

MAFR

# L'APPORT DU DROIT DE LA COMPLIANCE À LA GOUVERNANCE D'INTERNET

Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Avril 2019

# I. Table des matières

Choix méthodologique posé

Introduction

Résumé en 3 pages des 4 chapitres du rapport

Summary in 3 pages of the 4 chapters of the report

Résumé en 6 pages du rapport

## **Chapitre I : CE À QUOI LES AUTORITÉS PUBLIQUES ET LES PERSONNES FONT AUJOURD'HUI FACE DANS LE MONDE DIGITAL ET LE MONDE DIGITALISÉ .....6**

### **I. LA SITUATION : LE DIGITAL, UN MONDE DE LIBERTÉS SUR LEQUEL LE DROIT N'A PRISE QUE FRAGMENTAIREMENT ET DANS LEQUEL LE PRINCIPE DE « PERSONNE » N'EXISTE PAS .....24**

- A. LE MONDE DIGITAL, ŒUVRE DE QUELQUES ENTREPRISES CRUCIALES AYANT PROFITÉ ET DÉVELOPPANT PAR EXCELLENCE LE PRINCIPE DE LIBERTÉ ..... 25
- B. LE MONDE DIGITAL TENU PAR QUELQUES ENTREPRISES CRUCIALES AUX FONCTIONS DIVERSES ET À L'ENJEU COMMUN: LA MAÎTRISE DE DONNÉES, DANS L'INDIFFÉRENCE DU SOUS-JACENT DE CELLES-CI ..... 25

### **II. UN DROIT CONSTITUÉ D'UNE FAÇON RÉACTIVE ET FRAGMENTAIRE, UNIFIÉ PAR UN SEUL PRINCIPE (RESPECT DU PRINCIPE DE LIBERTÉ) ET TECHNIQUEMENT ÉCLATÉ (PARCE QUE LE MONDE DIGITAL N'EST PAS UN SECTEUR) .....27**

- A. LA MÉTHODE ACTUELLE : DES SOLUTIONS « RÉACTIVES » ADOPTÉES AU FUR ET À MESURE DE L'APPARITION DE COMPORTEMENTS OU DE SITUATIONS « INSUPPORTABLES » ..... 28
- B. L'ASSOCIATION DE LA LÉGITIMITÉ ET DE L'INEFFICACITÉ DU DROIT CLASSIQUE : DROIT PÉNAL ET DROIT CIVIL (L'EXEMPLE DE LA CONTREFAÇON) ..... 30
- C. LA MAIN DES RÉGULATEURS SECTORIELS PLONGEANT DANS LE DIGITAL ..... 30
- D. L'ADOPTION PONCTUELLE D'UN DISPOSITIF ADÉQUAT OBLIGEANT LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX POUR UN SOUCI PARTICULIER : LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR ..... 31
- E. L'ADOPTION D'UNE LOI SPECIFIQUE CONTRE LES « DISCOURS DE HAINE » ..... 33
- F. L'ADOPTION ENVISAGÉE D'UNE FISCALITÉ PORTANT SUR LES OPÉRATEURS CRUCIAUX DU NUMÉRIQUE ..... 34
- G. L'ADAPTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE, EN DROIT COMMUN ÉCONOMIQUE, TENDANT VERS L'EX ANTE ..... 35
- H. L'ACTIVATION DES RÉGULATEURS DES DONNÉES PERSONNELLES, PRÉCEPTEURS DE MESURES EX ANTE ..... 37

<b>III. POUR L'INSTANT, L'OMNIPRÉSENCE DE LA LIBERTÉ ET L'ABSENCE CONSTITUTIVE DE « SUJETS DE DROIT », C'EST-À-DIRE DE LA PERSONNE TITULAIRE DE DROITS SUBJECTIFS PROTÉGÉS D'UNE FAÇON GÉNÉRALE PAR LE DROIT .....</b>	<b>37</b>
A. LA LIBERTÉ, SEUL PRINCIPE GÉNÉRAL .....	38
B. L'ÊTRE HUMAIN, NON PROTÉGÉ ET NON-TENU PAR LE « MASQUE » DE LA PERSONNALITÉ ..	39
<b>IV. L'ÉMERGENCE D'UN SOUCI DE CIVILISATION : D'UN MONDE DIGITAL INCIVIL À UN RISQUE DE DÉCIVILISATION DU MONDE OCCIDENTAL .....</b>	<b>41</b>
A. LE MONDE DIGITAL, UN MONDE SANS BARRIÈRE OÙ S'OPÈRE DÉSORMAIS « L'ÉDUCATION » ET OÙ LES PASSIONS S'ALIMENTENT, S'ACCROISSANT PAR CAPILLARITÉ .....	42
B. LE PASSAGE NATUREL DU VIRTUEL AU RÉEL, SANS MÉCANISME NI ORGANISME POUR EXCLURE EX ANTE D'UNE FAÇON GÉNÉRALE LES COMPORTEMENTS .....	43
<b>Chapitre II : LA SOLUTION GÉNÉRALE : L'APPORT DU DROIT DE LA COMPLIANCE : INTERNALISER DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX LE « BUT MONUMENTAL » DE PROTECTION DES PERSONNES, SECOND PILIER FAISANT FACE AU PRINCIPE DE LIBERTÉ .....</b>	<b>43</b>
<b>I. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, INTERNALISATION DANS LES « OPÉRATEURS CRUCIAUX » DU BUT CHOISI PAR L'AUTORITÉ POLITIQUE DE PROTÉGER LA PERSONNE ET SES DROITS.....</b>	<b>44</b>
A. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS D'UN BUT FIXÉ PAR L'AUTORITÉ PUBLIQUE MAIS DONT LA CONCRÉTISATION REVIENT AUX OPÉRATEURS.....	44
B. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, ACCROISSEMENT CONJOINT D'EXPRESSION D'UN BUT D'INTÉRÊT GÉNÉRAL PLUS ÉLEVÉ (LE « BUT MONUMENTAL ») ET D'UNE CONFIANCE ACCRUE FAITE À « L'OPÉRATEUR CRUCIAL » .....	46
<b>II. LE BUT SYSTÉMIQUE DE CONFIANCE JUSTIFIE QUE L'AUTORITÉ PUBLIQUE POSE DANS LE MONDE DIGITAL LE BUT D'UN ÉQUILIBRE ENTRE CIRCULATION DE L'INFORMATION, GARDE DES SECRETS ET FILTRAGE DES DISCOURS INADMISSIBLES : LE SOUCI DES PERSONNES COMME POINT COMMUN .....</b>	<b>48</b>
A. LE SOUCI SYSTÉMIQUE DE LA CONFIANCE DANS LE MONDE DIGITAL ET LE MONDE DIGITALISÉ .....	48
B. LE BUT À DOUBLE-FACE AUTOUR D'UNE INFORMATION QUI PARFOIS DOIT ÊTRE DISPONIBLE ET PARFOIS DOIT ÊTRE INDISPONIBLE.....	49
C. LA RÉCONCILIATION DE CES DEUX BUTS APPARAMMENT CONTRADICTOIRES : LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES À N'ÊTRE PAS DÉPOSSÉDÉES D'ELLES-MÊMES, BUT MONUMENTAL INTERNALISÉ DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX.....	50
<b>III. LA PERSPECTIVE D'UN BUT SYSTÉMIQUE D'UNE EUROPE NUMÉRIQUE CONSTRUITE SUR DEUX PILIERS : LE PRINCIPE DE LIBERTÉ ET LE PRINCIPE DE LA PERSONNE.....</b>	<b>51</b>
A. LE BUT SYSTÉMIQUE AYANT POUR DEUX PILIERS LA LIBERTÉ ET LA PERSONNE EN PERSPECTIVE.....	52
B. LE BUT SYSTÉMIQUE DU DROIT DE LA COMPLIANCE DE PROTÉGER LA PERSONNE EN LINÉAMENT.....	54
<b>Chapitre III : PREMIÈRE SÉRIE DE SOLUTIONS CONCRÈTES : S'APPUYER SUR LES FRAGMENTS D'UN DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE POUR CONSOLIDER ET UNIFIER UNE GOUVERNANCE GÉNÉRALE DE L'INTERNET EN INTERNALISANT DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX LA PROTECTION DE LA PERSONNE.....</b>	<b>55</b>

<b>I. S’APPUYER SUR LES RÉUSSITES ACQUISES DU DROIT EUROPÉEN : BANQUE, FINANCE ET DONNÉES PERSONNELLES .....</b>	<b>55</b>
A. LE DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE BANCAIRE ET SES OUTILS JURIDIQUES.....	56
B. LE DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE DES DONNÉES PERSONNELLES ET SES OUTILS JURIDIQUES .....	59
C. LE DROIT EUROPÉEN DE LA FINANCE ET DE LA BANQUE SOUTENABLES, DITE « FINANCE VERTE », ET SES OUTILS JURIDIQUES.....	63
<b>II. ACCROÎTRE CE QUI EST COMMUN ENTRE LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT AMERICAIN, CONSTITUTIF DU DROIT OCCIDENTAL : LE SOUCI DE LA LIBRE CIRCULATION ET LE SOUCI DES PERSONNES .....</b>	<b>66</b>
A. LE MALENTENDU ENTRE L’EUROPE ET LES ÉTATS-UNIS : NÉ D’UNE CONCEPTION TROP RESTRICTIVE D’UN DROIT DE LA COMPLIANCE, SURTOUT APPRÉHENDÉ PAR SES SEULS EFFETS EX POST .....	66
B. L’EXPRESSION PAR LE DROIT DE LA COMPLIANCE D’UNE CULTURE COMMUNE À L’EUROPE ET AUX ÉTATS-UNIS : LA PRIMAUTÉ OCCIDENTALE DU PRINCIPE DE LIBERTÉ ET DE LA NOTION DE PERSONNE .....	68
<b>III. METTRE EN VALEUR LA CONCEPTION CONCRÈTE DU DROIT EUROPÉEN, CONSTRUIT SUR LE « CARACTÈRE » DE LA DONNÉE, IMPLIQUANT EN DROIT DE LA COMPLIANCE UN PRINCIPE DE DISPONIBILITÉ OU UN PRINCIPE D’INDISPONIBILITÉ LA DONNÉE SUIVANT CE QUI LA « CONCERNE » .....</b>	<b>69</b>
A. LE DROIT EUROPÉEN A RÉCUSÉ LA CONCEPTION ABSTRAITE ET UNITAIRE DE LA DONNÉE POUR Y ATTACHER UN RÉGIME DE COMPLIANCE ISSU DE SON « SOUS-JACENT » : LA PERSONNE .....	70
B. LE DROIT EUROPÉEN A MONTRÉ LA VOIE DE LA PERTINENCE PREMIÈRE DE CE QUI EST « CONCERNÉ » PAR LA DONNÉE ET DE LA « FINALITÉ » DE SON USAGE, LIEN QUI DOIT ARTICULER LE DROIT ABSTRAIT AMÉRICAIN DE LA COMPLIANCE ET LE DROIT CONCRET EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE .....	72
C. LA CIRCULATION, MÊME CONTRAINTÉ DES DONNÉES, DOIT S’ARRÊTER LORSQU’ELLE CONTRAIRE UN DROIT SUBJECTIF FONDAMENTAL D’UNE PERSONNE « CONCERNÉE » .....	74
<b>Chapitre IV : SECONDE SÉRIE DE SOLUTIONS CONCRÈTES : CRÉER DES MÉCANISMES D’EFFECTIVITÉ DES DROITS SUBJECTIFS DES PERSONNES, CRÉER DE NOUVEAUX SUBJECTIFS, INTERNALISER LA FONCTION D’EFFECTIVITÉ DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX NUMÉRIQUES ET METTRE EN PLACE LA SUPERVISION EUROPÉENNE GLOBALE ET INTERMAILLÉE DE CES OPÉRATEURS .....</b>	<b>77</b>
<b>I. PARTIR DU BUT MONUMENTAL PREMIER DU RESPECT EFFECTIF DE LA PERSONNE DANS LE NUMÉRIQUE, SECOND PILIER SYSTEMIQUE DU MONDE DIGITAL CONSERVANT LE BIEN COMMUN DE LA CONFIANCE, POUR DÉCLINER CE PRINCIPE DE GOUVERNANCE EN DROITS SUBJECTIFS DE LA PERSONNE, DROITS DONT LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DOIVENT ÊTRE COMPTABLES .....</b>	<b>77</b>
A. EXPRIMER CLAIREMENT LE PRINCIPE SYSTÉMIQUE DU MONDE DIGITAL : LA PERSONNE, À TRAVERS L’EFFECTIVITÉ DE SES DROITS, EN AFFRIMANT SON ALLIANCE AVEC LE PRINCIPE DE LIBERTÉ, CONSOLIDANT AINSI LE BIEN PUBLIC NUMÉRIQUE DE LA CONFIANCE .....	78

1.	Utiliser du “droit souple” pour exprimer la Personne comme second Principe Ex Ante du monde digital, à travers l’effectivité de ses droits .....	<b>Erreur ! Signet non défini.</b>
2.	Rapprocher activement l’Europe économique (Union européenne) et l’Europe des droits humains (CEDH) .....	81
<b>B.</b>	<b>INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DE L’EFFECTIVITÉ MINIMALE DE DROITS SUBJECTIFS FONDAMENTAUX DÉJÀ EXISTANTS .....</b>	<b>83</b>
1.	L’effectivité des droits de propriété intellectuelle par le passage à l’Ex Ante produit par une obligation de Compliance à la charge des opérateurs numériques cruciaux .....	83
2.	Le nouveau système probatoire à mettre en place : un contentieux différé pour modérer la violence inhérente à l’efficacité du nouveau pouvoir Ex Ante de filtre, retrait et marquage conféré aux opérateurs numériques cruciaux .....	87
3.	L’intensité corrélative de l’obligation de l’opérateur numérique crucial : obligations de résultat et obligations de moyens.....	91
<b>C.</b>	<b>INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DE L’EFFECTIVITÉ ACCRUE DE DROITS SUBJECTIFS FONDAMENTAUX NOUVEAUX, CRÉÉS POUR RÉPONDRE À LA NOUVEAUTÉ DU MONDE DIGITAL AFIN QUE LA PERSONNE Y SOIT RESPECTÉE .....</b>	<b>93</b>
1.	Le passage d’un “droit d’accès à Internet » au « droit d’inclusion dans Internet » .....	94
2.	La résolution de l’incohérence des « droits à » par la reconnaissance d’un nouveau droit subjectif effectif : le droit à n’être pas « injurié, agressé, copié » concrétisé par le blocage à l’entrée dans l’espace numérique de l’injure, l’agression, la copie, etc.....	95
3.	La création de droits subjectifs numériques nouveaux : le droit de connaître qui s’adresse à moi.....	97
<b>IV.</b>	<b>PARCE QUE « RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU », LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DOIVENT AVOIR DES OBLIGATIONS NOUVELLES ET LES POUVOIRS CORRELATIFS</b>	<b>103</b>
<b>A.</b>	<b>L’INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX DU NUMÉRIQUE DE LA GARDE DES CONTENUS EN FONCTION DE L’INTÉRÊT DES PERSONNES .....</b>	<b>103</b>
1.	L’internalisation dans les opérateurs numériques cruciaux du principe de garde des informations à caractère personnel, leurs manipulations devant être des exceptions justifiées.....	104
2.	L’internalisation dans les opérateurs numériques cruciaux de la qualité des messages au regard des dangers pour les personnes .....	107
3.	L’internalisation dans les opérateurs cruciaux du numérique de la garde de la qualité des messages pour qu’ils coïncident avec les critères de l’information..	109
4.	Aller plus loin et internaliser dans les opérateurs cruciaux du numérique le souci de « civilité » du monde numérique, par la « tenue » des messages et leurs auteurs ? .....	111

5.	Demander toujours plus aux opérateurs numériques cruciaux, notamment dans le souci de « civilité » du monde numérique : éduquer à respecter aussi bien la Liberté que la Personne, dans une obligation éducative.....	113
B.	RECONNAÎTRE LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX COMME RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU .....	115
1.	Du fait de leur position et de leurs obligations, reconnaître aux opérateurs numériques cruciaux le statut de « Régulateur de second niveau » .....	115
2.	En tant que Régulateurs de second niveau, les opérateurs numériques cruciaux doivent disposer de pouvoirs disciplinaires Ex Ante pour concrétiser les droits fondamentaux des personnes.....	117
3.	Admettre plus largement la notion de Régulateurs de second niveau pour les opérateurs numériques se posant comme cruciaux en matière de porteurs de projets industriels ou sociétaux .....	118
4.	En tant que Régulateurs de second niveau, les opérateurs numériques cruciaux doivent donner à voir leur impartialité dans leur organisation structurelle et leur comportement .....	120
V.	<b>DESSINER UNE SUPERVISION EUROPÉENNE DES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX SANS MODIFIER LES INSTITUTIONS ET EN INSERTIONS DANS L'INTERMALLAGE EXISTANT, SECTORIEL ET INSTITUTIONNEL, NATIONAL ET EUROPÉEN .....</b>	<b>121</b>
A.	L'ACCROISSEMENT LOGIQUE DE LA MISSION ET DES POUVOIRS DE LA DG CONNECT AU SEIN DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, CONSTITUÉE AU NOM DE LA COMMISSION EN SUPERVISEUR DES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX RECONNUES COMME RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU .....	122
B.	L'INSERTION DE LA MISSION ET DES POUVOIRS DE SUPERVISION SUR LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DANS LE MAILLAGE DÉJÀ PRÉSENT, EN HORIZONTAL ET EN VERTICAL .....	124
1.	L'intermaillage horizontal, européen.....	124
2.	L'intermaillage vertical entre la supervision européenne et les supervisions nationales.....	127
	<b>Annexe 1 : listes des personnes rencontrées pour élaborer le rapport.....</b>	<b>129</b>
	<b>Annexe 2 : Les 55 propositions du rapport.....</b>	<b>133</b>

## Choix méthodologique posé

Le travail de réflexion qui m'a été demandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique sur *L'apport du Droit de la Compliance dans la Gouvernance d'Internet* n'est pas de nature expertale mais plutôt de nature exploratoire.

Pour distinguer les deux, on rappellera que l'expertise est le fruit d'une connaissance technique sur des points spécifiques permettant l'élaboration de solutions adéquates. Elle est plus que jamais requise face aux nouvelles techniques d'Internet.

Ce qui m'a été demandé est de nature différente et relève de l'exploration, à partir principalement de mes travaux personnels en matière de Régulation et de Compliance<sup>1</sup>. Il s'agit de partir de l'extérieur de l'objet à propos duquel des solutions doivent être trouvées, pour que par un regard différent et une culture autres, des analogies se dégagent et des idées plus générales, déjà cristallisées techniquement ailleurs (notamment plus étroitement dans le secteur bancaire, ou au contraire plus généralement dans les mécanismes juridictionnels) mais ayant suffisamment de points de contact avec le fonctionnement du monde digital, puissent engendrer des solutions techniques viables, à développer d'une façon systématique dans le futur autour de principes stables et propres au numérique. Le premier principe a été donné par le Président de la République lors du Forum pour l'Internet en novembre 2018 : la préservation du Principe de Liberté, qui est à la base du WEB.

C'est pourquoi Monsieur le Ministre m'a expressément demandé de partir non pas de connaissances et d'expériences sur les diverses techniques de régulations qui d'ores et déjà pénètrent et saisissent le monde digital, techniques sur lesquelles j'écris depuis une vingtaine d'années à propos de différents secteurs en approfondissant le « Droit de la Régulation », mais plutôt de partir de travaux plus récents en cours que j'élabore depuis environ cinq ans sous le terme de « Droit de la Compliance »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> <http://mafr.fr/fr/cursus-cv/detail-du-cv-regulation/> (C.V. français) ; <http://mafr.fr/en/cursus-cv/detail-du-cv-regulation/> (C.V. anglais).

<sup>2</sup> **Ouvrages** : *Droit de la Compliance* (2019, à paraître) ; *Pour une Europe de la Compliance* (2019) ; *Régulation, Supervision, Compliance* (2017) ;

**Articles** : *Se tenir bien dans le monde numérique* (2019) ; *Compliance et personnalité* (2019), *Un Droit substantiel de la Compliance, appuyé sur la tradition européenne humaniste* (2019), *Le Droit de la Compliance au-delà du Droit de la Régulation*, (2018), *Entreprise, Régulation, Juge : penser la compliance par ces trois personnages* (2018), *Compliance : avant, maintenant, après* (2018) ; *Droit de la concurrence et Droit de la compliance* (2018) ; *Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance* (2017), *Compliance et Confiance* (2017), *Tracer les cercles de la Compliance*, (2017), *Le Droit de la Compliance* (2016) ;

**Working Papers** : *Have a good behavior in the digital world* (2019) ; *Compliance and personality* (2019), *What the Law of Compliance can build relying on the European humanist tradition* (2019), *Enterprise, Regulator, Judge : think compliance by these three characters* (2018), *Competition Law and Compliance Law* (2018), *The Judge, the Regulator and the Law* (2018), *How Compliance Law can help decisively to the*

Ce « Droit de la Compliance » n'est pas pour l'instant conçu comme une branche du Droit autonome. La « Compliance » est plutôt perçue comme un simple mode d'efficacité de diverses branches du droit (le Droit de la concurrence, par exemple) ou bien comme une méthode spécifiquement attachée à un secteur, comme le secteur bancaire et financier dans lesquels il occupe une place très importante.

**Mais si** en premier lieu on conçoit la « Compliance » d'une façon beaucoup plus ambitieuse en l'élaborant en **branche du Droit autonome**, ce qui suppose de faire ressortir un principe, une méthodologie, une institution, ce à quoi j'ai consacré ces nouveaux travaux ; **si** en deuxième lieu l'on montre que ce Droit de la Compliance est un **prolongement du Droit de la Régulation**, qu'il ne remet pas en cause celui-ci mais dont au contraire il assure la permanence dans un monde renouvelé par le numérique<sup>3</sup> ; **si** en troisième lieu l'on montre que le Droit de la Compliance **dépasse néanmoins les Droits sectoriels de la Régulation**, ce qui lui permet sans les perturber de se superposer à eux sans plus être bloqué dans les questions des frontières géographiques et sectorielles tout en en tenant compte<sup>4</sup> ; **si** en quatrième lieu, l'on montre que le Droit de la Compliance peut – comme il l'a fait en matière bancaire et financière – se **développer au niveau européen**<sup>5</sup> ; **si** en cinquième lieu l'on s'appuie sur le Droit de la Compliance qui par nature **internalise dans des entreprises des buts d'intérêts supérieurs qui sont extérieurs à celles-ci** :

**alors l'on peut** concevoir l'application de l'idée et des moyens techniques du « Droit de la Compliance » pour que le monde digital né de l'Internet, lui-même appuyé sur les télécommunications, puisse s'adosser d'une façon nouvelle sur des principes et non pas seulement sur le dynamisme entrepreneurial, la rencontre des volontés et la technologie, le « Droit de la Compliance contribuant à formuler techniquement des mécanismes de « **gouvernance** » effective de l'Internet.

Pour mener à bien la réflexion qui m'a été demandée, j'ai donc pris appui sur mes réflexions sur le Droit de la Compliance, défini comme l'internalisation dans certains opérateurs de l'obligation de se structurer pour concrétiser des buts qui ne leur sont pas naturels, buts qui sont fixés par des autorités publiques qui ont en charge le futur des groupes sociaux, buts que ces entreprises doivent de gré ou de force viser à concrétiser, du seul fait qu'elles sont en position de les atteindre.

Cette concrétisation est à leur charge, notamment leur coût, et suppose une « supervision » de la part d'une autorité publique qui regarde en transparence à la fois l'effectivité de l'organisation structurelle exigée de la part de ces entreprises en position d'atteindre les buts, organisation structurelle correspondant à une obligation de résultat, tandis que la correspondance entre l'effet obtenu et le but visé ne peut correspondre qu'à une obligation de moyens, les entreprises ainsi contraintes devant demeurer libres de choisir les modalités par lesquelles ces finalités sont visées. Pour ce faire, les entreprises doivent pouvoir être autorisées à utiliser leur puissance, voire à l'accroître, si c'est le moyen de satisfaire leurs obligations de concrétiser les buts arrêtés par l'Autorité publique, structuration interne opérée sous la surveillance du superviseur public.

Le Droit de la Compliance comme le Droit de la Régulation sont des branches du droit correspondant à une économie libérale, dans laquelle les entreprises sont au cœur du système mais n'en sont pas

---

[construction of Europe](#) (2018), [Drawing the circle of Compliance Law](#) (2017), [Compliance : before, now, after](#) (2017), [From Regulation Law to Compliance Law](#) (2017) ; [Compliance and Trust](#) (2017), [Compliance Law](#) (2016)

<sup>3</sup> Frison-Roche, M.-A., *Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance*, 2017.

<sup>4</sup> Frison-Roche, M.-A., *Le Droit de la Compliance au-delà du Droit de la Régulation*, 2018.

<sup>5</sup> Frison-Roche, M.-A. (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, 2019.

les maîtres. Ces buts, ce que certains dénomment « l'intérêt général » et que d'autres appellent « le bien commun », sont définis par les Autorités publiques.

**Les entreprises servent les buts d'intérêt commun, en sont les voies de concrétisation efficace, elles ne les formulent pas.** Cette articulation fondamentale du monde libéral ne doit pas être remise en cause par le monde digital. Ces entreprises qui doivent demeurer libres de l'organisation des moyens, plus efficaces souvent, sont désignées en tant qu'elles sont « en position » de concrétiser des buts d'intérêt général d'ampleur mondiale : c'est pourquoi le Droit de la Compliance ne peut avoir qu'un nombre réduit de sujets de droit éligibles. Et il ne peut s'agir que d'entreprises puissantes, informées et en position d'agir, dotées des pouvoirs pour le faire, mais qui ne doivent pas être maîtresses des buts car elles ne sont pas politiquement légitimes à fixer le futur des groupes sociaux.

Le Droit de la Compliance assure cette distinction politique essentielle, à laquelle les peuples eux-mêmes sont très attachés, qui veulent tout à la fois bénéficier de la puissance et de l'efficacité des grandes entreprises globales et en même temps ne veulent pas être gouvernés par elles. Le Droit de la Compliance correspond à cette revendication démocratique légitime et non contradictoire.

La méthode demandée par élaborer cette étude est donc de m'appuyer sur mes travaux généraux en cours pour élaborer un Droit de la Compliance et de les infléchir de sorte que ce Droit de la Compliance constitue un « apport » particulier dans une gouvernance plus satisfaisante du monde digital.

Pour cela, il faut déterminer les besoins de ce monde digital et les buts que les Autorités publiques peuvent exprimer, tels que l'internalisation peut en être faite dans les « opérateurs numériques cruciaux ». La typologie des « opérateurs cruciaux » est une catégorie plus générale, à laquelle renvoie par exemple la catégorie particulière des « opérateurs systémiques » en matière bancaire. Est un « opérateur crucial » celui-ci sans lequel le système s'effondre (définition négative) et celui grâce auquel le système prospère (définition positive)<sup>6</sup>.

Pour comprendre ces besoins et ces buts, j'ai continué à procéder à de nombreuses lectures, qui ne seront pas référencées ici pour ne pas alourdir la lecture de cette présente étude et pour tenter de ne pas la techniciser à l'excès. J'ai procédé par ailleurs à des entretiens auprès de Régulateurs, d'entreprises, de Magistrats, de conseils, d'universitaires, travaillant dans des disciplines et secteurs très divers<sup>7</sup>. Cela m'a été grandement utile et la liste des entretiens menés est annexée à l'étude.

Merci à tous, j'en ai tenu grandement compte. Je ne cite pas les teneurs des entretiens afin de respecter la confidentialité des propos qui s'y sont tenus.

---

<sup>6</sup> Frison-Roche, M.A., Proposition pour une notion : « l'opérateur crucial », 2006.

<sup>7</sup> Voir la liste des entretiens menés dans l'annexe 1 de l'étude.

## Résumé du Rapport en 3 pages

Le Droit est un art pratique. Il est d'autant plus performant en pratique qu'il est ordonné autour de quelques principes posés par avance, facile à comprendre par tous et acceptés par la majorité. En cela le Droit constitue un élément essentiel d'une « gouvernance » stable.

Le pragmatisme ne consiste pas à empiler des textes qui apportent chacun une solution ponctuelle à une difficulté ponctuelle repérée, dans l'attente de l'apparition d'une nouvelle difficulté qui donnera lieu à un texte nouveau. Si l'on procède ainsi, l'on vit alors sous un flot continu de textes, souvent appelé sous l'unique terme de « réglementations », qui ne sont que de l'Ex Post, qui court après les faits et les cas, toujours inattendus. Au contraire, rien n'est plus pratique que quelques principes à la fois simples et propres à l'objet, qui constituent un véritable Ex Ante, les juridictions appliquant les principes aux cas, toujours divers, toujours nouveaux, qui se présentent toujours, les tribunaux interprétant les principes. Il faut parfois changer de principes ou en ajouter d'autres, mais cela arrive peu souvent.

Or pour l'instant il ne semble pas y avoir beaucoup de principes simples et stables dans le monde digital. L'on demande plutôt à des textes de courir après des faits. Cela pourrait être « l'apport du Droit de la Compliance » que de formuler des principes et d'en tirer les conséquences juridiques, notamment institutionnelles. Il ne s'agit pas pour autant d'être indifférent aux faits.

Pour raisonner en principes, il faut connaître les faits : le Droit ne peut s'élaborer qu'en mesurant d'abord et le plus simplement possible ce à quoi aujourd'hui et maintenant les autorités publiques et les personnes font face dans le « monde digital », la question étant d'ampleur parce que le monde digital a digitalisé le monde (chapitre I). Le monde digital est né grâce au principe de liberté, principe auquel il n'est pas question de renoncer. Face aux situations et comportements préoccupants, voire inadmissibles, le Droit n'a pour l'instant fait que « réagir », soit par des lois ponctuelles, soit par le Droit de la concurrence qui demeure un Droit Ex Post. Ainsi le seul principe Ex Ante est celui de la Liberté, dont certains de ses usages finissent par engendrer un souci de civilisation car les personnes en sont « pulvérisées », que cela prenne la forme classique de la liberté de parole ou la forme nouvelle de pulvérisation de la personne en données. Il semble en résulter une impasse, puisque certains proposent comme seule solution de renoncer au Principe de Liberté pour protéger les personnes. Mais à cette renonciation, il ne faut pas se résoudre. Sauf à entrer dans une grande violence juridique, par exemple briser la puissance des très grandes entreprises numériques qu'il faudrait démanteler alors qu'elles ont construit et font vivre cet extraordinaire monde digital et participer à l'existence qui perdure de l'Occident dans le monde.

L'apport du Droit de la Compliance pourrait permettre de sortir de cette aporie : au lieu de viser à diminuer la puissance des entreprises, il faut au contraire s'appuyer sur celles-ci (chapitre II). En effet, le Droit de la Compliance consistant à internaliser dans des opérateurs cruciaux, dont la liste est aisée à dresser, des buts qui sont concrétisés grâce à leur puissance (information, globalisation, technologie). Ces buts sont fixés par les Autorités publiques. La normativité étant dans les buts (lien entre Régulation et Compliance), l'essentiel est de les fixer clairement et nettement. Le premier est de nature systémique, le monde digital étant ici très analogue au monde bancaire et financier : **il s'agit du but systémique de confiance**, confiance dans l'information, confiance dans les systèmes de transmission d'information, confiance dans les opérateurs cruciaux eux-mêmes dans l'indifférence de leur nationalité. Cette confiance systémique est apportée par l'ensemble des internautes grâce à un premier pilier qu'il faut préserver, le **Principe de Liberté**, et grâce à un second pilier, qu'il faut

construire, le **Principe de Personne**, que certains veulent méconnaître, s'approprier ou détruire, non seulement dans le monde digital mais par le monde réel. C'est l'articulation de ces deux Principes – Liberté et Personne – qui préservera ou restaurera le bien commun de la confiance.

En cela le **Droit de l'Union européenne** a déjà montré que par des Droits encore fragmentés de la Compliance il est allé plus loin que le souci mécanique de la protection d'un système, développé aux États-Unis (**chapitre III**). Un Droit mécanique, réduit à une « réglementation » appliquée automatiquement à un système, est un Droit mort. Le Droit américain de la Compliance peut donner cette impression. A travers d'une part l'Union bancaire et les trois régulateurs bancaire, assurantiel et financier, l'Union européenne est parvenue, sans s'adosser à un État, à exprimer un but systémique de protection générale, internalisé dans les opérateurs cruciaux. En cela, il faut prendre le Droit américain comme modèle simplement initial ; il ne faut pas pour autant le prendre comme ennemi : ne pas être en défense, alors que le monde digital se prête si bien à la Renaissance. Et c'est le Droit de l'Union européenne qui a donné l'exemple à travers la jurisprudence puis le Règlement de 2016 sur la circulation des données et la protection des personnes « concernées » par celles-ci en internalisant dans les entreprises un souci peu présent dans les techniques américaines de Compliance : le souci premier de la Personne. En cela, le Droit retrouve son objet premier : la vie des êtres humains. Le Droit de l'Union dispose déjà des linéaments de ce Principe Ex Ante du Principe de Personne s'articulant avec le Principe de Liberté (dont les excès sont déjà sanctionnés Ex Post par le Droit de la concurrence, Droit dynamique mais qui ne peut suffire) : l'Ex Ante du Droit de la Compliance vise une double prévention systémique, la prévention du risque de perte de confiance dans les contenus et la prévention des atteintes à la Personne qui entraînent une perte de confiance dans les opérateurs. Ces deux piliers Ex Ante sont encore insuffisamment formulés d'une façon simple et générale : c'est la contribution du Droit de la Compliance que de le faire pour que s'applique à travers l'ensemble du monde digital et du monde digitalisé et le respect de la Liberté (qui ne doit pas être perdu) et le respect de la Personne (qui doit être gagné). En cela, ce principe constitutif de la Personne doit arrêter l'efficacité des dispositifs mécaniques étrangers, y compris dans les mécaniques de process de compliance.

Le **chapitre IV** expose les éléments d'application constituant cet apport, qui ne nécessite pas de bouleversements institutionnels majeurs ou d'adoption de textes bouleversant l'état du Droit, processus dont on connaît la difficulté et la lenteur. Il convient de partir du but : la préservation dans le monde digital et digitalisé de la « Personne », c'est-à-dire des « sujets de droit », techniquement titulaires de droits et d'obligations. **Pour activer le Principe de Personne, il faut attribuer des droits subjectifs nouveaux**, comme historiquement le juge l'a fait, et plus particulièrement la Cour de justice de l'Union. Ces droits subjectifs, dont le « droit à l'oubli » est le parangon, le droit de n'être pas insulté, persécuté, etc., ont un effet disciplinaire et structurant avec des effets extra territoriaux adéquats, le rattachement de la « personne concernée » avec le Droit de l'Union devant être large (trois critères alternatifs).

Le Droit de la Compliance n'est en rien un Droit qui a pour ennemis les opérateurs cruciaux : au contraire, il augmente leurs pouvoirs, en internalisant leur pouvoir de collecter des données, mais en les instituant gardiens de celles-ci et non maîtres ou propriétaires de celles-ci : c'est aussi pour servir des buts qui les dépassent que cette puissance est conçue et leur obligation de collaboration immédiate avec les Autorités publiques doit être accrue. En effet, leur action servant à la protection du groupe social doit être dictée par l'Autorité publique et non par leur charte ou des comités divers internes qui ne font que recopier ou anticiper leur devoir. Il demeure que pour exécuter leurs devoirs, ils doivent avoir des pouvoirs adéquats, notamment sur les internautes, pouvoirs qui sont

ainsi légitimités. A ce titre, un démantèlement des « opérateurs cruciaux » affaiblirait aussi les Autorités publiques qui ont déjà inséré en ceux-ci des buts d'intérêt général.

En outre, comme le sont les gestionnaires d'infrastructure essentielle, ils deviennent les **débiteurs directs** des droits subjectifs des personnes, prérogatives conférées à celles-ci par le Droit (sur le modèle du « droit à l'oubli »), même si ces opérateurs ne sont pas en rapport contractuel avec ces personnes. Le débiteur d'un droit subjectif a une obligation Ex Ante de le concrétiser. Cela est vrai pour les droits subjectifs que le Droit objectif doit créer, comme pourrait l'être le « droit à être éduqué », puisque l'éducation est désormais digitalisée, qu'il y ait un droit pour que cela ne soit pas pour le pire (pornographie, violence, secrets protégés accessibles à tous, etc.) et que cela soit pour le meilleur ; cela est vrai pour les **droits subjectifs anciens** que le monde digital a concrètement effacés et dont le retour à l'effectivité doit être à la charge des opérateurs cruciaux sur lesquels repose ce nouveau monde. Ainsi, l'on doit légitimer mais aussi exiger une implication plus effective des opérateurs cruciaux dans l'effectivité des droits des « **créateurs** », qui vont au-delà de la rémunération. Le monde n'est pas fait que d'argent, ce n'est pas son seul enjeu, sa seule mesure. Pour cela, il faut accroître les pouvoirs Ex Ante des opérateurs, afin qu'ils exécutent des obligations nouvelles Ex Ante en matière de droits subjectifs des créateurs, pour que ceux-ci cessent d'être dépossédés, notamment en matière de **contrefaçon**. Les personnes, titulaires concrets de l'ensemble de ces droits subjectifs, doivent pouvoir agir devant un Régulateur ou un juge pour en demander l'effectivité.

Ce faisant et pour cela, comme on le fait en Régulation financière, **il faut reconnaître aux opérateurs cruciaux le statut de « régulateurs de second niveau »**, leur forme juridique et leur nationalité n'ayant pas de pertinence pour l'octroi en Europe d'une telle qualification, leur position suffisant à justifier cette qualification, **un organisme public exerçant alors sur eux une puissance de « supervision »**. Au **niveau européen**, cela engendre en premier lieu un **maillage** de l'ensemble des régulateurs, car le maillage est une meilleure solution que la concentration (c'est le modèle du trio ESMA – EBA – EIOPA et les trois organes de l'Union bancaire, de supervision, de résolution des difficultés et de garantie, qui eux-mêmes s'articulent avec les superviseurs nationaux).

