

OLIVIER ITEANU

QUAND LE **DIGITAL** DÉFIE L'ÉTAT DE DROIT

EYROLLES

QUAND LE DIGITAL DÉFIE L'ÉTAT DE DROIT

Avez-vous déjà lu les fameuses CGU (Conditions générales d'utilisation) avant de créer un compte sur Facebook, Google ou Twitter ? Ces dernières prévoient qu'en cas de litige le juge californien sera compétent. La cour d'appel de Pau a jugé en 2012 ce type de clause abusive, car contraire au droit français de la consommation. Or, quatre ans plus tard, ces plateformes continuent de maintenir cette clause abusive dans leurs CGU au mépris du droit et en toute impunité. Car qui a les moyens d'affronter la puissance financière et juridique des géants américains du numérique ? Les États européens eux-mêmes abdiquent ou, au mieux, cherchent à négocier plutôt qu'à faire appliquer la loi.

Vie privée, liberté d'expression, droits d'auteur, rôle de l'État dans les mécanismes de régulation... Alliés de circonstance des libertariens de la côte ouest des États-Unis, les grands acteurs du numérique imposent leurs règles et leurs valeurs. *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 ?* Dans cet essai accessible à tous, Olivier Iteanu lance 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 ?*



Avocat à la cour d'appel de Paris et chargé d'enseignement aux universités de Paris I Sorbonne et Paris-Saclay, **Olivier Iteanu** est un des meilleurs spécialistes français et européens du droit du numérique et des communications électroniques. Auteur du premier ouvrage de droit français sur Internet (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 (www.legalis.net). Il est également administrateur d'Eurocloud France et vice-président de Cloud Confidence.

QUAND LE DIGITAL
DÉFIE L'ÉTAT DE DROIT

Éditions Eyrolles
61 bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com

Du même auteur :

Internet et le droit, Eyrolles, 1996.

Le nouveau marché des télécoms, en collaboration avec
Marianne Vormes, Eyrolles, 1998.

Tous cybercriminels, Jacques-Marie Laffont Éditeur, 2004.

L'identité numérique en question, Eyrolles, 2008.

En application de la loi du 11 mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage, sur quelque support que ce soit, sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie, 20, rue des Grands Augustins, 75006 Paris.

© Groupe Eyrolles, 2016
ISBN : 978-2-212-11859-9

Olivier Iteanu

QUAND LE DIGITAL
DÉFIE L'ÉTAT DE DROIT

EYROLLES



Sommaire

Introduction	9
Une autre transformation oubliée	10
Le droit américain à portée de clic des Européens	12
Le digital, un nouveau moyen de défier l'État de droit.....	16
Un second défi qui vient de l'intérieur	21
Les forces en présence	24

CHAPITRE I

Liberté d'expression et freedom of speech	31
Deux doctrines bien différentes	32
Paroles de haine en Europe, état des lieux	35
Quand le droit d'accès à Internet devient une modalité de la liberté d'expression, la cohérence européenne.....	45
Hypersurveillance et liberté d'expression, l'incohérence américaine	52
En conclusion, la liberté d'expression est-elle devenue <i>freedom of speech</i> ?	56

CHAPITRE 2

Vie privée et privacy	67
Recherche défenseur désespérément	68
Paroles de législateur	70
Contre le <i>freedom of speech</i> , la vie privée perd-elle à tous les coups ?	75

Les États-Unis, un grenier à données personnelles de l'Europe illégal ?	82
Le droit à l'oubli : illustration des difficultés européennes	89
Sous nos pieds, nos traces, au-dessus de nos têtes, l'hypersurveillance	93
En conclusion, la vie privée sacrifiée sur l'autel du digital.....	99

CHAPITRE 3

<i>Droits d'auteur et copyright</i>	105
De l'imprimerie à l'arrivée d'Internet.....	105
Lutte contre le téléchargement illégal : les enjeux pour tous	111
Lutte contre le téléchargement illégal : aux États-Unis aussi	121
Droits d'auteur et <i>copyright</i> , l'autre lutte continue.....	130
En conclusion, <i>copyright</i> et droits d'auteur, une relation exemplaire	137

CHAPITRE 4

<i>Loi et governance</i>	141
Une hiérarchie contestée	142
La loi devenue hors la loi.....	144
La <i>governance</i> et son modèle, l'ICANN	150
L'autorégulation, un allié de la loi.....	160
De quelques réflexions sur une loi européenne diminuée	164
En conclusion, qui viendra au secours de la loi européenne ?	173

