COLLECTION RENCONTRES EUROPÉENNES

DROITS ET SOUVERAINETÉ NUMÉRIQUE EN EUROPE

SOUS LA DIRECTION D'ANNIE BLANDIN-OBERNESSER

bruylant

OUVERTURE – LA SOUVERAINETÉ EN RÉSEAUX

PAR

PIERRE TRUDEL

PROFESSEUR, TITULAIRE DE LA CHAIRE L.R. WILSON SUR LE DROIT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Traiter du droit et de la souveraineté à l'âge de l'Internet suppose de prendre la mesure des mutations qu'induit l'omniprésence de l'environnement en réseau caractérisé par Internet. Ces mutations se manifestent au plan du droit, dans la façon de l'envisager, de le définir et de l'appliquer. Mais les mutations induites par le réseau se décèlent aussi lorsqu'on considère les changements que connaît la souveraineté à cette ère de la postmodernité.

Dans un réseau, les normativités sont pensées et exprimées dans divers lieux qui sont autant de nœuds de normativité. Sur un territoire spécifique, le droit étatique constitue un nœud majeur de normativité : l'ensemble de ceux qui sont situés sur le territoire n'ont pratiquement pas le loisir d'ignorer la loi. Les risques de ne pas s'y conformer sont habituellement élevés.

Rendre compte du droit et des souverainetés à l'ère d'Internet requiert de prendre la mesure des conditions engendrées par la prééminence de l'environnement en réseau sur le droit et sur les reconfigurations de la souveraineté qui en résultent. L'exercice permet de situer les enjeux pour l'Europe de ces importantes mutations induites par la prééminence du réseau.

I. – LE MONDE EN RÉSEAU

Une logique de réseaux supplante de plus en plus les logiques des lieux.

Les processus délibératifs se déroulent de plus en plus suivant les modalités commandées selon les logiques des réseaux (1).

Le monde numérique concerne désormais beaucoup plus que le seul univers des technologies de l'information. Cet environnement de connexion quasi universel invite à un réexamen des processus et méthodes par lesquels s'exprime la souveraineté et s'applique le droit.

Les technologies de communication tendent à s'inscrire et accentuer les mutations caractéristiques que connaît le droit de la modernité. Manuel Castells fait remarquer qu'à la logique des lieux se substitue une organisation du monde selon des flux de biens, d'informations et de capitaux qui ignorent les frontières (2).

Les mutations que connaît le droit ne résultent pas uniquement des changements dans les techniques de communication mais il paraît y avoir une grande coïncidence entre les mutations induites par la généralisation des réseaux et celles qui affectent l'État et le droit.

L'État se trouve désormais de plus en plus concurrencé par d'autres entités productrices de normativités. Les opérateurs économiques, les organismes non gouvernementaux (ONG) agissant localement ou dans des réseaux transnationaux suivant des logiques qui semblent de moins en moins compatibles avec le dogme de l'État territorial, exerçant les attributs de la souveraineté à l'exclusion de toute autre entité.

Les enjeux et les normes supposées y répondre se pensent, se discutent et s'appliquent dans l'espace découlant (ou résultant) des réseaux.

Le réseau est un espace de communication. Il se présente comme un ensemble résultant des interconnexions entre les nœuds et les relais. Par sa configuration et son fonctionnement, le réseau a la capacité de produire des espaces ou des similis-espaces. Ces espaces constituent des lieux dans lesquels se produisent et s'appliquent des régulations et des normativités.

Au sein du réseau, les activités sont encadrées par un ensemble de normativités.

A priori, la normativité technique émane des multiples entités qui formulent des normes sur les caractéristiques et le fonctionnement des objets technologiques.

(1) A. Bailleux, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau », *R.I.E.J.*, n° 55, 2005, pp. 91-115.

(2) « Risque, réseau, liquidité... les nouvelles images de la société », *Sciences Humaines*, n° 222, janvier 2011, p. 76.

D'autres normativités, parfois diffuses, s'ajoutent au réseau de normativités encadrant les activités et interactions. Par exemple, on peut convenir que des normes générées dans des systèmes diffus comme les références à la morale et à l'idéologie contribuent à engendrer des perceptions de risques.

Enfin, les normativités étatiques et interétatiques complètent le réseau normatif qui encadre les interactions prenant place dans les réseaux (3).

II. – Le droit

Dans un réseau, le droit et les autres normativités sont pensés et exprimés dans divers lieux qui sont autant de nœuds de normativité.

Sur un territoire spécifique, le droit étatique constitue un nœud majeur de normativité : l'ensemble de ceux qui sont situés sur le territoire n'ont pratiquement pas le loisir d'ignorer la loi. Les risques de ne pas s'y conformer sont habituellement élevés. Ils pourront toutefois être tentés de courir le risque de se trouver en situation de non-conformité avec une ou plusieurs lois s'ils ont le sentiment que ces lois sont peu appliquées ou que la volonté de les appliquer n'est pas apparente.

On voit bien ici à quel point le cyberespace est un environnement dans lequel l'usager exerce une grande maîtrise. S'il a l'impression qu'il court peu de risques de se voir inquiété pour avoir ignoré les lois, la possibilité s'accroît qu'il soit tenté de prendre le risque de se livrer à une activité prohibée ou dommageable.

Au regard des normativités, le réseau permet de visualiser les rapports de dialogue qui existent entre les divers lieux décisionnels, c'est-à-dire les nœuds du réseau.

Le droit se présente de plus en plus comme une résultante continuellement provisoire d'un ensemble de décisions emportant des conséquences normatives et des tensions qui se manifestent entre les divers points du réseau.