La Cour de Justice a posé dans sa jurisprudence qu'elle est gardienne d'un « État de Droit » : faute d'État européen, une distribution de droits subjectifs par des Autorités (Cour de Justice, Commission, Régulateurs, juridictions) dont les opérateurs numériques cruciaux sont les débiteurs effectifs, supervisés par un maillage d'Autorités publiques ayant à son centre la **Commission européenne**, représentée par la DG *Connect* correspondrait à l'évolution du Droit européen. Cela ne constituerait pas une rupture mais un nouveau degré dans sa **maturité** comme zone **souveraine**.

Ce système de maillage institutionnel est d'autant plus adéquat que la quotidienneté de la mise en œuvre repose sur une technologie fulgurante maîtrisée par les opérateurs eux-mêmes et qu'il s'agit ici de les superviser, et non pas de « réguler » un secteur. Certaines autorités concernées ont à la fois des pouvoirs de régulation, portant sur des secteurs à construire ou dont il faut maintenir les équilibres dans le temps, et des pouvoirs de supervision sur les opérateurs qui deviennent pour ce faire transparent à leur égard. Dans cette articulation issue d'un système de Compliance, il ne s'agit que d'articuler les pouvoirs de supervision sur les opérateurs cruciaux.

Pour que l'intersectoriel fonctionne bien, notamment via les réseaux européens des régulateurs nationaux, alors que le numérique n'est pas un secteur et qu'il ne s'agit que de superviser les opérateurs cruciaux du monde digital dont l'activité impacte des « personnes concernées », la **Commission européenne** est la plus propice à constituer ce qui serait la plaque tournante de l'intersectoriel européen dans une perspective de supervision des régulateurs numériques cruciaux.

En son sein la DG Connect serait la plus à même d'être ce pilier de supervision d'un système de compliance ayant internalisé dans les opérateurs cruciaux la fonction d'effectivité des droits subjectifs des « personnes concernées » par la digitalisation du monde, opérateurs reconnus à ce titre comme régulateurs de second niveau.

Un tel mécanisme n'entrave pas l'innovation, au contraire : être supervisé et orienté vers certains buts qui rendent effectifs le Principe de Liberté, naturel à l'opérateur, et le Principe de Personne, qui peut l'être moins mais qu'ils gagneront à s'approprier, n'empêche en rien un opérateur d'innover. Au contraire, le Droit de la Compliance s'appuie sur la puissance des opérateurs cruciaux, institués en gardiens des Libertés et des Personnes. La dimension pédagogique très forte de la Compliance trouve dans le digital et chez ses opérateurs un terrain consubstantiel.

D'autres opérateurs cruciaux peuvent d'ailleurs naître dans ce nouvel écosystème institutionnel mais souple, non seulement en B to C mais en B to B car plus il y a d'opérateurs cruciaux et plus le mécanisme d'ensemble est solide<sup>8</sup>, dépassant la perspective immédiate des marchés pour se soucier davantage des infrastructures, la garde des données et leur partage entre entreprises, sous une supervision publique, pouvant montre que le Droit de la Compliance est alors – par un effet retour – une façon de revenir vers un « Droit de la Régulation », apte à construire en Europe des infrastructures de données entre entreprises, dès l'instant qu'elles soient supervisées par une Autorité de supervision, laquelle n'est ni une Autorité de régulation ni une Autorité de concurrence. La Compliance pallie alors l'absence d'Europe industrielle.

---

<sup>8</sup> En cela, le Droit de la Compliance n'est pas un avatar du Droit de la Concurrence et s'en distingue en de nombreux points. V. Frison-Roche, M.-A., Droit de la Compliance et Droit de la Concurrence, 2018.

## Summary of the Report in 3 pages

Law is a practical art. It is all the more effective in practice that it is ordered around some principles posed in advance, easy to understand by all and accepted by the majority. In this respect, Law constitutes an essential element of a stable "governance".

Pragmatism does not consist in piling up texts that each brings a punctual solution to a specific difficulty identified, while waiting for the appearance of a new difficulty that will give rise to a new text. If one does so, one lives then under a continuous stream of texts, often called under the sole term of "regulations", which are only of the Ex Post, which runs after the facts and the cases, which are always unexpected. On the contrary, nothing is more practical than some principles both simple and peculiar to the object, which constitute a true Ex Ante, the jurisdictions applying the principles to the cases, always diverse, always new, always happening, the courts interpreting the principles. Sometimes it is needed to change the principles or add others, but it does not happen often.

But for the moment there do not seem to be many simple and stable principles in the digital world. Rather, texts are asked to run after facts. This could be the **CONTRIBUTION OF COMPLIANCE LAW FOR THE INTERNET GOVERNANCE** to formulate principles and draw their legal consequences, including institutional ones. This does not mean being indifferent to the facts.

To reason in principle, one must know the facts: Law can be developed only by measuring first and as simply as possible what today and now public Authorities and people face in the "digital world", the question being large because the digital world has digitized the world (**chapter I**). The digital world is born thanks to the principle of freedom, a principle to which there is no question of giving up. Faced with situations and behaviors that are worrying, even inadmissible, Law has for the moment only "reacted", either by specific laws, or by Competition Law which remains an Ex Post Law. Thus the only Ex Ante principle is Freedom, some people asking the end of it because humans are "sprayed", whether it takes the conventional form of freedom of speech or the new form of spraying of the person in data. This seems to be an impasse, since some people propose as the only solution to give up the Principle of Freedom to protect people. But to this renunciation, it is not necessary to be resolved. Except to enter into a great legal violence, for example breaking the power of these very large digital companies that would have to be dismantled as they have built and make live this extraordinary digital world and participate in the existence that continues of the West in the world.

The contribution of Compliance Law could allow to leave this aporia: instead of aiming at decreasing the power of the companies, it is necessary on the contrary to be based on these (**chapter II**). Indeed, Compliance Law consists in internalizing in crucial operators, whose list is easy to draw up, goals which are concretized thanks to their power (information, globalization, technology). These goals are set by the public Authorities. Normativity being in the goals (link between Regulatory Law and Compliance Law), the essential thing is to fix them clearly. The first is of a systemic nature, the digital world here being very similar to the banking and financial system: it is the **systemic goal of trust**, trust in information, trust in information transmission systems, trust in crucial operators themselves

in indifference of their nationality. This systemic trust is brought by all Internet users thanks to a first pillar that must be preserved, the **Principle of Freedom**, and thanks to a second pillar, which must be built, the **Principle of Person**, that some want to misunderstand, to appropriate or destroy, not only in the digital world but in the "real" world. It is the articulation of these two Principles - Freedom and Person - that will preserve or restore the common good of trust.

In this respect, **Law of the European Union** has already shown that by still fragmented Compliance sectorial Laws it has gone further than the mechanical concern for the protection of a system developed in the United States (**Chapter III**). A mechanical Law, reduced to empty "regulations" automatically applied to a system, is a dead Law. US Compliance Law can give that impression... Through the European Banking Union and the three banking, insurance and financial European Regulators, the European Union managed, without links with a State, to express a systemic goal of general protection of people, internalized in crucial digital operators. This is why it is necessary to take American Law only as initial model; but it should not also be taken as an enemy: Europe does not have to be in defense, while the digital world lends itself so well to the Renaissance. And it is European Union Law that has set the example through the case law then the 2016 Regulation on the circulation of data and the protection of the persons "concerned" by them by internalizing in companies a concern little present in the American techniques of Compliance: the first concern of the Person (GDPR). In this, Law finds its primary object: the life of human beings. The Law of the Union already has the lineaments of this Principle Ex Ante of the Principle of Person articulating with the Principle of Liberty (whose excesses are already sanctioned Ex Post by Competition Law, but this cannot suffice ): the Ex Ante of Compliance Law aims for a double systemic prevention, the prevention of the risk of loss of confidence in the contents and the prevention of attacks on the Person which lead to a loss of confidence in the operators. These two pillars Ex Ante are still inadequately formulated in a simple and general way: it is the contribution of Compliance Law that to do it so that it applies across the entire digital world and the digitized world and the respect for freedom (which must not be lost) and respect for the person (to be won). In this, this constituent principle of the Person must stop the effectiveness of foreign mechanical rules, including in the process mechanics of compliance process.

**Chapter IV** sets out the elements of application constituting this contribution of Compliance Law in Internet Governance, which does not require major institutional upheavals or adoption of texts upsetting the actual legal organization in Europe of the law, process of which everyone knows the difficulty and the slowness. It is necessary to start from the goal: preservation in the digitized and digital world of the "Person", that is to say, "subjects of law", technically by the titularity of rights and obligations. **To activate the Principle of Person, it is necessary to assure the effectiveness of these rights and to create new subjective rights**, as historically the judge has done, and more particularly the Court of Justice of the European Union. These subjective rights, of which the "right to be forgotten" is the paragon, the right not to be insulted, persecuted, etc., have a disciplinary and structuring effect with adequate extraterritorial effects, the attachment of the "person concerned" with the Union Law to be broad (three alternative criteria).

Compliance Law is not at all the enemy of the digital enterprises: on the contrary, it increases their powers, by legitimizing their power to collect data, but by setting them guardians of these and not masters or owners of these: it is also to serve goals that exceed them that this power is designed and their obligation of immediate collaboration with the public Authorities must be increased. Indeed, their action for the protection of the social group must be dictated by the public Authority and not by their charter or various internal committees that only copy or anticipate their duty. It remains that to perform their duties, they must have adequate powers, especially on Internet users, powers that are

legitimized. As such, a dismantling of "crucial operators" would also weaken the public Authorities who have already inserted public interest goals into them.

In addition, as are the managers of essential infrastructure, they become the **direct debtors** of these subjective rights of the people, prerogatives conferred on them directly by Law (on the model of the "right to be forgotten"), even if these operators are not in a contractual relationship with these persons. The debtor of a subjective right has an Ex Ante obligation to fulfill it. This is true for the subjective rights that Law must create, as the "right to be educated" could be, since education is now digitized, there is a right for it not to be worse (pornography, violence, protected secrets accessible to all, etc.) and that it is for the better; this is true for the **classical subjective rights** that the digital world has concretely erased and whose return to effectiveness must be borne by the crucial operators on which this new world is based. Thus, we must legitimize but also demand a more effective involvement of crucial operators in the effectiveness of the rights of "**creators**", rights which go beyond simple financial compensation. The world is not just about money, it's not its sole issue, its sole measure. For that, it is necessary to increase the Ex Ante powers of the operators, so that they execute new Ex Ante obligations with regard to the subjective rights of the creators, so that these cease to be dispossessed, notably in the matter of **counterfeiting**. The persons, concrete holders of all these subjective rights, must be able to act before a Regulator or a judge to demand their effectiveness.

In doing so and for that, as is done in Financial Regulatory system, **crucial operators must be recognized as "second level regulators"**, their legal form and their nationality not having any relevance for the granting in Europe of such qualification, their position being sufficient to justify this qualification, **a public body then exercising on them a power of "supervision"**. At the **European level**, this generates in the first place a **mesh** of all the regulators, because the mesh is a better solution than the concentration (it is the model of the trio ESMA - EBA - EIOPA and the three organs of the Banking Union, supervision, resolution of difficulties and guarantee, which themselves are articulated with national supervisors).

The Court of Justice has stated in its case-law that it is the guardian of a "rule of law": in the absence of a European State, a distribution of subjective rights by authorities (Court of Justice, Commission, Regulators, courts) whose crucial digital operators will be the actual debtors, overseen by a network of public authorities whose central focus will be the **European Commission**, represented by DG Connect, would correspond to the evolution of European Law. This would not be a break but a new degree in its **maturity** as a **sovereign** zone.

This system of institutional networking is all the more appropriate that the daily implementation is based on a lightning technology controlled by the operators themselves and that it is here to supervise them, not to "regulate" a sector. Some concerned authorities have both regulatory powers, concerning sectors to be built or whose equilibrium must be maintained over time, and supervisory powers over the operators which must become transparent in this regard. In this articulation resulting from a system of Compliance, it is only a question of articulating the powers of supervision on the crucial operators.

For the inter-sectorial to work well, especially via the European networks of national regulators, while digital is not a sector and it is only a matter of supervising the crucial operators of the digital world whose activity impacts "persons who are concerned", the **European Commission** is most likely to constitute what would be this hub of the European intersectorial in a perspective of supervision of crucial digital regulators. Within it, DG Connect would be the best able to be this pillar of supervision of a compliance system that has internalized in the crucial operators the effectiveness function of the

subjective rights of the "persons who are concerned" by the digitalization of the world, operators recognized as such as second level regulators.

Such a mechanism does not hinder innovation, on the contrary: to be supervised and directed towards certain goals that make the Freedom Principle, natural to the operator, and the Principle of Person, which may be less so, but crucial digital operators will gain ownership, and this obligation does not prevent an operator from innovating. On the contrary, Compliance Law relies on the power of crucial operators, established as guardians of liberties and people. The very strong pedagogical dimension of Compliance finds in digital and its operators a consubstantial ground.

Other crucial operators can be born in this new institutional but flexible ecosystem, not only in B to C but in B to B because the more crucial operators there are and the more the overall mechanism is solid, going beyond the immediate prospect of markets to care more about infrastructure, data retention and sharing between companies, under public supervision, can show that Compliance Law is then - by a return effect - a way to return to a Regulatory Law, able to build data infrastructures between companies in Europe, as long as they are supervised by a Supervisory Authority, which is neither a Regulatory Authority nor a Competition Authority. In this way, Compliance can compensate for the absence of an industrial Europe.

## Résumé du Rapport en 6 pages

Pour raisonner en principes, il faut connaître les faits : le Droit ne peut s'élaborer qu'en mesurant d'abord et le plus simplement possible ce à quoi aujourd'hui et maintenant les autorités publiques et les personnes font face dans le « monde digital », la question étant d'ampleur parce que le monde digital a digitalisé le monde. Le **premier chapitre** vise à prendre l'ampleur et la nouveauté de la situation, ce à quoi les Autorités publiques, les entreprises et les personnes font aujourd'hui face dans le « monde digital » et le « monde digitalisé ».

Or, il faut admettre que la situation actuelle du monde digital n'est pas satisfaisante. Parce que seul le principe de liberté s'y est développé comme fondement Ex Ante et que le Droit ne s'y insère que ponctuellement qu'en Ex Post, aucun autre principe général ne constitue pour le moment un pilier susceptible de constituer un équilibre face au principe de liberté. A tel point que certains voudraient « remettre de l'ordre » en attaquant la liberté, ce qui serait le pire. Cette situation perdure parce que la « personne » n'est pas reconnue à sa juste place dans le monde digital. Tant qu'un autre principe que celui-ci de la liberté n'est pas constitué, le Droit ne fait que « réagir » à chaque dégradation car l'on peut « réguler » Internet en ce que celui-ci a permis l'émergence d'un monde digital qui ne se réduit pas à un secteur, la réaction la plus à craindre au final étant l'attaque même du principe de liberté pour ramener de l'ordre.

Cela tient au fait qu'Internet renvoie aujourd'hui à un écosystème qui n'a été construit ni par les États dans une politique publique quelle que soit la zone du Monde dont il s'agit, ni par des individus isolés, mais par des décisions économiques prises par des entreprises qui ont développé des technologies nouvelles, permettant à des personnes d'entrer en contact sans se déplacer et sans coût. En cela et par nature, Internet est synonyme de liberté, l'inventeur du WEB, puis les entreprises de la Silicon Valley, ayant voulu concrétiser ce principe auquel ils adhèrent et dont la préservation est essentielle.

Mais ce qui est désormais un monde est « tenu » par quelques entreprises, très diverses, dont le point commun est la maîtrise des « données ». Ce n'est que le début.

Face à cela, le Droit se constitue mais d'une façon seulement réactive : lorsqu'un comportement ou une situation par trop insupportable est repérée, un texte est adopté. Cela vient s'adosser à des systèmes juridiques qui demeurent légitimes pour s'appliquer dans le monde digital mais dont les formes classiques, aussi bien pénales que civiles, s'avèrent inefficaces, comme le montre l'exemple de la lutte contre la contrefaçon. Les régulateurs sectoriels parviennent sans trop de difficulté à intervenir pour ce qui les concerne dans le monde digital, mais cela n'est pas pour autant que celui-ci est régulé, parce que le monde digital n'est pas un secteur. Sont alors adoptés de nouveaux textes sur des objets très précis, comme par exemple le « droit d'auteur » ou les « discours de haine ». Mais tout cela ne peut pas constituer une « Régulation d'Internet », ce sont des mouvements de toutes parts, tous légitimes mais par nature lacunaires, non coordonnés, laissant des béances dans lesquelles le principe de liberté commence à vaciller. Les États ou les Autorités publiques cherchent alors à faire un sort particulier à ce qui seraient les entreprises de cette industrie particulière qui serait « l'industrie de la donnée », soit en élaborant des projets d'un nouveau Droit fiscal et en concevant d'une façon nouvelle le Droit de la concurrence.

Pourtant, se rapprochant de plus en plus du lien consubstantiel entre Internet, le monde digital et la maîtrise des données par les entreprises qui structurent ce monde, se dégage l'importance des organismes publics qui assurent la sécurité de circulation des données et la protection des personnes « concernées », ce que ni le Droit fiscal ni le Droit de la concurrence ne peuvent viser en tant que telles.

Pour l'instant ces « réactions » des Etats et du Droit demeurent insuffisantes parce que pour l'instant le monde digital a pour simple principe de fonctionnement la technologie – qui ne saurait être confondue avec une norme - et pour seule norme Ex Ante la Liberté, ce qui à la fois est un Principe essentiel à préserver mais qui ne peut suffire lorsqu'il est la seule norme. En effet pour l'instant, l'être humain n'est pas protégé d'une façon générale par l'invention juridique qui le constitue comme une « personne », c'est-à-dire comme un titulaire actif et passif de droits et d'obligations.

Du caractère techniquement lacunaire des réactions du Droit dans le monde digital dans lequel les êtres humains ne sont pas protégés par le Principe de Personne, émerge un souci de civilisation, parce que le monde digital est technologiquement et par le seul Principe de Liberté un monde sans barrière où s'opère désormais « l'éducation » des êtres humains, toutes les passions s'alimentant et se diffusant. Or, le monde dit « réel » s'étant digitalisé, les comportements appris sur Internet s'y diffusent avec la même capillarité, sans qu'aucun mécanisme général n'y ait fait barrière Ex Ante dans le monde digital. Sans considération de la « Personne », c'est le socle de l'Occident qui est en cause. Nous sommes tous face à un enjeu de civilisation, né de la technique et de l'usage légitime de la liberté d'entreprendre et nous ne savons pas quoi faire. Il faut le dire.

Une fois que cela est admis, le **deuxième chapitre** présente l'apport que pourrait faire le Droit de Compliance, en ce qu'au lieu de viser à diminuer la puissance des entreprises qui ont construit le monde digital, il s'appuie sur celle-ci. En cela, il peut constituer une solution générale, en internalisant dans les opérateurs numériques cruciaux un « but monumental », celui de la protection des personnes. Par la reconnaissance du principe de « Personne », serait ainsi bâti un second pilier libéral faisant face au principe de liberté et consolidant celui-ci tout en créant un équilibre.

En cela, le Droit de la Compliance peut constituer un apport aux solutions proposées pour remédier à cette situation très préoccupante, en ce qu'il se définit comme l'internalisation dans les « opérateurs cruciaux » de « buts monumentaux », qui serait ici celui de protéger les êtres humains, parce ce qu'ils sont, à travers le Principe de Personne, titulaires de droits subjectifs opposables à tous et dont la concrétisation reviendrait aux opérateurs numériques cruciaux (I).

Le Droit de la Compliance est une branche du Droit nouvelle, qui consiste à internaliser dans les « entreprises cruciales » des buts fixés par l'autorité publique mais dont la concrétisation revient à certains opérateurs « en position » de les atteindre. En cela, le Droit de la Compliance permet sans se soucier des frontières ou des immatérialités de fixer des buts d'intérêt général très élevés (les « buts monumentaux ») et d'accroître la confiance que l'on peut faire aux « opérateurs cruciaux » qui, sur ordre des Autorités publiques, se structurent pour les atteindre.

Cet apport serait également de nature systémique, le Droit de la Compliance étant le prolongement du Droit de la Régulation. Le monde digital est en train de perdre son bien public : la confiance. Par une meilleure protection des personnes, voire en les mettant au centre dans la circulation des données ou au contraire par le soin de leur garde, cette confiance peut revenir ou être conservée, ce qui est un enjeu systémique majeur.

En effet le but systémique de confiance justifie que l’Autorité publique pose dans le monde digital l’impératif de confiance dans la garde des informations et dans la fiabilité des informations et le filtrage des discours inadmissibles, notamment par rapport aux personnes qui sont « concernées ».

Le but systémique de la Confiance marquant Internet et le monde digital doit être posé, non seulement pour celui-ci mais encore pour « le monde digitalisé », notre quotidien. Cela engendre un « but à double-face » d’information qui, parfois pour la même information », parfois doit circuler, parfois ne doit pas circuler, parfois doit être partagée. On ne peut réconcilier ces buts concernant les mêmes informations qu’en internalisant les obligations de maniement des données à l’intérieur même des « opérateurs numériques cruciaux » par le Droit de la Compliance. Le cœur du Droit de la Compliance appliqué au monde digital est que les êtres humains, parce qu’ils sont des Personnes, ne soient pas « dépossédés » d’eux-mêmes, but monumental s’appuyant sur le Principe de Personne venant en équilibre du Principe de Liberté, et rendant celui-ci soutenable à long terme.

Apparaît ainsi par le Droit de la Compliance la perspective d’une Europe pleinement numérique ayant deux piliers : le Principe de Liberté et le Principe de Personne. Le but systémique du Droit de la Compliance appliqué à Internet est d’une façon liée la Confiance et la protection des Personnes.

Les deux premiers chapitres ayant montré et la gravité de la situation et l’aptitude du Droit de la Compliance à apporter quelques solutions, les deux chapitres suivants ont pour objet de décliner les solutions concrètes. C’est à partir de ce moment-là que début les 55 propositions concrètes du Rapport.

Le **troisième chapitre** propose une première série de solutions concrètes, consistant à s’appuyer sur les fragments déjà écrits d’un Droit européen de la Compliance, fragments qui sont très nombreux et qu’il faut activement rapprocher. Le Droit européen de la Compliance est déjà là, comme écrit à l’encre sympathique, n’attendant que son lecteur qui le recopie d’une façon plus ordonnée. Il faut s’appuyer sur ce qui est déjà fait en la matière en Europe. C’est pourquoi il faut utiliser comme tremplin les réussites européennes et à partir d’elles concevoir l’application du droit de la compliance dans le numérique : ces tremplins visent la banque, la finance et les données personnelles. La réussite des textes européen est observée par le monde entier.

Il faut mais il suffit de s’appuyer sur les réussites acquises mais remarquables, et si souvent copiées désormais, du Droit européen. Les branches du Droit dont il s’agit sont constitués de corpus de principes, règles, décisions et institutions complètes, auquel des manuels sont consacrés. Il n’en sera exposé que les principes directeurs, pour éclairer l’état de maturité déjà très avancé de l’Europe en matière de Droit de la Compliance. Il faut mais il suffit de « tourner » la matière pour l’instant éparse vers l’espace numérique. Il s’agit du Droit européen de la Compliance bancaire et des outils de compliance qui y sont déjà développés, du Droit européen de la Compliance assurant la circulation des données et la protection des personnes concernées par cette circulation, du Droit européen de la Finance soutenable - dite « Finance verte » -, qui ouvre vers le souci de l’environnement et sa prise en charge effective par le Droit européen de la Compliance.

Le droit américain est plus ancien, il n’est pas notre ennemi, il est notre allié naturel, en ce qu’il constitue comme l’Europe le socle du Droit occidental ayant les mêmes valeurs. Il faut donc accroître ce qui nous est commun, dans un monde où le modèle du Droit occidental n’est plus acquis.

C'est pourquoi il faut accroître ce qui est commun entre les droits européen et américain, constitutif du Droit occidental, car quand on évoque le corpus de Compliance, c'est l'image d'une sorte de guerre entre l'Europe et les Etats-Unis qui apparait, ce qui est inapproprié. Il s'agit là d'un malentendu entre les européens et les américains, né d'une conception trop restrictive du Droit de la Compliance, ne correspondant pas à la réalité et tout malentendu a vocation à être dissipé, car il ne faut pas ramener le droit américain de la Compliance à la seule hypothèse dans laquelle il édicte des mesures locales hors de son territoire ...

Au contraire la première chose à relever et à accroître est ce qui est la correspondance entre l'Europe et les États-Unis dans un Droit de la Compliance qui articule le Principe de Liberté, de la libre circulation et le respect de la Personne, marque de l'Occident, élément commun qu'il faut renforcer car le monde ne se résume pas à l'Occident, le numérique dans d'autres zones du monde étant en train d'être utilisé pour affaiblir le principe de liberté et le principe de personne.

Mais le Droit américain a développé une notion abstraite de la donnée, alors que le Droit européen en développe une conception concrète, la donnée devant tirer des régimes juridiques distincts et prévalant suivant ce qui la « concerne ». Le Droit européen de la Compliance doit donc aller plus loin que le Droit américain.

Il faut développer cette conception concrète de la donnée, développée par le Droit européen, conception construite sur le « caractère » de la donnée (par exemple « à caractère personnel »), qui implique non plus des « appropriations » des données en masse, mais au contraire des principes de disponibilité ou d'indisponibilité suivant ce qui la « concerne ». Il est remarquable que les Etats-Unis commencent à adopter ce point de vue.

Ainsi malgré leur socle commun, le Droit européen s'est distingué du Droit américain en récusant la conception américaine abstraite de la donnée pour retrouver son sous-jacent concret, qui est le plus souvent la Personne dans la donnée (son « caractère personnel »), et ce à quoi le Droit européen a donné par le Droit de la Compliance un effet déterminant en 2016. En effet, suivant en cela les droits français et allemand le Droit européen donne pertinence première à la finalité de la maîtrise de la donnée par rapport à la « personne concernée ».

Dès lors la circulation ou la transmission de données doivent cesser, même si l'ordre en est émis par une autorité étrangère, y compris américaine, dès l'instant qu'il s'agit de protéger la « personne concernée ». Cette primauté de la Personne dans le Droit européen, le Droit américain, y compris son Droit de la Compliance, doit le respecter, car il est constitutif de l'Europe-même.

Le **quatrième chapitre** consiste dans une seconde série de propositions concrètes s'appuyant sur l'internalisation par le Droit de la Compliance du but voulu par les Autorités publiques de l'effectivité des droits des personnes (dont le « droit à l'oubli » est le premier et fameux exemple).

Il s'agit par le Droit de la Compliance d'obtenir via les opérateurs numériques cruciaux l'effectivité des droits des êtres humains, c'est-à-dire de faire en sorte qu'ils soient effectivement reconnus comme des « personnes » dans le monde digital et le monde digitalisé.

Pour que le pilier systémique de Principe de la Personne soit effectif face au Principe de liberté, il faut internaliser dans les opérateurs cruciaux numériques des droits subjectifs des personnes dont les opérateurs sont comptables de l'effectivité.

En méthode, il faut repartir de la finalité, c'est-à-dire de la volonté politique imposée par les Autorités du respect effectif de la Personne, seul moyen pour que les êtres humains n'y soient pas broyés, injuriés, trompés, etc., afin que le bien systémique demeure, par la garde donnée aux opérateurs des droits subjectifs des personnes.

Le monde digital ne peut plus fonctionner qu'à partir d'un seul principe, celui de la Liberté, puis n'être l'objet que de réglementations éparses, si justifiées soient-elles chacune en ce qui les concerne. Au contraire parce que le système gagnera à que ces éclats de Droit convergent tous vers le second principe systémique du digital, à savoir le souci de la Personne, dans l'effectivité de ses droits, il faut que celui-ci soit clairement formulé.

Il faut que ce Principe de primauté de la Personne, qui peut arriver la captation des données, soit exprimée clairement et simplement. Non pas comme principe nouveau, mais comme la formulation renouvelée de la « culture européenne ». Ainsi tous les textes techniques pourront y prendre racine, ceux déjà adoptés d'une façon rétrospective, les futurs par référence expresse, la jurisprudence faisant lien.

Il ne s'agit pas de remettre en cause la complexité des différents textes, notamment sectoriels, car cette complexité est requise par ailleurs, mais de proposer un ancrage commun à tous ces textes particuliers sur les deux principes fondateurs du monde digital : Espace de Liberté et Respect de la Personne. Pour ce faire, il n'est pas besoin de recours à des outils juridiques lourds. Il convient de recourir au « droit souple » et d'encourager le rapprochement entre l'Europe économique et l'Europe des droits humains. Ce rapprochement est aujourd'hui essentiel. La jurisprudence y joue un rôle central.

Pour obtenir cette effectivité d'un Principe clairement posé et clairement partagé, il faut internaliser dans les opérateurs systémiques la charge de l'effectivité des droits des personnes. Alors même que le Droit créait des droits subjectifs nouveaux, comme le « droit d'accès à Internet », droit de valeur constitutionnelle qui s'appuie sur le principe d'un « internet ouvert », principe distinct de la neutralité, principe que nul ne remet en cause, il convient au titre du second pilier d'affirmer comme principe second et égal le respect effectif de la personne, à travers l'effectivité de ses droits subjectifs. Car il ne suffit pas d'avoir des droits déclarés, encore faut-il qu'ils soient effectifs.

Or, si le Droit de la concurrence a su évoluer pour compléter des dispositifs particuliers et rendre effectif le droit d'accès<sup>9</sup>, si le droit positif a changé d'une façon fulgurante et en Ex Ante et en Ex Post concernant le droit à la vie privée au point qu'on peut y voir le socle de départ du Droit européen de la Compliance numérique<sup>10</sup>, le doute vient concernant les droits de propriété intellectuelle. Il faut donc internaliser dans les opérateurs numériques cruciaux l'effectivité des droits de propriété intellectuelle, alors que ces droits subjectifs sont acquis dans leur principe...

Mais leur effectivité ne saurait être une obligation absolue pour les opérateurs numérique cruciaux, ce qui conduit à poser un nouveau système probatoire, sans attendre qu'il soit construit sur plusieurs années par les diverses juridictions, distinguant l'intensité diverse de l'obligation d'effectivité, comme elle l'est en Droit de la Compliance, qui articule obligations de moyens et obligations de résultat.

---

<sup>9</sup> V. *infra*.

<sup>10</sup> V. *Infra*.

Par ailleurs, la nouveauté du monde digital et la digitalisation du monde justifie la création par le Droit de droits subjectifs nouveaux, concrétisant le Principe de Personne et protégeant les êtres humains. C'est ainsi qu'il faut passer du « droit d'accès » qui est acquis au « droit à l'inclusion numérique ».

Puisqu'il est parfois prétendu qu'il existerait des « droit à injurier », il faut pour bloquer cette tendance vicieuse établir des « droits subjectifs négatifs » pour prévenir ces dérives du Principe de Liberté qui sont autant d'agressions des personnes. Ces agressions mettent en incohérence Liberté et Droits des personnes. Ces droits subjectifs négatifs, ayant un pouvoir d'opposabilité Ex Ante, sont par exemple le « droit à n'être pas injurié », « le droit à n'être pas haï », etc.

Il faut ainsi aller résolument et systématiquement vers ces droits subjectifs nouveaux, et en conférer directement la titularité aux internautes.

Parce que ces obligations de concrétiser les droits subjectifs des internautes ne sont imposées à ces opérateurs numériques qu'en tant qu'ils sont « cruciaux », ces opérateurs ont donc un rôle de régulateurs de second niveau d'une part et doivent disposer des pouvoirs nécessaires pour exécuter leurs obligations générales nouvelles d'autre part.

Puisque ce monde nouveau qui met en danger les êtres humains parce qu'il n'a comme seul pilier que le Principe de Liberté, il doit s'appuyer sur un second pilier, celui de la Personne. Comme il est tenu par des opérateurs numériques cruciaux, c'est en leur sein que des obligations nouvelles doivent être internalisées, notamment quant au sort des informations qui viennent à eux, ce qui leur donne une obligation en miroir de leur pouvoir de diffusion des informations mais avant cela-même de leur puissance de garder des informations, notamment lorsque celles-ci sont secrètes. De par leur position, dotés de tant de pouvoirs, autant qu'il s'agisse de pouvoirs de droit plutôt qu'il ne s'agisse que de pouvoirs de fait incontrôlés et dessinés par eux-mêmes : il faut reconnaître en conséquence aux opérateurs numériques cruciaux le statut juridique de Régulateurs de second niveau.

Il est vrai que les opérateurs numériques ne se ressemblent pas, les internautes non plus, les choses, prestations et discours non plus. Cette fragmentation explique l'éparpillement du Droit actuel. A cette diversité, seul un but peut unifier la Gouvernance d'Internet : l'articulation entre Protection de la Liberté et la Protection de la Personne. Suivant ce qu'exige la protection de la Personne, l'obligation - et les pouvoirs corrélés à celle-ci - va varier. Le principe doit en être la garde par l'opérateur numérique crucial des informations concernant la personne, leur manipulation relevant donc d'une exception - c'est-à-dire d'une justification à fournir, ce qui renvoie à un système de charge de preuve, à établir.

En outre, l'opérateur peut être contraint de ne pas diffuser un contenu qui met en danger une personne. Par ailleurs, un tel opérateur est en train de devenir le garant de la coïncidence entre le contenu des messages et la qualité d'une « information » pour que celle-ci soit appréciée comme fiable.

Peut-on aller plus loin, et notamment au regard de la digitalisation du monde dit « réel », peut-on considérer une obligation de « civilité » à la charge des opérateurs de ce qu'ils accueillent ou de ce que à quoi ils mènent ? Leur reconnaître une telle charge, c'est leur légitimer l'ampleur d'un tel pouvoir. C'est un choix politique.

En toutes hypothèses, l'apport du Droit de la Compliance dans la Gouvernance d'Internet ne peut se faire sans dessiner une supervision institutionnelle des opérateurs numériques cruciaux car cela les dessine comme étant des « régulateurs de second niveau ».

Il est essentiel de leur reconnaître de Droit cette qualité. En effet, les obligations accrues des opérateurs numériques cruciaux, en raison de leur position, justifient que leur soient reconnu le statut de « Régulateur de second niveau ».

Cela justifie la titularité et l'exercice de leur pouvoir disciplinaire nécessaire Ex Ante. Cela ouvre une perspective nouvelle pour des opérateurs numériques cruciaux BtoB. Cela les soumet à tous les obligations, notamment d'impartialité, inhérentes au statut de « Régulateur », aujourd'hui juridiquement stabilisé.

Comme pour tous les Régulateurs de second niveau, il convient alors d'organiser leur supervision. Celle-ci a vocation à se faire au niveau européen, ce qui est techniquement possible sans bouleversement institutionnel majeur par un intermaillage à la fois horizontal et vertical dans lequel la DG *Connect* de la Commission européenne a vocation à être au centre.

# Chapitre I : CE À QUOI LES AUTORITÉS PUBLIQUES ET LES PERSONNES FONT AUJOURD'HUI FACE DANS LE MONDE DIGITAL ET LE MONDE DIGITALISÉ

**Annnonce de plan et résumé.** La situation actuelle du monde digital n'est pas satisfaisante. Parce que seul le principe de liberté s'y est développé comme fondement Ex Ante et que le Droit ne s'y insère que ponctuellement que qu'en Ex Post, aucun autre principe général ne constitue pour le moment un pilier susceptible de constituer un équilibre face au principe de liberté. A tel point que certains voudraient « remettre de l'ordre » en attaquant la liberté, ce qui serait le pire. Cette situation perdure parce que la « personne » n'est pas reconnue à sa juste place dans le monde digital (I). Tant qu'un autre principe que celui-ci de la liberté n'est pas constitué, le Droit ne fait que « réagir » à chaque dégradation car l'on peut « réguler » Internet en ce que celui-ci a permis l'émergence d'un monde digital qui ne se réduit pas à un secteur, la réaction la plus à craindre au final étant l'attaque même du principe de liberté pour ramener de l'ordre (II). Cela tient au fait que pour l'instant le Principe de Liberté est omniprésent et occupe tout l'espace, l'être humain qui en profita et en profite encore étant désormais insuffisamment protégé contre les autres et ne se tenant pas lui-même (III). Emerge en conséquence ce qu'il faut désormais comme un « souci de civilisation » parce que cette absence de protection des êtres humains dans le monde digital s'est répandue dans la totalité de notre vie, puisque le monde s'est « digitalisé (IV).

## I. LA SITUATION : LE DIGITAL, UN MONDE DE LIBERTÉS SUR LEQUEL LE DROIT N'A PRISE QUE FRAGMENTAIREMENT ET DANS LEQUEL LE PRINCIPE DE « PERSONNE » N'EXISTE PAS

**Annnonce de plan et résumé.** Internet renvoie aujourd'hui à un écosystème qui n'a été construit ni par les États dans une politique publique quelle que soit la zone du Monde dont il s'agit, ni par des individus isolés, mais par des décisions économiques prises par des entreprises qui ont développé des technologies nouvelles, permettant à des personnes d'entrer en contact sans se déplacer et sans coût. En cela et par nature, Internet est synonyme de liberté, l'inventeur du WEB, puis les entreprises de la Silicon Valley ayant voulu concrétiser ce principe auquel ils adhèrent et dont la préservation est essentielle (A). Ce qui est devenu un monde est « tenu » par quelques entreprises, très diverses, dont le point commun est la maîtrise des « données » (B).

## A. LE MONDE DIGITAL, ŒUVRE DE QUELQUES ENTREPRISES CRUCIALES AYANT PROFITÉ ET DÉVELOPPANT PAR EXCELLENCE LE PRINCIPE DE LIBERTÉ

A partir d'un système de télécommunication précédemment installé et permettant l'injection dans un réseau d'un élément qui au départ était la voix humaine, pouvant entrer dans ce réseau et atteindre son destinataire par des terminaux appelés « téléphone », les entreprises tenant au départ à la fois le réseau de transport, le réseau de distribution et la vente des terminaux, l'industrie du téléphone a permis cette communication des éléments, qui se sont diversifiés en « communications électroniques ».

C'est donc, et dès le départ, la liberté de communiquer qui a été accrue par cette première technologie, la liberté de communiquer alliant à la fois la liberté d'aller et de venir, car parler ensemble alors que l'on est physiquement éloigné c'est comme pouvoir aller et venir pour se rejoindre – ce qui exprime la réunion en Droit des télécommunications et de la poste -, et la liberté de s'exprimer puisque ce qui est transporté est la voix humaine, par laquelle l'être humain peut s'exprimer.