CONCLUSION

<i>L'Europe, la grande absente, donc la grande victime</i>	177
Les relations entre libertariens, Silicon Valley et Washington	177
Du défaitisme au retour des volontés	180
Un espace ambivalent.....	183
Le coup d'État digital ?	184
<i>Remerciements</i>	187

« Nous croyons que les plateformes technologiques comme Google, Facebook, Amazon et Apple sont bien plus puissantes que ne le perçoivent les gens, et notre monde futur sera partout profondément transformé par leur adoption et leur succès. »

Extrait de *The New Digital Age*, Eric Schmidt, président de Google, et Jared Cohen, directeur de Google Ideas, John Murray, 2013.

Introduction

Le digital est entré dans nos vies par effraction. Personne n'a voté pour lui.

Pourtant, il est présent au quotidien.

Un beau jour, à une date qu'il est difficile de préciser, il s'est imposé avec sa cohorte de services, essentiellement autour ou sur les réseaux de communication électronique, ex-réseaux télécoms.

Ces services nous donnent accès à plus de savoir, à la connaissance. Ils nous donnent la parole. Ils nous permettent des rencontres, des échanges, des partages. Ils nous rendent d'énormes services.

« Digital » est un mot anglais. Il est traduit en français par le terme « numérique ».

Il a une double origine, à la fois latine (*digitus*, le doigt) et anglaise (*digit*, le nombre). À lui seul, il est le symbole de la rencontre de deux continents, l'Europe et l'Amérique, de deux histoires et de deux cultures.

Car l'usage de ce mot anglais dans le titre de notre ouvrage n'est pas fortuit.

Il traduit un phénomène que tout observateur attentif peut constater en Europe.

L'Europe et la France en particulier montrent une grande perméabilité au numérique *made in USA*.

Google, Apple, Facebook et Amazon, ceux qu'on appelle « GAFA », sans oublier Microsoft, Twitter, YouTube, Uber, Airbnb, TripAdvisor et bien d'autres, font la course en tête en Europe. Ce sont toutes des sociétés ou des groupes américains qui nous proposent leurs services numériques au quotidien.

Cette perméabilité ne se constate pas partout. En effet, en Russie, le moteur de recherche numéro un s'appelle Yandex, et en Chine, son nom est Baidu.

Au contraire, en France, en 2015, Google a capté 93,37 % des requêtes sur les moteurs de recherche¹. Les poursuivants sont Bing de Microsoft et Yahoo! Search, deux autres sociétés américaines.

Au contact de ces géants, dont la plupart n'existaient tout simplement pas il y a vingt ans, la société européenne se transforme à vive allure. C'est ce qu'on appelle la transformation numérique.

Une autre transformation oubliée

Cette transformation est en premier lieu d'ordre technique ou technologique.

Les entreprises, les organisations humaines se numérisent. Elles bénéficient de machines qui ont une puissance de calcul de plus en plus importante. Elles jouissent aussi d'outils logiciels d'aide à la décision de plus en plus performants. Enfin, le numérique se met à la disposition de la communication humaine et interpersonnelle jusqu'à la relation clients, la publicité, le marketing et la vente.

Cette transformation entraîne également un bouleversement des modèles économiques existants. Uber, Airbnb, pour prendre les

1- Statcounter, « Parts de marché sur l'ensemble des requêtes effectuées en France en 2015 », rapporté par le Journal du Net (JDN) le 25 juillet 2015.

plus en vue, bousculent des modèles économiques établis depuis des décennies. D'autres diront qu'ils détruisent des équilibres économiques et sociaux au sein des sociétés européennes.

Cette double transformation est massive. Au niveau du citoyen, elle génère des usages et des comportements nouveaux, surtout chez les plus jeunes. Au niveau de l'entreprise, des administrations, elle exige un changement profond² de culture, de méthodes et d'organisation.

Dans un des derniers rapports officiels publiés en France par l'Inspection Générale des Finances (IGF)³ intitulé « Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation », les auteurs du rapport considèrent qu'en 2012, 80 % de l'économie française était déjà concernée par l'économie numérique.