François Ost observe que le droit s'exprime selon le mode de traitement de texte... les processus de régulation tendant à remplacer

(3) P. Jestaz, *Le droit*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 25 et s.

les lois (exprimées sous forme de textes fixés) en tant que commandement ou événement (4).

A.– *Une logique de risque*

Il existe des phénomènes contribuant à moduler les normativités énoncées par les États ou les divers acteurs d'Internet et qui empêchent leur application de bout en bout du réseau.

Malgré le caractère global du réseau, les appréciations et les valeurs présentent encore d'importantes différences dans les multiples milieux culturels dans lesquels s'appliquent les règles (5).

De tels phénomènes préviennent l'application de règles qui pourraient être décontextualisées par rapport aux situations ou au substrat culturel dans lesquels la norme s'applique.

L'un de ces phénomènes paraît bien être le risque juridique (6) : l'évaluation que font les acteurs des possibilités concrètes d'application effective de lois nationales ou d'autres règles à leurs activités permet d'expliquer que même si Internet est un réseau global, personne ne se sent tenu de se conformer à la totalité des lois nationales qui peuvent théoriquement trouver application. En revanche, s'ils n'ont pas conscience du risque découlant de l'application de certaines règles découlant des lois, il est à craindre qu'ils agissent en marge de celles-ci.

La norme, qu'elle soit issue du droit étatique ou des configurations techniques, est essentiellement un message ; elle se communique. Elle peut constituer un message explicite ou implicite. Le message de la norme peut être envisagé comme un ensemble d'informations générant une perception plus ou moins définie de RISQUE – c'est-à-dire la conscience d'une conséquence défavorable pouvant découler de son application ou de sa transgression.

Les acteurs au sein du réseau vont nécessairement devoir gérer les risques qui leur sont induits par les normativités techniques, les pratiques des autres et les lois étatiques qui sont susceptibles de

(4) Fr. Ost, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et société – Recherches et travaux, n° 5, Paris, LGDJ, 1998.

(5) J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet ? Illusions of a Borderless World*, New York, Oxford University Press, 2006, chapitre 9 : « Consequences of Borders ».

(6) P. Trudel, « Le risque, fondement et facteur d'effectivité du droit », in K. Benyekhlef (éd.), *Gouvernance et risque – Les défis de la régulation dans un monde global*, Montréal, Éditions Thémis, pp. 243-271.

s'appliquer à leurs activités. C'est pourquoi réguler les activités se déroulant dans les différents contextes du réseau, c'est intervenir dans le cadre d'un processus de gestion de risques.

Ainsi, la régulation peut être analysée comme un processus de gestion des risques sociétaux par les législateurs, les instances de régulation et les différents acteurs impliqués. Car les entités assujetties à la réglementation ont à gérer les risques découlant des mesures régulatrices mises en place par les États tout comme elles doivent prendre en compte les risques qui leur sont imposés par les autres normativités agissantes sur Internet.

B.– *Une logique de gestion de risques*

Le risque apparaît, dans la postmodernité, comme une composante majeure de la reconfiguration des processus délibératifs associés à la production du droit. La notion de risque a d'ailleurs pris beaucoup de place dans la recherche en sciences humaines au cours de la dernière décennie (7).

Dans les réseaux impliquant des environnements aux dimensions planétaires, les perceptions diverses ou convergentes au sujet des risques, leur existence ou leur ampleur contribuent à construire les légitimations sur lesquelles se fondent les règles de droit. L'anticipation, la gestion et la répartition des risques figurent parmi les grandes préoccupations des systèmes juridiques.

Les régulations, qu'elles résultent des configurations techniques, des usages ou des législations, n'influent sur les comportements que dans la mesure ou elles induisent des perceptions de risques auprès des acteurs.

Il n'est donc pas étonnant que les acteurs adoptent une posture de gestion de risque. Tout se passe comme s'ils tendaient à délaisser le souci de se conformer aux multiples règles ayant théoriquement vocation à s'appliquer à leur activité. Seules les normes qui engendrent des risques sont effectivement prises en considération.

Ainsi, lorsqu'on s'adonne à des activités sur Internet, on se soucie avant tout d'être conforme aux législations nationales et autres normes qui nous mettent à risque. Les normes lointaines,

(7) J. Jackson, N. Allum et G. Gaspell, *Perceptions of risk in cyberspace*, Cyber Trust & Crime Prevention Project, 04-06-2004, http://www.foresight.gov.uk/OurWork/CompletedProjects/CyberTrust/Docs/Perceptions_of_Risk _in_Cyberspace.asp, visité le 8 juillet 2010.

théoriquement applicables mais posant peu de risques sont consciemment ou non délaissées.

D'autres risques de régulation découlent de l'application des lois étatiques d'un État ou d'un ensemble d'États dans d'autres territoires même lointains mais bénéficiant d'une capacité d'influencer, de générer des perceptions de risques. Par exemple, la régulation européenne des données personnelles s'est en pratique imposée bien au-delà du continent européen en tant que standard minimal des bonnes pratiques.

Dans un environnement en réseau, chacun des acteurs ou groupes d'acteurs connectés est en position d'accroître ou de réduire les risques des autres.

Les droits se présentent comme autant de normes ayant vocation à nous garantir contre les risques résultant des autres normes et des comportements se déroulant à la fois dans les environnements physiquement délimités ou dans les environnements en réseaux.

III. – La souveraineté en mutation

Dans un environnement caractérisé par les normativités en réseaux, la souveraineté peut se concevoir comme un concept rendant compte de la situation des lieux au sein desquels se conçoivent, se discutent et s'énoncent les normes.

