaité approfondir sa réflexion sur les questions de régulation du numérique. Dans cette perspective Conventions a constitué un groupe de travail réunissant des diplomates, des juristes, et différents spécialistes et praticiens des nouvelles technologies afin de dresser un premier état des lieux des questions de droit du numérique qui demandent à être construites et débattues au plan international ; d'avancer dans l'appréhension des enjeux essentiels et des arbitrages politiques nécessaires ; et de contribuer ainsi à l'élaboration d'une « stratégie numérique extérieure » pour la France et l'Europe. Ce travail de réflexion a été mené sous la responsabilité scientifique de Bertrand Warusfel, Professeur à l'Université de Lille 2 et chercheur associé à l'IHEJ. Un cycle d'ateliers de réflexion ouverts aux membres du groupe ainsi qu'aux diplomates et aux adhérents de Conventions intéressés par ces sujets a été programmé tout au long de l'année 2014 - 2015. En parallèle de ces ateliers, ont été partagés un certain nombre de ressources documentaires et d'analyses écrites qui ont donné lieu à un travail de documentation et de synthèse. Des dossiers documentaires permettant de bien situer les enjeux de la discussion ont été préparés en amont des ateliers, et des comptes-rendus synthétiques ont été rédigés au fur et à mesure de l'avancée des travaux.

L'inscription de la loi Lemaire dans l'agenda numérique européen

Invités : *Michèle DUBROCARD, Conseillère justice, Représentation Permanente de la France auprès de l'Union européenne ; Pascal ROGARD, Conseiller, Représentation Permanente de la France auprès de l'Union européenne ; Jean Baptiste SOUFRON, Avocat, ancien Secrétaire Général du Conseil National du Numérique.*

La sécurité des réseaux, entre cybercriminalité et renseignement électronique global.

Invités : *Lionel DE SOUZA, Group chief data protection officer, Atos ; Florence MANGIN, Coordinatrice pour la cybersécurité, ministère des Affaires étrangères et du développement économique international ; Bertrand WARUSFEL, Professeur à l'Université de Lille 2, Avocat au Barreau de Paris.*

Quel droit pour les données à l'heure des méga-données ?

Invités : Pierre TRUDEL, Professeur à l'Université de Montréal, Titulaire de la Chaire L.R.Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique ; Jacky RICHARD, Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État ; Laurent CARON, Avocat au barreau de Paris, expert au sein du comité technologies du Conseil des Barreaux européens

Gouvernance de l'internet : quel modèle ?

Invités : David MARTINON, Représentant spécial pour les négociations internationales concernant la société de l'information et de l'économie numérique ; Julien NOCETTI, Chercheur à l'IFRI, au Centre Russie/NEI.

Numérique et libre échange

Invités : Karim BENYEKHFLEF, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal ; Yann BONNET, Rapporteur général, Conseil national du numérique ; Alexandre MENAIS, Executive Vice-President and Group General Counsel at ATOS ; Jean-Baptiste SOUFRON, Secrétaire général, Conseil national du numérique

Le droit d'auteur au défi des pratiques numériques

Invités : *Benoit KERJEAN, Directeur juridique, La Martinière-Le-Seuil ; Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin, membre de l'Association française pour la protection internationale du droit d'auteur (AFPIDA).*

Les stratégies des firmes du net face aux régulations nationales

Invités : Alain STROWEL, Professeur à l'UCLouvain, avocat « Of counsel », Covington & Burling LLP, et auteur de *Quand Google défie le droit* (De Boeck-Larcier, 2011) ; Bertrand WARUSFEL, Professeur, Université de Lille 2, avocat associé, Feltesse, Warusfel, Pasquier & Associés (FWPA)

NOTES