L'IGF distingue d'abord le cœur de l'économie numérique, à savoir l'offre à proprement parler. Ce premier cercle représente seulement 5,2 % du PIB français et 3,7 % des emplois. Il met ensuite en avant des secteurs dits transformés par le numérique comme, notamment, la publicité, la presse, la finance ou le tourisme, représentant 12 % du PIB. Enfin, les auteurs de ce rapport voient un troisième cercle constitué des secteurs dont la productivité a crû « *significativement grâce au numérique* ». Il concerne l'enseignement, l'administration, le commerce, la distribution et l'automobile principalement, et représente 60 % du PIB.

Cependant, ce phénomène ne génère-t-il pas une troisième transformation, en plus de l'évolution technique et économique ? Notre droit ne se transforme-t-il pas, au contact du digital ? Notre réponse à la question est positive. Oui, le droit se modifie sous l'effet du numérique et c'est de cette transformation oubliée que nous nous proposons de traiter.

2- Fayon, D., Tartar, M., *Transformation digitale, 5 leviers pour l'entreprise*, Pearson, 2014.

3- Inspection Générale des Finances, Rapport n° 2011-M-060-02, « Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation », Siné, A., Hausswalt, P., Garcin, C., Parent, B., Le Pape, J., Margat, T., 2012.

Dans un État démocratique et laïque, comme le sont tous les États de l'Union Européenne (UE), la loi et donc le droit, émanent de l'État. Pour le constitutionnaliste français Raymond Carré de Malberg, l'État est lié à l'apparition d'un ordre juridique⁴.

Car l'État est une réalité historique, politique et juridique sur l'ensemble de la surface de la Terre.

Près de deux cents États sont reconnus par l'Organisation des Nations Unies (ONU), regroupant 99 % de la population mondiale.

Chaque État dispose de ses propres lois pour son propre territoire. Parfois, certains États se regroupent pour harmoniser leurs droits locaux selon différents mécanismes. Dans l'UE, les institutions européennes prennent des directives pour harmoniser les droits locaux des États membres. Chaque parlement de chaque État transpose ensuite la directive dans son droit local⁵.

Nous entendons par « État de droit », un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées et où la puissance publique est soumise au droit. Le titre de cet ouvrage, *Quand le digital défie l'État de droit*, pose donc la question de savoir si la transformation numérique transforme également la norme démocratique qu'est le droit, jusqu'à la diminuer, voire l'exclure ?

Le droit américain à portée de clic des Européens

Comme nous l'avons dit, le citoyen européen consomme au quotidien un grand nombre de services numériques.

Or chaque consommation d'un service présuppose qu'un contrat ait été proposé et accepté par l'utilisateur. En effet, les services, lorsqu'ils sont proposés en ligne, ne sont accessibles qu'à la condition que l'utilisateur ait préalablement accepté le contrat proposé

4- Carré de Malberg, R., *Contribution générale à la théorie de l'État*, Sirey, 1962.

5- L'autre mécanisme est le règlement de l'UE, qui a une application directe et obligatoire dans les États membres.

par le fournisseur de services. Ce sont les fameuses Conditions Générales d'Utilisation (CGU) où le double-clic vaut acceptation.

Les mauvais prestataires les rendent très longues et donc difficilement lisibles. Les articles les plus importants se trouvent au milieu ou en fin de contrat. Le résultat est connu de tous. Peu nombreux sont ceux qui prennent le temps et surtout la peine de lire les CGU. Et pourtant, tous les utilisateurs les acceptent...

Par l'effet du double-clic, qu'elles aient été lues ou pas, ces CGU deviennent alors en droit, le contrat qui va lier le prestataire à l'utilisateur.

Retraçons une journée ordinaire d'une jeune Européenne vivant en France, que l'on nommera Alice. Elle dispose d'un smartphone, d'une tablette et de tout l'attirail traditionnel de ses semblables de nos jours. Listons tous les services auxquels elle souscrit ou qu'elle a souscrits et qu'elle utilise au fil des heures.

Pour chaque contrat, nous indiquons la nationalité et le lieu d'établissement du prestataire, ainsi que le droit applicable au contrat et la juridiction désignée audit contrat, pour gérer un éventuel litige.