Dans un tel environnement souvent caractérisé comme relevant de la postmodernité, la souveraineté apparaît de plus en plus comme un construit. C'est une construction de l'esprit. Mais les métamorphoses accompagnant l'avènement de la société en réseaux la font paraître de plus en plus comme un concept à reconstruire.

Classiquement, la souveraineté s'entend de l'existence d'un monopole étatique sur l'énonciation et l'application du droit. La souveraineté s'entend notamment du pouvoir de dire le droit, de commander par la norme. « Dire la loi est le premier fondement de la souveraineté » (8).

(8) K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, pp. 55 et 56.

Ce monopole du droit positif comme fondement de l'État moderne est au cœur de toutes les théories politiques (9).

L'insertion dans l'univers des réseaux de l'organisation étatique de même que plusieurs activités autrefois tenues pour se dérouler dans le cadre de l'État (comme l'émission de la monnaie, désormais pratiquée en dehors du cadre étatique) contribuent à l'émergence d'une conception postmoderne de la souveraineté. Une sorte de reconstruction réseautique du concept.

La souveraineté étatique persiste dans le contexte postmoderne caractérisé par la prééminence de l'environnement en réseau. Mais les attributs de la souveraineté s'exercent dans le cadre d'une écologie normative qui fait pâlir ses attributs classiques.

La souveraineté décrit de plus en plus les attributs des ensembles humains qui possèdent des caractéristiques, des traditions, des cadres de référence culturels à partir desquels ils reconnaissent et apprécient les risques sociétaux et individuels qui confrontent les sujets de droit.

Plus une entité dispose de la faculté de générer des risques auprès des sujets de droit ou des autres entités souveraines, plus elle est dotée des attributs de la souveraineté.

Mais la « souveraineté en réseau » s'inscrit dans un ensemble d'interactions, d'interinfluences qui opèrent selon les caractéristiques des réseaux.

Les normes sont pensées et exprimées dans différents lieux qui constituent autant de pôles de normativité. Les obligations qui découlent des normes sont ensuite relayées par les acteurs dans le réseau en fonction des risques qu'ils perçoivent.

A.– *La souveraineté postmoderne*

Si, à l'ère moderne, dans l'ordre international, les États sont les principaux sujets du droit international, à l'ère de la postmodernité, on insiste sur le caractère « construit » de la souveraineté. Les sources du développement historique de la souveraineté attestent du caractère contingent de la notion (10).

(9) O. Beaud, « Souveraineté », in P. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, p. 736.

(10) K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 614.

Mais si l'on relève la grande persistance de l'idée territoriale, on observe de plus en plus de situations dans lesquelles la souveraineté se manifeste ou s'exerce dans des cadres qui ne coïncident pas nécessairement avec les références au territoire physique (géographique). De plus en plus, le territoire, entendu comme lieu d'influence des entités souveraines s'entend de l'espace constitué par les réseaux.

Mais la centralité de l'État territorial prend de plus en plus l'allure d'un facteur de blocage épistémologique. Notamment dans les analyses juridiques classiques (11).

Les entités étatiques se présentent de plus en plus comme des réseaux. On parle de plus en plus d'États-réseaux, des réseaux qui sont désormais en concurrence avec d'autres réseaux (12).

L'État-réseau perd en souveraineté territoriale mais la souveraineté se métamorphose en des processus caractérisés par la capacité d'influencer, de générer des risques ou des perceptions de risques auprès des autres entités ou des acteurs.

La pratique de l'État en réseau présente une tension permanente entre trois processus car le réseau oblige à un équilibre délicat entre les missions régaliennes classiques (13).

Car dans les réseaux, le pouvoir « politique » emprunte une pluralité de vecteurs. Il se révèle plus diffus... Il vient de partout (14).

Et le pouvoir se hiérarchise par l'intensité du risque qu'il est en mesure d'induire.

Pouvoir répressif, certes, mais aussi et surtout pouvoir découlant de la capacité d'exclure du réseau (15).

La souveraineté est donc de plus en plus définie et construite de façon à refléter les caractéristiques de l'espace des réseaux. Elle n'est plus nécessairement l'apanage des États. Les entreprises disposent souvent de facultés supérieures à celles de certains États afin de contraindre ou générer des risques au sein du réseau.

(11) *Ibid.*, p. 681.
(12) *Ibid.*, p. 723.
(13) K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme, op. cit.*, p. 725.
(14) M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. I, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 121-122.
(15) K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme, op. cit.*, p. 727.

B.– *L'Europe : une souveraineté en réseau*

L'Union européenne présente une rupture nette avec le modèle classique de souveraineté.

L'UE représente le modèle le plus achevé de mutualisation de souveraineté par des États-nations démocratiques au moyen d'institutions supranationales (16). Par son modèle de souveraineté mutualisée, l'UE apparaît comme l'archétype de ces nouvelles modalités d'exercice de la souveraineté. L'UE présente plusieurs caractéristiques du cosmopolitisme qui modèle de plus en plus l'État et partant, modèle de plus en plus le droit.

Par-dessus tout, l'UE incarne « un exemple intéressant d'une construction en réseau » (17). Ni tout à fait État, ni tout à fait organisation internationale, l'Union européenne est conçue selon un modèle qui s'inscrit mal dans l'ordonnancement hiérarchique des pouvoirs (18).

À la construction communautaire s'ajoute celle découlant de la *Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Il en résulte une pluralité d'espaces juridiques variables dans leur circonscription territoriale, et également distincts quant à leurs objectifs et au caractère impératif des régulations qui en émanent (19).

L'Europe prend de plus en plus l'allure d'un réseau au sein duquel s'élabore une internormativité (20) visant à assurer un dialogue entre différents ordres juridiques capables de générer des effets non seulement sur le territoire européen, mais partout et singulièrement aux différents lieux du réseau avec lequel il existe des interconnexions.