Le téléphone en lui-même, comme la lettre, est une liberté puisqu'il permet de faire comme si l'on chuchotait à l'oreille d'un confident physiquement éloigné, alors qu'on ne bouge pas. En elle-même, la technique du téléphone est une césure entre la localisation des personnes et ce qu'elles peuvent faire entre elles. Ce que le monde digital démultipliera, le téléphone lui-même le contient : la libération du lien avec les contraintes du monde physique au bénéfice de la liberté de la personne, alors que l'État a un rapport consubstantiel à son territoire et ne peut agir qu'avec difficulté et lourdeur en-dehors de celui-ci.

Cela n'a pas disparu.

L'informatique a ajouté le réseau d'Internet permettant à des personnes, grâce à une adresse, de communiquer par message, les courriels ayant le même statut que les courriers, tandis que des capacités de stockage informatique ont permis à des personnes de créer des espaces où développer des images, des textes et des espaces de dialogues, dans lesquels chacun a pu entrer pour regarder les éléments d'information disponibles et en disposer d'autres. Les États n'ont pas toujours été à l'origine de cette transformation permettant à chacun d'ouvrir une boutique ou d'ouvrir un salon de discussion sans avoir un support matériel.

## B. LE MONDE DIGITAL TENU PAR QUELQUES ENTREPRISES CRUCIALES AUX FONCTIONS DIVERSES ET À L'ENJEU COMMUN : LA MAÎTRISE DE DONNÉES, DANS L'INDIFFÉRENCE DU SOUS-JACENT DE CELLES-CI

Cela n'a pas disparu mais la puissance informatique a transformé un phénomène de transport d'informations et d'ouverture de sites en un phénomène nouveau ayant deux conséquences. Le phénomène nouveau est la naissance du « monde digital » ayant deux conséquences majeures.

Pour que se transporte non seulement la voix, mais les images, les films, quelques entreprises ont développé des outils technologiques, avant tout mathématiques, pouvant réduire toute information pour un récepteur en une série de chiffres, la digitalisation étant une application de l'informatique. Cela permet à tout ce qui est susceptible d'être une information, c'est-à-dire au monde entier, d'être réduit et de pouvoir être transporté dans des « bandes passantes », avant d'être retransformé sous sa forme première d'information, par exemple une phrase, une photo ou un film lorsqu'elle atteint son destinataire, par exemple le spectateur. Cette restitution en information peut n'être pas possible au bénéfice de tout intéressé si l'information de départ a été digitalisée d'une façon cryptée. On se souvient que l'inventeur de l'ordinateur, Turing, a mis au point celui-ci afin de décrypter la machine allemande d'encryptage *Enigma*.

La digitalisation suppose des capacités technologiques et des capacités de stockage très importantes. Celle-ci a été opérée par des entreprises qui avaient en outre un projet, convergeant avec les deux libertés précédemment soulignées : la liberté de communiquer (qui prolonge ou se substitue à la liberté d'aller et de venir) et la liberté d'expression. En effet, par la mise à disposition gratuite d'accès à des stockages d'information, la possibilité non seulement d'y accéder mais d'y déposer soi-même des informations, par exemple des images ou des mots ou des discours (ce qui est technologiquement égal, la digitalisation écrasant tout d'une façon semblable), chacun pouvant librement communiquer avec tous, contribuer librement à l'information de tous et s'exprimer librement. Sans l'État et au besoin contre l'État.

Par le seul dynamisme des entreprises, ou plus précisément des entrepreneurs, cette mise en forme technologique des libertés a à la fois pris des formes diverses mais a pu se revendiquer sur cette seule idée sur laquelle se construit l'Occident et qu'il doit continuer à défendre : la liberté.

En premier lieu, se sont renforcés les opérateurs de télécommunications qui transportent ce qui est devenu les « données ». Ce sont des opérateurs qui doivent investir dans des installations physiques de grande envergure et sur lesquels les États ont prise. L'utilisation de leur prestation est payante.

En second lieu, sont nés les opérateurs qui ont ouvert des espaces dans lesquels des personnes peuvent venir et déposer des informations, par exemple des offres et des demandes (l'entreprise Uber ayant engendré le nom commun d'« ubérisation ») ou des messages personnels pour eux-mêmes et ceux qui leur rendent visites (les followers, les contacts). C'est par exemple le cas de Facebook ou de Tweeter. L'entreprise ne produit pas de contenu. Leur activité s'apparente à une place de marché. L'utilisation de leur prestation est gratuite pour le consommateur final. Dans cette nouvelle économie du gratuit, l'utilisateur doit communiquer de nouvelles informations sur lui-même. Ces informations sont des données, puisqu'elles ne sont pas émises par lui à destination d'un destinataire.

Cet univers digital est caractérisé par la gratuité. Ainsi la circulation de la personne qui y pénètre, l'internaute, est facilitée par l'utilisation d'une autre activité nouvelle : le moteur de retour, dont Google est l'épigone. Les autorités de contrôle de concentration ont admis la prise de contrôle de YouTube par Google dans la mesure où les deux activités sont distinctes : mener à un endroit et tenir un endroit.

L'ensemble de ces entreprises fournissent des prestations et agréments très divers et à titre gratuit, ce qui les met à distance de ce qui s'y passe de plusieurs façons. En premier lieu, la gratuité. En deuxième lieu, la digitalisation qui rend les contrôles techniques quasiment impossibles sur les données. En troisième lieu, la neutralité par rapport aux acteurs véritables qui seraient les demandeurs et les offreurs sur les plateformes de service (comme Uber ou AirBnB, par exemple) ou

ceux qui seraient les éditeurs sur Facebook ou ceux qui seraient les chercheurs de contenus illicites par rapport aux moteurs.

L'enjeu commun de toute cette économie est la mise à disposition et la maîtrise technique de ces entreprises qui peuvent à juste titre se prévaloir de la liberté d'entreprendre et ont eu l'ingéniosité d'inventer les technologies qui sous-tendent ce monde digital. C'est en cela que, malgré la diversité de leurs fonctions et de leur business models, elles sont toutes des industries de la donnée.

En effet, la donnée est un bien qui, par la digitalisation, s'est détachée de son sous-jacent, lequel appartient au monde physique ou intellectuel. A partir de là, la donnée est un bien immatériel qui peut être utilisé, soit pour être vendu en l'état, soit pour être transformé (métadonnée), soit pour être adjoint à d'autres (*big data*), objets scientifiques et économiques nouveaux dont la valeur est considérable et dont elle est la matière première.

En tant que la donnée est la matière première obtenue gratuitement ou quasi-gratuitement, par le détachement de son sous-jacent qu'était par exemple la personne, des textes, de l'art, des mœurs, etc. produisant des biens de grande valeur, ces entreprises sont devenues en peu de temps les premières capitalisations boursières et tiennent entièrement le monde digital, parce que celui-ci ne tient que par l'alliance entre la technologie dont elles disposent, la gratuité qu'elles maintiennent pour se procurer la matière première (données) et la liberté dont les États doivent veiller à la conservation.

## II. UN DROIT CONSTITUÉ D'UNE FAÇON RÉACTIVE ET FRAGMENTAIRE, UNIFIÉ PAR UN SEUL PRINCIPE (RESPECT DU PRINCIPE DE LIBERTÉ) ET TECHNIQUEMENT ECLATÉ (PARCE QUE LE MONDE DIGITAL N'EST PAS UN SECTEUR)

**Annonce de plan et résumé.** La méthode actuellement utilisée est « réactive » : lorsqu'un comportement ou une situation par trop insupportable est repérée, un texte est adopté (A). Cela vient s'adosser à des systèmes juridiques qui demeurent légitimes pour s'appliquer dans le monde digital mais dont les formes classiques, aussi bien pénales que civiles, s'avèrent inefficaces, comme le montre l'exemple de la lutte contre la contrefaçon (B). Les régulateurs sectoriels parviennent sans trop de difficulté à intervenir pour ce qui les concerne dans le monde digital, mais cela n'est pas pour autant que celui-ci est régulé, parce que le monde digital n'est pas un secteur (C). Sont alors adoptés de nouveaux textes sur des objets très précis, comme par exemple le « droit d'auteur » (D) ou les « discours de haine » (E). Mais tout cela ne peut pas constituer une « Régulation d'Internet », ce sont des mouvements de toutes parts, tous légitimes mais non couverts, non coordonnés, laissant des béances dans lesquelles le principe de liberté commence à vaciller. Les États ou les Autorités publiques cherchent alors à faire un sort particulier à ce qui seraient les entreprises de cette industrie particulière qui serait « l'industrie de la donnée », soit en élaborant des projets de nouveau Droit fiscal (F) et en concevant d'une façon nouvelle le Droit de la concurrence (G). Se rapprochant de plus en plus du lien consubstantiel entre Internet, le monde digital et la maîtrise des données par les entreprises qui structurent ce monde, se dégage l'importance des organismes publics qui assurent la sécurité de circulation des données et la protection des personnes « concernées » (H).

## A. LA MÉTHODE ACTUELLE : DES SOLUTIONS « RÉACTIVES » ADOPTÉES AU FUR ET À MESURE DE L'APPARITION DE COMPORTEMENTS OU DE SITUATIONS « INSUPPORTABLES »

Il convient de revenir sur la définition de l'Ex Post et la définition de l'Ex Ante, que l'on identifie parfois formellement avec les instruments juridiques utilisés : la loi et la réglementation seraient de l'Ex Ante, tandis que le jugement serait de l'Ex Post. On s'accordera pour dire que, dans une définition non pas formelle mais substantielle, l'Ex Post consiste à associer une solution trouvée à un problème repéré, tandis que l'Ex Ante consiste à poser des règles, des principes à partir desquels s'ajusteront les comportements futurs. Il conviendrait que la Loi soit en Ex Ante, posant des principes à partir desquels les comportements futurs s'ajustent et que les actes juridictionnels trouvent des solutions aux cas passés, les définitions formelles et substantielles coïncidant. Mais c'est de moins en moins le cas, notamment à propos du numérique.

Pour l'instant le Droit intervient en Ex Post, y compris en législation par rapport à des phénomènes nouveaux (en soi ou par leur accroissement) et il réagit, par une loi nouvelle, qui « règle » le problème. Il ne pose pas au départ, il n'intervient donc pas en Ex Ante mais en Ex Post. L'on constate que c'est dans la jurisprudence, et notamment dans celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, que l'on trouve de nouveaux principes ou de nouveaux droits conférés aux personnes, par rapport auxquels chacun s'ajustera, ce qui place la jurisprudence non pas en Ex Post mais en Ex Ante.

La Cour le fait parce que les Autorités politiques ne posent pas les principes à partir desquels les cas passés soumis au Juge pourraient trouver solution. Cela est problématique parce que la distinction Ex Ante/Ex Post est une distinction politique, par laquelle les Autorités publiques posent ce qu'elles veulent (Ex Ante) et l'Ex Post où le Droit réagit à des cas concrets, résolus en application des principes posés par le Politique.

L'existence d'un véritable Ex Ante montra que le Politique existe encore. Lorsque certaines affirment que ce sont les algorithmes qui trouvent des solutions et que la « réglementation » doit suivre les algorithmes qui sont les véritables « codes » du monde digital, ils affirment en cela que le Politique n'a plus de place dans le monde numérique, le Droit étant la forme littéraire prise par la machine, la réglementation étant une traduction de la technologie qui lui est à la fois étrangère et supérieure. Ce sont donc les faits, en soi et dans leur ampleur, qui gouvernent, le Droit s'y ajustant. Cette conception simplement technicienne du Droit, qui est aujourd'hui très largement partagée, fait disparaître le Politique.

Cette conception simplement technicienne du Droit (dénoncée depuis longtemps par Ellul, plus récemment par Supiot) s'est d'autant plus facilement répandue que l'on a tendance à dire que la technique législative est Ex Ante et la décision de justice est Ex Post. Plutôt que cette définition formelle, il convient de dire que **c'est le mécanisme de principes posés par le Politique s'exprimant par le Droit et autour desquels les acteurs s'ajustent qui constitue l'Ex Ante, tandis que c'est le mécanisme de solutions ponctuelles apportées techniquement à des difficultés existant ponctuellement qui constituent l'Ex Post.** Ainsi des décisions de justice peuvent relever de l'Ex

Ante<sup>11</sup> lorsqu'elles posent des principes en considération desquelles les personnes ajustent leur comportement général futur, tandis que des lois peuvent n'être que de l'Ex Post, lorsqu'un problème concret et particulier repéré y trouve une solution, cela et rien de plus.

Ainsi, si le Droit a pour l'instant apporté un principe Ex Ante : la liberté ; il n'en a pas apporté d'autres. Il se situe pour l'instant dans l'Ex Post, ne dégageant pas de principes clairs et nets, résolvant des difficultés repérées sans produire un ou deux principes à partir desquels les opérateurs ajustent leur propre comportement.

---

Lorsqu'il advient que les entreprises font usage de leur puissance pour accroître celle-ci, le Droit de la concurrence, qui est par nature un Droit qui intervient Ex Post, intervient, comme l'a fait la Commission européenne dans sa décision de sanction Google du 27 juillet 2018. Les économistes insistent sur le fait qu'une intervention Ex Ante serait plus adéquate, c'est-à-dire prendre au sein du Droit de la concurrence ce qui peut interférer dans la structuration d'un secteur, à travers le contrôle des concentrations.

Plus encore, le Droit intervient en Ex Post lorsque l'usage de la liberté est devenu « insupportable », a passé les limites, par exemple par l'usage que les personnes qui expriment leur opinion dans le monde digital, le font en violant le Droit pénal qui prohibe en Europe des expressions, quelle qu'en soit la forme, racistes, antisémites, homophobes ou sexistes. Le Droit pénal étant d'interprétation restrictive, tout ce qui n'est pas interdit est permis et il est donc prévu de combler ce catalogue – car le Droit pénal n'est jamais qu'une série de cas précis d'interdictions par rapport à un principe général de liberté – pour juguler et sanctionner les « discours de haine ».

Il s'agit donc toujours d'une conception Ex Post, corrélée non seulement au principe de liberté, mais aussi à un monde dont l'organisation ne s'est pas faite sur le Droit (il n'y a pas de « Constitution » du monde digital).

Plus encore, cette absence de Droit Ex Ante vient du fait que le monde digital n'est pas un secteur. S'il est exact qu'il a pris naissance par les télécommunications, c'est par le déploiement des contenus et l'invention de prestations nouvelles qu'il s'est développé dans un premier temps et remodelé le monde entier dans un second temps.

Or, le Droit Ex Ante, qui permet de poser des règles – l'on dit souvent que la « réglementation » est la marque de la Régulation -, suppose que l'on puisse tracer un contour qui ferme un secteur, cette clôture le distinguant et le soumettant à des règles spécifiques.

Mais le monde digital ne constitue pas un secteur : c'est pourquoi l'idée d'un régulateur qui lui serait spécialement affecté et disposerait des pouvoirs Ex Ante (avec les pouvoirs Ex Post de sanctions pour assurer l'effectivité des premiers) est une idée à première vue séduisante, et chaque régulateur a tendance à prétendre à la place, mais répond mal à ce qu'est l'univers numérique.

---

<sup>11</sup> Comme le fit l'arrêt *Google Spain* en 2014, rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne. V. à ce propos *infra*.

## B. L'ASSOCIATION DE LA LÉGITIMITÉ ET DE L'INEFFICACITÉ DU DROIT CLASSIQUE : DROIT PÉNAL ET DROIT CIVIL (L'EXEMPLE DE LA CONTREFAÇON)

Le numérique n'a pas fait disparaître le Droit. Ainsi et par exemple sans pour autant avoir le statut d'éditeur, aussi bien Facebook que Twitter ont été civilement condamnés pour n'avoir pas été suffisamment diligents.

De la même façon les personnes qui ont des comportements contraires à l'ordre public dans l'espace numérique en répondent devant le juge pénal, par exemple les sites offrant des prestations pédo-criminelles ou d'incitation à la haine raciale.

Ainsi, *de jure*, le monde numérique n'est en rien étanche au Droit. Mais *de facto* la lenteur des procédures de sanction face à la rapidité des personnes à recréer un nouveau site ou à mettre un propos similaire, associé à l'anonymat, font de ce principe d'emprise du Droit sur la vie numérique davantage une pétition de principe qu'une réalité quotidienne.

En matière de contrefaçon, le Droit est en principe applicable mais en fait l'on évoque le monde digital comme [constitutif de « bulles d'impunité »](#). Ainsi et pour ne prendre qu'un seul exemple, l'obligation de respecter le droit des créateurs, qui se traduit par l'interdiction de la contrefaçon est contournée par l'usage d'un Droit trop fin et trop construit qui par les mécanismes de Droit international privé permette d'offrir aux internautes français l'achat de produits contrefaits.

La réaction du Droit tend aujourd'hui à s'éloigner d'un Droit classique conçu à partir de la notion de territoire pour, comme le fait notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2018<sup>12</sup>, rendre inefficace ce qui est une utilisation perverse de la finesse du Droit classique et rattacher directement à l'internaute français les dispositions prévues pour protéger les entreprises de création.

C'est donc d'une façon fragmentée que l'on est en train de retrouver du Droit « de pleine efficacité » dans le monde numérique, puisqu'il faut concevoir un Droit nouveau.

**Nous sommes donc actuellement au milieu du gué : le Droit classique, construit sur des principes donnant la plénitude requise pour saisir les comportements futurs est inadéquat pour un monde radicalement nouveau tandis que le Droit qui a été construit en considération directe de ce monde nouveau n'est pour l'instant que réactif à tel ou tel problème sans contenir encore de principes suffisamment simples et amples offrant la plénitude requise pour guider les comportements futurs des personnes impliquées dans ce monde digital radicalement nouveau.**

## C. LA MAIN DES RÉGULATEURS SECTORIELS PLONGEANT DANS LE DIGITAL

La puissance du Droit tient à méconnaître les nouveautés afin de mieux s'en saisir. Ainsi les Autorités de Régulation peuvent sans avoir besoin de textes particuliers de phénomènes qui se déroulent sur

---

<sup>12</sup> Com., 26 septembre 2018, *H&M*. qui accepte d'appliquer la loi française.

des sites avec des règles conçues pour ceux qui se déroulent dans l'espace de corporéité, dès l'instant que les premiers présentent les mêmes caractéristiques qui justifient l'intervention du Régulateur.

Cela sera d'autant plus vrai que la mission du Régulateur en question est la sécurité, puisque par nature le numérique, par l'immatérialité, l'anonymat, l'instantanéité, est un espace où les dangers sont accrus.

L'on relève à ce titre que les activités financières et bancaires ont été bouleversées par les innovations du digital mais elles n'ont pas été « compromises » par elles, parce que les diverses Autorités de Régulation et de Supervision propres à ces activités sont à ce point actives et maillées<sup>13</sup> qu'aussi bien au niveau national, européen et international, les normes et les Autorités ont comme « plongé leurs mains » pour limiter l'insécurité que pouvait représenter ce nouveau monde. C'est pourquoi l'on trouve de nombreuses déclarations et décisions particulières prises et par les Autorités de régulation (l'Autorité des marchés financiers, par exemple) et par les Autorités de supervision (l'Autorité de contrôle prudentiel et de supervision, par exemple).

De la même façon les Régulateurs qui étaient en charge de protéger les personnes contre les « fichiers », dont l'utilité et les dangers sont demeurés les mêmes qu'ils soient en papier, devenus numériques ou aujourd'hui pulvérisés en données, ont pareillement plongé dans un univers dont la structure leur était familière. Ainsi, la CNIL a condamné les opérateurs du digital, le Règlement dit RGPD ayant accru ses pouvoirs sans changer la nature de sa mission.

L'on peut alors penser qu'une solution pourrait être – et cela est déjà de fait en place – de faire travailler ensemble tous les régulateurs concernés, sur le modèle de « l'interrégulation »<sup>14</sup>. Mais comme le digital n'est pas un secteur, il est le monde lui-même, ils sont tous concernés. A force d'intensifier le maillage et d'en resserrer les mailles, l'on reconstitue l'État lui-même. Chacun des Régulateurs étant comme un ministre technique. Sans chef de l'État. Il est possible que l'on s'oriente vers un modèle de ce type.

Les textes les plus récents accroissent cette puissance du Droit à aller toujours plus loin pour obtenir des données financières, par exemple pour lutter contre les criminalités organisées, cherchant à accroître toujours la puissance des autorités publiques pour lutter contre les criminalités et obtenir de tout organisme qui manie des informations financières leur obtention<sup>15</sup>. La violence légitime du Droit s'accroît donc mais reste limitée à des éléments étroits, ici les « données financières ».

## D. L'ADOPTION PONCTUELLE D'UN DISPOSITIF ADÉQUAT OBLIGEANT LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX POUR UN SOUCI PARTICULIER : LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR

L'on observe également que des réactions ponctuelles ont lieu sur des sujets qui bénéficient d'une mobilisation particulièrement forte. Ainsi la préservation du droit d'auteur dans le monde digital

---

<sup>13</sup> Sur l'importance de l'intermaillage, v. *infra*.

<sup>14</sup> Sur la notion même d'interrégulation, Frison-Roche, M.-A., *L'hypothèse d'interrégulation*, 2005.

<sup>15</sup> V. par ex. [l'accord européen du 12 février 2019 pour l'accès des autorités publiques européennes aux données financières leur permettant de lutter contre la criminalité organisée](#).

constitue une préoccupation. Dans la conception du « droit d'auteur » - qui n'est pas la même que celle du *copyright*, celui qui crée une œuvre a non seulement un droit de recevoir une rémunération de la part de celui qui en tire profit<sup>16</sup> mais aussi garde la décision finale sur ce que l'on en fait. Le droit d'auteur protège d'abord l'auteur, le *copyright* protège d'abord le producteur. Celui qui l'exploite est appelé éditeur, mais l'on sait que les opérateurs du numérique qui agissent comme espace de mise en ligne de contenus postés par d'autres, ont obtenu d'être soustraits à cette catégorie et aux obligations, notamment de rémunération -, qui s'ensuivent, notamment par l'effet de la directive *Commerce électronique* de 2000, dont la perspective de modification est souvent évoquée.

Le Droit de la propriété intellectuelle a développé des « droits voisins » attribués à ceux qui sont les supports classiques des œuvres et la directive adoptée par le Parlement européen le 26 mars 2019 va permettre à la fois de mieux protéger les auteurs et les artistes mais aussi la presse traditionnelle, par la création d'un « droit voisin » à rémunération, versée par les services numériques qui fabriquent leur contenu à partir des articles de journaux. Le Droit tire conséquence que dans cette industrie nouvelle de l'accès, la presse ne peut plus être de la simple matière première gratuite pour les plateformes et moteurs de recherches tirant profit de ces richesses « amont » vers lesquelles ils mènent ou dont ils permettent la lecture, ce pour quoi des flux considérables de personnes viennent et ce dont ils tirent en « aval » un profit financier considérable.

Certains soutiennent que la solution juridique adéquate serait de qualifier ces hébergeurs d'éditeurs mais l'habileté juridique ayant cristallisé ce statut d'« hébergeur » dans les textes européens, l'on ne peut plus concrètement guère y prétendre, même si soutenir que des plateformes peuvent avoir une « ligne éditoriale » sans être « éditeur » ou puisse classer et indexer les vidéos par des algorithmes non publics, montre que le Droit renonce ici à ce qui fait sa droiture : la correspondance entre les mots et les choses.

Dans une organisation économique où désormais les auteurs, la presse classique, les producteurs de musique et de films subissent une nette érosion de leurs revenus, par le transfert de valeur de l'amont des créateurs et industries culturelles vers l'aval de l'industrie numérique, la directive relative au droit d'auteur a été adoptée par le Parlement le 26 mars 2019 pour protéger ce qui reste aux créateurs et aux éditeurs (le droit d'être rémunérés) après de grandes tensions politiques entre les différents États de l'Union. Le lobbying a été d'une telle intensité qu'il convient plus que jamais de ne pas penser la « régulation » sous la seule forme des textes (la « régulation ») mais sous la forme d'un système plus difficile à capturer, notamment par la présence des institutions juridictionnelles.

La Directive constitue en tout cas un exemple particulièrement intéressant sous l'angle du Droit de la Compliance en ce que son article 17 adoptée cadre la pratique technique du « filtrage », ayant vocation à être transposée dans la prochaine loi française sur l'audiovisuel. En effet, les « plateformes » doivent en Ex Ante conclure des accords avec les titulaires de droit (les créateurs, leurs organisations collectives, les éditeurs ou les producteurs) pour que si un internaute publie un contenu sur lequel un droit d'auteur existe, une rémunération soit versée ; faute d'accord et tandis que de multiples exceptions sont prévues pour ne pas bloquer le droit à l'information<sup>17</sup> et l'accroissement de l'information globale – bien commun, la plateforme doit développer des

---

<sup>16</sup> Le « droit subjectif à rémunération » n'est qu'une conséquence d'un droit de propriété intellectuelle que le créateur a sur son œuvre. Ne plus lui laisser qu'un « droit à rémunération » est déjà une conception diminuée de son droit. Pour une conception plus large et plus « systémique » des droits subjectifs, v. *infra*.

<sup>17</sup> Sur ce droit subjectif, v. *infra*.

technologies pour non seulement retirer le contenu illicitement téléchargé (Ex Post) mais encore empêcher un tel téléchargement par les moyens technologiques appropriés (par exemple un nouveau téléchargement immédiat sur un nouveau site créé à l’instant), ce qui relève d’un pouvoir Ex Ante de l’opérateur numérique, faute de quoi la responsabilité de celui-ci peut être engagée. Cette responsabilité est l’Ex Post qui assure l’effectivité de cette obligation – mais aussi pouvoir – Ex Ante<sup>18</sup>.

La renaissance d’un droit subjectif légitime – ici, le droit d’auteur -, prend donc la forme d’un mécanisme de Droit de la Compliance, tel que décrit dans cette étude d’une façon plus générale<sup>19</sup>. Elle est donc aussi à ce titre remarquable. Mais cela fût le fruit de batailles politiques, juridiques et d’une déferlante de lobbies comme on l’a rarement vu, pendant plusieurs années, le texte ayant été transmis au Parlement en 2016, pour aboutir à un texte ponctuel, aux modalités particulières. Or la propriété intellectuelle, pour n’en rester qu’à cette partie-là des droits subjectifs, concerne également la propriété dite industrielle, par exemple la propriété sur les marques, les dessins et les modèles, qui ne peuvent être contrefaits. Ceux-ci le sont en permanence par des sites, et pour l’instant aucune contrainte de ce type n’existe. L’évolution récente et louable montre à la fois la nécessité d’évolution, le recours à des mécanismes de compliance qui donnent aux opérateurs cruciaux des pouvoirs pour remplir des obligations nouvelles et le caractère inévitablement trop ponctuel du dispositif.

## E. L’ADOPTION D’UNE LOI SPÉCIFIQUE CONTRE LES « DISCOURS DE HAINE »

Puisque la prohibition par le Code pénal de tout signe (le « discours » étant un signe) raciste, antisémite, homophobe et sexiste, ne suffit pas, il est envisagé un texte pour lutter contre les « discours de haine »<sup>20</sup>. Ne connaissant pas plus avant le projet, il sera simplement indiqué qu’il est légitime de revendiquer une tradition européenne qui n’admet pas certains comportements haineux, même s’ils expriment la liberté de l’auteur. C’est non seulement la tradition de pensée de l’Europe, selon laquelle il convient de « se tenir » et que « la parole est la meilleure et la pire des choses », mais encore le souvenir que l’Europe a et doit conserver de son histoire dramatique du XXIème siècle et des enchaînements qui ont conduit au génocide.

Il est souvent relevé que la « haine » est difficile à définir. De fait, par un « faisceau d’indices », elle est au contraire assez facile à « repérer », comme l’est la « faute » en Droit de la responsabilité. En effet, un discours haineux est un discours fautif, et il s’agit de transformer en Ex Ante ce qui est usuel

---

<sup>18</sup> La directive crée des règles pour une pratique plus protectrice des droits des internautes : jusqu’à aujourd’hui en effet, les mêmes plateformes exercent déjà un filtrage des contenus, mais arbitraire. La directive prévoit la mise en place de procédures de médiations pour que les plateformes justifient la raison pour laquelle elles retirent des contenus. Elle interdit explicitement tout filtrage généralisé. Elle exclut du champ de son application les services de cloud, les plateformes à but non lucratif, comme Wikipédia, etc.

<sup>19</sup> V. *infra* et v. *supra*.

<sup>20</sup> Proposition du 20 mars 2019 *visant à lutter contre la haine sur Internet*.

en Droit classique, à savoir les condamnations en Ex Post des discours haineux, pour lesquels leur auteur doit rendre des comptes, dont il est responsable.

Comme le Droit de la Compliance a pour finalité que l'événement qui constitue un risque catastrophique n'advienne pas<sup>21</sup>, il faut ici que le discours de haine ne puisse entrer dans les circuits digitaux ou à tout le moins ne puissent s'y propager immédiatement.

C'est plutôt la notion de « discours » qui est une notion restrictive, car l'observation du monde digital montre qu'il y a bien des « signes » de haine qui passent par une autre façon, des photos, des emblèmes, etc.

Un tel texte a l'avantage de prendre une notion plus générique qu'est la « haine », dont la liste précédente (racisme, etc.) n'était que des exemples mais qui ne pouvait qu'être une liste finie en raison de l'interprétation restrictive du Droit pénal.

L'interrogation porte davantage sur l'effectivité et sur le fait que, comme pour les exemples qui sont ici généralisés par le terme adéquat de « haine », il convient sans doute de s'appuyer sur de l'Ex Ante que sur de l'Ex Post, le Droit de la Compliance étant l'exemple le plus net du Droit en Ex Ante.

## F. L'ADOPTION ENVISAGÉE D'UNE FISCALITÉ PORTANT SUR LES OPÉRATEURS CRUCIAUX DU NUMÉRIQUE

Le Gouvernement propose d'utiliser l'une des formes premières de « régulation » qu'est la fiscalité, en constatant que la liberté que constitue l'usage du Droit des contrats et du Droit des sociétés aboutit à un déséquilibre entre le chiffre d'affaires réalisé à partir de l'activité de consommation d'un pays et les recettes fiscales dont les administrations de ce pays devraient bénéficier. L'optimisation fiscale est ici à son comble.

Cette question n'est pas propre au numérique. Elle est de plus grande ampleur encore comme l'a souligné le FMI qui en tire comme conséquence la nécessité d'une réforme, elle-même de plus grande ampleur sur un plus grand spectre. Mais il est possible que les montants et le symbole que représentent les grands opérateurs du numérique constituent la première illustration de cette grande réforme à venir mondialement. Il ne s'agit pas donc pas tant d'une « fiscalité propre » que de l'anticipation pour des opérateurs dont la situation est particulière de ce qu'il faudra faire d'une façon plus générale. S'il est presque impossible de modifier mondialement tout et pour tout le monde, il est possible de le faire partiellement pour ceux pour lesquels cela est le plus visible : les opérateurs numériques cruciaux.

Le retour à ce principe simple, qui veut que la fiscalité consiste pour les agents économiques à contribuer aux charges de la communauté qui a permis l'enrichissement est contesté au nom du principe de liberté. C'est au nom de cette dernière et face à cette idée de nature politique, qui renvoie à l'idée de contrat social, que se déploie une ingéniosité fiscale visant à le mettre en échec.

Quel que soit l'avenir du projet gouvernemental il montre l'une des voies pour remettre en ordre ce qui paraît extravagant dans le monde digital, à savoir des entreprises accumulant des profits comme cela ne s'est jamais vu à partir d'activités humaines qu'elles ne rémunèrent pas et sans contribuer aux charges collectives qui permettent la création de valeur qui en résulte pour elles. Il ne s'agit pas tant de « réguler » cet espace », puisqu'il ne s'agit pas d'un secteur mais bien de « réguler les

---

<sup>21</sup> Sur cette définition, v. *supra* et v. *infra*.

opérateurs » : c'est en cela que leur soumission des règles fiscales nouvelles peut être le laboratoire pour de nouvelles règles fiscales repensées pour l'ensemble des opérateurs, le lien s'opérant avec une contribution forcée au Contrat social du pays dont ils tirent profit grâce à ses infrastructures ses auteurs et ses, consommateurs.

On ne développera pas ici davantage cette perspective, par ailleurs essentielle, puisqu'il s'agit plutôt de montrer que les « réactions » qui commencent à poindre peuvent être elles-mêmes, soit simplement ponctuelles, soit de très grande ampleur car ce sont les bases de la fiscalité qu'il faut revoir pour que les opérateurs cruciaux qui captent la richesse engendrée par le numérique cessent de ne quasiment pas payer d'impôts, c'est-à-dire de ne pas participer au Contrat social. Le caractère obligatoire de l'impôt est le mode de participation au Contrat social, notion politique, à laquelle n'équivaut en rien la Responsabilité sociétale, revendiquée par les opérateurs, et qui relève de leur volonté propre sur des objets et des buts qu'ils ont choisis, davantage inspirée de la tradition américaine du caritatif.

La perspective d'une sorte de reprise en mains fiscale converge avec l'idée du Droit de la Compliance en ce que l'ordre (ici de payer) vient des Autorités publiques, les prélèvements obligatoires faisant contribuer les opérateurs au contrat social et permettant à l'Etat de poursuivre ses fonctions d'intérêt général, sans entraver pour autant leur liberté d'action, les buts leur demeurant extérieurs tandis que la puissance des opérateurs n'est pas remise en cause.

## G. L'ADAPTATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE, EN DROIT COMMUN ÉCONOMIQUE, TENDANT VERS L'EX ANTE

Dans le même esprit, l'une des évolutions réactives tenant au fait que le monde digital n'est pas un secteur a pris la forme d'une évolution du Droit commun du Droit économique, à savoir le Droit de la concurrence. En ce qu'il n'est pas sectoriel, il a pu à travers des décisions de type juridictionnel se développer de façon nouvelle pour réagir au développement numérique. L'on remarquera que la plupart des réflexions, d'un très haut niveau, se situe d'emblée dans le droit de la concurrence qu'il s'agit du rapport Crémer d'avril 2019 demandé par la Commission européenne<sup>22</sup>, ou du rapport britannique mené sous la direction de Furman publié en mars 2019<sup>23</sup>, il s'agit toujours de modifier le Droit de la concurrence du fait des transformations digitales et non pas d'une vision globale du digital dans laquelle le Droit de la concurrence ne prendrait que sa part.

Pourtant le Droit de la concurrence est en principe Ex Post, sanctionnant des comportements prohibés et ayant un effet sensible sur un marché, le dégradant, les Autorités de concurrence étant intervenues sur le marché de la publicité en ligne par exemple, mais n'ont pas en charge de construire des marchés, d'en maintenir les équilibres à long terme ou de superviser des opérateurs, même dominant.

Le Droit de la concurrence comprend un part Ex Ante à travers le contrôle des concentrations, mais les opérateurs numériques se développent souvent sans recourir à ce mode d'expansion. La réaction semble paradoxalement prendre la forme d'un assouplissement des conditions du contrôle des concentrations dans les secteurs concurrencés par cette montée en puissance des opérateurs numériques, par exemple en matière de médias, comme on l'a vu dans l'acceptation de la concentration Warner/ATT du fait de l'existence de Netflix. Admettre l'intégration intersectionnelle

---

<sup>22</sup> Crémer, J., Montjoye de, Y.-A., Schweitzer, H., [Competition Policy for the Digital Era](#), avril 2019.

<sup>23</sup> [Unlocking digital competition, report of the Digital Competition Expert Panel](#), mars 2019.

en réponse à l'absence de contour sectionnel du numérique est davantage une réaction qu'une action. Mais l'on ne peut pas demander au Droit de la concurrence plus qu'une administration, puisque les Autorités de concurrence ne construisent pas les marchés, n'étant pas Autorités de régulation.

Néanmoins et au sein des mécanismes Ex Post que sont les sanctions, les Autorités de concurrence ont d'une part fait un usage très large, très lourd et très médiatisé de celui-ci sur les opérateurs numériques cruciaux ; elles ont d'autre part dans les décisions de sanctions développé des outils Ex Ante, se rapprochant en cela du Droit de la Compliance. Si l'on admet que le Droit de la concurrence, en ce qui protège la liberté d'entreprendre et le libre fonctionnement du marché concurrentiel pour la satisfaction du consommateur, l'on peut poser que le Droit de la concurrence est le Droit commun du Droit économique libéral.

Dans un monde digital qui doit son existence même à l'ingéniosité, au dynamisme et à la prise de risque des opérateurs eux-mêmes, il est légitime que le Droit de la concurrence en tant que Droit commun puisse intervenir.

Ce dernier n'étant par nature pas un Droit sectoriel, et comme le montrent les très nombreuses décisions en matière de publicité en ligne, les Autorités de concurrence sont juridiquement fondées à reprocher des comportements anticoncurrentiels.

La jurisprudence a évolué pour se rapprocher d'un « Droit de la Compliance » par deux évolutions majeures. En premier lieu, la jurisprudence a engendré des obligations spécifiques sur les opérateurs en ce qu'ils sont dominants. Notamment la Cour de Justice de l'Union européenne a posé que la position dominante d'une entreprise ne lui est jamais reprochable en soi, présomption au contraire de ses mérites, mais qu'elle engendre du fait de cette position des « responsabilités ».

La notion est certes distincte de celle que l'on trouve dans le Droit de la Régulation qui confie au Régulateur la mission de traiter la « dominance » de l'opérateur historique afin de rendre la concurrence effective, lorsque que le Régulateur a pour fonction d'installer la concurrence dans une Régulation asymétrique. Mais il s'agit bien dans le Droit commun de la concurrence de considérer que le fait d'être dominant entraîne de ce seul fait des « responsabilités » au sens de « devoir », c'est-à-dire au sens Ex Ante du terme.

En second lieu, et en cela la décision de sanction rendue par la Commission européenne le 18 juillet 2018 *Google* est exemplaire<sup>24</sup>, les décisions de sanction intègrent souvent des programmes de compliance. A côté de la dimension Ex Post que représente l'amende, l'Autorité exige pour le futur, donc en Ex Ante, qu'un résultat soit obtenu par l'entreprise condamnée, par exemple une entrée effective d'entreprises innovantes par le développement possible de nouvelles applications à partir d'Android, l'arrêt d'installation automatique du moteur de recherche ce qui suppose notamment des modifications de clauses contractuelles, les modalités pratiques restant à la libre décision de l'entreprise.