La journée ordinaire d'Alice (Paris, juin 2016)

07H00

Dès le réveil, avant toute chose, Alice consulte son programme de la journée sur l'agenda Google

⋮ Google Inc., Californie
⋮ Loi et tribunaux de Californie

07H05

Comme chaque matin, elle monte sur sa balance connectée Fitbit

⋮ Fitbit Inc., Californie
⋮ Loi de Californie et American Arbitration Association

07H10

Alice consulte les dernières informations de la nuit sur Twitter

⋮ Twitter, Dublin
⋮ Loi et tribunaux de Californie

07H20

Elle regarde ensuite son Instagram

- Instagram LLC, Californie
- Loi et tribunaux de Californie

07H45

Enfin, elle se connecte sur Facebook pour voir ce qu'ont posté ses « amis »

- Facebook, Irlande
- Loi et tribunaux de Californie

08H20

Alice saute dans un véhicule Uber pour se rendre au travail

- Uber, Amsterdam
- Loi des Pays-Bas et arbitrage devant la Chambre de commerce internationale (CCI) à Amsterdam

08H21

En chemin, elle écoute sa musique préférée sur Napster

- Napster, Luxembourg
- Droit et tribunaux anglais

09H00

Au travail, son premier appel est pour sa maman sur WhatsApp

- WhatsApp Inc., Californie
- Loi et tribunaux de Californie

10H00

Ses fichiers de travail sont sur Dropbox

- Dropbox, Irlande
- Loi et tribunaux de Californie

11H20

Alice organise une conférence téléphonique avec des clients sur Skype

- Skype, Luxembourg
- Loi du Luxembourg sauf loi contraire prévue pour consommateurs ; pas de tribunaux spécifiés

15H00	Cet après-midi, elle fait des actions de marketing sur LinkedIn, qui lui a permis de trouver son emploi actuel - LinkedIn, Irlande - Loi et tribunaux de Californie
19H30	Elle commande son plat thaïlandais préféré et paie <i>via</i> PayPal - PayPal, Luxembourg - Loi et tribunaux anglais ou français
21H30	Avant de se coucher, c'est l'heure du rituel de sa série préférée sur Netflix en anglais, sous-titrée en français bien sûr - Netflix, Pays-Bas - Loi des Pays-Bas et tribunaux non spécifiés
22H30	Alice n'oublie jamais de souhaiter une bonne nuit au touriste de passage qui loue une chambre de son petit appartement. Cela lui permet de payer ses charges... - Airbnb, Irlande - Loi et tribunaux irlandais

Le tableau a été réalisé sur la base des conditions générales des offres rendues accessibles au public par les différentes sociétés citées et constatées au 8 juin 2016. Qu'elles soient d'utilisation, de vente ou de licence, toutes ces conditions générales sont rédigées en langue française pour des services proposés sur le territoire français.

Pour qui croit en l'État de droit, au sens où nous l'avons entendu, à savoir des citoyens soumis au droit qui émane de leur État, le constat est terrifiant. Aucune de ces sociétés ne propose d'emblée, de manière claire et explicite, à l'utilisateur résidant en France un contrat soumis au droit français.

Le digital, un nouveau moyen de défier l'État de droit

Voilà des sociétés qui destinent leurs services au marché français, qui font de la publicité vers le public français, pour l'attirer à leurs services, qui proposent leurs CGU en langue française, mais qui n'entendent pas se soumettre à la loi de leurs clients ?

Pourquoi ? Il y a de très nombreuses réponses possibles à cette question et la fiscalité n'est jamais loin⁶. Mais il n'y a pas que ça. Un ensemble d'autres motifs existe pour expliquer ce constat.

Tout d'abord, ces prestataires sont d'une autre culture, ils connaissent un autre droit, le leur, et se sentent dès lors mal à l'aise avec le droit français. C'est un réflexe naturel qui est aujourd'hui permis grâce ou à cause de la société mondiale en réseaux.

D'autres groupes américains, dans l'informatique, ont intégré la société française, ouvert des bureaux, créé des emplois, de la valeur en France et en Europe. Des exemples comme IBM sont souvent cités. Mais c'était avant Internet et le digital. Les nouvelles sociétés technologiques sont nées dans cet environnement et, si elles le peuvent, entendent gérer leurs relations juridiques de là où elles sont le plus à l'aise.

Ensuite, le droit français n'a pas la réputation de faciliter le business. Incidemment, la justice française est crainte. Est-ce une réputation usurpée ou une réalité ? Nous pensons que cette réputation négative, qui a cours en particulier dans le monde anglo-saxon, est une exagération qui n'est pas dénuée d'arrière-pensées.