Conclusion

Dans cet espace postmoderne du réseau au sein duquel se conjuguent désormais les droits et les nouvelles formes de

(16) S. Kaiin, « La construction européenne – un modèle unique fragilisé, » in *L'atlas des utopies*, Hors série, Paris, Le Monde-La Vie, 2012, pp. 128-129.
(17) K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme, op. cit.*, p. 728.
(18) *Ibid.*
(19) *Ibid.*
(20) *Ibid.*

souveraineté, des dialogues se construisent autour des valeurs et des conceptions parfois différentes des droits fondamentaux.

Au nom de ces valeurs parfois convergentes, mais aussi parfois divergentes, sont discutés les enjeux qui interpellent les cultures, remettent en cause les idées reçues, les paradigmes territoriaux. Les marchés sont redéfinis, reconfigurés en fonction des situations engendrées par les multiples dialogues entre les normes et les évaluations multiples des risques pouvant découler des normativités aussi bien juridiques que de celles émanant des configurations techniques.

L'univers en réseau porte à repenser les conditions de la souveraineté de même que les impératifs découlant des droits fondamentaux.

À ces divers titres, l'Europe propose, dans ce monde en réseau, les repères afin d'identifier les valeurs fondamentales et assurer le respect de la dignité humaine.

LES ENTREPRISES SOUVERAINES DE L'INTERNET : UN DÉFI POUR LE DROIT EN EUROPE

PAR

ANNIE BLANDIN-OBERNESSER

PROFESSEUR À TÉLÉCOM BRETAGNE, CHAIRE JEAN MONNET
MEMBRE DU CEJM DE RENNES

INTRODUCTION

Par l'expression d'entreprises souveraines, on désigne d'abord des entreprises. En se référant au modèle en couches, ce sont bien sûr les équipementiers et les opérateurs de réseaux. Mais c'est désormais surtout dans les couches hautes que se situe la valeur, dans les applications, les plates-formes de services, les contenus numériques. La notion même de plate-forme suppose une synthèse entre « des infrastructures, des places de marchés, des fournisseurs d'applications et de contenus, et des modèles d'affaires » (1).

Témoigne de l'importance de cette nouvelle économie, l'apparition de nouveaux sigles, et en particulier celui de GAFA pour nommer Google, Apple, Facebook, Amazon. Le terme d'OTT (*Over the top*) désigne quant à lui les entreprises qui fournissent des services sur la base du réseau, et qui viennent bousculer certains secteurs, l'audiovisuel par exemple, avec l'arrivée d'acteurs nouveaux comme Netflix.

Ces entreprises peuvent, sans que cela paraisse excessif ou paradoxal, être qualifiées de souveraines. L'idée n'est pas nouvelle et a été explorée par les auteurs qui s'intéressent au pouvoir des entreprises transnationales.

Nous proposons de qualifier de souveraines les entreprises qui détiennent un pouvoir de marché tel qu'elles se dotent des attributs

(1) Th. PÉNARD et W. MAXWELL, « Réguler les plateformes, une fausse bonne idée », *L'Opinion*, 23 avril 2015.

de la souveraineté, d'un véritable pouvoir de gouvernement. Ce ne sont pas nécessairement des entreprises d'États tiers et pas toujours des entreprises américaines. Il est en effet important de ne pas réduire le débat à une opposition entre l'Union européenne et les États-Unis, sous peine de se laisser enfermer dans la rhétorique de la guerre froide numérique (2). Pour autant, la réalité de la position européenne doit être évaluée et sa faiblesse dans certains domaines ne doit pas être sous-estimée (3). Le cadre d'analyse doit alors englober les autres aires géographiques pertinentes pour la compréhension du numérique et notamment l'Asie.

Indéniablement, ce sont des entreprises qui créent de la valeur. Elles suscitent en tout cas des sentiments ambivalents, faits d'adhésion et de défiance. Elles séduisent les utilisateurs par des offres innovantes, bien conçues. Ceux-ci sont prêts dès lors à perdre un peu d'indépendance pour profiter du confort qu'apporte l'économie numérique. Les hôteliers par exemple sont prêts (voire obligés) à perdre un peu d'indépendance pour être mieux référencés par les grandes centrales de réservation comme Booking, dont certains comportements sont pourtant condamnables (4). Mais la méfiance n'est jamais loin car les utilisateurs sont parfois conscients de la contrepartie de l'usage des différents services.

I. – Des entreprises manifestant un sentiment de supériorité

Ces entreprises manifestent à l'évidence un sentiment de supériorité. Sur toute la chaîne de valeur, des équipements de réseaux aux contenus, elles acquièrent des positions dominantes de manière rapide et dans l'ensemble des activités humaines y compris les plus sensibles comme la culture. Ces positions dominantes peuvent être individuelles comme celle de Google sur le marché des moteurs de recherche. Elles peuvent être aussi collectives, comme celle des centrales de réservation hôtelière comme Booking, TripAdvisor et Expedia. Ce sont presque des monopoles (de fait) qui se constituent ou risquent de se constituer sur tel ou tel marché.

(2) Terme utilisé par Francesca Musiani et Julia Pohle.

(3) Voy. les contributions de Didier Danet et Alix Desforges dans cet ouvrage.

(4) A. Blandin, « La maltraitance des offreurs sur Internet : un éclairage juridique sur le cas des hôteliers », colloque CREIS-Terminal « Données collectées, disséminées, cachées : quels traitements, quelles conséquences », avril 2014, http://www.lecreis.org/creis/wp-content/uploads/Blandin-CREIS-TERMINAL_2014.pdf.