Cette technique de compliance est elle-même à la fois un emprunt des programmes de compliance, voire des « peines de compliance » que l'on retrouve dans des corpus spécifiquement visés, comme en matière de corruption par exemple, mais aussi un prolongement de la technique des « engagements » dont le Droit de la concurrence a donné l'expression, d'abord dans le contrôle des concentrations puis dans la poursuite des comportements anticoncurrentiels. L'engagement est une

---

<sup>24</sup> Ce que la Commission Européenne a explicité par un simple dessin : [file:///C:/Users/admin/Downloads/Google\\_applications\\_fr.pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/Google_applications_fr.pdf)

technique centrale en Compliance car c'est bien un lien de confiance de l'Autorité publique fait à l'opérateur qui s'engage mais c'est l'Autorité publique qui en demeure maîtresse, notamment dans son suivi. De cela, la « convention judiciaire d'intérêt public » du Droit de la Compliance est exemplaire<sup>25</sup>.

## H. L'ACTIVATION DES RÉGULATEURS DES DONNÉES PERSONNELLES, PRÉCEPTEURS DE MESURES EX ANTE

L'on mesure ainsi qu'à la fois le Droit respecte le principe de liberté, le ménage et le protège, qu'il n'intervient que fragmentairement, principalement parce que le monde digital n'est pas un secteur, mais que dans ces premières manifestations l'on trouve déjà des mécanismes satisfaisants, la « réaction » étant déjà supérieure à l'inaction et certains procédés techniques étant eux-mêmes analogues voire identiques à ceux qui constituent le Droit de la Compliance *stricto sensu*.

Pourquoi ne pas s'en tenir là ? Puisque, comme on le verra par la suite, l'Europe a développé depuis 2016 un système de protection des données personnelles.

On ne peut pas s'en tenir là parce que le « monde digital » lui-même est sorti de ses gonds et le monde occidental dans toutes ses réalités, y compris non digitales, s'est digitalisé. Sans doute parce que désormais ce qui est possible virtuellement est perçu comme pouvant être pratiqué dans le monde des choses corporelles, notamment des êtres humains.

Cette digitalisation du monde est un fait qui, par son ampleur et ses conséquences sur les êtres humains, fait émerger un « souci de civilisation ». Celui-ci tient au fait que la notion juridique n'existe pas dans le monde digital.

## III. POUR L'INSTANT, L'OMNIPRÉSENCE DE LA LIBERTÉ ET L'ABSENCE CONSTITUTIVE DE « SUJETS DE DROIT », C'EST-À-DIRE DE LA PERSONNE TITULAIRE DE DROITS SUBJECTIFS PROTÉGÉS D'UNE FAÇON GÉNÉRALE PAR LE DROIT

**Annnonce de plan et résumé.** Ces « réactions » des États et du Droit demeurent insuffisantes parce que pour l'instant le monde digital a pour simple principe de fonctionnement la technologie et pour seule norme la Liberté, ce qui est à la fois est un Principe qui est essentiel à préserver mais qui ne peut suffire lorsqu'il est la seule norme (A). En effet pour l'instant, l'être humain n'est pas protégé

---

<sup>25</sup> V. *infra*.

d'une façon générale par l'invention juridique qui le constitue comme une « personne », c'est-à-dire comme un titulaire actif et passif de droits et d'obligations (B).

## A. LA LIBERTÉ, SEUL PRINCIPE GÉNÉRAL

Comme le faisait remarquer un [Régulateur financier à propos des crypto-valeurs, un monde qui se constitue sur un principe pur de liberté, à distance d'une Autorité publique d'où sort la « norme fondamentale » en Ex Ante, a été d'abord pensé sur une idée anarchiste avant de prendre une forme technologique](#). Cela est vrai pour les crypto-valeurs, c'est vrai d'une façon plus générale pour Internet, le numérique et le monde digital. Ce Régulateur estimait qu'un tel système n'est donc pas fondé sur la « Règle » mais sur l'absence de règles. C'est également vrai pour Internet, idée de liberté à laquelle la technologie a donné corps.

En cela, parce qu'il n'y a pas de principes juridiques préalables neutres, abstraits et contraignants pour tous, le mécanisme du marché – indissociable du Droit - n'étant lui-même venu que dans un second temps, la seule Liberté d'action pour toute personne est à la fois nécessaire et suffisante mais le marché ne pouvant lui-même s'élaborer qu'à travers le mécanisme juridique du contrat.

Cette notion de « contrat » est assez peu présente dans la construction numérique. L'on y retrouve des « chartes », des « adhésions » et la notion même de « client » a été contestée par les opérateurs.

Ainsi, s'il n'existe pas une force qui soustrait par avance aux êtres humains la liberté d'inventer, de fabriquer et d'entrer en contact, un monde pourrait se construire sur un modèle « anarchique » au sens premier du terme, c'est-à-dire sur le seul principe de liberté. Cela fût le cas pour Internet, le numérique et le monde digital, dans lesquels les notions aussi basiques que la « gratuité » sont difficilement cernées, où la notion de « données » est très difficilement cernée.

La difficulté majeure que l'Occident rencontre aujourd'hui vient de là, non pas parce qu'il s'agirait d'un monde trop sophistiqué, mais au contraire d'un monde trop archaïque, où les notions les plus élémentaires, comme celle de « secteur », « marché », « prix », « contrat », « personne », ne sont pas là ». C'est pourquoi un « Droit de la Compliance », qui est un corpus très archaïque, lui serait.

Un monde ne peut pas tenir uniquement sur la liberté ; il lui faut aussi du Droit. En effet, la notion de « Liberté » et la notion de « Droits » sont distinctes.

Ainsi, dans des systèmes non-occidentaux comme la Chine, où le principe n'est pas la liberté d'action mais où l'être humain doit être préalablement autorisé par l'Autorité publique pour fabriquer, entrer en contact, l'économie du marché est tenue par l'État, les prérogatives que les êtres humains exercent provenant de cette autorisation première qui leur est accordée.

En Occident, les êtres humains jouissent à la fois d'un principe de liberté qui leur permet d'agir sans autorisation préalable d'un tiers pour cela, mais encore de « droits ».

Les systèmes juridiques occidentaux, qu'ils soient de *Civil Law* ou de *Common Law*<sup>26</sup>, posent qu'à côté des règles et décisions générales ou individuelles qui constituent le « droit objectif », les êtres humains sont des « sujets de droit ».

Être une « personne » ou être un « sujet de droit » sont synonymes. Tout être humain est une personne et nul ne peut, en Occident, le lui contester : ainsi le premier des « droits » pour un être humain est d'être une « personne », c'est-à-dire un titulaire de prérogatives juridiques opposables aux autres et dont le juge est le protecteur. L'État est en charge de l'effectivité des droits subjectifs des personnes.

Les êtres humains sont, du seul fait qu'ils sont des êtres humains, des personnes, c'est-à-dire des titulaires de droits. L'Occident a inventé cette notion qui rend intimes la notion de personne et la notion de « droits », appelés « droits subjectifs » (droits du sujet), dont le cœur est les « droits de l'homme », aujourd'hui appelés « droits humains ».

La puissance du Droit fait que les systèmes juridiques peuvent créer des « sujets de droit », personne qui ne sont pas des êtres humains. L'État est une personne juridique, comme l'est une société anonyme. Ce statut leur permet d'agir, par exemple de s'engager par des contrats ou de voir leur responsabilité engagée.

Mais dans le monde digital, né d'un pur mélange d'une idée d'un monde de pure liberté et d'une technologie informatique ou de digitalisation codant toute réalité, l'économie a pu être faite de la notion générale de « droits subjectifs ».

C'est donc par à-coups et au fur et à mesure de scandales, d'excès et de visions ou lectures insupportables que des « droits subjectifs » ont été conférés, le plus souvent non pas par des textes mais par des juges, et non pas aux États-Unis, pays de la liberté, mais par des juridictions européennes : le « droit à l'oubli », inventé par un jugement de 2014 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en est le meilleur exemple.

Mais si l'on est ainsi obligé d'intervenir en Ex Post, en réaction, et de façon parcellaire, en donnant quelques droits, face à un principe général de liberté qui lui va de soi, c'est parce que la notion même de « personne » n'existe pas, le système juridique n'ayant pas préexisté à l'advenance du monde digital.

Ainsi, c'est comme si l'être humain avait pénétré « à nu » dans ce nouveau monde.

## B. L'ÊTRE HUMAIN, NON PROTÉGÉ ET NON-TENU PAR LE « MASQUE » DE LA PERSONNALITÉ

En effet, la personnalité juridique est une invention du Droit romain : « persona » se traduit en « masque ». Il s'agit du masque que le Droit pose sur chaque être humain. C'est en cela que chaque être humain peut à la fois être absolument unique, en ce que le masque est fait sur-mesure à travers l'état-civil, et à la fois être absolument égal à un autre être humain.

---

<sup>26</sup> La différence entre les deux étant moindre qu'on ne le dit souvent, parce que les uns comme les autres sont construits sur le respect de la personne, personnalité dont chaque être humain bénéficie, à travers l'effectivité de ses « droits subjectifs ».

La « personne » est donc le comble de « l'invention », puisque dans les faits certains soutiennent que nous serions quasiment identiques et qu'il est en tout cas acquis que dans les faits nous ne sommes pas égaux. Mais comme a pu le poser l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des Droits de 1789 : « les hommes naissent libres et égaux en droit ».

Ce masque de la personnalité est également mis sur les organisations, qui ne peuvent agir (par exemple contracter) qu'à travers une personnalité. En Droit, l'organisation la plus puissante, qu'elle soit publique (par exemple l'État) ou privée (par exemple la plus puissante des entreprises) est égale à un être humain, car ils ont les mêmes droits (par exemple s'assigner en justice).

Mais ce masque est « personnalisé », en ce que la réalité sous-jacente – qu'il s'agisse d'un être humain ou d'une organisation –, doit dire quelle est son identité, là où elle réside, quand elle est apparue (sa naissance), non seulement pour pouvoir agir mais aussi pour pouvoir répondre de ses actions.

Or, dans le monde digital dont Internet a permis la création, cette notion si fondamentale de « sujet de droit » que certains ont pu y avoir le fondement même de la civilisation occidentale, n'existe pas en tant que tel.

Les individus y circulent « à nu », avec les deux effets catastrophiques que l'on peut deviner sans même connaître les réalités chaque jour constatées dès l'instant que l'on mesure l'importance de la notion juridique de « personne » et de ses conséquences.

En premier lieu, les êtres humains n'y sont plus protégés par ce masque constitué par la notion juridique de « personne » qui leur donnait des droits, notamment de n'être pas traités comme des objets, l'ensemble du Droit occidental reposant sur la distinction première entre la Personne et les diverses choses, la personne étant indisponible par principe et sans exception, les choses étant disponibles, sauf exception (par exemple les « biens communs »). En outre, le premier droit subjectif est celui qui permet la garantie de tous les autres droits subjectifs, à savoir le droit d'accès à un juge<sup>27</sup>. En effet, si la personne dont les droits sont méconnus ne peut pas saisir efficacement un juge pour que ceux-ci soient restaurés, l'ensemble de ses droits sont comme inexistant : l'effectivité du droit subjectif processuel d'accès au juge conditionne l'ensemble des droits subjectifs.

En second lieu, une personne n'existe qu'identifiée. Elle ne peut entrer en contact avec les autres, exister dans un groupe, évoluer dans un espace social qu'identifiée précisément. L'être humain dispose peu de cette « identité » que le Droit impose : c'est le Droit qui affecte à l'être humain son nom de famille, sa nationalité, sa place dans la famille (parent, fratrie, etc.). Seul le prénom est choisi mais le lieu et la date de naissance ne l'est pas : ainsi, l'on ne peut choisir son âge, qui découle de l'état-civil.

Pourtant, dans le monde digital, parce que la notion même de « sujet de droits » n'est pas centrale, voire n'est pas reconnue dans sa plénitude, tout cela existe à peine. Ainsi, et faisant pendant inversé aux deux précédents paragraphes, les êtres humains n'y sont de fait que peu protégés. Ils sont injuriés, calomniés, diffamés, vendus, humiliés, harcelés, leur dignité est piétinée et il ne se passe juridiquement pas grand-chose, ou si peu et si longtemps après que l'être humain a été détruit.

Cet effet destructeur est étroitement lié au second pendant : les auteurs de cette destruction de la dignité de l'être humain vient du « masque » que l'on peut porter et qui permet des déferlements, et de la part des êtres humains (dont on ne voit pas pourquoi l'âme serait globalement plus vertueuse

---

<sup>27</sup> Comme l'a rappelé non seulement la Cour suprême des États-Unis, mais encore le Conseil constitutionnel français ou le Tribunal constitutionnel allemand.

aujourd'hui qu'hier) et de la part des entreprises qui prennent grâce à l'anonymat et à de multiples personnalités fictives – dont les comptes fictifs sur Facebook ne sont qu'un exemple – les formes adéquates pour avoir des comportements délétères, voire contraires au Droit pénal, sans jamais en rendre compte en Ex Post.

L'impunité constitue une incitation au déferlement de haine et de persécution, ainsi qu'à la propagande. L'équilibre existe classiquement par le fait que ces phénomènes permis par la liberté font face à des droits, dont sont titulaires les potentielles victimes, comme « le droit à la dignité ». Ainsi, une régulation en résulte par avance, ce qui fait que la personne ne devient jamais victime de l'usage qu'autrui pourrait faire sur elle de sa liberté, par exemple d'expression, car elle lui oppose par avance ses droits dont elle est titulaire en tant que personne, par exemple son droit à la dignité, sont droit à n'être pas traité comme une chose, etc. La seule existence de ces droits, du seul fait qu'elle est reconnue comme une « personne » fait qu'autrui, titulaire des libertés, est « tenu ».

C'est sans doute dans ce déséquilibre pour l'instant consubstantiel d'un monde construit sur un principe de liberté, à conserver, et sur une absence de droits, qu'est née cette dévastation à laquelle on assiste. La description indique par elle-même une des voies de solution : attribuer une plénitude de droits subjectifs aux personnes concernées et assurer l'effectivité de ceux-ci, pour que les droits viennent réguler la liberté. Le Droit de la Compliance peut être un apport pour non seulement concevoir cet équilibre mais encore concrétiser ces droits subjectifs pour que les êtres humains soient effectivement protégés, dans la plénitude de sujets de droit.

Cela est d'autant plus nécessaire que cette disparition des droits des êtres humains, née du monde digital, est en train d'envahir le monde dit « physique ».

#### IV. L'ÉMERGENCE D'UN SOUCI DE CIVILISATION : D'UN MONDE DIGITAL INCIVIL À UN RISQUE DE DÉCIVILISATION DU MONDE OCCIDENTAL

**Annonce de plan et résumé.** Du caractère techniquement lacunaire des réactions du Droit dans le monde digital dans lequel les êtres humains ne sont pas protégés par le Principe de Personne, émerge un souci de civilisation, parce que le monde digital est technologiquement et par le seul Principe de Liberté un monde sans barrière où s'opère désormais « l'éducation » des êtres humains et les passions s'alimentent et se diffusent (A). Or, le monde dit « réel » s'étant digitalisé, les comportements appris sur Internet s'y diffusent, sans qu'aucun mécanisme général n'y ait fait barrière Ex Ante dans le monde digital. Sans considération de la « Personne », c'est le socle de l'Occident qui est en cause (B).

## A. LE MONDE DIGITAL, UN MONDE SANS BARRIÈRE OÙ S'OPÈRE DÉSORMAIS « L'ÉDUCATION » ET OÙ LES PASSIONS S'ALIMENTENT, S'ACCROISSANT PAR CAPILLARITÉ

Il suffit d'aller dans les lieux digitaux d'échanges de message, qu'ils soient en image ou en texte pour constater que les personnes qui les émettent ne sont « tenus » par rien, n'ayant pas la perspective d'en rendre compte (anonymat), n'ayant pas l'idée qu'il ne convient pas de tenir tel ou tel propos, même visé par le Code pénal, comme les appels à la haine raciale ou les propos homophobes, par exemple.

Contrairement à des propos de cette nature tenus dans une conversation privée (domicile ou conversation téléphonique), le numérique a pour caractéristique révolutionnaire de permettre à quiconque d'émettre un tel message qui se répand immédiatement partout. L'interconnexion qui le caractérise produit réactions et surréactions, ce qui accroît les traits du message initial.

La surréaction du discours en est la violence, soit commune contre un tiers, soit entre des personnes qui sont dans le même lieu, l'absence de mécanisme de modération – qui caractérise notamment Twitter ou YouTube dans les commentaires – en devient une façon presque usuelle de s'exprimer.

Comme la liberté est le principe en équilibre duquel aucun droit dont la personne ou le groupe de personnes sont titulaires, voire l'Humanité si l'on considère par exemple que l'homophobie ou l'antisémitisme est une atteinte à l'idée même de Personne, ce mode violent d'échanger devient le mode de « communication » usuel.

En raison des milliards d'êtres humains présents dans le monde numérique, il est conservé dans le monde physique. C'est ainsi que le monde occidental, construit sur l'idée de Personne, totalement unique et totalement égale à l'autre, est atteint par un risque de décivilisation.

Ce risque est d'autant plus avéré que la haine de l'autre est un sentiment commun et ancien mais que la civilité, sur ce quoi se construit en partie le Contrat social, consiste à ne pas le dire, à ne pas le dire à d'autres, à ne pas appeler les autres à partager cette haine : c'est pourquoi le Droit pénal sanctionne non pas la haine raciale mais « l'appel à la haine raciale ».

Ce risque est accru parce que si les réseaux sociaux sont plutôt fréquentés par des personnes de plus de 40 ans, en revanche les sites et les moteurs qui y mènent sont ce qui occupent désormais le temps des enfants, le numérique ayant remplacé la lecture. Le numérique est ce qui éduque les enfants.

Malgré toutes les préconisations pour ne pas donner accès au numérique à des enfants avant 4 ou 5 ans, voire plus, le numérique est désormais le nouveau maître d'école. Or, et pour ne prendre que cet exemple, tous les sites pornographiques sont accessibles et fréquentés par les enfants. Des études signalent des comportements d'adultes ainsi « élevés » qui ont un comportement violent qu'ils considèrent comme « normal » parce qu'ils ont visionné dès l'enfance l'usage des femmes comme des objets.

## B. LE PASSAGE NATUREL DU VIRTUEL AU RÉEL, SANS MÉCANISME NI ORGANISME POUR EXCLURE EX ANTE D'UNE FAÇON GÉNÉRALE LES COMPORTEMENTS

Il n'existe donc pas un dédoublement des êtres humains ; celui qui se « tient » et respecte la dignité d'autrui, respecte notamment ses secrets, son identité, et sa dignité d'être humain égal à lui, dans le monde physique, tandis que sous un avatar et un nom de fantaisie un « autre lui-même » transgresserait le Contrat social en piétinant tout ce qui n'est pas semblable à lui et en traitant autrui comme un moyen pour satisfaire tous ses désirs.

Sans intention particulière de le faire, le monde digital, par son principe de liberté et l'unicité de l'être humain pouvant agir à sa guise dans ce monde où l'autre n'a pas de droit à lui opposer, a fait naître une nouvelle culture, qui est l'inverse de celle que l'Occident a construit : celle de l'absence de considération pour l'autre.

Certes, l'Ex Post peut toujours intervenir<sup>28</sup>. Mais ce qui est adéquat est d'empêcher la propagation de propos et d'images indignes. Pour cela, c'est de l'Ex Ante qui est requis.

Or, le Droit Ex Ante est la marque du Droit produit par l'État, par exemple les lois, décrets et règlements. Cela ne peut que difficilement s'appliquer, puisqu'ils ne sont effectifs que dans un lien avec un territoire et avec un Ex Post lent (sanctions pénales et administratives).

C'est pourquoi le « Droit de la Compliance », branche nouvelle<sup>29</sup> du Droit, peut-être d'un grand apport, en ce qu'il a surmonté ces deux apories en internalisant ses buts dans les opérateurs économiques qui tiennent le système lui-même.

## **Chapitre II : LA SOLUTION GÉNÉRALE : L'APPORT DU DROIT DE LA COMPLIANCE : INTERNALISER DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX LE « BUT MONUMENTAL » DE PROTECTION DES PERSONNES, SECOND PILIER FAISANT FACE AU PRINCIPE DE LIBERTÉ**

---

<sup>28</sup> V. *supra*.

<sup>29</sup> Frison-Roche, M.-A., Le Droit de la Compliance, 2016.

**Annnonce de plan et résumé.** Le Droit de la Compliance peut constituer un apport aux solutions proposées pour remédier à cette situation très préoccupantes, en ce qu'il se définit comme l'internalisation dans les « opérateurs cruciaux » de « buts monumentaux », qui serait ici celui de protéger les êtres humains, en ce qu'ils sont, à travers le Principe de Personne, titulaire de droits subjectifs (I). Cet apport serait également de nature systémique, le Droit de la Compliance étant le prolongement du Droit de la Régulation. Le monde digital va de plus en plus perdre son bien public de confiance : par une meilleure protection des personnes, voire en les mettant au centre par la circulation des données ou au contraire leur garde, cette confiance peut revenir ou être conservée, ce qui est un enjeu systémique majeur (II). Cette perspective systémique doit être mise en avant d'un monde digital reposant d'une façon stable sur ses deux piliers libéraux : le Principe de Liberté et le Principe de la Personne (III). Les deux méritent protection par les Autorités publiques, protection sans laquelle la confiance disparaît.

## I. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, INTERNALISATION DANS LES « OPERATEURS CRUCIAUX » DU BUT CHOISI PAR L'AUTORITÉ POLITIQUE DE PROTÉGER LA PERSONNE ET SES DROITS

**Annnonce de plan et résumé.** Le Droit de la Compliance est une branche du Droit nouvelle, dont la définition sera rappelée, notamment en ce qu'elle consiste à internaliser dans les « entreprises cruciales » des buts fixés par l'autorité publique mais dont la concrétisation revient à certains opérateurs « en position » de les atteindre (A). En cela, le Droit de la Compliance permet sans se soucier des frontières ou des immatérialités de fixer des buts d'intérêt général très élevés (les « buts monumentaux ») et d'accroître la confiance que l'on peut faire aux « opérateurs cruciaux » qui se structurent pour les atteindre sur ordre des Autorités publiques (B).

### A. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS D'UN BUT FIXÉ PAR L'AUTORITÉ PUBLIQUE MAIS DONT LA CONCRÉTISATION REVIENT AUX OPÉRATEURS

Le Droit de la Compliance est une branche du Droit nouvelle, née aux États-Unis. Cette nouveauté la rend d'une grande flexibilité. Il est pertinent de conserver le terme anglais de *Compliance* car pour l'instant le seul terme disponible en français est *Conformité*. Mais la « conformité » renvoie simplement au fait de devoir être dans une situation qui ne contredit pas l'état du Droit, ou renvoie à la hiérarchie des normes juridiques ; ainsi une loi sera-t-elle « conforme » à la Constitution.

Ce qui est couramment appelé mécanisme de « Compliance » vise plutôt l'ensemble des mécanismes par lesquels dans un secteur particulier, par exemple le secteur bancaire et financier, des opérateurs

sont contraints de donner à voir qu'ils ont pris toutes les dispositions et mis en place les mécanismes en Ex Ante pour viser à atteindre des buts.

Pour prendre un exemple, le *Foreign Corruption Practices Act (FCPA)* américain, le *Bribery Act* britannique ou la loi française dite *Sapin 2* sont des lois qui visent à prévenir, à lutter et à sanctionner la corruption, que la perspective ou la réalisation de celle-ci soit interne ou internationale. Il s'agit là d'un but que l'on peut qualifier de politique : l'Autorité publique, ici le législateur, a posé que la corruption était un comportement nuisible au bon fonctionnement de l'économie et de la société.

Cette appréciation n'est en rien nouvelle. L'incrimination de la corruption par le Droit pénal est très ancienne. Ce qui est nouveau tient dans la volonté d'obtenir la diminution significative, voire la cession, du comportement dommageable pour le système tout entier. En effet, **le Droit de la Compliance est indissociable de la notion de système à préserver**. En cela, le Droit de la Compliance est la continuation, voire la nouvelle forme du Droit de la Régulation.

Ainsi, lorsque les États-Unis ont été frappés par la crise de 1929, la cause en a été des comportements d'intermédiaires de marché qui ont fait s'effondrer le pays tout entier. De là sont nés à la fois un Régulateur financier fédéral, la *Securities and Exchanges Commission (SEC)* mais aussi des obligations de Compliance, obligeant des opérateurs à des obligations pour prévenir des abus et des crises, intégrant notamment des obligations d'information et des mécanismes d'alerte. La crise financière de 2008 a produit la même réaction, accroissant l'internalisation du Droit de la Régulation dans des opérateurs de plus en plus en charge de la sécurité du système (réforme de l'audit, par exemple).

Le Droit de la Compliance prolonge le Droit de la Régulation en déplaçant celui-ci dans les entreprises qui sont obligées de s'organiser pour participer, voire pour porter, la charge de concrétiser un but politique et structurel : ici la prévention d'une crise systémique. Mais le Droit de la Compliance peut se détacher du Droit de la Régulation pour poursuivre un but qui n'est pas sectoriel, par exemple prévenir la corruption. Plus encore le Droit de la Compliance est un Droit de nature politique puisque les Autorités publiques peuvent viser des buts qu'elles n'ont pas les moyens d'atteindre mais dont elles estiment la concrétisation indispensable, par exemple la lutte effective contre les effets dévastateurs du changement climatique.

Le Droit de la Compliance n'est donc en rien une défaite du Politique, il est au contraire un accroissement de la capacité de celui-ci à formuler des « prétentions ».

Comme ces prétentions, sous la forme d'une effectivité accrue de buts anciens (par exemple lutter contre le blanchiment d'argent ou prévenir la corruption) ou la formulation de buts nouveaux excédant ce qu'un État classique pouvait prétendre faire (par exemple prévenir la disparition des espèces, y compris humaine, par des catastrophes écologiques), ne peuvent être atteintes que par les « opérateurs cruciaux » qui ont la forme (globale), les ressources (information, localisation, ressource financière) pour le faire, les entreprises ont été désignées comme « assujetties » du Droit de la Compliance.

Quel que soit le souci particulier pris en charge par le Droit de la Compliance, ont été élaborées un ensemble d'obligations Ex Ante, par lesquelles l'entreprise limite le risque de commission du comportement combattu (par exemple la corruption). Cet Ex Ante prend la forme d'obligations structurelles, par exemple une cartographie des risques de corruption, des contrôles internes accrus ou spécifiques, des fonctions nouvelles : les *chief compliance officers*. Le plus souvent, même si l'entreprise n'appartient pas à un secteur supervisé, c'est-à-dire un secteur dans lequel les opérateurs sont surveillés en articulation de la régulation du secteur (comme l'est le secteur bancaire), une

Autorité publique supervise l'effectivité de l'exécution de ces obligations structurelles de Compliance. En France, l'Agence Française Anticorruption (AFA).

Dans un premier temps, les entreprises ont été désignées par l'Autorité publique parce qu'elles étaient les plus à même de commettre les comportements que le Droit avait décidés d'exclure. Ainsi, en Droit de la concurrence, dans un premier temps, c'est bien parce que les entreprises ont tendance à commettre des abus de marché (entente et abus de position) que les Autorités publiques ont transféré le dispositif de sanction Ex Post en dispositif de prévention Ex Ante à l'intérieur même de l'entreprise, celle-ci faisant tous ses « meilleurs efforts » pour que les personnes qui dépendent d'elle ne commettent pas ces actes prohibés.

Ainsi entendu, le Droit de la Compliance ne serait jamais qu'une méthode, visant par un passage d'un corpus inchangé de l'Ex Post à l'Ex Ante à accroître l'efficacité des règles qui existaient déjà : par exemple l'interdiction de la corruption ou l'interdiction des abus de marché. L'on pourrait même dire une sorte d'astuce par laquelle l'État ferait faire son travail par d'autres, les entreprises, leur transférant le coût de ce qu'il pourrait et devrait faire lui-même : la police et la justice ....

Mais le Droit de la Compliance n'est pas simplement une méthode. Il n'est en rien ce que l'on dit parfois de lui : un double aveu de faiblesse, à la fois de la part des Autorités publiques qui confessaient leur incapacité à accomplir leur fonction régaliennne et de la part des Entreprises privées qui, sous la menace de peines de compliance à portée extraterritoriale, à n'être plus que des agents enrôlés pour des fonctions qui leur sont extérieures.

Le Droit de la Compliance, c'est l'inverse : un État qui accroît ses prétentions dans l'expression des buts qu'il faut atteindre, allant au-delà des prétentions formulées par les États classiques et des entreprises qui, en raison de leur « position », assurent des responsabilités Ex Ante qui expriment une puissance nouvelle, dont la légitimité qui leur est ainsi reconnue.

## B. LE DROIT DE LA COMPLIANCE, ACCROISSEMENT CONJOINT D'EXPRESSION D'UN BUT D'INTÉRÊT GÉNÉRAL PLUS ÉLEVÉ (LE « BUT MONUMENTAL ») ET D'UNE CONFIANCE ACCRUE FAITE À « L'OPÉRATEUR CRUCIAL »

L'Autorité publique a pu avoir tendance à abaisser ses prétentions parce qu'elle n'avait plus les moyens de les atteindre. C'est par ailleurs la base de la *corporate social responsibility* : puisque l'entreprise est plus efficace que l'État à atteindre des buts, autant admettre que ce soit à l'entreprise de fixer des buts d'intérêt général. Par la Compliance, tout à la fois l'Autorité publique reconnaît qu'elle manque de moyens (notamment d'information), qu'elle est liée consubstantiellement à son territoire, mais parce qu'elle internalise dans un opérateur qui lui n'est pas lié à un territoire et se trouve en « position » de fournir les moyens de concrétiser des buts, l'Autorité publique au contraire recouvre sa « prétention » à édicter des buts très élevés, des « buts monumentaux »<sup>30</sup>.

Il faut mais il suffit que l'autorité publique supervise l'opérateur crucial qui lui, de gré ou de force, exécute le rôle qui lui a été affecté. L'État n'organise plus lui-même les structures d'un secteur ou d'un marché (Droit de la Régulation, le plus souvent délégué à des Autorités indépendantes de l'État).

---

<sup>30</sup> Sur la notion de «buts monumentaux », Frison-Roche, M.-A., Le droit de la compliance, 2016.

S'appuyant sur le fait que l'espace dont il s'agit est directement structuré ou tenu par les opérateurs, lesquels sont de ce fait « cruciaux », l'Autorité publique se place alors en « superviseur » des opérateurs eux-mêmes. Dans la mesure où ceux-ci tiennent les marchés, les secteurs ou l'espace dont il s'agit, la supervision des opérateurs cruciaux soit confortent le Droit de la Régulation, doit pallier la difficulté de réguler (notamment lorsqu'il n'y a pas de « secteur », ce qui est le cas du digital).

L'État ne s'affaiblit pas puisque, quittant un système de Régulation de secteur, par la Compliance indissociable d'une « Supervision »<sup>31</sup> des opérateurs cruciaux, l'Autorité publique impose des buts qui lui sont propres. Par l'internalisation d'un souci de système exprimé par l'Autorité politique, celle-ci parce qu'il est déchargé de la charge de concrétisant tout en conservant le rôle de superviser les « opérateurs cruciaux » astreints à tout faire pour atteindre le but, peut formuler des prétentions plus élevées.

C'est ainsi que le Politique peut affirmer que le comportement de corruption en ce qu'il est délétère pour le système économique et social mondial doit cesser mondialement, ce qui justifie l'effet extraterritorial consubstantiel au Droit de la Compliance.

En effet, ce n'est pas la gravité du comportement visé qui justifie le Droit de la Compliance car un meurtre est plus grave qu'une corruption et celui-ci demeure dans le Droit pénal classique Ex Post : c'est sa nature systémique, en tant que le comportement est endémique et détruit le système entier. C'est pourquoi le phénomène de pollution, qui est parfois objectif, est l'objet du Droit de la Compliance, avec des contraintes Ex Ante, des internalisations dans des entreprises qui n'en sont pas la cause mais sont en position de la prévenir, etc.

De l'autre côté, alors que toutes les entreprises, parce qu'elles sont toutes sujets de droit, doivent respecter le Droit, n'ont pas vocation à être assujetties au Droit de la Compliance. Elles ne sont en effet que le moyen pour l'Autorité publique de voir ses objectifs atteints. Or, peu d'entreprises sont « aptes » à cela.

Ainsi, les Droits de la Compliance qui s'appliquent à toutes les entreprises, comme l'est le RGPD ou la loi dite Sapin 2, perdent parfois un peu de vue cette nature instrumentale d'un Droit de la Compliance, Ex Ante, très coûteux pour les entreprises et qui n'a de pertinence que si elles sont « en position » de concrétiser les « buts monumentaux » qui sont visés : prévention de la corruption, du blanchiment d'argent, du changement climatique, de la traite des êtres humains, des faillites systémiques, etc., afin de préserver les systèmes dans leurs principes fondamentaux.

Dès lors le Droit de la Compliance n'est cohérent que lorsqu'il vise les « opérateurs cruciaux » afin de réaliser les buts monumentaux ambitionnés par le Politique.

Son premier enjeu est donc de formuler les « buts fondamentaux ».

Son second enjeu est donc de viser les « opérateurs cruciaux » qui ont la charge de les concrétiser.

Une fois cela fait, la transposition du régime juridique qui caractérise le Droit de la Compliance est possible, notamment les obligations internalisées et la désignation d'une Autorité de supervision des entreprises concernées.

---

<sup>31</sup> Frison-Roche, M.A., *Régulation, Supervision, Compliance* (dir.), 2017.

## II. LE BUT SYSTÉMIQUE DE CONFIANCE JUSTIFIE QUE L'AUTORITÉ PUBLIQUE POSE DANS LE MONDE DIGITAL LE BUT D'UN ÉQUILIBRE ENTRE CIRCULATION DE L'INFORMATION, GARDE DES SECRETS ET FILTRAGE DES DISCOURS INADMISSIBLES : LE SOUCI DES PERSONNES COMME POINT COMMUN

**Annnonce de plan et résumé.** Le but systémique de la Confiance marquant Internet et le monde digital doit être posé, non seulement pour celui-ci mais encore pour « le monde digitalisé » (A). Cela engendre un « but à double-face » d'information qui, parfois pour la même information », parfois doit circuler, parfois ne doit pas circuler, parfois être partagée (B). On ne peut réconcilier ces buts concernant les mêmes informations qu'en internalisant les obligations de maniement des données à l'intérieur même des « opérateurs numériques cruciaux » par le Droit de la Compliance. Le cœur du Droit de la Compliance appliqué au monde digital est que les êtres humains, parce qu'ils sont des Personnes ne soient pas « dépossédées » d'elles-mêmes, but monumental s'appuyant sur le Principe de Personne venant en équilibre du Principe de Liberté, et rendant celui-ci soutenable à long terme (C).

### A. LE SOUCI SYSTÉMIQUE DE LA CONFIANCE DANS LE MONDE DIGITAL ET LE MONDE DIGITALISÉ

Les nombreux travaux disponibles sur la « gouvernance de l'Internet » lient celle-ci et l'exigence d'une « confiance dans l'Internet ». La confiance est un bien commun sur lequel sont construits notamment les marchés financiers. Elle détient notamment du crédit que les personnes peuvent faire aux informations qui y sont diffusées.

Cette fiabilité des informations diffusées sur les marchés est assurée par les « entreprises de marché », entreprises privées (Euronext par exemple) qui jouent un rôle de régulateur de second niveau, le premier niveau de régulation étant assuré par l'Autorité publique de régulation financière. De la même façon les prestataires de services bancaires garantissent la fiabilité des produits qu'ils proposent et sont supervisés par une Autorité publique de supervision (en France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, laquelle est intégrée dans la Banque de France). Une telle organisation pourrait inspirer un apport de la Compliance à la Gouvernance de l'Internet.

L'identité du risque systémique est en effet nette. La perte de confiance est catastrophique au sens littéral, en ce qu'elle détruit les marchés financiers. Le lien que les travaux font entre la « gouvernance » d'Internet et le besoin de « confiance » dans le monde digital montre la dimension systémique de la gouvernance d'Internet, qui appelle donc le Droit de la Compliance, lequel ne se met en place que lorsqu'une telle dimension apparaît.

Ce but de bien commun, notamment la confiance dans la présomption de véracité des discours tenus, des photos publiées, des chemins indiqués par les moteurs de recherche et dans l'identité des

personnes auxquelles l'on adresse et des structures dans lesquelles l'on circule, est un élément essentiel.

Le Droit de la Compliance peut avoir pour objet d'internaliser ce souci systémique de confiance dans les opérateurs cruciaux de l'Internet, de la même façon qu'il a internalisé dans les opérateurs systémiques bancaires la confiance dans le fait que la monnaie sera toujours un instrument de paiement efficace.

## B. LE BUT À DOUBLE-FACE AUTOUR D'UNE INFORMATION QUI PARFOIS DOIT ÊTRE DISPONIBLE ET PARFOIS DOIT ÊTRE INDISPONIBLE

Ce but systémique de la confiance doit d'autant plus prendre la voie du Droit de la Compliance que, contrairement à la monnaie adossée à une Banque Centrale, émettrice et superviseur, le monde de l'Internet en raison de son principe fondateur de liberté<sup>32</sup>, la confiance n'a pas d'appui exogène.

L'internalisation dans les opérateurs de la fonction de fiabilité des informations diffusées, comme le Droit de la Régulation le fait pour les entreprises de marché, ne fonctionne que pour les opérateurs qui tiennent pareillement des places sur lesquelles des personnes diffusent des messages, ce qui renvoie aux réseaux sociaux et aux différents médias qui se déploient dans le monde numérique.

Mais cela ne renvoie ni aux opérateurs qui transportent les informations à travers les bandes passantes pour l'accès auxquelles ils sont rémunérés et qu'ils gèrent, ni aux moteurs de recherche qui facilitent la navigation des personnes dans le monde numérique.

Or, la digitalisation au sens technique du terme a consisté à transformer toute information en « donnée », c'est-à-dire en une série de chiffre qui écrase l'information elle-même et la rend proprement méconnaissable. Ainsi, ce qui est transporté est constitué par des masses de données (big data) qui ne sont qu'une suite de chiffres, laquelle était une information – c'est-à-dire une émission de quelque chose ayant un sens (par le son ou l'image) pouvant réapparaître au bénéfice d'un récepteur.