Mais le problème n'est pas là. C'est tout simplement une question de principe. Ces sociétés destinent leurs services aux consommateurs français, sont intéressées par leur argent ou par leur trafic,

6- Collin, P., Colin, N., « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique », rapport au ministre de l'Économie et des Finances et au ministre du Redressement productif, janvier 2013.

voire leurs données, mais n'entendent pas en contrepartie leur accorder la garantie d'un contrat soumis à leur droit. Est-ce légal ?

Vis-à-vis de ceux qu'on qualifie de consommateurs par rapport aux professionnels, la réponse est non. Les juges français ont justement rappelé cette évidence à Facebook.

La cour d'appel de Pau a déjà jugé en 2012 que la clause de compétence des juridictions californiennes intégrée aux CGU de Facebook était abusive, c'est-à-dire non opposable aux consommateurs⁷. Le droit de la consommation européen est une loi dite de police. Aucun professionnel ne peut échapper à l'application du droit européen, en l'occurrence français, et aux juridictions françaises dans ses relations avec les consommateurs.

Cette décision de la cour d'appel de Pau n'est donc pas une surprise.

Pourtant, en dépit de cette première affaire, Facebook a maintenu la clause dans ses CGU. En 2011, l'un de ses membres français, mécontent de voir son compte fermé, a assigné le réseau social devant le tribunal de grande instance (TGI) de Paris. Facebook Inc. opposait sa clause au profit des juridictions californiennes et demandait au juge le renvoi de l'affaire au soleil de la Californie. Sans surprise le tribunal, puis la cour d'appel de Paris le 12 février 2016⁸, soit quatre ans après la cour d'appel de Pau, ont confirmé le caractère abusif de la clause californienne.

Les deux cours d'appel ont fait une application d'un règlement communautaire de 2000, parfaitement clair sur la question et qui donne compétence au juge local du consommateur⁹.

Pourquoi une société comme Facebook, et certainement d'autres, munies de services juridiques et assistées d'avocats,

7- Cour d'appel de Pau, 23 mars 2012, n° 11/03921 - http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3382

8- Facebook Inc./Monsieur X, Cour d'appel de Paris, 12 février 2016, n° 15/08624, www.legalis.net.

9- Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (art. 15 et 16).

maintiennent-elles en dépit de l'évidence une telle clause illicite dans leurs contrats ? Pourquoi dans notre tableau, les responsables de l'offre sont toutes des entités juridiques non françaises, quand certaines de ces sociétés ont par ailleurs des établissements en France ? C'est par exemple le cas de Facebook avec Facebook France ou de Google avec Google France. Pourtant, ce ne sont ni Facebook France ni Google France que ces deux groupes ont choisi de mettre au contrat, face à leurs clients. Pourquoi ?

D'abord, l'effet psychologique de la présence de cette clause, même manifestement abusive, est recherché. Combien de membres ou clients mécontents ont renoncé, à la lecture d'une clause les renvoyant en Californie sous la loi américaine, à engager une action contre leur prestataire de services pour la défense de leurs droits ? Souvent, ils ne savent tout simplement pas qu'une telle clause est abusive et, s'ils en sont conscients, perçoivent là qu'il y aura une bataille juridique à mener sur la compétence du juge et la loi applicable. En résumé, ils cèdent au découragement.

Les éventuels « mauvais coucheurs » sont en effet avertis que la bataille judiciaire sera longue. Or, le temps n'est jamais un facteur neutre. Dans l'affaire ayant abouti à l'arrêt de la cour d'appel de Paris, l'ex-membre de Facebook avait saisi le tribunal le 27 février 2011. Il a obtenu cinq ans plus tard, le 12 février 2016, un arrêt de la cour qui dit simplement que la clause est abusive et que le juge français est compétent pour connaître de son dossier. Le chemin vers la reconnaissance de ses droits est encore long...

Par ailleurs, nous avons remarqué que les cocontractants d'Alice sont tous des entités juridiques de droit étranger. C'est une difficulté supplémentaire pour saisir un juge français en cas de litige. En effet, pour cela, il faut faire délivrer un acte par un huissier de justice. L'intervention de ce dernier sera plus onéreuse pour un acte à délivrer à l'étranger. Dans certains pays, on exige même ou il est fortement recommandé que l'acte qui saisit le tribunal

français soit traduit dans la langue locale de la société attaquée. C'est le cas aux États-Unis. Il faudra donc traduire les documents en langue anglaise. Le coût de la traduction devra être avancé par le plaignant, soit des frais supplémentaires à supporter pour faire valoir ses droits.