Ces entreprises ont la particularité de se présenter comme des entreprises citoyennes, prêtes à servir l'intérêt général. Elles proclament des ambitions souveraines : « organiser les informations à l'échelle mondiale dans le but de les rendre accessibles et utiles à tous », « numériser le patrimoine mondial » – la paternité de ces slogans revient respectivement au moteur de recherche Google et à Google Books –, « connecter le monde entier » – c'est la devise de Facebook –, « proposer aux clients la meilleure expérience d'achat possible avec un choix parmi des millions de produits » – voici l'objectif que se fixe Amazon.

A. – *Des entreprises détenant les composantes traditionnelles de la souveraineté*

Il est permis de considérer que ces entreprises détiennent les composantes de la souveraineté, à l'image d'un État, qu'elles détiennent le pouvoir sur le pouvoir (5). Les composantes traditionnelles, elles les maîtrisent. Mais l'essentiel de leur pouvoir vient du fait qu'elles conquièrent une méta-composante de la souveraineté, l'accès à Internet, l'accès à l'information, au savoir.

S'agissant des composantes traditionnelles, elles disposent d'un véritable territoire, transnational bien sûr, mais aussi national. S'agissant de la première caractéristique, il est courant d'assimiler Internet à un territoire, Internet et ses mondes virtuels, Internet cinquième continent, épine dorsale du cyberespace. Du point de vue juridique, c'est un lieu de production et d'application de normes juridiques. On parle très justement à ce propos d'une géographie de certains droits comme le droit à l'oubli, dès lors que l'on s'interroge sur l'application spatiale de l'arrêt *Google Spain*, l'enjeu « extrême » étant connu, c'est celui de l'effectivité du droit à l'oubli moyennant la suppression des liens par un moteur de recherche « où que la recherche soit effectuée dans le monde » (6).

Il ne faut pas sous-estimer pour autant le territoire national qui a ses propres marqueurs. Le débat sur les noms de domaine est là pour nous le rappeler, avec un intérêt croissant pour les extensions géographiques nationales, voire régionales qui présentent l'avantage,

(5) Voy. notamment les écrits de Jean Bodin.

(6) B. HARDY, « Application dans l'espace de la directive 95/46/CE », *Rev. trim. dr. eur.*, n° 823, octobre-décembre 2014.

comme le dit l'AFNIC (Association française pour le nommage en coopération), de la confiance et de la proximité.

Comment ne pas être frappés en outre par la persistance, voire la recrudescence de la recherche de solutions au niveau des États pour réguler le numérique. La France en est un exemple avec sa loi dite HADOPI pour lutter contre le téléchargement illicite, ou encore avec le projet de loi sur le renseignement.

Ces entreprises interagissent par ailleurs avec une population qui a sa propre identité. Ce sont les internautes, les télénautes et toute personne connectée dans le contexte du développement de l'Internet des objets. Il ne s'agit pas seulement d'êtres virtuels car la tendance à voir émerger des internautes incarnés est forte. Avec la mode du *quantified self* par exemple, les données traitées renseignent de plus en plus sur le corps et l'intime, données de santé, données physiologiques en particulier. Ces internautes exercent désormais une forme de souveraineté populaire, à travers les réseaux sociaux et toutes les formes de démocratie participative encouragées par Internet.

À cela s'ajoute l'enjeu de la langue, l'anglais certes, mais aussi un langage propre utilisé notamment sur les réseaux sociaux.

Au titre des composantes traditionnelles de la souveraineté, on trouve la fiscalité. On pense ici à la fiscalité optimisée dont se prévalent de nombreuses entreprises avec ou sans l'aide de certains États membres. Certains d'entre eux, comme l'Irlande, et certaines entreprises comme Facebook ou Apple sont au cœur des enquêtes de la Commission européenne qui vient de lancer un plan de lutte contre l'évasion fiscale avec d'importantes propositions en faveur de la transparence (7).

Ces entreprises peuvent aussi créer ou utiliser la monnaie virtuelle qui rencontre un vif succès sur les réseaux, comme le *bitcoin*. Si le pouvoir d'émettre cette monnaie n'est pas reconnu, on fait, s'agissant des activités commerciales des entreprises concernées, le constat d'un véritable pouvoir d'édiction des normes qui font d'elles des acteurs rivaux des États ou collectivités. Parmi les normes édictées, ce sont les conditions générales d'utilisation qui suscitent le plus d'interrogations, voire de critiques. Elles se présentent en effet comme de véritables lois de l'Internet, peu favorables en général au consommateur (8). De la même manière, les conditions générales de prestation

(7) COM(2015) 136 final du 18 mars 2015.

(8) G. Loiseau, « La valeur contractuelle des conditions générales d'utilisation des réseaux sociaux », *Comm. com. électr.*, juillet-août 2012, p. 30.

qui s'appliquent aux offreurs posent de nombreux problèmes. Dans la mesure où, dans l'un et l'autre cas, il s'agit de contrats d'adhésion, il s'avère que la position de l'utilisateur est faible.

Certaines législations viennent encore affaiblir la position des utilisateurs européens. Ceci est illustré par le cas des États-Unis qui prévoient une application extraterritoriale de certains instruments juridiques au service de la lutte contre le terrorisme. Le Parlement européen a vivement critiqué le fait qu'en cas de traitement des données à des fins de surveillance en vertu du droit américain, les ressortissants non américains ne bénéficient d'aucune voie administrative ou judiciaire pour protéger leurs droits (9).