De la même façon que le mécanisme du marché, par l'échange marchand, la monnaie rendant tout échangeable contre tout et neutralisant ainsi la spécificité de tout, la digitalisation a neutralisé la spécificité de toute information, grâce à sa transformation en chiffres la rendant transportable et diffusable partout et rendant toute personne potentiel récepteur.

De la même façon que le Droit de la Régulation lutte contre cette neutralisation de toute chose par le mécanisme du Marché par lequel tout pourrait s'échanger, dès l'instant qu'il y a offre et demande dans l'indifférence de ce qui est échangé, le Droit de la Compliance lutte contre cette neutralisation des contenus par la digitalisation du monde qui fait disparaître les informations et leurs spécificités par leur transformation en chiffres.

Le Droit l'a toujours fait en luttant contre une conception unitaire de l'information.

Ainsi, le droit positif actuel fait ressortir le paradoxe, voire l'oxymore sur lequel repose aujourd'hui Internet. A la fois, celui-ci repose sur le principe de la diffusion de l'information. Tout y concourt : le

---

<sup>32</sup> V. *supra*.

principe de liberté qui engendre par lui-même la diffusion, la technologie du partage immédiat et multiple, le caractère à priori bénéfique de l'information et de son partage. Et pourtant les premiers jugements, premières lois et premiers Régulateurs furent adoptés pour interdire la diffusion de l'information : ainsi lorsque la donnée est extraite d'une information à caractère personnel, elle ne peut pas être diffusée, sauf à obtenir le consentement. Selon une conception classique allant à l'encontre de la technologie, ce consentement de la personne concernée doit être la preuve d'une volonté libre et éclairée de la personne d'avoir renoncé à son droit de ne pas faire connaître à tous ce qui la concerne.

Ces deux principes, diffusion de l'information /non-diffusion de l'information, sont de même niveau et sont définitifs dans une civilisation occidentale qui pose politiquement qu'elle veut demeurer une société où le partage de connaissances et le respect de la vie privée des personnes sont fondamentaux.

Le seul moyen pour tenir ces deux principes avec la même force, à la fois favoriser le plus possible la multiplication des informations – c'est-à-dire des discours fiables - , de favoriser leur diffusion -c'est-à-dire sans obliger à des délais entravant une technologie de l'instantanéité, et de bloquer pour certaines informations et leurs multiplications et leur diffusion est tout d'abord de trouver un principe commun à ces deux principes qui paraissent contradictoires mais qui ne peuvent retrouver leur unité qu'en devenant secondaires par rapport à un principe premier.

Or, le principe premier de la gouvernance d'Internet ne peut pas être la Liberté : la Liberté est ce qui a fait naître Internet mais dès l'instant qu'Internet a créé un « monde », cette liberté ne peut pas produire à elle-seule la « civilité » dont ce monde a besoin, faute de quoi par un effet de répercussion la décivilisation des rapports humains est en train de s'opérer dans le monde non-virtuel.

Dans un Ex-Post illusoire, courir après tous les dégâts, qu'aujourd'hui la liberté produit au risque de vouloir « reprendre en main » le numérique dans un Ex Ante non-démocratique par la suppression des libertés, est une alternative qu'il faut refuser. Pour conserver l'équilibre entre la diffusion de l'information et la garde des secrets, il faut prendre comme « but monumental unique de nature politique » la protection de l'être humain, qui toujours doit être considéré comme une « personne » et internaliser ce but dans les « opérateurs cruciaux qui tiennent Internet le monde digital ».

Si les Autorités publiques font cela, si les « opérateurs cruciaux ne résistent pas à l'accroissement de devoirs mais aussi de pouvoirs que cela représente pour eux, alors le Droit de la Compliance pourra être un apport déterminant dans la Gouvernance d'Internet » et avoir, en répercussion, un effet pour lutter contre l'effritement du Contrat social.

### C. LA RÉCONCILIATION DE CES DEUX BUTS APPARAMMENT CONTRADICTOIRES : LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES À N'ÊTRE PAS DÉPOSSÉDÉES D'ELLES-MÊMES, BUT MONUMENTAL INTERNALISÉ DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX

En effet, si l'on pose que le but unique posé par les Autorités publiques dans la Gouvernance d'Internet est constitué par la considération des êtres humains, en tant qu'ils sont des « personnes », les autres buts étant satisfaits par la liberté et le dynamisme du système lui-même, cela redonne une unité, une

simplicité, et une cohérence qui redonne de la confiance à ceux qui sont à la fois les utilisateurs et la richesse du système : les êtres humains.

A partir de ce but unique, de nature politique, défendue par l'Europe au regard d'une tradition humaniste qui lui est propre, apparaissent alors deux fonctions techniques. Les fonctions techniques, d'un niveau inférieur au but politique premier, peuvent donner lieu à l'internalisation qui caractérise le Droit de la Compliance.

En ce que les êtres humains sont des Personnes, c'est-à-dire des « sujets de droit », c'est-à-dire des titulaires de prérogatives juridiques fondamentales, leur premier droit est de nature négative. On sait que les droits de nature négative sont encore plus importants pour les personnes que les droits de nature positive : il est ainsi plus important d'avoir le droit de ne pas se marier (de n'être pas marié de force) que d'avoir le droit de se marier.

Ainsi le **premier type de droit subjectif fondamental de l'être humain est de n'avoir fait l'objet d'une dépossession de lui-même, dans cette immense machine à diffuser de l'information instantanément et partout qu'a construit Internet. C'est à cette condition qu'il peut demeurer une « personne »**. Faute de quoi, la personne ne peut plus disposer d'elle-même, elle est pulvérisée dans toutes les informations qui la concernent et qui circulent. Cela, le Droit de l'Union européenne doit l'exclure.

### III. LA PERSPECTIVE D'UN BUT SYSTÉMIQUE D'UNE EUROPE NUMÉRIQUE CONSTRUITE SUR DEUX PILIERS : LE PRINCIPE DE LIBERTÉ ET LE PRINCIPE DE LA PERSONNE

**Annnonce de plan et résumé.** Apparaît ainsi par le Droit de la Compliance la perspective d'une Europe numérique ayant deux piliers : le Principe de Liberté et le Principe de Personne (A). Le but systémique du Droit de la Compliance appliqué à Internet est d'une façon liée la Confiance et la protection des Personnes (B).

Le fait qu'en outre Internet, par sa culture de la liberté a dégénéré en culture du « droit à insulter » et du « droit à détruire » les autres personnes, dont la « Ligue du Lol » n'est qu'un exemple du fait que c'est bien l'absence de la notion juridique de « personne » qui est problématique. En effet, si tout être humain était posé comme une personne ayant des droits fondamentaux, autrui ne pourrait pas estimer être titulaire du fait de sa seule liberté d'un droit de l'insulter, de la harceler, etc. Pour contrer cette production de ce qui serait des « droits subjectifs pervers » qui seraient des « droits de nuire », dont chacun doit être titulaire, il faut créer des droits subjectifs fondamentaux négatifs pour y parer : des « droits à n'être pas insulté, à n'être pas harcelé », miroir de cette perversion<sup>33</sup>. Ces droits subjectifs permettront dans une effectivité en Ex Ante confiée aux entreprises numériques cruciales, aux personnes vulnérables d'être préservées dans leur conviction qu'elles sont des personnes, sujets

---

<sup>33</sup> V. *infra*.

de droit égaux, que l'autre ne peut jamais être ainsi traité car personne n'est « de droit » dominant, même s'il l'est de fait.

## A. LE BUT SYSTÉMIQUE AYANT POUR DEUX PILIERS LA LIBERTÉ ET LA PERSONNE EN PERSPECTIVE

Ainsi, ce qui est affirmé à propos des données à caractère personnel, dont le système européen de compliance sera expliqué plus loin, n'est qu'un exemple d'un but politique plus général que le Droit de la Compliance met en œuvre : obtenir que la Personne puisse n'être pas dépossédée de sa propre vie, ne pas cesser de s'appartenir.

Or, la vie d'une personne n'est pas disponible aux autres personnes, sauf si elle en exprime librement la volonté et opère par celle-ci la cession de droits. Mais tout d'abord, tout n'est pas cessible : la personne ne peut pas se céder elle-même car l'esclavage est exclu dans la civilisation occidentale et hors de portée de l'être humain candidat à la fonction d'esclave. De la même façon, la vie d'un être humain ne peut pas appartenir à une autre, par exemple parce qu'un tiers grâce à la technologie pourrait tout savoir de lui et céder cette connaissance à d'autres. La personne peut pouvoir bloquer cette connaissance dont Michel Foucault a montré qu'elle niait par son ajustement la notion de sujet.

C'est ainsi que le « secret » doit être le premier des principes dans un système gouverné économiquement et technologiquement par l'information, sa transformation (métadonnée), son accroissement (big-data) et sa circulation.

C'est à ce titre que la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Schrems* du 6 octobre 2015 a invalidé l'accord entre la Commission européenne et les États-Unis autorisant le transfert de données personnelles entre les entités de groupes américains, puisque cela équivalait à déposséder des personnes d'elles-mêmes, ce qui est contraire à la Charte des droits fondamentaux qui fait partie du corpus de l'Union européenne.

Ce droit fondamental à n'être pas dépossédé, sauf si on en exprime la libre volonté par un consentement éclairé, vaut également pour la Personne qui crée et invente. Ainsi, parce que c'est l'activité créatrice et industrielle qui constitue la personnalité (Locke) et non pas l'acte passif de consommation, le droit d'auteur et le droit de l'inventeur sont des droits de propriété intellectuelle qui sont indissociables de la notion même de Personne. Elles ne peuvent pas en être dépossédées sans que soit méconnue leur personnalité même.

Pour que n'existe plus d'insulte par exemple, il faut créer un « droit subjectif » à n'être pas insulté. C'est par un ensemble de droits subjectifs nouveaux – comme le « droit à l'oubli », droit subjectif nouveau créé d'une façon *ad hoc* pour répondre au phénomène nouveau d'éternité que constitue Internet et la puissance des moteurs de recherche – que la liberté pourra ne plus sortir de ses gonds. En effet, le seul mécanisme de sanctions Ex Post des abus de la liberté est trop lent, alors que des droits subjectifs opposables à tous peuvent être défendus et activés en Ex Ante.

Alors que le Droit économique excessivement centré sur l'acte d'acheter pour vendre (commerce) et de consommer, la propriété intellectuelle étant maltraitée par le Droit de la concurrence qui continue à penser l'espace économique à partir du consommateur sans se soucier d'où viennent les objets consommés (la nature, la fabrication), la tradition européenne consiste au contraire à reconnaître que l'acte de création est proprement humain et doit être considéré comme tel, indissociable du créateur.

**Ce droit fondamental de l'être humain à être considéré comme une Personne se décline donc techniquement comme le Droit de n'être pas injurié, insulté, harcelé, etc. Il est concevable d'internaliser la fonction d'effectivité de ces droits subjectifs négatifs dans les opérateurs numériques qui sont en position de neutraliser tout comportement y portant atteinte, le pouvoir que requiert une telle charge devenant de ce fait légitime.**

**Le deuxième type de droit subjectif fondamental est de nature positive. Il s'agit de l'accès à la connaissance.** En cela, les technologies des télécommunications (les avancées de la 5G), le web et le numérique constitue une opportunité puisque sans se déplacer physiquement et en un instant, l'internaute peut, dès l'instant que l'accès par le système de communication lui est offert, accéder à des connaissances. Le monde digital est un monde hors du temps puisque les messages sont diffusés immédiatement et ne disparaissent jamais : tout y est gravé dans le marbre et tout y est marbre. C'est contre cette extraordinaire nouveauté qu'a été inventé le « droit à l'oubli ».

Dans cette « économie de l'accès », ce qu'il convient de préserver est l'accès à la connaissance et non pas à l'accès aux messages. En effet, la connaissance n'est pas une notion neutre. La notion de connaissance est indissociable de la notion de vérité. Autant personne ne peut se poser comme « détenteur » de la vérité, autant il est très dangereux de poser que la vérité n'existe pas (thèses d'une société « post-vérité » et qu'il n'y aurait que des opinions, que tout ne serait plus que débat, que rien ne serait acquis dans la représentation que l'on se fait du monde. Le négationnisme se nourrit de cette conception comme quoi il n'y a pas de vérité et que tout est contestable, sujet à controverse, le numérique étant l'espace idéal pour développer ce qui finit par ébranler le contrat social puisque rien ne serait acquis, ni les connaissances ni les décisions prises. Il y a des acquis. Ainsi, il est acquis que la terre est ronde et l'on présume qu'une connaissance est exacte lorsqu'elle est validée et que l'on n'a pas démontré son caractère inexact. Il y a des décisions prises. Il y a des engagements.

Le Droit de la Compliance, en ce qu'il est un Droit Ex Ante qui par nature engage pour l'avenir est par nature un **Droit qui engage**. En cela, il participe à la lutte contre ce qui serait à l'inverse une sorte de droit à remettre perpétuellement en cause tout, par exemple le pouvoir des personnes élues, parce que les élections n'engageraient pas. Comme il y aurait un « droit à insulter », c'est-à-dire un « droit à ne pas respecter autrui », il y aurait un « droit à ne pas respecter les engagements », par exemple à respecter les résultats des élections. Cela ne peut engendrer que de la violence, contre laquelle il faut lutter. L'accès à la connaissance, celle de l'histoire par excellence, en est un des moyens.

Il faut donc poser que la Personne, qui est le « sujet de droit final du Droit de la Compliance »<sup>34</sup> a un droit fondamental positif à la connaissance, qu'il est naturellement servi par Internet, mais qu'il est aussi naturellement desservi par Internet puisque tous les messages semblent se valoir, tout semble pouvoir être remis en cause, tout ne serait plus que « croyance ». Il convient de se rapporter ici aux travaux de Gérard Bronner.

Les deux types de droits fondamentaux se rejoignent : en effet, lorsqu'une personne est happée par des informations manipulées, par des croyances dans des idéologies dévastatrices qui remplacent les connaissances et l'éloignent du désir d'en acquérir, elle est pareillement « dépossédée d'elle-même ».

En effet, un être humain laissé dans un monde digital dans lequel les croyances et les connaissances ont le même statut de persuasion, terrain idéal pour la propagande, est un être humain en risques. C'est pourquoi ce Droit à la connaissance, qui prenait dans le monde qui précéda Internet la forme du

---

<sup>34</sup> Sur cette notion, v. *infra*.

droit à l'instruction à l'école et le caractère obligatoire de cette instruction, est aussi menacé parce que le numérique est aujourd'hui de plus en plus ce qui remplace l'école et que les connaissances ne sont pas discernables des messages inexacts.

De la même façon que sur un marché financier les informations inexactes ne peuvent y être placées, il faut que la détection des informations inexactes soit une fonction internalisée dans les opérateurs numériques cruciaux et que leur traitement soient faits en Ex Ante.

## B. LE BUT SYSTÉMIQUE DU DROIT DE LA COMPLIANCE DE PROTÉGER LA PERSONNE EN LINÉAMENT

Dans la mesure où le Droit de la Compliance internalise des objectifs dans les opérateurs, lesquels deviennent transparents pour le superviseur qui laisse ceux-ci libres des moyens mais contrôle la mise en place de ceux-ci, leur fonctionnement et l'effet produit, le Droit de la Compliance a des liens étroits avec la Gouvernance. Cela est particulièrement fort en Compliance bancaire et en Compliance financière.

Désormais, même en Droit américain, la façon dont sont traitées les personnes, dans l'entreprise, puis en lien avec l'entreprise (les « parties prenantes ») est prise en charge par le Droit de la Compliance. Plus encore de nombreux travaux et de la jurisprudence prennent en charge les effets que l'activité ou la seule puissance de l'entreprise produit sur les personnes et leur impact sur leurs droits subjectifs fondamentaux.

Pour prendre le Droit français, la loi du 27 avril 2017 *sur l'obligation de vigilance des sociétés-mère et donneur d'ordre*, dite « Loi Vigilance », qui se situe dans la droite ligne de la loi du 9 décembre 2016 ..., dite « Sapin 2 », reprenant les mêmes techniques d'internalisation (cartographie des risques, lanceur d'alerte, etc.) a notamment pour but le respect effectif en Ex Ante des Personnes et de leurs droits.

L'esprit français du Droit de la Compliance se retrouve aussi par fragments dans le Droit de l'Union européenne et c'est en les unifiant, les prolongeant, les coordonnant qu'un Droit plus simple et plus puissant, mais dont les lignes sont déjà là, peut se dessiner à propos d'un espace numérique tenu par les « opérateurs numériques » qui l'ont fait naître.

# Chapitre III : PREMIÈRE SÉRIE DE SOLUTIONS CONCRÈTES : S'APPUYER SUR LES FRAGMENTS D'UN DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE POUR CONSOLIDER ET UNIFIER UNE GOUVERNANCE GÉNÉRALE DE L'INTERNET EN INTERNALISANT DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX LA PROTECTION DE LA PERSONNE

**Annonce de plan et résumé.** Le Droit est un art pratique qui ne part jamais de rien. Tout connaisseur de la *Common Law*, laquelle puise dans le passé des solutions aux cas nouveaux. Cela est vrai tout aussi de la *Civil Law* qui s'appuie toujours sur ce qui est déjà là. Le Droit européen de la Compliance est déjà là, comme écrit à l'encore sympathique, n'attendant que son lecteur qui le recopie d'une façon plus ordonnée, il faut s'appuyer sur ce qui est déjà fait en la matière en Europe. C'est pourquoi il faut s'appuyer sur les réussites européennes à partir desquelles concevoir l'application du droit de la compliance dans le numérique : banque, finance et données personnelles (I). Le droit américain est plus ancien, il n'est pas notre ennemi, il est notre allié naturel, en ce qu'il constitue comme l'Europe le socle du Droit occidental ayant les mêmes valeurs et accroître pour cela ce qui nous est commun, dans un monde où le modèle du Droit occidental n'est plus acquis (II). Mais le Droit américain a développé une notion abstraite de la donnée, alors que le Droit européen en développe une conception concrète, la donnée devant tirer des régimes juridiques distincts et prévalant suivant ce qui la « concerne ». Il faut notamment faire prévaloir la conception plus concrète de la donnée en Droit européen, construit sur le « caractère » de la donnée, impliquant en droit de la compliance un principe de disponibilité ou un principe d'indisponibilité, suivant ce qui la « concerne » (III).

## I. S'APPUYER SUR LES RÉUSSITES ACQUISES DU DROIT EUROPÉEN : BANQUE, FINANCE ET DONNÉES PERSONNELLES

**Annonce de plan et résumé.** Les branches du Droit dont il s'agit sont constituées de corpus de principes, règles, décisions et institutions complètes, auquel des manuels sont consacrés. Il n'en est ici exposé que les principes directeurs, pour éclairer l'état de maturité déjà très avancé de l'Europe en matière de Droit de la Compliance. Il faut mais il suffit de « tourner » la matière pour l'instant éparse vers l'espace numérique. Il s'agit du Droit européen de la Compliance bancaire et des outils de compliance qui y sont déjà développés (A), du Droit européen de la Compliance assurant la circulation des données et la protection des personnes concernées par cette circulation (B), du Droit européen de la Finance soutenable - dite « Finance verte » – (C).

## A. LE DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE BANCAIRE ET SES OUTILS JURIDIQUES

Le Droit de la Compliance dans le secteur bancaire a pour caractéristique la clarté de ses buts. En tant que le Droit de la Compliance est le prolongement du Droit de la Régulation, sa normativité est entièrement dans les buts, c'est un Droit téléologique<sup>35</sup>.

Cela a pour conséquence que tout le reste est appréhendé comme un ensemble de « moyens », ce que l'expression anglaise de « toolbox » illustre très bien, aussi bien les institutions que les règles, l'efficacité de ceux-ci et la compréhension des buts étant l'essentiel. L'efficacité n'est donc pas le principe du système, c'est ce qui gouverne l'interprétation de tout mécanisme qui doit suivre efficacement le but poursuivi : si le but varie, le sens du texte varie. Il n'y a donc pas d'efficacité aveugle comme principe : la normativité réside dans les finalités, lesquelles sont posées par les Autorités publiques. Pas par les experts de l'efficacité, qui ne sont les experts que des moyens. En cela, le Droit de la Régulation – comme le Droit de la Compliance, demeurent des Droits politiques puisque ce sont les Autorités publiques qui fixent les buts et que ceux-ci colorent l'ensemble du système et de l'interprétation qui en est faite.

**Le premier but de la Compliance bancaire est intrinsèque au système bancaire lui-même : il constitue un « but monumental négatif », à savoir l'exclusion de l'effondrement du système bancaire par l'effondrement d'un établissement systémique.**

Pour que cela n'arrive pas, est construit un dispositif qui assure Ex Ante la solidité des opérateurs cruciaux que sont les établissements bancaires. Notamment des normes « prudentielles » concernant notamment le capital, mais aussi des normes sur tout ce qui constitue des « risques de systèmes », y compris un contrôle des dirigeants eux-mêmes (indépendamment de la maîtrise du capital), ainsi qu'une présence permanente et une intervention toujours possible des autorités de supervision. C'est ainsi que par la supervision, les questions de « gouvernance » - c'est-à-dire techniquement de Droit des sociétés – sont au cœur de la surveillance.

Ce dispositif Ex Ante et de supervision permanent est d'une autre nature que celle du Droit de la concurrence, pour lequel en principe l'entreprise est une boîte noire, dont seul en principe le comportement est observé. Lorsque le Droit de la concurrence se transforme en Ex Ante par le contrôle des concentrations, les Autorités de supervision interfèrent avec le contrôle des concentrations menée par les autorités de concurrence, pour exprimer leur propre perspective.

Parce que le secteur bancaire, et en raison de ce « but monumental négatif », est non seulement régulé mais encore supervisé, les opérateurs étant par nature porteur de ce risque sont transparents par rapport au superviseur. C'est ce que l'on pourrait appeler un « effet de nature », car il ne s'agit pas de leur « reprocher » d'être des banques ni de les soupçonner en tant que telles d'être de possibles auteurs de comportements reprochables ; mais leur position de banque et leur maillage structurel (par exemple dans les systèmes de paiement) fait que les Autorités publiques les rendent transparentes, internalisent de nombreuses exigences et les supervisent.

Ainsi, alors que la règle d'un marché ordinaire simplement concurrentiel est l'opacité des opérateurs, les banques sont à l'inverse transparentes pour leur superviseur. En France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), superviseur intégré à la Banque de France qui contrôle en

---

<sup>35</sup> Frison-Roche, M.-A., Le Droit de la Régulation, 2001.

permanence le secteur bancaire et assurantiel. Pour l'effectivité de ses pouvoirs Ex Ante, elle dispose également des pouvoirs Ex Post (amende, retrait d'agrément, etc.). Parce que le secteur bancaire et le secteur financier sont imbriqués, l'ACPR travaille en concertation étroite avec l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; ils prennent souvent des positions communes à travers un « pôle commun ».

Le système étant gouverné par le but et l'objet, ici l'exclusion d'une crise systémique déclenchée par une défaillance, les systèmes de Compliance nationaux ont été, à la suite de la crise financière de 2008, portés au niveau européen de deux façons et en deux temps. En premier lieu, trois Règlements du 23 novembre 2010 ont fait naître trois Autorités européennes qui se concertent en permanence, l'ESMA pour les marchés financiers (à Paris), l'EBA pour le secteur bancaire (était à Londres, est aujourd'hui à Paris) et l'EIOPA pour les assurances et les fonds (à Francfort). Elles portent la trace d'un « maillage »<sup>36</sup> : les autorités de supervision nationales y sont représentées et elles constituent elles-mêmes un maillage. Ainsi chaque question est à la fois vue dans sa spécificité et sa transversalité, à la fois à l'échelon local et à l'échelon national. Les discussions sont permanentes et toujours en anticipation sur les problèmes futurs. Les opérateurs sont également associés, de droit ou de fait. Le plus souvent les drafts sont mis en application par eux avant leur adoption officielle (technique du « droit souple »).

Le cercle relativement étroit des assujettis et le *continuum* de leurs relations avec les superviseurs permet cela<sup>37</sup>.

En second lieu, des ensembles de textes communautaire de 2014 ont fait naître « l'Union bancaire », mécanisme unique en son genre qui a pour élève au niveau européen le même but : assurer la stabilité du secteur bancaire et financier en excluant une crise systémique, ce qui a justifié de mettre en son cœur la Banque centrale européenne. La Cour de Justice de l'Union a pu justifier l'usage que la BCE<sup>38</sup> a fait de ses pouvoirs en rattachant ceux à son mandat général donné par le Traité de veiller à la stabilité monétaire.

L'Union bancaire est constituée de trois « piliers », qui sont reproduits à l'identique dans les autorités de supervision nationales. Le premier pilier est celui de la supervision. Il est le plus important parce que situé en Ex Ante, il doit éviter toute défaillance bancaire et en cela rendre inutile l'activation des deux autres piliers. L'organe de supervision, interne à la Banque centrale, est à Francfort. Il est doté de très puissants moyens de contrôle sur les banques systémiques et supersystèmeiques. Il peut prendre des décisions de sanctions, préventives d'une défaillance (sanction de nature Ex Ante<sup>39</sup>), ou remplacer les dirigeants.

Si une défaillance advient malgré tout, le deuxième pilier est activé. Le Conseil de résolution, situé à Bruxelles, a le pouvoir de réorganiser unilatéralement la banque, de céder des actifs, etc., pour faire en sorte que la défaillance soit « résolue » sans effet systémique d'affolement. Il s'agit par exemple de créer une « good bank » qui pourrait poursuivre l'activité à partir des actifs exploitables et de l'argent récupéré par des cessions, tandis qu'une « bad bank » aura été constituée afin d'être liquidée, au détriment des créanciers.

---

<sup>36</sup> Sur la notion de « maillage », v. *infra*.

<sup>37</sup> Ces deux éléments peuvent se retrouver à propos des opérateurs numériques cruciaux.

<sup>38</sup> CJUE, 14 juin 2015.

<sup>39</sup> Ce qui peut paraître contradictoire car le Droit pénal est par nature Ex Post ; sur le rapport entre le digital et le droit pénal, qui justifie ce type « archaïque » d'un « Droit pénal ex ante », v. *infra*.

Comme le but est la préservation du système bancaire (et non pas des banques), les déposants sont protégés par le troisième pilier qui, quoi qu'il arrive, leur assure le remboursement de leurs dépôts, excluant ainsi la panique aux guichets causant l'effondrement du système. Ce troisième pilier, à savoir le fonds de garantie activé par le Conseil de résolution et par les Autorités de supervision et de résolution nationales, est abondé par les banques elles-mêmes et s'accroît chaque année (en 2018, 40 milliards d'euros).

Les contentieux relativement nombreux sont portés devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

Ce système européen est dupliqué dans chaque État-membre et fonctionne en maillage avec ceux-ci, le système national fonctionnant seul si l'opérateur crucial, ici la banque n'est pas de taille européenne. En France, il s'agira de l'ACPR, qui a été restructurée à cette fin dès 2013, avant même l'adoption du système européen en 2014 ; elle est présidée par le Gouverneur de la Banque de France.

On retiendra que ce système récent a été rapidement monté, qu'il fonctionne bien, et que l'étrécissement du maillage a pallié la nature non-fédérale de l'Europe. Il est vrai que, de fait, la crise de 2008 a favorisé l'entreprise institutionnelle et que l'homogénéité du « monde bancaire et financier » aide au fonctionnement d'un tel système.

L'on ne peut souhaiter une catastrophe qui constitue pour le Législateur en revers heureux comme une feuille blanche. L'on notera simplement que les deux milieux professionnels sont analogues, à savoir un « milieu » constituant un éco-système avec des opérateurs qui se connaissent, qui travaillent avec un langage technologique commun et qui se croisent sans cesse, la différence de localisation géographique n'étant pas une entrave à cela.

La différence est que pour l'instant les opérateurs cruciaux bancaires semblent répondre de tout tandis que pour l'instant les opérateurs cruciaux numériques semblent ne répondre de rien. Même si cela n'est qu'une apparence, en raison de l'analogie des deux écosystèmes, cette apparence risque de se retourner avec brutalité contre les opérateurs cruciaux numériques, qui ne sont pourtant pas responsables du monde digitalisé.

**A ce premier système de compliance, de nature prudentielle, et dont le but est endogène au secteur, s'articule un second mécanisme de compliance qui contraint les banques en Ex Ante pour un autre but, qui s'éloigne de leur intérêt propre (la préservation de leur secteur) mais dont on considère que l'internalisation qui est faite dans les établissements bancaires est légitime en raison de leur position. Il s'agit du Droit de la Compliance en matière de blanchiment d'argent et de lutte contre le financement du terrorisme.**

L'on ne soupçonne en rien les banques européennes de s'adonner par nature et en système intentionnellement au blanchiment ni de financer le terrorisme. Le raisonnement est autre. Les criminalités organisées dont l'argent est blanchi sont notamment le trafic de drogue, la vente illicite d'arme, la corruption, le trafic d'êtres humains, le trafic d'influence. Il s'agit d'activités systémiques car le blanchiment permet de retraiter mondialement ces activités qui sont en premier lieu structurellement organisée, qui sont en deuxième lieu particulièrement difficiles à détecter et sont en troisième mondiale.

Or, les banques sont « en position » d'avoir des informations parce que c'est par elles que les fonds transitent. C'est en cela qu'elles sont des « opérateurs cruciaux ». C'est pourquoi le Droit de la

Compliance va pareillement pénétrer dans les banques et internaliser en elles un but monumental : la lutte contre des maux qui dévastent les sociétés et les êtres humains. C'est pourquoi la loi ajoutera à la charge des banques des obligations à propos du financement du terrorisme, car il est fréquent que celui-ci ne corresponde pas à la description des précédentes incriminations, lesquelles renvoient plutôt à la mafia.

Dès lors et d'une façon violente et archaïque, l'évolution du Droit a consisté à passer d'un Droit pénal ex post de sanction à une obligation Ex Ante de rassemblement des informations (*know your client*) afin d'alerter l'Autorité publique adéquate, Tracfin. Ce caractère Ex Ante et purement instrumental est encore plus accentué concernant le terrorisme puisque cette même « obligation de vigilance » en Ex Ante doit être exercée, avant même toute activité terroriste par ailleurs constatée.

Le cœur du Droit de la Compliance devient l'information, l'obtention de l'information, le contrôle de l'information, la transmission spontanée de l'information à l'autorité publique. Le même système de maillage institutionnel a été mis en place, par exemple à propos de la « déclaration de soupçon » à laquelle les banques sont astreintes. Par la même technique de maillage, l'ACPR et Tracfin adoptent des lignes directrices communes.

Plus il y a un système de maillage, à la fois entre les secteurs, entre les institutions pourtant de nature différentes (ici une autorité sectorielle – ACPR – et une autorité générale – Tracfin) et entre les niveaux géographiques (superviseur bancaire européen – superviseurs bancaires nationaux), et plus les outils juridiques sont de « droit souple ». Cela ne pose pas de problème car les opérateurs auxquels cela s'adresse sont expérimentés, suivent, anticipent, voire de droit ou de fait participent à l'élaboration de ces normes.

Pour cela, il faut que les assujettis soient relativement peu nombreux car un tel maillage qui s'applique à eux, qui pénètrent par le Droit de la Compliance dans leur organisation structurelle et dans leur gouvernance, est un coût important pour eux. Seuls des opérateurs économiques puissants peuvent en supporter le coût. Mais l'assujettissement n'a de sens qu'à leur égard car il faut être un « opérateur crucial », c'est-à-dire « être en position » pour atteindre un but monumental, ce qui ne vise que certains grands opérateurs, ici ceux du numériques. Cela ne concerne pas les petites entreprises<sup>40</sup>.

## B. LE DROIT EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE DES DONNÉES PERSONNELLES ET SES OUTILS JURIDIQUES

Le Droit de l'Union européenne a le premier désarticulé les mécanismes du Droit de la Régulation de la notion de secteur. Et pour cela afin de l'appliquer en matière numérique. Afin de discipliner tout opérateur, même non-opérateur. En dotant pour cela tout internaute d'un droit subjectif nouveau. Il le fait par la jurisprudence de 2014, *Google Spain*. En cela, l'on peut considérer qu'il s'agit d'une

---

<sup>40</sup> Sur les « sujets de droit » du Droit de la Compliance d'une façon générale, v. Frison-Roche, M.A., Les trois personnages du Droit de la Compliance : Entreprise, Régulateur, Juge, 2018 ; Compliance et Personnalité, 2019 ; v. *infra*.

décision de justice de nature Ex Ante<sup>41</sup>, ayant changé pour le futur le comportement des acteurs qui ont dû s'y adapter.

A ces quatre titres, l'arrêt est exemplaire : en déliant Compliance et « Régulation » ; en contraignant un opérateur numérique crucial (le premier moteur de recherche) ; en internalisant un effet disciplinaire par la création d'un droit subjectif ; en armant l'internaute d'une prérogative juridique pour discipliner un opérateur dont la puissance n'est pas contestée.

L'on oublie parfois le rôle des juridictions dans la Régulation ; il est vrai que l'anglicisme de *regulation* qui renvoie à la réglementation y pousse. Il est ici remarquable. Il l'est aussi dans le Droit de la Compliance car ce sont les juridictions et les superviseurs qui sanctionnent, un Ex Ante requérant un Ex Post d'effectivité.

Par le seul arrêt *Google Spain*<sup>42</sup>, la Cour de Justice de l'Union européenne a créé en 2014 un « droit à l'oubli » permettant à un commerçant de contraindre par l'évocation de cette prérogative juridique nouvelle, qui n'existait pas, l'opérateur Google de rendre comme « introuvable » les articles de presse le concernant.

Pour élaborer son Règlement de 2016, mondialement fameux, étudié, décalqué, le Droit européen s'est aussi appuyé sur l'initiative ancienne des droits français (loi de 1978) et allemands, systèmes juridiques nationaux qui précocement ont posé que l'accumulation d'informations sur des personnes, même par des États, même à des fins de sécurité, constituaient un danger pour ces personnes.

Cet élément montre que l'Europe demeure construite en creux sur la seconde guerre mondiale et la dénégarion de l'Humanité de personnes qu'elle a constituée, élément dont les États-Unis ne sont pas marqués.

Ces deux lois ont posé que les fichiers contenant des informations concernant des personnes devaient être déclarées à une Autorité publique (en France la CNIL). Il s'agissait donc d'un contrôle Ex Ante absolu, le Régulateur contrôlant le caractère admissible des fichiers, non pas en soi mais en fonction de leur but et de leur usage, pour que la personne ne soit pas mise en danger, notamment dans sa vie privée et la connaissance qu'autrui peut ainsi en avoir. Dès le départ, la personne a été dotée d'un double droit subjectif, un droit Ex Ante d'information de la présence de cette information la concernant dans le fichier, et un droit Ex Post consistant à demander le retrait de cette information du fichier.

L'on dit parfois que la CNIL est la première Autorité administrative indépendante instaurée en France. C'est inexact. C'est la Commission des opérations de bourse (COB) qui le fût en 1967 pour assurer la sécurité et l'intégrité des marchés boursiers. Cette inexactitude souvent faite montre que l'on continue à distinguer ce qui serait la régulation des libertés publiques et ce qui serait la régulation économique, les deux étant antinomiques.

Cette conception, que n'ont jamais eue les britanniques, est inexacte et il faut s'en défaire car la construction de la confiance<sup>43</sup> dans l'Internet est un impératif économique qui doit prendre la forme de droits subjectifs fondamentaux, le plus souvent créés par les cours constitutionnelles ou la CEDH (comme l'est droit d'alerte<sup>44</sup>).

---

<sup>41</sup> Sur la définition de l'Ex Ante et de l'Ex Post, v. *supra*.

<sup>42</sup> CJUE, 13 juillet 2014, *Google Spain*.

<sup>43</sup> Sur la confiance comme enjeu systémique du numérique, v. *infra*.

<sup>44</sup> V. *infra*.

C'est d'ailleurs la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans l'arrêt *Google Spain* du 13 juillet 2014, a transformé l'état des droits européens en prenant acte de la transformation de l'état du monde par Internet, là où rien ne s'oublie. En effet, même si une personne fait retirer son nom d'un fichier, il suffit qu'une donnée à caractère personnelle ait été publiée à un moment et quelque part pour qu'elle le soit partout et pour toujours. En considération de cela, pour que le droit de retrait soit effectif, il faut que l'information devienne de fait « introuvable ».

Pour obtenir cela, parce que ce sont les moteurs de recherche qui permettent de s'y « retrouver » dans le monde digital construit sur le réseau du web, le juge a inventé dans cet arrêt fondateur un droit subjectif que l'on aurait pu nommer le « droit à l'introuvabilité » mais qu'il a nommé d'une façon plus simple et plus imagée le « droit à l'oubli ».

Tout droit subjectif a un titulaire actif et un titulaire passif. Le titulaire actif est toute personne. Le titulaire passif est tout opérateur du numérique par lequel l'information est trouvable. C'est ainsi que *Google* est devenu titulaire passif du droit subjectif à l'oubli dont nous sommes tous titulaires actifs.

**La puissance de ce droit subjectif *ad hoc* est qu'il n'est pas besoin d'un dommage et que toute personne en tant de « sujet de droit actif » peut l'activer contre tout sujet de droit passif, ici toute personne par laquelle l'information est trouvable. En cela, un droit subjectif est par nature non limité par un territoire<sup>45</sup>, est opposable à tous, peut être activé contre tous les titulaires passifs. C'est pourquoi la création de nouveaux droits subjectifs est prometteuse<sup>46</sup>, les internautes ayant beaucoup utilisé leur droit à l'oubli.**

La loi *pour une République numérique* du 7 octobre 2016 a, d'ailleurs et par exemple, établi un droit à l'oubli renforcé en faveur des personnes qui ont, à leur propre initiative, mis des informations lorsqu'elles étaient mineures pouvant donner une représentation d'elles-mêmes péjorative plus tard. C'est donc bien aux législateurs et aux juges d'offrir des droits subjectifs pour protéger les personnes, sans qu'on puisse reprocher à celle-ci le fait qu'elles aient elles-mêmes offert l'information à tous.