Enfin, si le plaignant réussit à mener son action à son terme et obtient une condamnation de son prestataire de services à le dédommager financièrement et à payer ses frais de procédure, il lui restera à faire exécuter la décision judiciaire obtenue... dans le pays d'établissement de son adversaire. Là encore, des délais d'attente, des frais supplémentaires, parfois très importants, lui seront réclamés et devront être avancés.

Au final, et c'est notre premier constat, cette situation anormale tend à priver le citoyen français ou la personne résidant en France de la possibilité de saisir sans difficultés son tribunal local.

C'est ce qu'ont relevé les juges de la cour d'appel de Paris dans cette affaire Facebook Inc., que nous venons de citer, jugée en février 2016. L'arrêt rendu comporte un attendu assassin.

Les juges constatent que Facebook oblige ses clients « à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ; que les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action (...) et à le priver de tout recours à l'encontre de la société Facebook Inc. ; qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises... ».

Bien sûr, il pourrait être dit que nul n'est contraint de recourir à ces services et qu'après tout, si on n'est pas satisfait ou on considère

ne pas avoir suffisamment de garanties, il suffit d'y renoncer. Cette assertion est cependant à nuancer.

Un adolescent européen a-t-il vraiment le choix de ne pas être visible sur Facebook ou Snapchat ? Ne risque-t-il pas alors d'être coupé de la communauté de ses « amis » ? La pression est forte. À l'autre extrémité de l'échiquier générationnel, j'ai participé en juin 2016 à un évènement organisé par une association des anciens d'HEC, Gen'Fifty, une association regroupant les plus de 50 ans, diplômés de cette grande école. Le thème de la soirée était « employabilité et e-réputation ». Mon thème d'intervention était l'e-réputation en droit, mes co-intervenants étaient tous chasseurs de têtes. Devant une salle comble et captivée, en recherche de réorientation de leur carrière pour certains, en recherche d'emploi pour d'autres, ou plus simplement curieux, il n'a été question durant ces deux heures d'intervention que du réseau social professionnel LinkedIn.

Comment se présenter au moyen de son profil ? Quelles photos faire figurer ? Quelles demandes de connexion accepter ou refuser ? Comment provoquer une offre ou comment y répondre ? À écouter les trois chasseurs de têtes intervenant, tout passerait aujourd'hui par LinkedIn, une société rachetée par Microsoft en juillet 2016, pour une recherche d'emploi d'un certain niveau. Inutile de préciser que Pôle emploi n'a pas été cité une seule fois. De quelle latitude dispose-t-on dans ces conditions, pour se passer d'un tel service quand on recherche un nouvel élan dans sa carrière ou un emploi ?

Notre dépendance vis-à-vis des services de la Silicon Valley n'a jamais été aussi forte. Celle-ci ne serait pas problématique si elle ne privait pas les Européens d'un recours simple et efficace à leur système juridique.

Aussi, le premier constat que nous pouvons faire est que le digital est devenu un moyen utilisé pour défier l'État de droit des Européens. Certaines entreprises mettent à profit la société en réseau

issue d'Internet pour s'affranchir de contraintes réglementaires. Plus que l'évasion fiscale, c'est désormais aussi l'évasion juridique. C'est une première encoche sérieuse à l'État de droit.

Un second défi qui vient de l'intérieur

Il est un autre phénomène que nous entendons étudier dans cet ouvrage. Une éventualité insidieuse et plus fondamentale.

Le droit européen n'est-il pas en phase d'être bouleversé par le droit américain de l'intérieur ? Ses concepts fondamentaux ne sont-ils pas en cours d'américanisation ? Dans ce cas, le digital n'est pas le moyen ; il est le mobile, le prétexte d'une évolution fondamentale du droit.

Pour répondre à cette question, notre ouvrage interroge quatre concepts fondamentaux du droit, qui sont en jeu dans la société du numérique ou du digital.

Il s'agit de la liberté d'expression et de son équivalent outre-Atlantique, le *freedom of speech* ou *free speech*. Quelle est l'influence de l'une sur l'autre ?

Pour répondre à cette question, nous aurons à manipuler les lois fondamentales existant de part et d'autre de l'Atlantique.

Pour les États-Unis, il n'y en a qu'une : leur Constitution. Il s'agit d'un texte quasi inchangé depuis la fin du XVIII^e siècle et en particulier son Premier Amendement, qui pose le principe absolu de la *freedom of speech* américaine.