Le droit négocié constitue une autre manière de participer à l'édiction des normes. Les conditions dans lesquelles la durée de conservation des données par les moteurs de recherche a été déterminée illustrent bien la tendance des grandes entreprises de l'Internet à chercher à imposer leurs normes. Alors que le Groupe 29 préconisait une durée de conservation limitée à six mois, Google, qui l'avait fixée à dix-huit mois, a entamé une véritable négociation avec la Commission européenne. Il en résulté un compromis, avec une durée portée à douze mois (10).

Par ailleurs, ces entreprises jouent un rôle croissant dans le contrôle, le retrait ou la suppression des contenus numériques sur le fondement d'un arsenal juridique qui va s'enrichissant et se complexifiant. Elles sont amenées à contrôler et à supprimer des contenus de leur propre chef. L'exemple le plus significatif est celui de Facebook qui supprime des profils en application de règles pas toujours comprises d'ailleurs des utilisateurs.

Pour éviter que leur responsabilité civile ou pénale ne soit pas engagée, elles peuvent également être amenées à intervenir. S'agissant des hébergeurs par exemple, c'est en effet de leur carence, combinée à une connaissance de contenus illicites, que résulte la mise en jeu de leur responsabilité. L'autonomie des entreprises connaît toutefois des limites et les dérives vers une surveillance imposée sont fréquentes.

C'est principalement au titre de l'application des règles relatives à la responsabilité (limitée) que ces entreprises sont amenées à

(9) Projet de rapport sur le programme de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteur : Claude Moraes, 8 janvier 2014.

(10) Avis n° 1/2008 du 4 avril 2008.

bloquer l'accès à certains contenus ou à les retirer. La jurisprudence est riche d'un grand nombre d'affaires qui amènent à circonscrire les contours d'une forme de surveillance imposée. Ici, on rappelle qu'on ne peut imposer aux intermédiaires techniques de l'Internet, une obligation de filtrage qui est assimilée à une obligation générale de surveillance (11). Là, on précise que l'obligation de retrait de certains contenus ne peut se comprendre comme une obligation de prévenir la réapparition des mêmes contenus (12).

Le droit au déréférencement, reconnu par la jurisprudence *Google Spain* (13), vient quant à lui compliquer la tâche des moteurs de recherche qui sont obligés désormais de traiter les demandes de suppression de liens à la demande des internautes ayant fait une recherche à partir de leur nom. Mais ils tirent aussi de cette contrainte nouvelle un pouvoir d'arbitrage et d'orchestration de la vie sur le Net que Google a parfaitement su mettre en scène avec sa tournée des capitales en vue de produire un rapport sur le droit à l'oubli, destiné à établir des critères pour trouver le juste équilibre entre droit au déréférencement et droit à l'information (14). Et que dire du pouvoir ainsi exercé qui amène des entreprises comme Google à agir sur la mémoire universelle, pouvoir dont on peut penser qu'il devrait au moins être réservé au juge ?

Se substituant au législateur, les entreprises souveraines sont donc aussi en passe de se substituer au juge, avec la bénédiction de ce dernier.

On constate néanmoins que beaucoup d'interventions sur les contenus sont de plus en plus imposées aux entreprises jusqu'à prendre une forme très critiquée dès lors que des lois sécuritaires font appel aux grandes entreprises pour la mise en œuvre d'un véritable système de surveillance.

B.– *Des entreprises à la conquête d'une méta-composante de la souveraineté*

De cette maîtrise des composantes de la souveraineté provient en tout cas la force qui se manifeste dans la capacité à traiter des données personnelles, à surveiller les réseaux, à contrôler, à s'accaparer

(11) CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet c. Sabam*, aff. C-70/10.

(12) C. Caron, « Responsabilité des hébergeurs : *requiem* pour le "take down, stay down" », *Comm. com. électr.*, septembre 2012.

(13) CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, aff. C-131/12.

(14) https://www.google.com/intl/fr/advisorycouncil/.

la valeur produite par les réseaux. On peut dès lors parler d'une méta-composante de la souveraineté qui utilise plusieurs leviers.

Ces entreprises jouent d'abord un rôle déterminant sur la neutralité de l'Internet et sa régulation. La neutralité peut être définie comme « l'égal accès des internautes à tous les contenus, services et applications de la toile » (15). Sur le plan technique et commercial, les entreprises souveraines peuvent intervenir sur les flux, en bloquant ou ralentissant. L'exemple des États-Unis montre à quel point le *lobbying* est intense sur cette question, opposant les opérateurs de télécommunications comme ATT, Verizon ou Comcast, défavorables à la neutralité, aux fournisseurs d'applications ou de contenus comme Netflix, Twitter, favorables au contraire à une solution permettant de bénéficier des « tuyaux » sans rémunération spécifique ou supplémentaire.

L'accès à Internet est une condition de l'accès à l'information que maîtrisent par ailleurs les moteurs de recherche dans le contexte d'un marché très polarisé autour de Google. Maîtriser ce levier, c'est aussi maîtriser l'accès au savoir, à la culture. Google l'a bien compris lorsqu'il a étendu le modèle de son moteur de recherche au monde du livre avec Google Books, défiant ainsi l'Europe comme cela a été démontré par Jean-Noël Jeanneney (16).

La prétention à l'universalité était avouée. Et l'on peut se demander, à l'instar du rapport de Madame Morin Desailly, si certaines plates-formes d'accès aux contenus ne se présentent pas désormais comme de véritables plates-formes de service public.

II. – Des entreprises incontrôlables ou contrôlées

On peut dès lors se demander à juste titre si ces entreprises qui contrôlent sont elles-mêmes contrôlables. Le contentieux, aux allures d'une guerre de cent ans, laisse parfois à penser que non. En l'évoquant, nous n'oublions pas tous les arguments qui tendent à minimiser le pouvoir de ces entreprises, voire le caractère temporaire de leur position sur le marché, ceci s'accentuant avec la gratuité qui favorise la migration des utilisateurs vers de nouveaux services.