Plus encore, la loi du 26 janvier 2016 *relative à la modernisation de notre système de santé* a offert un « droit à l'oubli » permettant aux personnes le droit subjectif de ne pas déclarer à leur assureur le cancer qu'elles avaient eues. Il ne s'agit donc plus d'un droit de retrait d'une information qui fût disponible à l'assureur, mais d'un pur droit de ne pas faire entrer l'information dans le système informationnel de l'assureur. Alors même que le contrat d'assurance est un contrat de « bonne foi » (obligeant l'assuré à tout dire du risque) et que l'assureur est lié par le secret professionnel. Il s'agit en outre d'un pur droit subjectif Ex Ante, puisque l'information n'entrera jamais dans l'univers informationnel.

L'Europe a renforcé ce système dont le coup de génie a été l'invention d'un droit subjectif, suppose tout de même une intervention de la personne concernée<sup>47</sup>, en l'insérant par le Règlement du 29 avril 2014 dans un Droit de la Compliance, désormais étudié par le monde entier, et parfois repris par d'autres législateurs<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> V. *infra*.

<sup>46</sup> V. *infra*.

<sup>47</sup> Sur les réserves que l'on peut avoir sur la pertinence de la notion de « consentement », surtout en matière numérique, v. *infra*.

<sup>48</sup> Par exemple, en Californie, le *privacy Act* du 12 juillet 2018 ; v. les textes analogues en préparation au niveau fédéral.

Ce Règlement n'a pas que pour but la protection des données à caractère personnel. Il a un double but, que son titre reflète et exprime son caractère libéral. Il s'agit du *Règlement relative à la circulation des données et la protection des personnes lorsque celles-ci les concernent*. En cela il **préfigure les deux piliers qui pourraient tenir un espace numérique durable : le principe de liberté et le principe de personne.**

Il a donc pour principe la **circulation** des informations, transformées en valeurs transformables par ceux qui les obtiennent (données) et en même temps la protection des **personnes** lorsque ces données les concernent. A force de ne parler que par cigle, l'on en oublie les mots, mais en Droit ce sont les mots qui sont importants. L'information doit circuler, sans porter préjudice aux personnes si elles sont **concernées**.

Il ne s'agit en rien de protéger les personnes contre le dynamisme de marché et de brider l'innovation mais de servir en même temps les deux buts, la protection de la personne, qui n'est pas nécessaire celle d'où est venue l'information, et le dynamisme d'Internet, ce qui sont les deux faces d'une même pièce, comme le montre l'intitulé exactement du Règlement.

**Ce Règlement est un exemple particulièrement important ici parce que ce Règlement n'est pas sectoriel et qu'il est une réponse à la digitalisation du monde et qu'il a pris appui sur un droit subjectif, inventé par une juridiction parce qu'il était nécessaire pour sauvegarder la personne.**

L'innovation véritable est donc plutôt dans la méthode retenue par ce Règlement, à savoir la technique de Compliance : le contrôle déclaratif Ex Ante auprès d'une Autorité publique a été supprimé et le but de protection des personnes, maintenu et articulé avec le principe de libre circulation des données, a été internalisé dans les entreprises utilisant à des fins commerciales les données à caractère personnel. Elles deviennent ainsi en charge de protéger elles-mêmes les personnes, de les informer elles-mêmes de leurs droits, l'Autorité publique n'étant plus qu'un rôle Ex Post de contrôle et de sanction.

L'on remarquera qu'il s'agit d'une conception très radicale de la Compliance puisque l'internalisation du système a été faite dans toutes les entreprises, alors beaucoup ne sont pas à même de comprendre et de mettre en œuvre un système complexe, tandis que de nombreux « experts en RDGP », puisque chacun appelle ce Règlement ainsi au risque de déformer son objet profitent d'un certain affolement des petites entreprises pour proposer des services en se présentant comme accrédité.

Cette conception très large et très radicale de la Compliance est ainsi sans doute regrettable. L'on pourrait retenir la règle selon laquelle l'internalisation qui caractérise le Droit de la Compliance ne doit viser que des entreprises qui sont en position systémique, ce qui n'a pas été ici le cas. Aucun seuil n'a été mis, alors qu'il est mis dans les autres secteur, cela est dommageable car la gestion du RGPD qui demande à l'entreprise d'être un Régulateur de second niveau<sup>49</sup> n'aurait pas dû être demandé à des entreprises de petite taille.

Ces petites entreprises ne font d'ailleurs pas du tout le même usage des données (comme la construction de métadonnées, la mobilisation de big-data, l'usage de l'intelligence artificielle) que l'usage qu'en font les grands opérateurs. Ceux-ci ne poursuivent d'ailleurs pas les mêmes fins. Or, dans les lois françaises et allemandes, parce que la notion de « fichier » si le mot en est démodé n'en reste pas moins pertinente : c'est l'usage et la fin qui justifie l'internalisation de la contrainte, le

---

<sup>49</sup> Sur le fait que le Droit de la Compliance, en tant qu'il est appliqué aux opérateurs cruciaux, les transforme en régulateurs de second niveau, avec les contraintes corrélatives, v. *infra*.

contrôle et la supervision. Ce n'est pas le stockage en soi mais ce pour quoi les données, simple matériau, sont rassemblées. Il aurait été adéquat de ne protéger les personnes que contre la perspective de certains buts, c'est-à-dire certaines manipulations de données, pas seulement par nature (comme le font les dispositions spécifiques en matière de santé) mais par finalité.

En contrecoup d'une application à tout opérateur, même non-crucial, débordé par une telle internalisation, le système a adopté comme solution le « consentement », à savoir un click que chacun fait et qui ne protège pas. Nous reviendrons sur ce point.

En tout cas, cela confirme que le Droit de la Compliance n'a en général pour sujets de droit immédiats<sup>50</sup> que des organisations grandes et solides, en position de réaliser des buts monumentaux, et qu'il s'applique avec de nombreux effets pervers lorsqu'il internalise des charges lourdes et coûteuses dans des petites entreprises, lesquelles ne sont en outre ne sont pas utiles pour la concrétisation du but poursuivi. Un mécanisme de seuil, tel qu'on le trouve par ailleurs dans le Droit de la Compliance en matière de corruption dans la loi dite « Sapin 2 » est préférable.

Il demeure que le Droit européen positif a montré l'exemple. Et par une simple décision de justice. En internalisant dans les entreprises deux principes à satisfaire en même temps : le principe de liberté (qui permet d'user des données) et le principe de personne (concernées par l'usage des données).

Le Droit européen montre encore d'autres exemples dont il est possible de s'inspirer directement, montrant que l'Europe met en équilibre le principe de la liberté d'entreprendre et le principe de se soucier des autres, en internalisant l'impératif de cet équilibre à long terme dans des « opérateurs cruciaux ».

## C. LE DROIT EUROPÉEN DE LA FINANCE ET DE LA BANQUE SOUTENABLES, DITE « FINANCE VERTE », ET SES OUTILS JURIDIQUES

En effet, l'on revient ici dans ce qui paraît bien un secteur : la finance. Mais en premier lieu c'est un secteur qui est presque toujours en avance sur tous les autres ; en cela, il est plus instructif que les autres puisqu'on peut présumer que ce qui se passe en son sein se développe par la suite dans les autres secteurs. Par exemple, c'est dans le secteur financier que sont nés les premiers régulateurs (SEC, COB) et c'est en son sein que les premiers mécanismes de Droit de la Compliance, notamment celui de la « supervision »<sup>51</sup> ont été élaborés.

En deuxième lieu, qu'on s'en réjouisse ou non le monde dit « réel » s'est financiarisé, c'est-à-dire que toute réalité ayant une corporéité, un rapport avec un territoire et un déploiement dans le temps, a été recouverte par un produit financier, n'ayant plus que le statut de « sous-jacent ». Par une inversion décrite très précocement par Braudel, la finance est devenue la première réalité, le sous-

---

<sup>50</sup> V. plus loin les « sujets de droit immédiats » qui sont les opérateurs cruciaux, ici les opérateurs numériques cruciaux, et les « sujets de droit finaux » qui sont les bénéficiaires du Droit de la compliance, et qui sont les personnes, notamment les personnes faibles.

<sup>51</sup> Sur la distinction de la Régulation et de la Supervision, v. *supra*.

jacent « réel » n'étant plus qu'une variable du monde financier virtuel. La digitalisation du monde est de même nature et les marchés financiers ne pouvaient que mieux accueillir les entreprises ayant produit par la même mise en chiffre du monde que celle à laquelle avait procédé la finance les entrepreneurs tirant leur puissance des algorithmes.

Sans développer davantage ici la description et les conséquences du phénomène gémellaire de la financiarisation et de la digitalisation du monde, on retiendra simplement que **tout exemple réussi de Droit de la Compliance dans le secteur financier est particulièrement instructif en ce qu'il peut être transposé dans le monde digital, puisque monde financier et monde digital sont gémellaire.**

En troisième lieu, l'évolution de la Régulation financière a consisté à internaliser dans les opérateurs financiers non seulement le souci de prévention du risque systémique, souci initialement américain<sup>52</sup>, mais aussi et plus récemment des finalités qui leur sont extérieures. Ainsi, de la même façon que la Compliance bancaire consiste à internaliser dans les opérateurs la détection de l'information concernant les flux illicites, et plus particulièrement concernant le terrorisme, lequel requiert impérativement de l'Ex Ante (déclaration de soupçon à Tracfin), de la même façon le Droit de l'Union européenne a internalisé dans les opérateurs financiers un souci qui leur est extérieur : l'environnement.

Le Droit de l'Union européenne a commencé par constituer un Groupe d'Expert de haut niveau pour trouver des solutions afin que le système financier ne s'effondre pas, afin qu'il soit « soutenable ». Ce Groupe a rendu son rapport le 27 décembre 2017. Celui-ci a préconisé que, pour que le système financier soit « soutenable », c'est-à-dire conserve à long terme ses équilibres, soient internalisés dans les opérateurs les buts environnementaux, et plus particulièrement la lutte contre le changement climatique. Ainsi les équilibres à long terme ne peuvent se faire autour d'un seul principe mais d'au moins deux : le profit et la préservation de la nature, ce qui permet à un système de durer.

Il est remarquable qu'aujourd'hui le souci environnemental soit intégré dans les banques et fasse partie directement des mécanismes de régulation, par exemple le risque environnemental étant inséré dans les stress tests, et dans les mécanismes de supervision des opérateurs qui doivent répondre de cette prise en considération<sup>53</sup>.

Le mécanisme proposé relève donc du Droit de la Compliance. Il éloigne les opérateurs cruciaux de la définition classique de leur activité de centraliser les risques par les récoltes de dépôts et d'octroi de crédit, en ce qui concerne les banques, comme il éloigne les opérateurs cruciaux de la définition classique de prestataires d'intermédiation. L'on peut considérer aussi que cela correspond exactement à la définition générale précédemment donnée du Droit de la Compliance<sup>54</sup>, à savoir l'internalisation d'un but politique dans des opérateurs qui, notamment par leur globalité, sont « en position » de tendre vers un tel but, ici sauver la planète, puisque ces opérateurs sont en position d'y concourir d'une façon significative, en ce qu'ils financent des opérations ayant un impact sur le but et qu'ils ont des informations sur ces opérations.

---

<sup>52</sup> Frison-Roche, M.-A., Compliance : avant, maintenant, après, 2017.

<sup>53</sup> Par exemple en France, dans les travaux de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, v. aussi bien à propos des banques que des compagnies d'assurance, [French banking groups facing climate change-related risks](#), conclusion : "This paper concludes with a number of recommendations to regulators and supervisors on the one hand, and banking institutions on the other hand, to encourage the diffusion of best practices and a better consideration of climate change-related risks.", 4 avril 2019.

<sup>54</sup> V. *supra*.

Il est remarquable que le « but monumental » dont il s'agit (sauver la planète) ne soit plus seulement un but négatif (« lutter contre » le blanchiment, la corruption, la traite des êtres humains), mais constitue plutôt un « but monumental positif » : sauver la planète.

Il est remarquable que la place britannique de marché spécialisé dans les métaux, le *London Metal Exchange*, ait décidé le 24 avril 2019 de radier de sa cote les titres des entreprises dont il est démontré que l'extraction de métaux résulte en partie d'une exploitation de travail indécemment d'enfants. Cela montre que les marchés dans leur pouvoir régulateur d'admission peuvent cesser d'être « aveugles » et peuvent internaliser des « buts monumentaux », ici les droits humains à travers la lutte contre l'esclavage<sup>55</sup>.

Comme dans les exemples précédemment pris, cela engendre des charges nouvelles, notamment dans le contrôle que les emprunteurs font de l'argent prêté, mais cela engendre aussi des pouvoirs nouveaux, à travers la notion d'investissements « responsables » dans la gestion d'actifs (notion de « décarboniser les portefeuilles gérés »), l'idée comme quoi les marchés financiers européens pourraient accentuer leur « identité » à ce titre.

L'on mesure ici une nouvelle fois que l'assujetti du Droit de la Compliance n'est pas visé en tant qu'auteur potentiel d'un fait reprochable mais en tant qu'il est « opérateur crucial », c'est-à-dire opérateur en position d'atteindre un but, lequel éventuellement ne concerne pas son activité. Cela signifie que la puissance de l'assujetti n'est non seulement pas une difficulté mais au contraire un atout, voire un prérequis, pour que le Droit de la Compliance fonctionne. L'on relève ici la différence de perspective entre le Droit de la Compliance et le Droit de la concurrence, qui s'applique en matière bancaire et financière, mais qui a vocation à s'appliquer aussi en matière numérique : si l'on veut internaliser dans des opérateurs numériques cruciaux des buts monumentaux, éventuellement extérieurs à leur activité et à leur charge, il faut qu'ils soient puissants<sup>56</sup>.

Le Droit de l'Union européenne a donc déjà, à plusieurs reprises, confectionné des techniques de Droit de la Compliance pour internaliser dans des opérateurs cruciaux, des obligations nouvelles pour atteindre des buts qui ne sont pas directement ceux poursuivis par ceux-ci. Il a en outre commencé à adapter le Droit en créant un droit subjectif qui réagit aux effets pervers de l'éternité d'Internet pour offrir à la personne un « droit à l'oubli », dont la concrétisation est par le Droit de la Compliance à la charge des opérateurs. Le Droit européen est donc particulièrement solide et inventif pour protéger plus largement la personne dans ce monde nouveau qui dépossède l'être humain en situation de faiblesse<sup>57</sup> pour réarmer celui-ci et venir ainsi en appui de la Gouvernance de l'Internet.

Il convient pour cela de cesser d'avoir une position défensive à l'égard du Droit américain de la Compliance.

---

<sup>55</sup> Sur le fait qu'un opérateur numérique crucial doit avoir le même statut que celui d'une place de marché, c'est-à-dire « régulateur de second degré », v. *infra*.

<sup>56</sup> V. *infra* ;

<sup>57</sup> Sur cette « dépossession », v. *supra*.

## II. ACCROÎTRE CE QUI EST COMMUN ENTRE LE DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT AMERICAIN, CONSTITUTIF DU DROIT OCCIDENTAL : LE SOUCI DE LA LIBRE CIRCULATION ET LE SOUCI DES PERSONNES

**Annnonce de plan et résumé.** Quand on évoque le corpus de Compliance, c'est l'image d'une sorte de guerre entre l'Europe et les États-Unis qui apparaît. Mais il s'agit là d'un malentendu entre les européens et les américains (A), né d'une conception trop restrictive du Droit de la Compliance, ne correspondant pas à la réalité et tout malentendu a vocation à être dissipé. Au contraire la première chose à relever et à accroître est ce qui est la correspondance entre l'Europe et les Etats dans un Droit de la Compliance qui articule le Principe de Liberté et le respect de la Personne, marque de l'Occident (B), élément commun qu'il faut renforcer car le monde ne se résume pas à l'Occident, le numérique étant en train d'affaiblir, voire d'isoler ces principes.

### A. LE MALENTENDU ENTRE L'EUROPE ET LES ÉTATS-UNIS : NÉ D'UNE CONCEPTION TROP RESTRICTIVE D'UN DROIT DE LA COMPLIANCE, SURTOUT APPRÉHENDÉ PAR SES SEULS EFFETS EX POST

Le Droit de la Compliance n'a pas bonne presse en Europe, sans doute parce qu'on a surtout fait sa connaissance à travers des sanctions sensationnelles dont des banques, notamment françaises ont été frappées. C'est pourquoi beaucoup de forces et de travaux sont consacrés à lutter contre le Droit de la Compliance, sa violence et son application extraterritoriale<sup>58</sup>. En tant qu'il serait comme un Cheval de Troie d'une puissance étrangère. Cela est souvent sa perception dans les entreprises, les administrations et les responsables politiques.

Mais le Droit de la Compliance, même lorsque sa source est « locale », parce qu'il est inséré dans les opérateurs mêmes, a vocation à être de même étendu que ceux-ci, notamment internationale, voire globale si ceux-ci le sont par leurs activités. Comme les entreprises sont globales, l'application extraterritoriale paraît de principe. Il faut donc au contraire justifier pourquoi il ne le serait pas. Cela est encore plus vrai dans l'espace digital où la notion de territoire est absente et où un Droit mondial paraît, si ce n'est « naturel », à tout à le moins adéquat.

Ce qui est anormal, c'est plutôt en premier lieu le fait que seuls les États-Unis disposent d'un Droit de la Compliance, alors même que les buts monumentaux qu'ils poursuivent, à savoir la lutte contre le terrorisme, contre le trafic des êtres humains ou contre les fausses informations, nous sont communs.

---

<sup>58</sup> Rapport Lellouche-Berger sur l'extraterritorialité du Droit américain ;

Ce qui est anormal donc, c'est l'absence pour l'instant d'un Droit européen de la Compliance<sup>59</sup>, lequel par le même effet de nature ne peut qu'avoir un effet extraterritorial. Mais cela relève plutôt du fait que sous le terme de « Droit de la Compliance » l'on mélange des buts locaux à effets mondiaux (embargo)<sup>60</sup>, ce à quoi faute de puissance de fait l'Europe ne pourra prétendre et des buts mondiaux requérant des moyens mondiaux à laquelle non seulement l'Europe peut prétendre mais qu'elle a déjà commencé à mettre en place, notamment à propos des données<sup>61</sup>.

De cela, ce n'est pas aux Américains qu'il convient de faire reproche, c'est à nous-mêmes Européens. Et pour cela, l'espace numérique, parce qu'il est naturellement sans frontière pourrait être une base de départ très efficace pour un Droit européen de la Compliance général, comme la zone euro fût une base de départ très efficace pour la construction de l'Union bancaire, dans laquelle la Compliance est au centre<sup>62</sup>.

En outre, l'on parle d'une façon trop générale du « Droit américain de la Compliance ». En effet, il est illégitime qu'un Droit d'une zone territoriale particulière donne à ses décisions locales particulières à l'égard d'autres zones particulières un effet mondial. C'est le cas du Droit de la Compliance concernant les embargos. Cela ne devrait avoir de portée juridique qu'entre les zones politiquement concernées<sup>63</sup>. Il n'y a pas de raison de l'admettre.

Mais à l'inverse lorsqu'il s'agit de concrétiser des buts mondiaux, comme la lutte contre la corruption (« but monumental négatif ») ou la lutte pour préserver l'environnement (« but monumental positif »), il s'agit de buts qui sont communs à l'Europe et aux États-Unis. Pourquoi à côté du Droit international public classique ne pas utiliser la même technique du Droit de la Compliance, puisque les buts sont communs ?

Cela est d'autant plus adéquat qu'ils sont communs à l'Europe et qu'ils ne sont pas forcément partagés avec d'autres zones du monde, certaines étant également soucieuses de l'environnement mais pas de l'égalité entre les êtres humains. Dès lors, la dimension politique du Droit de la Compliance réapparaît et elle est commune à l'Europe et aux États-Unis qui ont un point commun immense : l'Occident.

Si l'Europe ne veut pas subir les effets collatéraux négatifs souvent dénoncés de l'effet extraterritorial du Droit américain de la Compliance, et principalement le transfert des données des entreprises européennes au bénéfice des administrations américaines, il faut mais il suffit non pas construire une « défense » mais de construire un Droit européen de la Compliance « plénier », qui soit plus large que l'actuel Droit américain de la Compliance et qui affine la notion de « donnée ».

*Proposition n°1 : distinguer le Droit américain de la Compliance à but parfois et effet mondial, critiquable et contre lequel réagir, du Droit de la Compliance, ici concerné par le numérique, à effet global naturel parce qu'à but global*

<sup>59</sup> Frison-Roche, M.-A. (dir.), *Pour un Droit européen de la Compliance*, 2019. C'est un autre sujet, mais le rapport entre les deux est important.

<sup>60</sup> V. *supra*.

<sup>61</sup> V. *supra*.

<sup>62</sup> Sur l'Union bancaire, v. *infra*.

<sup>63</sup> C'est au titre de la violation des législations américaines à effet mondial sur les embargos, notamment sur le Soudan, que la BNPP a été sanctionnée en 2014.

*Proposition n°2 : promouvoir par une culture de la Compliance numérique ce qui est commun au Droit Occidental : principe de la Liberté et principe de la Personne*

## B. L'EXPRESSION PAR LE DROIT DE LA COMPLIANCE D'UNE CULTURE COMMUNE À L'EUROPE ET LES ÉTATS-UNIS : LA PRIMAUTÉ OCCIDENTALE DU PRINCIPE DE LIBERTÉ ET DE LA NOTION DE PERSONNE

Le Droit américain de la Compliance n'est pas justifié lorsqu'il consiste à donner à tous des ordres mondiaux de soumission pour la satisfaction de sa propre politique internationale, comme dans le cas des embargos. Ce n'est qu'un cas et qui ne correspond pas à une définition générale du Droit de la

Compliance. Lorsqu'elle est prise comme définition générale du Droit de la Compliance, celui-ci consisterait alors à nous transformer tous en robots accomplissant aveuglement les ordres émis par un seul. Cela ne serait pas admissible et nous aurions bien raison de lutter contre cela, comme le fait sur cette base notamment Alain Supiot.

Mais le Droit de la Compliance ne correspond pas à cette définition, comme nous l'avons montré<sup>64</sup>.

Le Droit de la Compliance a pour but systémique de construire et de maintenir dans le temps la confiance dans un système (ici une économie digitale) tenu structurellement par des opérateurs cruciaux, confiance obtenue par le soin qu'ils ont et donnent à voir d'accomplir les fonctions dont on les a chargés : en matière numérique la confiance dans l'information et la considération de la personne<sup>65</sup>.

*Proposition n°3 : promouvoir et achever de construire un Droit et une Culture occidentale de la Compliance, adéquat au monde digital*

Les embargos n'ont rien à voir avec une telle définition et de telles fonctions.

Mais la lutte contre la corruption, contre le trafic d'être humain, contre le discours de haine, contre le cyberharcèlement, pour l'éducation, pour les droits des femmes, etc., qui sont fortement présents dans le Droit américain de la Compliance, peuvent trouver une cohérence simple et forte autour de cela. C'est un but qui prend la forme de droits attribuées aux personnes concernées et peut former avec le premier pilier du monde digital et digitalisé qu'est la Liberté le second pilier qui rendra ce monde durable.

**Ces deux piliers sont communs à l'Europe et aux États-Unis.**

Dans le Monde, ces deux piliers associés ne sont pas si répandus, dans leur existence et dans leur association. Le monde digital est un moyen de les diffuser Tout d'abord dans le monde digital grâce à

<sup>64</sup> V. *supra*.

<sup>65</sup> V. *infra* chapitre IV.

l'apport du Droit de la Compliance. Puis, parce que le Monde est digitalisé, par un effet réflexe heureux, dans le Monde d'une façon générale.

Ce faisant, en insistant sur cette culture commune à l'Europe et aux Etats-Unis, l'internalisation par la Compliance du souci de la personne dans le monde digital est un moyen de promouvoir cette culture occidentale de la liberté qui ne va pas sans droits et obligations, lesquels ne vont pas sans liberté.

Car le souci majeur n'est pas tant l'extraterritorialité d'un Droit américain mais plutôt le souci de l'absence d'emprise des systèmes juridiques occidentaux qui associe effets contraignants du Droit de la Compliance et Liberté, aussi bien américain qu'européen. Cela n'est pas vrai ailleurs, notamment pas sur certains territoires asiatiques, sur lesquels se développent un Droit de la Compliance, notamment en matière numérique, alors que n'existe pas le principe premier de la Liberté<sup>66</sup>.

Cet effet extraterritorial d'un Droit européen de la Compliance sera d'autant plus aisément obtenu que ce Droit européen de la Compliance prendra appui moins sur des règles d'organisation abstraite, comme la cartographie des risques, les audits, les monitorings, qui produisent un transfert massif et sans aucune distinction d'informations d'entreprise vers un État ou d'un continent vers un autre, mais sera un Droit de la Compliance construit sur des droits subjectifs des personnes<sup>67</sup>, droits subjectifs dont il est plus aisé d'obtenir la concrétisation, par exemple par un juge européen, comme l'a montré la jurisprudence aussi bien de la Cour de justice que de la CEDH.

### III. METTRE EN VALEUR LA CONCEPTION CONCRÈTE DU DROIT EUROPÉEN, CONSTRUIT SUR LE « CARACTÈRE » DE LA DONNÉE, IMPLIQUANT EN DROIT DE LA COMPLIANCE UN PRINCIPE DE DISPONIBILITÉ OU UN PRINCIPE D'INDISPONIBILITÉ DE LA DONNÉE SUIVANT CE QUI LA « CONCERNE »

**Annnonce de plan et résumé.** Malgré leur socle commun, le Droit européen s'est distingué du Droit américain en récusant la conception américaine abstraite de la donnée pour retrouver son sous-jacent concret, qui est le plus souvent la Personne, et ce à quoi le Droit européenne va donner par le Droit de la Compliance un effet déterminant (A). En effet, suivant en cela les droits français et allemand le Droit européen donne pertinence première à la finalité de la maîtrise de la donnée par rapport à la « personne concernée » (B). Dès lors la circulation ou la transmission de données doit cesser, même si l'ordre en est donné par une autorité étrangère, dès l'instant qu'il s'agit de protéger la « personne concernée » (C).

---

<sup>66</sup> Cette question-là, essentielle, excède le champ du présent rapport.

<sup>67</sup> Sur la construction de cet apport du Droit de la Compliance à l'avenir, v. Chapitre IV.

## A. LE DROIT EUROPÉEN A RÉCUSÉ LA CONCEPTION ABSTRAITE ET UNITAIRE DE LA DONNÉE POUR Y ATTACHER UN RÉGIME DE COMPLIANCE ISSU DE SON « SOUS-JACENT » : LA PERSONNE

En effet, la notion de donnée est pour l'instant trop abstraite. La preuve en est la grande difficulté que l'on a à la définir en Droit<sup>68</sup>. La donnée semble être un « bien », ou une « micro-information » appropriable, une sorte de « matière première » à partir de laquelle celui qui « en dispose » peut non seulement la céder et la revendre mais encore, comme de toute matière première faire naître d'elle d'autres réalités (« banques de données », par exemple) ou éléments d'information nouvelle (métadonnées) devenues autonomes et appropriables.

Si l'on regarde, l'on constate que les « données » sont des biens, de la matière première, que des entreprises s'approprient, et sur le stockage, l'agrégation, et la transformation desquelles elles ont fait leur fortune. De cette appropriation de ces biens, il faut prendre acte. Récuser la qualification de la donnée comme « bien », c'est se voiler la face devant toute l'économie digitale. Ne pas le reconnaître, c'est se priver de la possibilité de charger les bénéficiaires de ces biens d'obligations, par le Droit de la Compliance en Ex Ante, par le Droit de la Responsabilité en Ex Post.

Mais, de la même façon que le Droit financier a coupé les produits financiers dérivés de leur sous-jacents, le Droit américain a coupé les données de ce à partir de quoi elles sont extraites, leur donnant ainsi une définition à la fois unitaire et abstraite. Par cela, indifférente à son sous-jacente, par exemple la personne humaine dont une micro-information est extraite, elle peut être agrégée à d'autres.

Si l'on admet une telle autonomie, née d'une telle abstraction, les propriétaires de ces micro-informations, c'est-à-dire les « maîtres » peuvent en disposer (définition de la propriété).

C'est ainsi que certaines en arrivent à dire que ces métadonnées, en ce qu'elles permettent une transfiguration de la statistique à partir des informations sur le passé pour en tirer des conclusions sur le futur, pourraient conduire juridiquement des entreprises à prétendre être « propriétaires du futur » des personnes et à le vendre. Il a donc fallu une disposition particulière dans la loi française du 26 mars 2018 sur l'organisation de la justice pour interdire la captation des noms des magistrats afin que l'on ne puisse pas vendre ce qui serait la « prédiction » de leurs décisions futures. Cette interdiction, que désormais une être une notion une décision de « sous-jacent » ainsi prochains

*Proposition n°4 :  
prendre acte de  
l'appropriation de fait  
des données par  
certains opérateurs*

le Conseil constitutionnel a expressément conforme à la Constitution, montre qu'il faut loi pour rappeler que la « donnée » ne doit pas « abstraite » (par exemple un élément dans justice) mais bien être appréhendée par son (ici le nom d'une personne, dont on ne peut s'approprier ainsi le futur pour le vendre à ses justiciables).

<sup>68</sup> Frison-Roche, M.-A., Repenser le monde à partir de la notion de donnée, 2016.

Ainsi et d'une façon plus générale, le nombre des travaux sur la « prédiction » en toutes matières, nouveau terme de la statistique affinée jusqu'au contour de la personne-même, conduit le Droit à revenir à une perspective plus concrète : sous la « donnée », c'est bien une information dont il s'agit et cette information a bien un objet. L'abstraction du terme « donnée » conduit à neutraliser la diversité des informations, la diversité des entreprises qui utilisent les données et la diversité des objets sur lesquels portent les informations.

Cette conception « neutre » et « abstraite » de la donnée vient aussi d'une conception très générale de « l'économie de la donnée », dans laquelle on mêle des entreprises qui n'ont pas la même activité (Netflix, Facebook, Google, Microsoft, etc.) et dont l'activité même est « neutralisée », ce qui leur permet d'échapper à ce qui devrait être leur régulation (par exemple une régulation de média pour Netflix).

Mais cette neutralité est catastrophique pour les personnes et c'est le Droit européen qui l'a rappelée dans son arrêt *Google Spain* puis le Règlement RGPD : il faut reconcrétiser le monde des « données » par le Droit de la Compliance, comme l'a fait l'Europe en rappelant qu'à travers la performance technologique des données, ce sont des êtres humains dont on parle. A partir de cet exemple, qui consiste, comme dans le Droit de la Régulation dont le Droit de la Compliance est le prolongement<sup>69</sup>, il faut « reconcrétiser » les données en leur redonnant ce que le Droit européen désignant expressément leur « caractère ».

Ainsi, lorsque le Droit européen a construit un mécanisme de protection des personnes à propos des données qui les concernent (titre exact du Règlement)<sup>70</sup>, il a « reconcrétisé » la notion de donnée en rendant « pertinente » la personne qui est « concernée » par celle-ci.

En cela, le Droit européen est un modèle. Mais cette reconcrétisation des outils, comme le sont les données, par ce qui est « concerné » par ceux-ci, grâce au Droit de la Compliance internalisé par les opérateurs même qui manient les données, les récoltent, les stockent et en construisent d'autres (les métadonnées) doit pouvoir s'appliquer à d'autres réalités concrètes que les personnes.

*Proposition n°5 : Récuser la conception abstraite de la « donnée », comme bien neutre*

En effet, comme **l'a montré l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne Schrems du 6 octobre 2015, sous la donnée, c'est l'information et l'objet de l'information qui est pertinente.**

Ainsi, lorsqu'il s'agit de la vie privée d'une personne, alors cet objet colore l'information, laquelle colore la donnée. La qualification « abstraite » de donnée n'a pas le pouvoir d'expulser cela.

En cela la jurisprudence de la CJUE de 2015 *Schrems* est dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE de 2014 *Google Spain*, lequel pose que lorsqu'une personne est « concernée » dans un événement de sa vie privée couvert par la prescription, alors la donnée n'est plus « trouvable »<sup>71</sup>. De la même façon que lorsque les données concernent les personnes, elles ne sont pas transférables en bloc et sans consentement par celles-ci (arrêt *Schrems*).

Mais cela n'est qu'un exemple de ce qui doit être le principe : la « donnée » n'est pas une notion abstraite, une réalité abstraite – ce que sa pulvérisation d'abord en micro-information tout d'abord

<sup>69</sup> V. *supra*.

<sup>70</sup> V. *supra*.

<sup>71</sup> Sur le « droit subjectif à l'introuvabilité », v. *infra*.

puis sa digitalisation en série de chiffres ensuite nous incite à admettre ; la donnée doit être saisie par son sous-jacent, le Droit européen l'ayant fait à travers la personne, mais la vie privée de la personne n'est qu'un exemple car.

## B. LE DROIT EUROPÉEN A MONTRÉ LA VOIE DE LA PERTINENCE PREMIÈRE DE CE QUI EST « CONCERNÉ » PAR LA DONNÉE ET DE LA « FINALITÉ » DE SON USAGE, LIEN QUI DOIT ARTICULER LE DROIT ABSTRAIT AMÉRICAIN DE LA COMPLIANCE ET LE DROIT CONCRET EUROPÉEN DE LA COMPLIANCE

Le Droit de la Compliance est un droit pragmatique gouverné par les fins<sup>72</sup>.

Mais la « donnée » est une notion trop abstraite pour être saisie juridiquement, car de la même façon que le Marché peut tout réduire à des prix, ce qui rend tout « circulables », ce que serait un « Droit de la donnée » peut tout réduire à des données abstraites (nous ne sommes nous-mêmes que des données ....), ce qui produit le même effet : la neutralisation de ce qui est « concerné » par elle, ce qui donne une portée absolue au principe de disponibilité et de circulation.

Le Règlement européen a reconcrétisé la perspective en plaçant dans le système « ce qui concerne » la donnée. Il s'agit de la personne et de sa vie privée. Mais l'on peut prendre cela comme un exemple et en tirer une méthode plus générale<sup>73</sup>. Pour reprendre le vocabulaire du Règlement européen de 2016 qui peut donner une méthode. La donnée étant une micro-information sur le monde, sa digitalisation produisant le même effet de neutralisation que celui produit par le prix sur celui-ci, il faut la « reconcrétiser » en prenant en considération « ce qui la concerne ». Ce qu'a fait le Règlement européen et les jurisprudences européennes citées.

Par le premier principe, qui concerne toute société libérale, le premier principe est le principe de liberté d'information, d'ouverture et de disponibilité de celles-ci, ce qui fût l'origine même du Web demeure dans l'*open data* et l'*open Internet* qui en sont une des formes.

A ce titre, des informations circulent, soit par le mécanisme du marché, c'est-à-dire plus juridiquement du mécanisme du contrat. La jurisprudence a requalifié par exemple le lien qui rattache l'internaute à un réseau social comme étant un contrat de consommation, le caractère « gratuit » de la prestation fournie n'étant pas un obstacle à cela.

Face au premier principe incontesté de liberté, le Droit européen, par sa jurisprudence a construit un second principe, qui est l'ensemble des droits subjectifs des sujets de droit, c'est-à-dire la Personne : l'ensemble des arrêts de la Cour de Justice cités repose sur la Charte des droits fondamentaux de la personne. Il est ici rappelé que la Cour de justice en fait application non seulement au profit des individus mais également des personnes morales, c'est-à-dire des entreprises, comme elle en fait application non seulement lorsque s'oppose une personne à un Etat mais encore lorsque s'opposent deux personnes.

---

<sup>72</sup> V. *supra*.

<sup>73</sup> C'est l'objet du chapitre IV.

Ainsi, si le Droit de la Compliance au sens du Droit européen du terme repère une mise en danger d'une personne dans ses droits subjectifs sous-jacents, alors les systèmes objectifs contraignants établis par les Etats doivent s'en trouver bloqués.

Cela s'applique d'une façon extraterritoriale, comme l'a montré l'arrêt *Schrems*. Il convient d'explicitier le raisonnement général dont il n'est qu'un exemple, notamment dans l'articulation du droit européen de la Compliance. Dans cet arrêt, la Cour de justice a invalidé un accord entre la Commission européenne et les États-Unis tenant à une pratique de transferts de données entre des filiales d'entreprises américaines et leur maison-mères américaines.

Mais cette puissance du Droit européen de la Compliance sur la protection des données, parce qu'il conçoit la donnée comme transparente par rapport à ce qui est vraiment pertinent, à savoir le sous-jacent de celle-ci, vaut aussi bien pour un accord entre deux Autorités publiques que pour des ordres émis par des Autorités publiques étrangères, y compris au titre de leur propre Droit de la compliance étroitement compris.

C'est pourquoi il faut articuler les deux.

## C. LA CIRCULATION, MÊME CONTRAINTE DES DONNÉES, DOIT S'ARRÊTER LORSQU'ELLE CONTRARIE UN DROIT SUBJECTIF FONDAMENTAL D'UNE PERSONNE « CONCERNÉE »

Comme le dit le Règlement général, le principe » des « données » est d'une part leur circulation, puisque ce sont des informations que, de la même façon que « les idées sont de libre parcours »<sup>74</sup>, et d'autre part la protection des « personnes concernées ».

Cela doit concerner tout type de circulation, qu'elle soit volontaire ou contrainte, et tout type de personne concernée.

Or, le Droit de la Compliance non-européen peut produire un ordre de transmettre des données, il ne s'agit pas ici de l'examiner sur le terrain de la portée extraterritoriale de l'ordre émis mais de l'examiner sur le terrain de l'objet à transmettre.

*Proposition n°7 : même si la circulation de la donnée produit d'un ordre de transmettre issu par exemple d'un système de Compliance, encore faut-il qu'il ne heurte pas la protection de la « personne concernée » par la donnée à transmettre*

En effet, même si l'on considère que l'effet extraterritorial des Droits de la Compliance étrangers peut avoir des justifications lorsqu'ils visent des intérêts globaux, cela ne se justifie plus lorsqu'il se concrétise par des décisions particulières produisant des productions et des transmissions d'informations concrètes, recouvertes sous le terme abstrait de « données »<sup>75</sup> mais dont le sous-jacent est une personne.

En effet, c'est celle-là même que le Droit européen de la Compliance a pour mission de protéger en ne permettant pas sa circulation, le Droit de la Compliance étranger qui, ne visant qu'à exécuter la volonté d'un État heurtant alors ce qui est le cœur même de tout le Droit européen de la Compliance : la protection des personnes internalisées par le Droit dans les entreprises.