En Europe, historiquement, c'est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui apparaît en 1789 pendant la Révolution française, mais après la Constitution américaine. Elle aussi constitue une source fondamentale du droit à la liberté d'expression.

En 1950, les Européens, sous l'égide du Conseil de l'Europe, qui n'est pas une institution de l'UE, ont promulgué la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ce traité, aujourd'hui ratifié par quarante-sept États dont tous ceux de l'UE plus d'autres comme l'Albanie, l'Azerbaïdjan, l'Arménie, l'Ukraine ou la Turquie, a créé une juridiction spéciale chargée de sanctionner les États adhérents qui ne respectent pas la Convention. Cette juridiction est la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), qui siège à Strasbourg. Nous verrons que cette juridiction supranationale, qui impose ses décisions en France, intervient régulièrement en matière de liberté d'expression, de vie privée et même de droit d'auteur.

Enfin, c'est très récemment que l'UE elle-même a souhaité promulguer sa propre loi fondamentale qui lui manquait, la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne¹⁰. Depuis 2009, celle-ci a valeur de traité et est donc supérieure aux lois nationales des États membres¹¹. Elle s'impose donc aux vingt-sept États membres, dont la France. C'est une autre juridiction supranationale et européenne, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), basée quant à elle au Luxembourg, qui a la charge de contrôler la bonne application de la Charte.

Ainsi donc, les États membres sont pour la plupart, dont la France, liés par deux textes européens et fondamentaux, contrôlés par deux juridictions supranationales différentes, la CEDH et la CJUE, qui vont compter dans notre analyse et nos recherches¹².

10- Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, 2012/C 326/02.

11- Par l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2009 et l'article 6 §1 du Traité de l'Union Européenne.

12- Le partage de compétence entre les deux juridictions européennes, l'une attachée à l'UE et l'autre au Conseil de l'Europe, est une question très complexe et, semble-t-il non entièrement résolue. C'est une nouvelle preuve qu'en Europe, nous sommes loin de manquer de normes juridiques et de complexité, les meilleurs ennemis de la sécurité juridique. Nous ne traiterons pas de cette question dans le cadre de cet ouvrage et proposons au lecteur de prendre connaissance d'excellentes études sur la question comme celle de Paul Cassia, professeur à l'école du droit de la Sorbonne, et Suzanne von Cister, maître des requêtes au Conseil d'État : « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par le juge national », *La semaine juridique*, Édition Générale n° 10, 5 mars 2012, doctr. 298.

Toujours dans ce cadre, nous irons ensuite faire un tour du côté de la vie privée et de sa traduction anglaise, la *privacy*.

On parle beaucoup d'atteinte à la vie privée en Europe ces dernières années, et nous analyserons pourquoi. Nous verrons surtout comment ces atteintes sont mal prises en compte par l'État de droit européen et tenterons de comprendre pourquoi.

À l'arrivée d'Internet dans le grand public, il a été beaucoup question de droits d'auteur et de leur violation. On nous disait qu'Internet défiait le droit d'auteur, au travers principalement du téléchargement illégal. Nous verrons quelle a été la réaction du droit d'auteur et des autorités publiques pour lutter contre ce phénomène pendant plus de quinze ans, et évaluerons comment, de son côté, le *copyright* et les autorités publiques américaines ont également réagi. Nous en tirerons quelques enseignements.

Enfin, la loi est-elle encore la seule norme qui régule les comportements des citoyens sur les réseaux numériques ? N'est-elle pas désormais en concurrence avec d'autres normes ? Des normes démocratiques ? Dominique Cardon, sociologue et chercheur associé au Centre d'études des mouvements sociaux (EHESS), a titré dans son livre « Internet, une révolution démocratique »¹³. Nous évaluerons cette assertion, notamment au regard de l'arrivée d'un nouveau mot qui s'est introduit dans le débat de la régulation des réseaux, celui de gouvernance, *governance* en anglais.

Nous balancerons ainsi, tout au long de notre ouvrage, de l'Europe aux États-Unis et *vice versa*. Cependant, cet ouvrage n'est pas un traité de droit, encore moins un traité de droit comparé entre les législations européennes et américaine. C'est un essai basé sur notre observation de la pratique du droit telle qu'elle se développe en France depuis quelques années et qui ne nous convient pas, pour des raisons que nous exposerons.

13- Cardon, D., *La démocratie Internet*, Seuil, 2010.