(15) W. Maxwell et N. Curien, *La neutralité d'Internet*, Paris, Éd. La Découverte, 2011.

(16) J.-N. Jeanneney, *Quand Google défie l'Europe : plaidoyer pour un sursaut*, Paris, Éd. Les Mille et une nuits, 2007.

A. – *Des entreprises turbulentes mais soutenues*

Les abus sont en tout cas multiples et permanents. Ces entreprises numérisent sans autorisation des auteurs, usent librement de nos données personnelles, imposent des clauses aux utilisateurs, abusent de leur position dominante.

Le dossier du moteur de recherche Google est emblématique à cet égard. Depuis plusieurs années, la Commission européenne enquête sur un abus de position dominante, Google se voyant reprocher de favoriser ses propres services au détriment des services concurrents dans les résultats de recherche. L'affaire a connu un nouveau rebondissement avec une communication des griefs en avril 2015. Selon la Commission européenne, l'entreprise abuse de sa position dominante, en violation des règles de l'Union européenne en matière d'ententes et d'abus de position dominante, en favorisant systématiquement son propre produit de comparaison de prix (*Google Product Search*) dans ses pages de résultats de recherche générale au sein de l'Espace économique européen.

Dans ce contexte tendu, la question de l'inadaptation des instruments juridiques a été très justement posée. S'agissant du droit de la concurrence, on constate par exemple qu'il est difficile de délimiter les marchés pertinents, étape préalable à la recherche d'un abus. Cette difficulté provient par exemple du fait que les produits très innovants sont peu ou pas substituables.

Plus préoccupante encore, l'impossibilité de qualifier juridiquement le marché des données personnelles, même s'il existe dans les faits, rendant bien ardue la tâche des autorités de concurrence quand elles sont sollicitées pour constater un éventuel abus en la matière. L'affaire de la fusion Google/DoubleClick sur le marché de la publicité en ligne est emblématique car elle posait le problème de la constitution d'une position dominante, voire d'un monopole en matière de données personnelles. Les associations de défense de la vie privée attendaient que la Commission européenne se prononce mais celle-ci est restée prudente car elle ne pouvait pas délimiter un marché pertinent des données personnelles. Elle a donc donné son feu vert à l'accord (17).

(17) Décision de la Commission du 11 mars 2008 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'accord EEE, aff. n° COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, C(2008) 927 final.

Un autre exemple intéressant nous est fourni par le cas des centrales de réservation hôtelière en ligne qui imposent aux offreurs des conditions qui les maintiennent en état de dépendance comme les clauses de parité tarifaire, désormais remises en question cependant.

S'agissant du droit d'auteur, là aussi les atteintes sont manifestes comme le montre la stratégie assumée de Google qui consiste à se passer dans de nombreux cas de l'autorisation des ayants droit.

Les problèmes sont amplifiés par le fait que de nombreuses décisions de justice sont inspirées par la reconnaissance du rôle positif, social pourrait-on dire, joué par ces entreprises. Dans le cas de l'affaire *Google Books*, on s'attendait à une condamnation, après plusieurs épisodes, dont le règlement qualifié de « Elephantine » par J. Grimmelmann qui le décrit comme « *a vast concentration of power in Google's hands, for good or for ill* » (18).

Après le rejet de ce règlement par le juge Chin, celui-ci a été clément, considérant que les actes de reproduction réalisés par Google Books répondaient aux critères du *fair use* et n'étaient par conséquent pas condamnables.

Le juge américain dit ainsi : « La bibliothèque numérique offre des avantages au public, en améliorant l'accès au contenu informationnel des livres dont l'usage transformatif dépasse la lecture traditionnelle » (19).

Dans un état d'esprit assez proche et à propos de l'affaire concernant l'éventuel abus de position dominante de Google dans ses activités en tant que moteur de recherche, le Commissaire européen Joaquín Almunia évoquait sa mission qui est de « protéger la concurrence au bénéfice des consommateurs, pas de protéger les entreprises concurrentes ». Les engagements de Google ont donc été acceptés dans un premier temps, évitant une condamnation pour abus de position dominante. Mais la Commission européenne vient de changer de stratégie et d'adresser une communication des griefs à Google.

Quant aux accords, ils sont aussi parfois le reflet de la difficulté à contrôler certaines situations. L'accord de Google avec les éditeurs de presse français, conclu sous les auspices de l'Élysée, est ainsi

(18) J. GRIMMELMANN, « The Elephantine Google Books Settlement », *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 58, 2011, p. 497.

(19) T. BEAUGRAND et J.-B. BELIN, « Nouvelle victoire de Google face aux auteurs américains dans l'affaire Google Books », *RLDI*, n° 100, janvier 2014.

davantage le reflet d'un rapport de force favorable à l'entreprise américaine, qu'une solution satisfaisante. Dans ce cas, le problème venait d'un désaccord sur les modalités de partage de la valeur générée par le référencement, Google menaçant de ne plus référencer si on lui imposait des solutions telles que la mise en place d'un droit voisin du droit d'auteur. Et c'est encore la bienfaisance de Google qui a permis de trouver une issue puisque l'entreprise s'est engagée à contribuer à la transition numérique de la presse via un fonds dédié (20).

B.– *Des entreprises aux relations ambivalentes avec les États*

Présentées souvent comme défiant les États (21), ces entreprises entretiennent surtout avec eux des liens ambivalents. D'abord parce qu'elles sont souvent aidées dans le contexte de concurrence fiscale européenne exacerbée par une harmonisation restée minimale. Plusieurs enquêtes sont en cours, par exemple sur la pratique des décisions anticipatives (susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État), l'enjeu étant de vérifier que ces décisions n'ont pas occasionné de réductions.