Or, cette indisponibilité de la personne, qui est un principe fondamental que la technique de Compliance, s'oppose à la circulation de sa digitalisation sous forme de donnée, même s'il s'agit d'une circulation contrainte, car la personne « concernée » par la donnée est indifférente à l'origine de la circulation de la donnée.

Il faut donc articuler les deux. Voilà comment cela pourrait se faire sur le terrain procédural, car il n'est pas question de porter un jugement substantiel ou politique sur les raisons pour lesquelles telle ou telle demande de transmission de données est formulée.

---

<sup>74</sup> Expression célèbre d'Henri Desbois, auteur de référence en propriété littéraire et artistique.

<sup>75</sup> V. *supra*.

Dans la mesure où le principe est celui de protection des personnes, il convient que l'organe qui requiert un transfert de données, y compris au titre d'un programme de compliance, par exemple à travers un monitoring intégré dans une entreprise européenne, démontre en Ex Ante que les

*Proposition n°8 : demander à celui-ci qui ordonne la circulation forcée d'une donnée au titre d'un programme de Compliance la preuve qu'elle ne « concerne » pas une personne, sauf consentement réel de celle-ci*

informations qui sont ainsi transmises à l'extérieur de l'entreprise au sein de laquelle les informations ont été sur ordre de l'Autorité publique conservées n'ont pas comme sous-jacent une personne ou ne « concernent » pas une personne. Dès l'instant que cette preuve est apportée, alors le transfert peut s'opérer afin que s'accomplisse l'ordre émis au titre d'un programme de Compliance.

A l'inverse, si un Droit de la Compliance non-européen, à travers par exemple un programme de Compliance décidé par une décision particulière, entre en conflit avec le Droit européen de la Compliance, en tant que celui-ci exprime la primauté de la Personne et de ses

droits fondamentaux<sup>76</sup>, c'est l'Autorité publique étrangère doit montrer la conformité de son ordre particulier de compliance émis au regard du principe général de protection de la « personne concernée » par une telle hypothèse de circulation par rapport à laquelle elle est tiers.

Pour faciliter cette articulation entre les deux systèmes, lesquels sont déjà existants mais n'ont pas été mis en contact alors que de fait ils « concernent » souvent les personnes, cette distorsion de perception étant due à la définition trop abstraite de la « donnée », sans doute peut-on songer à des mécanismes qui facilitent le poids probatoire d'une telle articulation.

L'on peut ainsi construire par des lignes directrices établissant des types de données dont le sous-jacent en raison de son lien plus ou moins étroit, voire intime avec la personne<sup>77</sup> listes de données à propos desquelles les personnes qui sont concernées excluent la circulation, ou retrouvent le principe de circulation ou se justifient avec des conditions, liées notamment aux buts (technique usuelle du blanc/noir/gris).

De la même façon, la technologie de l'intelligence artificielle devrait pouvoir faire ce tri, l'algorithme devant faire prévaloir le principe, à savoir le principe de la Personne.

C'est en application du Droit européen de la Compliance que cet opérateur ne doit pas faire circuler cette donnée, selon un principe général de respect de la Personne, dont l'arrêt de la Cour de justice *Smets* de 2015 n'est qu'un exemple.

*Proposition n°9 : l'usage de l'Intelligence Artificielle permettra à l'opérateur numérique crucial de respecter l'obligation de montrer que l'information qu'elle fait circuler et dont elle est gardienne, ne « concerne » pas une personne*

<sup>76</sup> Sur la liste des droits fondamentaux, v. le chapitre IV.

<sup>77</sup> V. *infra* sur les droits subjectifs qui concrétisent le principe de Personne.

Mais c'est déjà ici anticiper sur les éléments d'application du Droit de la Compliance en ce qu'il peut constituer à l'avenir un apport en Europe d'une Gouvernance de l'Internet.

# Chapitre IV : SECONDE SÉRIE DE SOLUTIONS CONCRÈTES : CRÉER DES MÉCANISMES D'EFFECTIVITÉ DES DROITS SUBJECTIFS DES PERSONNES, CRÉER DE NOUVEAUX SUBJECTIFS, INTERNALISER LA FONCTION D'EFFECTIVITÉ DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX NUMÉRIQUES ET METTRE EN PLACE LA SUPERVISION EUROPÉENNE GLOBALE ET INTERMAILLÉE DE CES OPÉRATEURS

**Annonce de plan et résumé.** Pour que le pilier systémique de Principe de la Personne soit effectif face au Principe de liberté, il faut internaliser dans les opérateurs cruciaux numériques des droits subjectifs des personnes dont les opérateurs sont comptables de l'effectivité (I). Parce que ces obligations ne sont imposées à ces opérateurs numériques qu'en tant qu'ils sont « cruciaux », ceux-ci d'une part ont donc un rôle de régulateurs de second niveau d'une part et doivent disposer des pouvoirs nécessaires pour exécuter leurs obligations générales nouvelles d'autre part (II). Cela ne peut se faire sans dessiner une supervision institutionnelle européenne des opérateurs numériques cruciaux dont la DG *Connect* devrait être au cœur, insérée dans le maillage déjà constitué entre les régulateurs sectoriels nationaux et les organismes des différents droits communs impliqués (III).

## I. PARTIR DU BUT MONUMENTAL PREMIER DU RESPECT EFFECTIF DE LA PERSONNE DANS LE NUMÉRIQUE, SECOND PILIER SYSTEMIQUE DU MONDE DIGITAL CONSERVANT LE BIEN COMMUN DE LA CONFIANCE, POUR DÉCLINER CE PRINCIPE DE GOUVERNANCE EN DROITS SUBJECTIFS DE LA PERSONNE, DROITS DONT LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DOIVENT ÊTRE COMPTABLES

**Annonce de plan et résumé.** Le monde digital ne doit pas fonctionner qu'à partir d'un seul principe, celui de la Liberté, puis n'être l'objet que de réglementations éparées, si justifiées soient-elles chacune en ce qui les concerne. Au contraire parce que le système gagnera à que ces éclats de Droit convergent tous vers le second principe systémique du digital, à savoir le souci de la Personne, dans l'effectivité de ses droits, ce que le « droit souple » peut expliciter (A). L'Europe peut d'autant mieux le faire qu'elle rapprochera l'Europe économique et financière (Union européenne) et l'Europe des droits humains (Conseil de l'Europe) (B).

## A. EXPRIMER CLAIREMENT LE PRINCIPE SYSTÉMIQUE DE LA PERSONNE DANS LE MONDE DIGITAL A TRAVERS DES INSTRUMENTS DE DROIT SOUPLE

L'Europe doit s'unifier par des principes simples que la population comprend. Pour l'instant, seul celui du « marché » a été compris. Et il a été rejeté par certains. C'est pourquoi l'expression même du souci premier de la « Personne » est en soi un moment essentiel dans la civilisation du monde digital par le Droit européen.

Il faut donc tout d'abord que soient posés les deux principes Ex Ante du monde numérique, la technologie n'étant pas un principe, les deux principes constituant les deux piliers Ex Ante du monde digital : le Principe de Liberté et le Principe de Personne.

Le principe de Liberté a été clairement posé, perçu, compris<sup>78</sup>. En revanche, le principe de Personne n'apparaît pas ou très mal. Il est donc essentiel de le « dire », de le « déclarer ».

Puis, il faut choisir les meilleurs moyens techniques pour formuler le Principe de Personne, à travers l'effectivité de ses droits, indépendamment de la technicité des conséquences et régimes juridiques qui y sont attachées.

Pour cela, il est essentiel que le Droit soit clair et simple.

*Proposition n°10 : exprimer le second principe, la Personne, à travers l'effectivité de ses droits, articulé au principe de Liberté*

---

<sup>78</sup> V. *Infra*.

Pour le moment, il ne l'est pas. Pour l'édiction d'un principe, il faut que celui-ci soit compris avant son édicition, la méthode scandinave étant en cela un modèle.

La simplicité du principe et l'association de la population à son édicition est un point essentiel.

Relèvent de cette « procédure » les « questions de principe », notamment celle de l'équilibre entre la Liberté et les Droits de la Personnes : par exemple la question de l'anonymat. En effet, si l'on prend le premier pilier de la liberté, agir sans se dévoiler en relève, mais si l'on prend du côté de la personne alors l'anonymat ne peut pas être admis comme principe. Or, qu'il s'agisse de la tenue des

*Proposition n°11 : associer la population à l'édiction du Principe de Personne à travers l'effectivité de ses droits, articulé au Principe de Liberté*

discours (éventuellement haineux) ou de la vente d'objets (éventuellement issus d'une contrefaçon), l'anonymat est le masque utilisé par porter au droit d'une autre personne. Voilà une question essentielle de l'équilibre dans la Gouvernance de l'Internet entre ses deux piliers : Liberté et Droits de la Personne. C'est une question de principe pour laquelle un consensus doit être recherché, les solutions techniques venant après.

Il est donc important de distinguer « question de principe » et « question technique », ce qui est difficile à faire et doit faire l'objet d'un travail préalable. Par exemple, l'on doit considérer que la question de l'anonymat est une question de « principe ». De la même façon, la portée du « consentement » est une question de principe, plus difficile à discuter mais essentielle.

C'est pourquoi la technique de la consultation, qui pourrait être menée

*Proposition n°12 : consulter sur les « questions de principe », par exemple l'anonymat*

par la Commission européenne à travers plus particulièrement par la direction Connect, comme cela est déjà fait à travers différents groupes qui ont soin de ne pas se limiter à des experts, puis d'une « **communication** » par la Commission européenne », venant croiser des communications d'autres Autorités, sectorielles, nationales, est une forme appropriée<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Sur l'Intermaillage, v. *infra*.

Le mode d'élaboration par le Droit souple est non seulement pertinent parce qu'il préfigure le droit futur, notamment des **lignes directrices** en la matière, les deux pouvant être pris assez rapidement, mais encore parce que les personnes « concernées » peuvent s'en prévaloir directement en droit, soit au titre de la « croyance légitime » dans le droit communautaire, soit d'une façon plus directe encore à travers le Droit national<sup>80</sup>.

Une telle Communication pourrait être préparée par cette **Consultation**. Celle-ci serait adéquate. Une telle consultation n'aurait pas besoin de mettre en avant la dimension systémique du respect des droits dans son rapport avec le bien commun de la confiance<sup>81</sup>, car l'Union européenne souffre déjà trop d'une perception où la personne est secondaire, mais devrait porter directement sur la personne, ses droits, et les droits des autres personnes.

L'on pourrait donc concevoir une consultation ouverte aux citoyens d'une part et d'autre part une consultation, voire un travail commun avec les juridictions et les autorités de poursuites administratives et juridictionnelles – et ce d'autant plus que le Procureur de l'Union sera effectif en 2020 et aura compétence en matière de corruption – ou administratives, à travers l'ensemble des autorités européennes et non nationales.

*Proposition n°13 : consulter la population, consulter les réseaux des juridictions et autorités, établir un groupe d'experts de haut niveau, sans jamais perdre de vue le but : un principe simple et intelligible = la personne à travers le respect effectif de ses droits*

En effet, l'effectivité des droits des personnes est pour l'instant principalement l'affaire en Ex Post des juridictions. Comme il s'agit ici de l'internaliser en Ex Ante dans les entreprises numériques cruciales<sup>82</sup>, cela doit se faire avec leurs opinions, leurs suggestions et leurs approbations. En outre, aucun système Ex Ante ne fonctionnant sans l'articulation avec des sanctions Ex Post efficace si les obligations Ex Ante ne sont pas respectées, associer les juridictions et autorités de poursuite dès ce stade serait très importantes.

Ainsi, à travers les échanges, dont les juridictions et les autorités de concurrence ou de régulation sont par ailleurs entre elles très familières, d'une part, et des participants plus directs, des personnes d'autre part, une élaboration d'une Communication être faite.

Elle n'aurait pour but que de fixer le Principe.

En effet, dans la dimension technique, comme le montrent les travaux menés dans ce qui doit devenir le design de la concurrence dans le numérique, ce sont à des experts que le travail de réflexions sont confiées<sup>83</sup>. Ce travail est essentiel, mais pour la question des droits des personnes exposées au numérique, l'opinion de la population est pertinente. Pour l'instant, on ne l'entend que sur un mode « réactif », même faiblesse que celle du Droit positif actuel<sup>84</sup> : il est temps de l'entendre sur un mode plus positif. En cela, et par exemple, l'association RespectZone est un exemple, en ce qu'elle exprime des propositions venant des internautes eux-mêmes.

<sup>80</sup> C.E., 13 mars 2016, *Fairvest, Numericable*.

<sup>81</sup> V. *supra*.

<sup>82</sup> V. *infra*.

<sup>83</sup> V. *supra*.

<sup>84</sup> V. *supra*.

Dans une perspective qui consiste à mettre la personne au centre du marché digital, la méthode d'élaboration et d'expression du principe ne peut qu'être en étroite relation avec la population. Mais c'est aux Autorités publiques de fixer les règles et de superviser l'ensemble du système (ce qui renvoie au Droit de la Compliance)<sup>85</sup>.

C'est pourquoi, à l'image de ce que doit être le résultat, l'élaboration doit être une participation la plus large possible sur le principe, la population étant légitime et apte à situer la place de la Personne, à travers l'effectivité de ses droits dans le monde digital et le monde digitalisé, tandis que l'organisation technique de ce par quoi cette effectivité et le respect du Principe de la Personne est obtenu demeure du ressort des Autorités publiques.

Ainsi, si la Commission européenne met en place un « groupe d'experts de haut niveau », comme elle le fit pour la question dite de la « finance verte », elle pourrait en parallèle ouvrir ce type de discussion, d'un genre différent, le secrétariat général de la Commission européenne organisant les rencontres régulières et informelles entre la DG Connect et diverses autorités, voire constituer un Groupe d'Experts de haut niveau.

## B. RAPPROCHER ACTIVEMENT L'EUROPE ECONOMIQUE (UNION EUROPEENNE) ET L'EUROPE DES DROITS HUMAINS (CEDH)

Il est dommageable que d'un côté il y ait comme l'Europe de l'Union du système économique et financière concentrée sur « l'efficacité » des règles sur le fonctionnement d'un système – le Droit semblant n'être qu'un outil d'efficacité, qui peine en conséquence à connaître les droits des personnes<sup>86</sup> et l'Europe du Conseil de l'Europe qui à l'inverse élabore des mécanismes pour protéger les droits des personnes sans beaucoup intégrer des impératifs de système, le pragmatisme et l'efficacité, comme celui de la sécurité du groupe social. L'on semble même comme monter les « deux Europes » l'une contre l'autre ...

Cette sorte de dichotomie est regrettable car il faut au contraire si l'on veut préserver, voire accroître, la confiance que les êtres humains doivent avoir dans le système digital, il est impératif que celui-ci intègre la nécessité du respect de leurs droits, non pas comme coûts mais comme pilier systémique, de la même façon que la Cour européenne des droits de l'homme doit intégrer davantage des mises en danger nées du monde digital, notamment en matière de sécurité.

Or, l'on constate que les deux perspectives sont peu croisées, voire sont posées comme *a priori* hostiles et que pour faire gagner l'une il faut céder sur l'autre. Cela n'est pas vrai.

---

<sup>85</sup> V. *supra*.

<sup>86</sup> Par exemple, l'idée de « droit à la concurrence » continue d'être discutée, l'accès au marché est assez peu traité sous l'angle d'un « droit ».

Pour contrer ce qui est une faiblesse, l'Ex Post du contentieux détruisant souvent l'Ex Ante sur des bases non perçues au départ (comme les droits de la défense, par exemple), il faut que dès le départ et sur le principe les deux Europes se parlent davantage. Non qu'elles ne soient étrangères l'une à l'autre, la Cour de Justice de l'Union ayant au contraire intégré les principes concrétisant les droits humains comme faisant partie du Droit de l'Union, mais pour l'instant l'Europe demeure n'être pas une.

Or, n'est-ce pas là une magnifique occasion de faire progresser une unification qui va si lentement ?

Sur ce sujet, faire des rencontres régulières et thématiques entre le Conseil de l'Europe (et plus particulièrement la Cour européenne des droits de l'homme) et la Commission européenne, et plus particulièrement la DG Connect).

*Proposition n°14 :  
Organiser des rencontres  
régulières entre la CEDH  
et la Commission  
Européenne sur la  
question des  
« comportements »  
digitaux, débouchant sur  
du droit souple*

Cela permettra d'identifier par avance les points de contact entre les buts systémiques de la Gouvernance d'Internet et la Convention européenne, voire les éventuelles contradictions à transformer en articulations.

De cela, il pourra en sortir du « droit souple ». Celui-ci ne prenant pas la même forme pour des organes juridictionnels et pour des organes administratifs, cela pourra prendre la forme primaire du droit souple, comme la production de forums publics et écrits, afin qu'une plus grande convergence et articulation soit perceptible, et par les opérateurs et par les personnes concernées.

*Proposition n°15 :  
Intégrer les juridictions  
et les autorités de  
poursuite dès le début  
des réflexions, l'Ex Ante  
et l'Ex Post n'étant  
qu'un continuum*

## II. INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DE L'EFFECTIVITÉ MINIMALE DE DROITS SUBJECTIFS FONDAMENTAUX DÉJÀ EXISTANTS

**Annnonce de plan et résumé.** Ainsi, alors même que le Droit créait des droits subjectifs nouveaux, comme le « droit d'accès à Internet », droit de valeur constitutionnelle<sup>87</sup> qui s'appuie sur le principe d'un « internet ouvert » principe distinct de la neutralité, principe que nul ne remet en cause, il convient au titre du second pilier d'affirmer comme principe second et égal le respect effectif de la personne, à travers l'effectivité de ses droits subjectifs. Car il ne suffit pas d'avoir des droits, alors faut-il qu'il soit effectif. Or, si le Droit de la concurrence a su évoluer pour compléter des dispositifs particuliers et rendre effectif le droit d'accès<sup>88</sup>, si le droit positif a évolué d'une façon fulgurante et en Ex Ante et en Ex Post concernant le droit à la vie privée au point que c'est le socle de départ du Droit européen de la Compliance numérique<sup>89</sup>, l'on peut en douter concerner les droits de propriété intellectuelle. Il faut donc internaliser dans les opérateurs numériques cruciaux l'effectivité des droits de propriété intellectuelle (A). Mais cela ne saurait être une obligation absolue, ce qui conduit à poser un nouveau système probatoire, sans attendre qu'il soit construit sur plusieurs années par les diverses juridictions (B), posant l'intensité diverse de l'obligation d'effectivité, comme est fait en Droit de la Compliance (C).

### A. L'EFFECTIVITE DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE PAR LE PASSAGE A L'EX ANTE PRODUIT PAR UNE OBLIGATION DE COMPLIANCE A LA CHARGE DES OPERATEURS NUMERIQUES CRUCIAUX

En cela, le droit subjectif de propriété est un droit de valeur constitutionnelle en France<sup>90</sup> et reconnu comme un droit fondamental en Europe. Il est trop souvent méconnu dans le monde digital, aussi bien lorsqu'il s'agit de la propriété d'un objet corporel (trafic d'objets volés sur des sites de vente en ligne, par exemple) ou de la propriété d'une valeur incorporelle (méconnaissance d'un droit d'auteur ou d'un brevet, par exemple).

Le fait que les opérateurs numériques ne soient pas tenus en Ex Ante, notamment les réseaux sociaux parce qu'ils ne sont juridiquement qu'hébergeurs et non pas éditeurs, ce qui bloque une possible responsabilité à ce titre, ne clôt pas la question.

En effet, pour reprendre l'exemple du Droit de la Compliance bancaire, les banques ne sont pas poursuivies pour recel des sommes provenant d'activités illicites : les mécanismes de Compliance les contraignent à se renseigner sur leur client et à suivre le fonctionnement de centaines de milliers de

---

<sup>87</sup> Décision du Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, *Hadopi*.

<sup>88</sup> V. *infra*.

<sup>89</sup> V. *Infra*.

<sup>90</sup> Décision du Conseil constitutionnel, 2 février 1986, *loi sur les nationalisations*.

comptes sur lesquels s'opèrent des millions d'opérations pour détecter un fonctionnement « anormal » et intervenir immédiatement, notamment par une alerte faite à l'extérieur, ici Tracfin.

Les droits subjectifs les plus ineffectifs sont les droits de la propriété intellectuelle. De très nombreux travaux ont été faits pour montrer à la fois la légitimité des titulaires de ces droits de réclamer la protection du Droit et l'inefficacité de celui-ci, dès l'instant que par exemple les moteurs de recherche menant à des sites vendant des objets contrefaits ne sont sanctionnés que très rarement et longtemps après les faits<sup>91</sup>.

Le Droit ne gagne jamais à ne pas qualifier la réalité telle qu'elle est : ici la puissance d'opérateurs qui tiennent complètement un monde dans lequel juridiquement ils n'apparaissent juridiquement que comme étant peu de chose, grâce à des qualifications juridiquement minimisantes, comme celle d'hébergeur. Le Droit ayant horreur du vide, cela conduit à repousser vers la responsabilité, branche du Droit Ex Post qui a le mérite de se saisir des situations de fait, et donc des situations de pouvoir, qui intervient certes trop ponctuellement et trop tard, mais peut le faire très violemment et sans discernement. Il conviendrait mieux de s'organiser en Ex Ante.

*Proposition n°16 : Lorsqu'une œuvre ou chose, apparaît en violation d'un droit de propriété intellectuelle, est signalée à l'opérateur, non seulement il doit être contraint de la retirer (droit positif actuel) mais encore il doit en Ex Ante faire en sorte qu'elle n'apparaisse plus sur le média, ni en soi ni en référence*

Le Droit de la Compliance, parce qu'il se situe en Ex Ante, aurait le mérite d'imposer un principe d'effectivité aux opérateurs.

L'on peut certes imaginer une solution plus radicale consistant à imposer aux opérateurs numériques la qualité d'« éditeur », mais l'on voit même comme y parvenir. Non seulement pour des raisons de fait, les entreprises intéressées déployant un lobbying considérable pour que cela n'advienne pas, mais aussi pour des raisons de droit, car elles n'ont pas le même contrôle qu'un éditeur sur les contenus (et encore moins les moteurs de recherche), mais plus encore pour une raison économique. Un tel statut remettrait en cause le modèle économique d'une grande partie du monde digital, pouvant conduire à ce que l'aval cesse de se développer, ce qui peut être avantageux. Il peut être plus prudent de simplement demander une effectivité des droits des personnes concernées à ceux qui sont en mesure de les préserver, ce qui ne remet pas en cause le modèle

---

<sup>91</sup> CJUE, 8 septembre 2016, *GS Média*.

économique des opérateurs numériques (pas plus que la Compliance ne remet en cause le modèle économique bancaire et financier ; elle l'affecte et le modifie, elle ne le compromet pas).

En effet, l'opposition entre l'Ex Ante et l'Ex Post n'est qu'un continuum. Il conviendrait tout d'abord d'internaliser l'exigence lorsqu'une violation d'une propriété intellectuelle est signalée à l'opérateur (qu'il soit un moteur de recherche, un média numérique ou un réseau social) que non seulement l'œuvre à propos de laquelle les droits sont méconnus soit retirée – ce qui est fait conformément à la loi – mais qu'elle ne puisse plus être remise dans le monde numérique.

Concrètement, l'opérateur numérique doit être technologiquement équipé pour que l'œuvre dont la personne n'avait pas le droit de faire usage soit technologiquement marquée de sorte qu'il ne soit plus possible au contrevenant de la remettre de nouveau à disposition dans le monde digital après sa soustraction par l'opérateur.

La première soustraction de l'œuvre illicitement copiée doit être la dernière efficacement copiée dans le monde numérique. Pour l'instant, cela n'est pas le cas, ce qui rend les titulaires de propriété intellectuelle titulaires d'un droit ineffectif.

De la même façon lorsqu'un moteur de recherche a été avisé en application de la loi qu'il mène à un site de téléchargement illicite ou de vente de produits contrefaits ou protégés par une distribution exclusive, un dessin et modèle, une marque, etc., non seulement l'accès ne doit plus être possible par la technique du déréférencement (ce qui est l'état du droit positif actuel) mais il faut encore que l'opérateur numérique qui guide l'internaute dans le monde numérique marque l'accès et la personne qui avait créé ce site pour qu'il ne soit plus possible à celle-ci d'en recréer un autre immédiatement et de le faire référencer.

Faute de cette seconde disposition, qui internalise structurellement une obligation Ex Ante d'introuabilité des contenus illicites, avec l'obligation de se doter des moyens technologiques pour se faire (marquage de l'objet, identification, etc.), technologies que les opérateurs numériques cruciaux ont déjà développées et qu'il faut encourager à développer, les droits de propriété intellectuelle sont ineffectifs.

Pour une économie – et un Droit de la concurrence – qui met au cœur du projet européen l'innovation, cette fin de l'ineffectivité de la propriété intellectuelle par la digitalisation du monde doit cesser par ce mécanisme Ex Ante de Compliance.

Cela relève du Droit de la Compliance parce que cela constitue des obligations structurelles et des investissements faits par les opérateurs numériques, sous le contrôle d'un superviseur mais selon des technologies de leur choix<sup>92</sup>, afin de concrétiser un but qui leur est extérieur : la protection de la personne dans la reconnaissance de ces droits subjectifs, ici le droit fondamental de l'auteur et de l'inventeur.

Cette conception plus générale, qui à la fois contraint davantage les opérateurs numériques mais leur laisse libre choix quant aux moyens, pourrait se superposer sur les textes actuellement, y compris les plus récents par exemple la directive sur la protection du droit d'auteur<sup>93</sup>.

La protection intellectuelle regroupe des droits subjectifs très divers, principalement les « droits d'auteur », tournant autour d'une « œuvre » et la « propriété industrielle », tournant autour d'une

---

<sup>92</sup> Sur la question de la supervision, v. *infra*.

<sup>93</sup> Sur celle-ci, v. *supra*.

« invention », laquelle est protégée si son inventeur dépose un brevet. Il s'agit d'un enjeu économique majeur. S'y ajoute le droit des marques, essentiel en raison de l'ampleur des violations dont de très nombreux sites, et des plus connus, sont les réceptacles.

La protection de la propriété intellectuelle, même si l'on ne se souciait pas de l'industrie culturelle<sup>94</sup>, même si l'on ne se souciait pas de la protection de l'innovation, même si l'on ne se souciait pas de l'industrie des produits originaux des marques, est un enjeu essentiel pour les personnes concernées : celles qui ont créé, celles qui ont inventé, celles qui ont désigné, qui sont dépouillées de tous les droits ; le monde digital rend de fait tout disponible, non seulement parce que rien n'est payé au créateur mais encore parce que l'objet devient disponible à tous les détournements.

Le Droit classique est habitué à ce que le Droit soit méconnu et les droits des personnes soient violés. Mais il n'est pas admissible qu'une branche du droit, ici la propriété intellectuelle, n'existe quasiment plus. Pour l'instant, le Droit ne réagit Ex Post : la victime se plaint ou l'autorité publique informée poursuit, l'auteur de l'acte dommageable est condamné et tout revient dans l'ordre. La légalité est restaurée et la victime est indemnisée. Dans les deux années qui suivent.

Pour l'instant, la considération par le Droit au monde numérique s'est contentée de concevoir son adaptation en accélérant son Ex Post. Ainsi, en matière de droit d'auteur, désormais dès que le contenu qui méconnaît le droit d'auteur est signalé à la plateforme, celle-ci doit le retirer dans les 24 heures. Plus besoin d'aller un juge. Mais encore faut-il qu'il y ait un signalement. Et tandis qu'en une heure le contenu, par exemple un film, peut être dupliqué sur des sites créés en un instant, il le sera de nouveau après son retrait dûment fait par la plateforme.

De la même façon, les textes juridiques sont multiples pour protéger les entreprises contre des contrefacteurs et protéger les acheteurs qui croient acheter des produits non-contrefaits, mais les procédures associées à la situation sont toujours Ex Post.

En l'état du Droit, il ne faut pas en faire reproche aux plateformes, il faut en faire reproche au mécanisme d'Ex Post qui, si court soit-il, est encore trop long pour la fulgurance d'Internet. C'est donc en Ex Ante qu'il faut agir. Il faut reconnaître aux plateformes un pouvoir général Ex Ante de retrait de tout contenu protégé par le droit d'auteur. Et il faut leur reconnaître ce pouvoir parce qu'il leur en reconnaît l'obligation.

**Il convient en effet d'obliger les opérateurs numériques cruciaux à retirer immédiatement un contenu illicite. Sans qu'on leur demande. Les progrès technologiques le leur permettent. L'ampleur d'un tel pouvoir Ex Ante est justifiée par l'ampleur de la disparition de fait de l'effectivité des droits de propriété intellectuelle dans le monde digital et le monde digitalisé. Ce pouvoir justifiera un nouveau système en balance<sup>95</sup>.**

---

<sup>94</sup> V. *infra*.

<sup>95</sup> A la fois un nouveau système probatoire, v. *infra*, et un système de supervision publique des opérateurs numériques cruciaux, v. *infra*.

En effet, sauf à dire que les droits des créateurs ne méritent pas considération – ce à quoi toute la culture européenne s’oppose – notamment parce que le créateur exprime intrinsèquement comme artiste la Personne, c’est le seul moyen pour que leurs droits existent encore. Cela donne certes un pouvoir important aux opérateurs cruciaux numériques, puisqu’il s’agit d’un pouvoir Ex Ante autonome qui leur est ainsi donné.

*Proposition n°17 : il faut reconnaître aux opérateurs cruciaux numériques un pouvoir Ex Ante autonome de retrait de tout contenu ou accès contraire au droit de propriété intellectuelle, correspondant à une obligation d’effectivité des droits de propriété intellectuel rendus inefficaces par le digital*

Il n’est pas besoin pour cela de discuter de leur statut d’hébergeur, qui n’est en rien nécessaire de nier : il faut mais il suffit dans une perspective de Droit de la Compliance de dire qu’ils « sont en position » d’exercer un tel pouvoir, et qu’ils le font sur ordre du Droit, pour l’effectivité des droits des personnes titulaires de propriété intellectuelle.

Remplir une telle obligation implique un accroissement de leurs pouvoirs. L’adversaire d’une telle perspective objectera qu’il s’agit de cautionner un « pouvoir de censure » puisque c’est leur reconnaître un pouvoir de mettre ou de ne pas mettre une information (un discours, un produit à vendre, une image, etc.) à leur guise, et les rendre encore davantage « maîtres du monde ».

Cela n’est pas vrai pour trois raisons. La première raison pour laquelle ce nouveau pouvoir des opérateurs numériques cruciaux n’accroît pas leur puissance est qu’il ne s’agit que d’exécuter un ordre du Droit (et non plus de suivre une charte dont l’opérateur numérique est lui-même l’auteur et par laquelle il établit ses critères, la charte disparaissant comme source du Droit et du pouvoir ainsi exercé). La deuxième raison pour laquelle ce nouveau pouvoir des opérateurs numériques cruciaux n’accroît pas leur puissance est qu’un tel pouvoir - nécessaire pour exécuter une obligation Ex Ante - est contrôlé par un superviseur public<sup>96</sup>. La troisième raison pour laquelle ce nouveau pouvoir des opérateurs numériques cruciaux n’accroît pas leur puissance est qu’il convient de mettre en place en même temps un système probatoire *ad hoc*.

## B. Le nouveau système probatoire à mettre en place : un contentieux différé pour modérer la violence inhérente à l’efficacité du nouveau pouvoir Ex Ante de filtre, retrait et marquage conféré aux opérateurs numériques cruciaux

Face à une proposition d’internalisation du devoir d’effectivité des droits des personnes dans les opérateurs cruciaux numériques parce qu’ils sont « en position » de le faire dans un espace qu’ils sont seul à tenir, application à ce monde digital de ce qui fut conçu et aujourd’hui appliqué partout

---

<sup>96</sup> V. *infra*.

dans le monde pour la banque et la finance, l'objection est bien plutôt que l'opérateur peut se tromper.

De la même façon que l'opérateur bancaire peut se tromper en opérant un signalement à Tracfin d'un bénéficiaire effectif d'un compte dont le fonctionnement peut paraître lié à du blanchiment ou du financement du terrorisme alors que cette personne n'est pas reprochable, l'opérateur numérique crucial peut se tromper en retirant de sa plateforme, de sa liste de référence, etc. la proposition d'un produit qu'il estime contrefait ou la disponibilité d'un film qu'il considère comme piraté, alors qu'il ne s'agit que d'un sac d'occasion ou d'un extrait licite de l'œuvre.

*Proposition n°18 : Ne conférer un tel pouvoir Ex Ante de censure aux opérateurs numériques cruciaux sur l'accès aux contenus qu'en y associant un mécanisme immédiat de déblocage au bénéfice du titulaire du droit illégitimement bloqué*

L'objection paraît d'autant plus sérieuse qu'ici il est proposé – comme pour l'internalisation qui fût faite dans les banques du mécanisme d'interdiction bancaire - de confier directement aux opérateurs le pouvoir de sanctionner, c'est-à-dire de retirer par leur seule décision le contenu qu'ils estiment contraire aux droits des tiers, ici les titulaires des droits de propriété intellectuelle, seul moyen d'effectivité de ceux-ci<sup>97</sup>.

C'est pourquoi il faut dans le même temps que l'on procède à l'internalisation des obligations dans les opérateurs numériques cruciaux de l'effectivité des droits intellectuels y attacher immédiatement un système procédural et probatoire.

Il convient tout d'abord pour cela d'obliger l'opérateur d'avertir immédiatement celui à qui l'accès est refusé de ce rejet. Comme il s'agit d'un refus, celui-ci doit être motivé, cette motivation pouvant

---

<sup>97</sup> De la même façon que la lutte contre les discours de haine et fausse information doit être internalisée de cette façon-ci : v. *infra*, par la concrétisation de nouveaux droits subjectifs numériques.

être standardisée. La personne ainsi bloquée pouvait n'avoir pas porté atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Dans ce cas-là, elle doit bénéficier de la technique juridique du « contentieux différé », c'est-à-dire disposer immédiatement d'un mécanisme Ex Post très rapide. Comme l'opérateur exerce un pouvoir qui n'est que l'expression d'une obligation issue du Droit (et non pas

*Proposition n°19 :  
Organiser un  
contentieux différé au  
bénéfice de la personne  
bloquée, celle-ci  
pouvant saisir un « tiers  
de confiance »*

de sa charte – et de sa conception de la décence, par exemple), même s'il s'est trompé, sauf erreur grossière ou faute dans l'exercice de son obligation, il n'engage pas sa responsabilité si la personne n'avait pas porté atteinte à la propriété intellectuelle d'un tiers et (en miroir de l'actuel Droit positif) l'opérateur numérique devrait redonner accès à l'objet ou l'œuvre.

L'organisation de ce contentieux différé très rapide peut prendre plusieurs formes. Comme en matière de Droit de la régulation, dans lequel le contentieux de l'accès est confié à l'Autorité de Régulation, un tel contenu pourrait être

confié soit à un organe juridictionnalisé internalisé, soit à l'autorité de régulation concerné.

Dans une perspective d'internalisation, l'on peut prendre comme exemple l'organisation de l'ICANN qui prévoit en son sein un organe de règlement des différends : lorsque l'insertion dans l'Internet d'un nom de domaine est refusé – le litige qui en résulte est porté dans une [structure d'arbitrage interne à l'ICANN](#).

Il n'est pas sûr que l'on puisse dupliquer une telle solution, dès l'instant que par l'exercice d'un tel pouvoir Ex Ante inséré par l'Autorité publique dans les opérateurs numériques cruciaux, ce qui les constitue « régulateurs de second niveau »<sup>98</sup>. Le principe d'impartialité, alors applicable avec toutes ses conséquences, pourrait ne pas se satisfaire, de ce qui s'apparente pour l'instant à un service de médiation<sup>99</sup>.

Mais il convient de mettre en place une procédure Ex Post très rapidement d'un « tiers de confiance » qui permet à cette personne de faire valoir pourquoi l'exercice par l'opérateur numérique public n'était pas légitime d'exercer un pouvoir Ex Ante de contrainte dont il ne dispose que parce que l'Autorité publique lui a demandé d'utiliser sa position pour atteindre des buts fixés par cette Autorité (et non parce que sa « charte » l'aurait posé, par exemple)

Il convient de reproduire la procédure administrative classique, selon l'analogie d'un « recours gracieux ». Tout d'abord la personne dont l'opérateur a refusé l'accès – soit à la plateforme, soit au référencement, par exemple – parce que proposant à une vente un produit contrefait doit pouvoir aisément demander sa restauration.

L'opérateur doit indiquer en permanence l'existence de cette procédure, non pas au titre d'une « politique » qu'il a conçue seul mais au titre des droits dont disposent les différentes personnes

<sup>98</sup> Sur cette qualification et toutes les conséquences qui en découlent, v. *infra*.

<sup>99</sup> V. *infra*.

actives dans le monde digital et dont le Droit est le gardien de premier niveau, l'opérateur n'étant qu'un exécutant de second niveau<sup>100</sup>.

L'opérateur ne doit pas se présenter comme un juge : il ne tranche pas un litige entre lui-même et l'internaute, ni un litige entre l'éventuel titulaire du droit (qui n'est pas présent) et la personne qui prétend être titulaire du droit.

*Proposition n°20 : si l'opérateur qui a refusé d'insérer le contenu ou l'a retiré en Ex Ante et persiste à ne pas l'insérer, une procédure contentieuse peut s'ouvrir au titre du « droit d'accès »*

Le délai de réponse doit être court. Puis que le retrait a déjà été fait, voire le contenu non inséré, il n'est pas besoin de compter en heure, mais en « délai raisonnable », c'est-à-dire par exemple en quelques jours ouvrés, l'opérateur devant faire des vérifications.

Si la prétention de la personne à mettre son contenu persiste, ou à y donner accès par un lien, ou par un référencement, et que l'opérateur persiste que cela est contraire à son devoir de vigilance, lequel est inclus dans son obligation de compliance, il faut alors se tourner vers un tiers.

Ce tiers de confiance peut être une autorité administrative indépendante (par exemple la CNIL, ou le CSA) ou un juge (par exemple en cas d'atteinte à la propriété intellectuelle) suivant le contenu.

Cette procédure est dite de « contentieux différé » parce que l'opérateur numérique crucial n'a exercé qu'un pouvoir, celui sur ordre du Droit de refuser une référence, un téléchargement, etc., alors que la personne revendique un droit subjectif : son « droit à l'accès ».