Cependant, le fait qui retient le plus l'attention compte tenu des évolutions récentes, c'est l'appartenance de ces entreprises à un système de surveillance (22). Elles sont acteurs mais aussi instruments de la surveillance étatique. On observe à cet égard une perméabilité croissante entre les systèmes de traitement des données personnelles à des fins commerciales et sécuritaires (23). Il a ainsi été constaté que les autorités américaines avaient accédé aux données transférées aux États-Unis alors même que ces opérations avaient lieu dans le cadre de la sphère de sécurité, donc dans un contexte commercial.

Les évolutions récentes sont de plus en plus marquées par une surveillance imposée aux entreprises sur la base de lois sécuritaires vivement contestées. Le débat sur le projet de loi sur le renseignement en France en est le témoin.

(20) http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/02/01/negociations-en-cours-entre-google-et-les-patrons-de-presse_1826134_651865.html.

(21) C. Morin-Desailly, « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet », Rapport d'information n° 696, Sénat, juillet 2014.

(22) P.-A. Chardel (dir.), *Politiques sécuritaires et surveillance numérique*, Paris, CNRS Éditions, 2014.

(23) A. Blandin, « La composition d'un espace européen autour du régime juridique des données personnelles », in *Politiques sécuritaires et surveillance numérique, op. cit.*

Ce système de surveillance est néanmoins remis en cause par les entreprises elles-mêmes, avec lesquelles il devient indispensable de négocier, le gouvernement français montrant l'exemple à propos de la loi sur le renseignement (24). Cette méthode est néanmoins contestée, perçue par exemple par Laure de la Raudière comme un moyen de précipiter nos données personnelles dans les mains d'entreprises étrangères. Et d'évoquer le problème de la souveraineté : « Quand nos données seront dans les mains d'acteurs américains, que restera-t-il de notre souveraineté ? » (25).

La remise en cause du système vient aussi de la Cour de justice de l'Union européenne qui a rendu notamment un très important arrêt invalidant la directive 2006/24/CE qui avait vocation à réglementer la durée de conservation des données traitées par les opérateurs de communications électroniques afin que celles-ci soient accessibles pour les autorités compétentes aux fins de la recherche, de la détection et de la poursuite d'infractions graves.

Se prononçant sur la question essentielle de la mise en balance entre la lutte contre le terrorisme et la protection des droits fondamentaux, la Cour a estimé que l'ingérence dans le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles était caractérisée. Selon elle, le législateur de l'Union a excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité en adoptant cette directive quand bien même le but poursuivi était légitime, en l'occurrence la lutte contre la criminalité grave (26).

Conclusion

Peut-on dire dans ce contexte que la résistance s'organise en Europe ou plus modestement que l'on cherche à promouvoir des solutions alternatives ?

Sur le plan de la résistance, on cherche à défaire certains liens entre États tiers et entreprises avec la souveraineté en ligne de mire. C'est le sens des positions du Parlement européen à la suite des

(24) http://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/02125374723-bernard-cazeneuve-et-les-geants-du-net-trouvent-un-accord-1113639.php.

(25) Débats à l'Assemblée nationale dans le cadre de l'examen de la loi sur le renseignement. Laure de la Raudière est députée, coauteur, avec Corinne Eirel, d'un rapport sur le développement de l'économique numérique française, Rapport au Sénat, mai 2014.

(26) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12.

révélations des écoutes de la NSA, le Parlement ayant demandé la suspension des accords et dispositifs encadrant le transfert des données personnelles vers les États-Unis.

Que faire encore, promouvoir des alternatives, favoriser l'entrée de nouveaux acteurs (européens), encourager le développement de services nouveaux ? Et si oui, dans quel but ? Si l'on se place du point de vue du consommateur ou de l'utilisateur, l'objectif sera de maximiser le choix, d'élargir l'éventail des services offerts et aussi de renforcer sa place comme acteur de l'Internet.

Mais un autre enjeu se profile qui est précisément celui de la souveraineté ou des souverainetés et qui passe nécessairement par la capacité européenne à réglementer et à opérer l'Internet au sens technique et économique.

Du point de vue de la régulation, ce sont ces questions que posent les négociations en vue du développement des nouvelles relations partenariales de l'Union européenne, notamment à propos du Pacte transatlantique (Union européenne/États-Unis). La capacité normative est à cet égard plus forte qu'il n'y paraît comme le montre par exemple l'impact de l'arrêt *Google Spain* sur l'activité des moteurs de recherche hors de l'Union.

De manière plus opérationnelle, la capacité à agir dans la société numérique est à mesurer à l'aune de certaines initiatives. On constate alors que la voie est étroite. La création de la bibliothèque numérique Europeana en réponse à Google Books, pour intéressante qu'elle soit, n'a pas eu le succès escompté. La question d'un moteur de recherche européen, face à l'hégémonie de Google, reste controversée et surtout difficile à réaliser. L'exemple du débat sur le *cloud* souverain montre aussi les fragilités de la position européenne, alors que même la Cour de justice de l'Union européenne considère la délocalisation du traitement des données comme un facteur de risque pour la protection des droits fondamentaux (27) .

À travers tous ces enjeux, on voit que la question de la base industrielle de la souveraineté européenne est clairement posée et qu'elle appelle sans doute des réponses inscrites dans une véritable politique industrielle.

(27) Arrêt rétention des données précité en note 26.

PARTIE III. – DÉFENSE ET SÉCURITÉ