*Proposition n°21 : cette procédure ex post très rapide doit débiter par une demande de restauration de visibilité dans l'espace numérique, demande formée auprès de l'opérateur numérique*

C'est pourquoi dans un tel procès ou règlement des différends par un tiers de confiance, et **quelle que soit la place des parties, même si c'est la personne qui est demanderesse, la charge de prouver le refus d'accès reposera sur l'opérateur numérique crucial**. C'est pourquoi il doit faire très attention à la première motivation du refus, même si celle-ci est standardisé.

<sup>100</sup> Sur l'opérateur numérique crucial comme Régulation de second niveau, v. *infra*.

### C. L'intensité corrélative de l'obligation de l'opérateur numérique crucial : obligations de résultat et obligations de moyens

*Proposition n°22 : Comme dans tout Droit de la Compliance, le but visé – l'effectivité des droits de la Personne – ne saurait constituer une obligation de résultat pour l'opérateur numérique crucial*

Mais s'il est vrai que ces obligations nouvelles des opérateurs numériques cruciaux tendent à l'effectivité des droits subjectifs compromis par le monde digital, il ne s'agit pas pour autant d'exiger d'eux qu'il n'y a pas plus jamais de violation des droits intellectuels, car il ne s'agit de les contraindre à considérer un but et à faire leurs meilleurs efforts pour l'atteindre, pas davantage.

Cela n'aurait pas aucun sens, une sorte de passage du rien au tout, ce « tout » étant aussi illusoire

*Proposition n°23 : seule l'obligation structurelle de s'organiser pour l'effectivité des droits de propriété intellectuelle est une « obligation de résultat », performante Ex Ante, indépendamment de la diligence des tiers*

que la perspective du rien est inquiétante : les opérateurs ne doivent avoir qu'une obligation de moyens. Il ne faut pas passer d'un système dans lequel les opérateurs numériques cruciaux étaient irresponsable à un système dans lequel l'effectivité totale des droits subjectifs des personnes leur incombe.

Il convient de continuer à raisonner en comparant en Droit de la Compliance avec l'obligation des banques de lutter contre le blanchiment d'argent, ce qui ne les oblige pas à faire cesser celui-ci ; ou avec l'obligation des entreprises « donneuses d'ordre » d'être vigilantes sur la façon sont traités les êtres humains dans la chaîne d'approvisionnement, ce ne met pas à leur charge l'obligation de faire cesser la corruption ou l'esclavage.

D'une façon générale, le Droit distingue l'obligation de résultat et l'obligation de moyens. La première vise l'obtention d'un résultat, son absence suffisant à en rendre le débiteur de l'obligation comptable, et donc responsable. L'obligation de résultat s'oppose à l'obligation de moyens, pour laquelle le débiteur de l'obligation n'engage sa responsabilité que s'il a commis une faute ou une négligence dans la façon dont il a agi pour atteindre le résultat qu'il n'a pas atteint.

En matière de Droit de la Compliance, atteindre les buts ne peuvent être des obligations de résultats. Cela n'est d'autant moins concevable qu'il s'agit de « buts monumentaux », comme l'effectivité des droits des Personnes, la disparition de la haine, le respect d'autrui, etc.

Ainsi, et les opérateurs le font déjà largement, les opérateurs doivent « faire leurs meilleures efforts » pour atteindre ces buts, ici montrer concrètement les actions menées pour avoir souci des droits des personnes, les protéger de la haine, la diffamation, les fausses informations, les contrefaçons, etc.

Mais le Droit de la Compliance a depuis longtemps cerné le siège des obligations de résultat des obligations de compliance qui pèse sur l'opérateur : l'organisation structurelle de celui-ci.

Ainsi l'opérateur numérique systémique doit, notamment par l'intelligence artificielle, se structurer pour identifier l'objet contrefait, pour empêcher technologiquement sa réapparition immédiate dans l'espace numérique par une technique de marquage, etc. De la mise en place effective de cette technologie, l'opérateur est comptable à l'égard d'un superviseur par rapport auquel il est transparent<sup>101</sup>.

Mais une fois que cette obligation structurelle de résultat se donne à voir, la façon dont cela produit ses effets ne peut être qu'une « obligation de moyens », c'est-à-dire que le résultat qui n'est pas pleinement atteint, certaines violations demeurantes constatées ne suffisent pas à engager la responsabilité de l'opérateur. Il n'est pas question de faire peser sur lui une responsabilité objective. Mais l'opérateur doit prouver l'effectivité structurelle de son organisation pour tendre vers l'effectivité des droits des personnes.

*Proposition n°24 : développer la catégorie générale des « droits subjectifs négatifs » dont le « droit à l'oubli » n'est qu'un exemple (droit à n'être pas retrouvé)*

S'il existe une obligation structurelle de résultat, conférant de droit les pouvoirs de régulation aux opérateurs numériques cruciaux<sup>102</sup>, on estime que par rapport à l'état actuel des choses les violations diminueraient de plus de 70%. Le reste des violations pourrait continuer à être pris en charge par le système Ex Post de déclaration des violations.

Par ailleurs, si le monde digital est si préoccupant, c'est parce non seulement il a démultiplié la violation des droits, mais il a aussi engendré de nouveaux types de violation.

C'est pourquoi il faut que face au premier Pilier de la Liberté et pour que le second Pilier de la Personne demeure, voire soit restauré, il faut internaliser dans les entreprises numériques cruciales des droits subjectifs numériques nouveaux. La plupart doivent être de « nature négative ».

---

<sup>101</sup> Sur la question du superviseur, v. *infra*.

<sup>102</sup> Sur le fait que cela les constitue régulateurs de second niveau, v. *infra*

### III. INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX L'EFFECTIVITÉ ACCRUE DE DROITS SUBJECTIFS FONDAMENTAUX CRÉÉS POUR RÉPONDRE À LA NOUVEAUTÉ DU MONDE DIGITAL AFIN QUE LA PERSONNE Y SOIT RESPECTÉE

**Annonce de plan et résumé.** La nouveauté du monde digital et la digitalisation du monde justifient la création par le Droit de droits subjectifs nouveaux, concrétisant le Principe de Personne et protégeant les êtres humains. C'est ainsi qu'il faut passer du « droit d'accès » qui est acquis au « droit à l'inclusion numérique » (A). Puisqu'il est parfois prétendu qu'il existerait des « droit à injurier », il faut établir des « droits subjectifs négatifs » pour prévenir les dérives du Principe de Liberté qui sont autant d'agressions des personnes et mettent en incohérence Liberté et Droits des personnes. Ces droits subjectifs négatifs, ayant un pouvoir d'opposabilité Ex Ante, sont par exemple le « droit à n'être pas injurié », « le droit à n'être pas haï », etc. (B). Il faut ainsi aller résolument et systématiquement vers des droits subjectifs nouveaux, et conférer aux internautes, c'est-à-dire à tout le monde, des droits d'action (droits subjectifs processuels) pour les rendre effectifs, permettant avant toute chose à chacun de savoir qui s'adresse à nous (C).

**Il faut développer une nouvelle catégorie de droits subjectifs, dans laquelle retraiter les violences pour l'instant appréhendées Ex Post : les « droits à n'être pas ... », un « droit à n'être injurié », un « droit à n'être pas »** par exemple l'objet d'un discours de haine, de diffamation, d'être copié, etc. Dès l'instant que le tiers qui le fait ne commet pas seulement un dommage (ce qui renvoie à la lenteur de l'Ex Post), mais méconnaîtrait alors un droit subjectif, justifiant une réaction immédiate, voire en Ex Ante, dont la charge peut être confiée aux opérateurs numériques cruciaux, sous la supervision des Autorités publiques.

De cette façon, l'atteinte à la personne pourrait même n'avoir pas lieu.

## A. Le passage d'un « droit d'accès à Internet » au « droit d'inclusion dans Internet »

Puisqu'une conception de la liberté qui n'est pas celle qui est propre à l'identité européenne et que l'impunité européenne a développé un « sentiment » de « droit à l'injure », de « droit au harcèlement », de « droit à l'expression de la haine pour autrui », il convient que le Droit établisse des droits subjectifs au bénéfice d'autrui. Il est parfois affirmé que celui qui ne veut pas être exposé à ces droits numériques nouveaux n'a qu'à pas entrer dans le monde digital.

Mais cela n'est pas admissible d'une part parce que le monde digital est plein de richesses, de liberté, d'agrément, de savoir, et que proposer aux victimes de s'en exclure est une solution que l'on doit qualifier de « méchante », comme une double peine : puisque vous êtes agressé, bannissez-vous vous-

*Proposition n°25 : inclure dans les obligations de moyens des opérateurs numériques cruciaux la charge d'éduquer les internautes à la bonne utilisation des outils en vue d'une inclusion numérique*

mêmes...  
Non, cela n'est pas

admissible.

D'autre part, le monde digital a digitalisé le monde<sup>103</sup>. Dès lors, pouvoir non seulement accéder à Internet mais encore s'y instruire, s'y distraire, se promener dans d'autres lieux et dans d'autres temps, rencontrer d'autres personnes, est un moyen technologique concret de faire vivre le lien social.

Là encore, la Compliance bancaire a posé le « droit à l'inclusion bancaire », c'est-à-dire non pas seulement la lutte contre l'exclusion bancaire, liée à l'exclusion sociale, mais les obligations positives (comme le « droit au compte ») pour que chacun puisse participer activement à la vie sociale.

Ce droit à l'inclusion numérique est lié à « l'alphabétisation numérique », pour laquelle des programmes communs entre l'État, les collectivités locales et les acteurs du numériques peuvent faire alliance.

---

<sup>103</sup> V. *supra*.

Il ne s'agit pas seulement de donner des « modes d'emploi », ni même d'obliger à ce qu'ils soient intelligibles, notamment pour que le « consentement » soit « réel »<sup>104</sup>, il faut que les entreprises qui ont créé un nouveau monde, dont l'on mesure les bienfaits, aident activement – et pas seulement par l'effet de leur bonté mais parce qu'on est responsable Ex Ante de ce que l'on a engendré – à ce que son maniement par tous n'en produise que des méfaits dans des limites raisonnables. Pour cela, savoir l'utiliser, savoir « bien » l'utiliser, c'est-à-dire l'éducation – ce qui va au-delà de l'alphabétisation à la technologie numérique pourrait être intégrée via un Droit de la Compliance.

Dans une telle perspective, une telle obligation ne peut être que de moyens<sup>105</sup>. Mais tout ce que font les différents opérateurs, seuls ou groupés, entre eux ou avec les autorités publiques, doit « se donner à voir », car les obligations de moyens justifient elles-aussi que des comptes soient rendus sur les efforts effectués, au regard des succès plus ou moins obtenus.

Dans l'articulation probatoire plus généralement proposée et toujours appliquée en Droit de la Compliance<sup>106</sup>, l'organisation structurelle mise en place par les opérateurs doit correspondre à une obligation de résultat. Comme on retrouve en matière bancaire les programmes de formation, en interne et en externe, sur la compréhension des outils et des règles.

## B. La résolution de l'incohérence des « droits à » par la reconnaissance d'un nouveau droit subjectif effectif : le droit à n'être pas « injurié, agressé, copié » concrétisé par le blocage à l'entrée dans l'espace numérique de l'injure, l'agression, la copie, etc.

Par ailleurs, l'impuissance que l'on ressent face à Internet vient de deux réalités différentes quant aux droits subjectifs dans le numérique : une sorte de guerre des droits .... Par exemple, l'un revendique le « droit d'agresser », tandis que l'autre revendique le « droit de n'être pas agressé », tandis que, faute de régulation et de juge, les spectateurs restent passifs ou encouragent la dispute.

Mais n'oublions pas que le premier signe de gouvernance humaniste du monde digital a pris la forme du « droit à l'oubli », qui est un « droit subjectif négatif » :

---

<sup>104</sup> CNIL, décision de sanction *Google*, 21 janvier 2019.

<sup>105</sup> V. *supra*.

<sup>106</sup> V. *supra*.

En premier lieu, sont revendiqués de prétendus « droits subjectifs actifs », c'est-à-dire correspondant à une action, comme « les droits d'injurier », les « droits d'agresser », les « droits de vendre des copies » : il ne s'agit pas de droit mais plus de l'usage du Principe de Liberté. Ces droits n'étant en réalité qu'une forme prise par la Liberté, ils prennent forme immédiatement par l'action même (la vente de l'objet, le discours tenu, la vente proposée de l'objet), deviennent une réalité. Les droits subjectifs sont par nature beaucoup plus lents.

*Proposition n°26 :  
développer des « droits  
subjectifs négatifs »,  
comme le « droit à n'être  
pas l'objet de fausse  
information », dont  
l'effectivité doit être  
immédiate, par  
l'intervention Ex Ante des  
opérateurs qui ne  
diffusent pas l'information*

En effet, en deuxième lieu, existent certains droits subjectifs défensifs », c'est-à-dire correspondant à un droit à ce que l'autre ne fasse pas quelque chose : ne m'injurie pas, ne copie pas mon modèle, ne diffuse pas mon œuvre sans mon autorisation, n'incite pas à la haine contre moi, etc.

A première vue, ces droits subjectifs défensifs ont une certaine effectivité. Mais, comme ils sont « en défense », le mal est fait : l'incitation à la haine est faite, la capillarité d'Internet l'a répandue partout dans le numérique.

Par nature, leur effectivité ne peut être advenir qu'en Ex Post. On comptera un délai de deux ans pour une condamnation judiciaire. En cas de diligence d'un opérateur diligence sur signalement, l'on comptera un jour, parfois une heure, pour une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Mais il ne s'agit jamais que de mécanismes de réparation de violation des droits. Ce n'est pas le moyen le plus efficace de respect des droits.

Cela n'est pas supportable car les droits subjectifs véritablement actifs sont contestables et définitivement dommageables (« droit à la haine », « droit à la copie », etc.) parce qu'ils se concrétisent dans l'action, tandis que les droits subjectifs qui constituent l'être humain dans ses droits fondamentaux, qui l'instituent dans sa dignité (« droit à n'être pas agressé », « droit à n'être pas copié ») sont incontestables mais ne donnent rien qu'à une lointaine réparation Ex Post.

Il faut donc poser une troisième réalité : c'est que l'atteinte à ces droits subjectifs négatifs que sont le droit de n'être pas injurié soient « activés » immédiatement, c'est-à-dire cessent d'être en défense.

Pour cela, il faut que ne naissent jamais le discours de haine, la copie, la fausse information. Pour rendre ces droits subjectifs négatifs (le droit à n'être pas...), le Droit de la Compliance en est le moyen pour qu'il parvienne de ne pas permettre la violation des droits subjectifs véritables, à ne pas créer l'impression qu'existeraient des droits que « le droit de haïr », le « droit de copier l'œuvre d'autrui », etc., impression née de l'impunité des violations générale des droits subjectifs véritables. Par l'internalisation de l'effectivité des droits qui commence à s'opérer, ce mouvement dévastateur

commence à être contrer par les Autorités publiques, en internalisant la charge dans les opérateurs. Il convient aujourd’hui simplement d’en avoir désormais une vision plus générale.

*Proposition n°27 : Le fait de l’anonymat doit être contré par l’existence du droit des Personnes de connaître qui s’adresse à elles ; l’anonymat devenant l’exception*

## La création de droits subjectifs numériques nouveaux : le droit de connaître qui s’adresse à moi

**Le premier de ces droits subjectifs à établir pour que naissent effectivement et en miroir un « droit à n’être pas harcelé », un « droit à n’être injurié », un « droit à n’être pas l’objet d’un discours de haine », prend racine dans le « droit fondamental de connaître l’identité de l’émetteur du discours.**

En effet, en premier lieu l’identité de l’émetteur, c’est-à-dire l’obligation pour celui-ci de s’exprimer comme une « personne juridique » dont l’identité est indissociable de la personnalité<sup>107</sup>, a pour première conséquence de discipliner l’émetteur, qui se tient davantage. En second lieu, le ou les récepteurs de ces discours peuvent y répondre puisque l’identité réelle permet un « face à face »<sup>108</sup>. De la même façon, la personne qui propose un service ou un bien doit le faire sous son « identité réelle ».

L’argument technologique parfois avancé par les opérateurs comme quoi cela serait très difficile de vérifier « l’identité véritable » n’est pas exact ; il est aujourd’hui technologiquement possible de le faire. L’argument politique rattachant la liberté d’expression à l’anonymat vaut juridiquement aux États-Unis mais ne vaut pas pour l’Europe dans laquelle cette liberté n’a pas la même ampleur.<sup>109</sup>

Comme on le fit pour le « droit subjectif à l’oubli », il faut créer un « droit subjectif à connaître l’identité de l’émetteur ». De la même façon que le droit à l’oubli, c’est-à-dire le droit de ne plus être connu

<sup>107</sup> Sur la démonstration de cela au regard de ce qu’est la personnalité juridique, v. *supra*.

<sup>108</sup> Sur le lien entre la personnalité, la culture et le face-à-face, v. les travaux d’Emmanuel Lévinas.

<sup>109</sup> V. *supra*.

comme émetteur (symétrique du droit ici en cause à être connaître l'émetteur) a pour sujet passif les opérateurs numériques qui rendent pourtant par fonction l'information trouvable, notamment les moteurs de recherche, le droit à l'oubli a créé en Ex Ante et sans qu'il y ait besoin de prouver un quelconque dommage une obligation de la rendre introuvable<sup>110</sup>.

*Proposition n°28 : créer le droit subjectif à l'identité réelle de l'interlocuteur numérique, droit subjectif dont l'opérateur numérique crucial est comptable, ce qui n'exclut pas l'anonymat mais exige qu'il soit justifié par celui qui veut s'en prévaloir*

De la même façon que des archivistes ont protesté contre ce droit subjectif en ce que les travaux d'historiens en sont devenus plus difficiles, l'on pourra soutenir que des écrivains ne pourraient plus alors écrire des œuvres sous pseudonyme<sup>111</sup>. Mais en dehors du fait que quelques exemples exceptionnels ne justifient pas que demeure un principe d'anonymat dont les conséquences délétères sont désormais mesurées, un tel

droit subjectif nouveau fonctionnerait comme le droit à l'oubli.

En premier lieu, il faut encourager et donner aux opérateurs numériques le pouvoir de contrôler l'identité des personnes qui se connectent. La politique de « l'identité réelle » mise en place par Facebook doit être saluée mais cela ne doit pas relever de l'initiative d'opérateurs privés.

Des autorités publiques, la Cour de justice, de la même façon qu'elle créa le « droit à l'oubli », ou un texte européen, doivent être les créateurs d'un tel droit subjectif. En effet, il s'agit non seulement d'une question d'ordre (savoir qui parle) mais encore d'une question de droits, puisque cela met en cause les « personnes concernées »<sup>112</sup> et doit être requalifiée par un texte européen comme la reconnaissance d'un droit subjectif des autres personnes – y compris celles qui ne sont pas dans l'espace numérique, du fait de la digitalisation du monde – de savoir qui leur parle ou parle d'elles, afin de pouvoir y répondre.

---

<sup>110</sup> Sur la description de la naissance du « droit à l'oubli », v. *supra*.

<sup>111</sup> France Culture, février 2018, s'appuyant sur 4 ou 5 exemples.

<sup>112</sup> Expression du Règlement général de circulation des données et de protection des personnes concernées par elles de 2016.

Dans une société européenne qui prône le débat comme mode démocratique, la recevabilité pour entrer dans le débat est d'y entrer comme une personne, c'est-à-dire de donner son identité. Cela n'est pas tant à son bénéfice mais au bénéfice de ceux à qui l'on parle ou dont on parle. Le Droit doit transformer ce principe politique classique et accru<sup>113</sup> en droit subjectif fondamental. Il est de niveau constitutionnel à travers les droits de la défense, également présents dans la Convention des droits de l'homme et dans les principes de l'Union européenne. Le rapprochement des « deux Europes »<sup>114</sup> doit y inciter et faciliter cela. Faute de connaître l'identité de l'autre, ce droit a perdu son effectivité dans le monde numérique, dans lequel l'on peut dire que les droits de la défense n'existent plus guère, alors que la CEDH y voit le principe premier d'un système démocratique.

Ce but monumental consistant dans le respect de la première règle d'un débat, qui est l'identité même des personnes qui y entrent, constitue pour tous les autres le droit fondamental de savoir qui vous parle ou parle de vous, que l'on soit dans le monde digital ou dans le monde digitalisé.

La garde de droit fondamental d'autrui – et donc de tous - doit être internalisée dans les opérateurs numériques cruciaux qui ouvrent les espaces d'échanges de paroles. Il ne s'agit donc pas des opérateurs de télécommunications classiques mais des entreprises qui tiennent des espaces d'échange de message, comme Facebook ou Twitter, en premier lieu.

Le fait que Twitter tolère l'anonymat est contraire à ce qui doit être institué comme un droit subjectif fondamental sans lequel l'être humain est dépossédé de son humanité.

*Proposition n°29 : le droit subjectif de savoir qui a mis les contenus est le socle du droit subjectif fondamental de pouvoir y répondre, relève des droits de la défense, droit fondamental pulvérisé par le numérique, qui doit être restauré dans son principe*

En second lieu, il existe des opérateurs numériques cruciaux qui n'ont pas pour premier objet de tenir des places d'échange de message (proches en cela du modèle des entreprises de marchés financiers) sur lesquelles des « politiques de vérification d'identité » sont mises en place mais sur lesquelles des « commentaires » peuvent être mis à propos de contenus placés par des internautes. Les identités n'y sont pas vérifiées.

Cela produit des désordres, des circulations d'informations qui n'ont pas lieu d'être, par exemple des informations couvertes par le secret des affaires et obtenues, notamment grâce à des faux profils sur des réseaux numériques professionnels, ou des messages haineux voire contraire au Droit pénal sur des réseaux non modérés. Ces dommages pourraient ne pas subsister si s'appliquait, par une

<sup>113</sup> Cf. les travaux d'Habermas sur l'agir communicationnel.

<sup>114</sup> Sur cette idée, v. *supra*.

obligation de Compliance portant sur ces opérateurs numériques cruciaux, l'obligation de l'identité réelle venant rendre effectif le droit subjectif de chacun de connaître l'identité de ceux qui lui parlent ou parlent de lui.

La jurisprudence a certes précisé à propos de Facebook que les relations entre les personnes, grâce à la plateforme, n'étaient pas nécessairement de nature amicale<sup>115</sup>. Elles peuvent être professionnelles. LinkedIn a d'ailleurs limité à 25.000 le nombre de contacts, car l'on ne peut « connaître réellement davantage de personnes, ce qui est un acte raisonnable de régulation pour assurer la réalité des profils »<sup>116</sup>.

Cela montre une nouvelle fois que ce présent rapport ne propose rien de révolutionnaire mais de prolonger des initiatives déjà prises, soit par des autorités publiques (lois et jurisprudences), soit par les opérateurs numériques eux-mêmes.

Par ailleurs, une fois que l'on connaît l'identité de celui qui propose, qui publie, qui parle et que l'on peut exercer son droit d'y répondre, sous l'angle des droits subjectifs, la question est alors de savoir s'il existerait un « droit à la modération » ...

Sur beaucoup de plateformes, les commentaires ne sont pas « modérés ». N'existe qu'un mécanisme par lequel des tiers sont informés des propos qui sont tenus à leur sujet. Les contenus inadmissibles sont retirés (après avoir été dupliqués maintes fois, et reproduits immédiatement après, grâce à la nature même de l'Internet).

La véritable « modération », en tant que vertu, telle que prônée par l'association RespectZone qui propose de nombreuses solutions de droit souple, des engagements, et en appelle au sens moral des êtres humains et à la responsabilité sociétale des entreprises repose avant tout sur l'autorégulation des internautes.

*Proposition n°30 : Le droit à la modération des propos de l'autre lorsqu'il y a échange relève d'une nature identique, car ce sont des contenus analogues qui sont insérés ; ils doivent engendrer les mêmes obligations pour l'opérateur numérique crucial*

Si intéressante que soit cette approche, souvent reprise, notamment via l'éducation à travers des actions communes entre des associations comme RespectZone et des municipalités, elle a montré ses limites car la liberté du loup fait des ravages dans le monde anonyme et instantané du digital, dans lequel viols collectifs et meurtres sont partagés de très nombreuses fois, quand les entreprises du numérique n'ont pas réussi à les retirer suffisamment rapidement.

<sup>115</sup> Civ., 2<sup>ème</sup>, 5 janvier 2017, Facebook.

<sup>116</sup> Sur le fait que les opérateurs numériques se comportent ainsi en régulateurs de second niveau.

Ainsi, la « modération » dans les débats, qui devrait être un rappel à la « civilité »<sup>117</sup> peut être encouragée, récompensée, mais elle ne peut pas dépasser l'obligation de moyens. Car la « modération » est d'un tout autre ordre que le pouvoir disciplinaire que les opérateurs du numérique doivent exercer pour retirer immédiatement les contenus, non seulement contraires au Droit, mais

*Proposition n°31 : Proposer un cumul de l'exercice d'une obligation Ex Ante de contrôle des commentaires qui ne diffère des obligations sur les contenus et d'une incitation à exercer une « modération » des commentaires, opérée par des humains dans les cas-limites, se prêtant elle-même à discussion*

encore porteur de haine d'autrui car contraire à ce nouveau droit subjectif que le Législateur français va prochainement créer<sup>118</sup>, à savoir le droit de n'être pas l'objet à titre individuel ou collectif, directement ou indirectement d'un discours de haine.

Or il y a dans les « commentaires » des contenus de même nature que dans les messages insérés d'une façon autonome : liens vers des produits contrefaits, propos haineux, fausses informations, etc. Cela serait une erreur de traiter d'une façon distincte le message que l'on dirait principal et le message que l'on dirait secondaire (commentaire) car dans le monde digital, expression même d'un système conversationnel, tous les messages se valent : les commentaires doivent donc faire l'objet de droits

*Proposition n°32 : Les « commentaires » doivent faire l'objet d'obligations de résultat et de moyens de même nature et de même portée que pour les messages originaux*

subjectifs de même nature et même portée : droit à connaître l'auteur du commentateur ; droit à n'être pas systématiquement haï ; droit à n'être pas atteint dans son droit de propriété intellectuelle, etc., via les commentaires.

Cela engendre pour les opérateurs, qui tiennent ses places de discussion, des investissements de détection automatique pour des retraits immédiats. Mais l'intelligence artificielle progresse chaque jour et le système probatoire avec un pouvoir Ex Ante et un contentieux différé<sup>119</sup> doivent permettre un tel système.

De la même façon que les banques, qui tiennent le système bancaire, ont fait les investissements pour détecter les anomalies et en tirer les informations permettant la lutte contre des maux globaux, le

<sup>117</sup> Sur cette question de la civilité et de l'éducation, v. *infra*.

<sup>118</sup> V. *supra*.

<sup>119</sup> V. *supra* sur un tel système, exposé d'une façon générale.

terrorisme notamment, de la même façon que les grandes entreprises doivent se doter des outils structurels pour repérer les risques de corruption (cartographie, etc.), de la même façon, les opérateurs numériques doivent investir pour détecter ce type de discours.

En outre les deux systèmes ne s'excluent pas mais doivent se cumuler : l'exercice d'un pouvoir de retrait en Ex Ante d'un commentaire illicite ou inadmissible (avec le système de contentieux différé précité) et dans les « cas limites » un système plus classique de « modération » où l'opérateur numérique peut d'une façon ouverte et transparente informer l'émetteur sur le lieu numérique où le message est émis que celui-ci est douteux<sup>120</sup>.

Les opérateurs bancaires se plient à l'ensemble de leurs obligations de compliance par l'Intelligence Artificielle, dans laquelle ils voient par ailleurs l'avenir de leur développement économique, ce qui est également le cas pour les opérateurs numériques cruciaux. En tant que celle-ci accroît leur puissance, si l'on considère que cet usage doit être fait non seulement pour leur profit mais également pour servir ce but de respect de la personne d'autrui posé par le Politique, dans un texte contraignant, et sous le contrôle d'un superviseur européen<sup>121</sup>, alors – comme pour les banques – la connaissance de plus en plus fine que les opérateurs ont des utilisateurs, de leurs produits et l'usage qu'ils font de cette connaissance affinée, pourrait être considéré admissible en raison de cette finalité d'ordre public et d'ordre systémique d'un monde digital « intègre », notamment au regard du Droit de la concurrence.

Faute de cela, si la discipline n'est pas exercée par internalisation dans les opérateurs cruciaux de buts fixés par les Autorités publiques et sous leur supervision, l'on en restera à la situation présente, de plus en plus contestée par la population, où les opérateurs numériques cruciaux continuent de fixer unilatéralement<sup>122</sup> des règles ce qu'il est « convenable » de publier ou de ne pas publier.

Cela renvoie à un mécanisme où les entreprises puissantes seraient légitimes à imposer au monde entier leurs normes de « bons comportements », notamment au regard de la « décence », leur puissance les faisant Législateurs de l'Internet, ce qui n'est pas admissible, et de moins en moins admis par la population.

A l'inverse, en internalisant par des mécanismes de Droit de la Compliance une obligation faite aux opérateurs numériques cruciaux de concrétiser les droits fondamentaux des internautes qu'un texte européen, de droit dur – comme une directive et un règlement - éventuellement préparé par un texte de droit souple pouvant lui-même appuyer sur un rapport d'expert, droit souple convergeant dans des lignes directrices des droits fondamentaux des personnes concernées par les activités digitales, cela sert à la fois l'Europe (enfin réconciliée dans deux axes<sup>123</sup>), les personnes (enfin protégées) et les

---

<sup>120</sup> Comme cela s'opère sur Wikipédia.

<sup>121</sup> V. *infra*.

<sup>122</sup> Le simple fait de cliquer sur la case d'adhésion ne pouvant équivaloir à l'expression d'une volonté libre et éclairé de l'internaute.

<sup>123</sup> V. *supra* sur les « deux Europes ».

opérateurs numériques cruciaux qui légitiment leur puissance puisque ne l'exerçant – d'une façon accrue- que sur ordre du Droit et sous la supervision d'une Autorité publique<sup>124</sup>.

Conformément au Droit de la Compliance qui, comme le Droit de la Régulation dont celui-ci est le prolongement, est un droit libéral, le texte dont la Commission européenne – et plus particulièrement la DG Connect – pourrait établir une première version<sup>125</sup>, aurait pour objet de fixer les buts que les opérateurs numériques cruciaux doivent viser pour le compte des Autorités publiques, la façon dont ils y procèdent relevant de leur propre initiative, culture et technologie.

## IV. PARCE QUE « RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU », LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DOIVENT AVOIR DES OBLIGATIONS NOUVELLES ET LES POUVOIRS CORRÉLATIFS

**Annonce de plan et résumé.** Puisque ce monde nouveau qui met en danger les êtres humains parce qu'il n'a comme seul pilier que le Principe de Liberté il doit s'appuyer sur un second pilier, celui de la Personne. Comme il est tenu par des opérateurs numériques cruciaux, c'est en leur sein que des obligations nouvelles doivent être internalisées, notamment quant au sort des informations qui viennent à eux, ce qui leur donne une obligation en miroir de diffusion des informations mais avant cela-même de la garde de celles-ci, voir du secret de celles-ci (A). De par leur position, dotés de tant de pouvoirs, autant qu'il s'agisse de pouvoirs de droit plutôt qu'il ne s'agisse que de pouvoirs de fait incontrôlés et dessinés par eux-mêmes, il faut reconnaître en conséquence aux opérateurs numériques cruciaux le statut de Régulateurs de second niveau (B).

### A. L'INTERNALISATION DANS LES OPÉRATEURS CRUCIAUX DU NUMÉRIQUE DE LA GARDE DES CONTENUS EN FONCTION DE L'INTÉRÊT DES PERSONNES

**Annonce de plan et résumé.** Les opérateurs numériques ne se ressemblent pas, les internautes non plus, les choses, prestations et discours non plus. A cette diversité, seul un but peut unifier la Gouvernance d'Internet : l'articulation entre Protection de la Liberté et la Protection de la Personne. Suivant ce qu'exige la protection de la Personne, l'obligation -et les pouvoirs corrélés à celle-ci – va varier. Le principe doit en être la garde par l'opérateur numérique cruciaux des informations concernant la personne, leur manipulation relevant donc d'une exception – c'est-à-dire d'une justification à fournir (1). En outre, l'opérateur peut être contraint de ne pas diffuser un contenu qui

---

<sup>124</sup> Sur la question de la supervision, v. *infra*.

<sup>125</sup> Selon la méthodologie de droit souple précédemment exposée, v. *supra*.

met en danger une personne (2). Par ailleurs, i est en train de devenir le garant de la coïncidence entre le contenu des messages et la qualité d'une « information » pour que celle-ci soit appréciée comme fiable (3). Peut-on aller plus loin, et notamment au regard de la digitalisation du monde dit « réel », peut-on considérer une obligation de « civilité » à la charge des opérateurs de ce qu'ils accueillent ou de ce que à quoi ils mènent (4) ?

### 1. L'internalisation dans les opérateurs numériques cruciaux du principe de garde des informations à caractère personnel, leurs manipulations devant être des exceptions justifiées

Les opérateurs qui tiennent le monde de l'Internet accueillent des informations. Il n'est pas besoin d'entrer dans la querelle juridique, par ailleurs légitime, entre le statut d'hébergeur ou d'éditeur, car personne n'a jamais soutenu qu'une entreprise de marché financier était l'éditeur des informations qui y circulent pour la contraindre à lutter contre les fausses informations et l'on considère bien pourtant qu'en tant que place l'entreprise qui organise le marché doit garantir l'intégrité de celui-ci et la qualité des divers éléments qui y sont disponibles.

Mais si l'on considère que l'un des dangers naturels d'Internet est la dépossession de la personne, de l'être humain « démasqué »<sup>126</sup>, celui-ci laissant les opérateurs numériques disposer de lui, donnée par donnée, avec ou sans son consentement, il faut obliger les opérateurs à ne pas diffuser les informations sur les personnes.

Cela suppose que les données qui sont extraites par l'opérateur numérique de ce type d'information « à caractère personnel » ne soient pas transférées à autrui comme on le fait pour de simples biens. Poser un principe n'exclut en rien des exceptions : il suppose simplement que les exceptions soient explicites et justifiées, alors qu'un principe peut demeurer implicite et, parce qu'il est principe, n'a pas à se justifier. A partir de ce principe, tout transfert, usage, bénéfice, etc. correspond à une exception qui impose que l'opérateur justifie de l'existence d'un élément subjectif, à savoir le consentement « libre et éclairé » (c'est-à-dire libre preuve d'une volonté effective) des personnes concernées, et d'un élément objectif, à savoir la compréhension effective par l'utilisateur de son « implication ».

Cette garde des secrets est essentielle et de la même façon que sur un marché financier celui qui a une information que les autres n'ont pas (définition du « secret ») ne doit pas l'utiliser, sauf à en répondre

*Proposition n°33 : Poser le principe de la garde par les opérateurs numériques cruciaux des informations concernant les Personnes ; les exceptions au principe de garde (mise à disposition d'autrui, transformation, etc.) doivent être justifiées*

pénalement comme abus de marché (délit d'initié, par exemple), l'opérateur numérique qui partage

---

<sup>126</sup> Sur la notion juridique de « personne » comme « masque », v. *supra*.

mécaniquement l'information doit tendre à ce que les secrets ne soient pas révélés grâce à sa technologie. Par exemple les secrets professionnels.

Certes, il peut arriver que l'opérateur numérique ne puisse pas lui-même connaître en Ex Ante l'information sous-jacente à la donnée qu'il manie. C'est notamment le cas des opérateurs des télécommunications qui font circuler par les bandes passantes les données sans avoir déployé en Ex Ante les informations sous-jacentes, qui n'apparaissent en tant que telles qu'au moment de l'émission et de la

*Proposition n°34 : Dans des cas-limites, certains opérateurs télécoms peuvent devenir opérateurs numériques cruciaux, devenant redevables du Droit de la Compliance sur les contenus, en raison de la massification ou systématisme des messages*

réception.

L'on retrouve ici une difficulté classique de frontière de qualification entre l'activité de télécommunication, hors d'atteinte de ces obligations liées au contenu, et l'activité numérique, visée en tant qu'elle est liée au contenant. Sans entrer en tant que telle dans la question de la pertinence de la distinction aujourd'hui « contenu/contenant », le critère (aujourd'hui appliqué dans certaines législations) est d'internaliser ces obligations non pas tant suivant la technologie (par exemple WhatsApp comme opérateur télécom ou comme place de discussion, avec le critère technique du cryptage) mais plutôt suivant la masse de messages identiques envoyés, ce qui renvoie dans une définition téléologique à ce qu'est le numérique, par rapport à ce que sont les télécommunications. Ainsi, la qualité même de l'opérateur peut relever « en principe » d'une catégorie, et « par exception » également d'une autre, ce qui déclenche des obligations de garde des informations.

Un autre exemple peut être pris lorsque d'une façon « systématique » des liens vers des sites de contrefaçons sont insérés dans des opérateurs de messagerie privée.

Mais nous ne sommes plus dans le principe, nous sommes dans l'exception. Le couple « principe/exception » a en Droit principalement une portée probatoire<sup>127</sup>. Ainsi dans un tel cas, ce n'est pas à l'opérateur de messagerie privée de prouver Ex Ante qu'il n'est pas utilisé comme un opérateur numérique (la preuve d'un fait négatif est dite la « preuve impossible ») : c'est à la victime d'un usage, tel par

*Proposition n°35 : L'activité de messagerie « en principe » privée de justifiant pas de mécanisme de Compliance, c'est par des procédés Ex Post et sur demande d'un dommage vraisemblablement allégué que l'opérateur doit être soumis concernant le message au mécanisme de Compliance*

exemple d'un envoi par millier d'un discours de haine ou l'ajout systématique d'un lien vers un site de téléchargement illicite d'agir en premier lieu, l'opérateur ainsi devenu pour cette opération-là « opérateur numérique »<sup>128</sup> de réagir pour éliminer l'auteur de l'envoi massif ou de l'ajout systématique.

Au besoin, l'opérateur doit alors – comme il le faut sur ordre d'une autorité publique – procéder au décryptage, mais il ne peut le faire qu'en Ex Post, sur une demande justifiée d'une victime qui lui présente une allégation vraisemblable de la violation de ses droits. Ainsi, l'équilibre des droits des uns et des autres, ainsi que la qualification juridique de l'opérateur, sont respectés par un tel système probatoire et procédural.

---

<sup>127</sup> Sur ce point, v. *supra*.

<sup>128</sup> Comme les régulateurs deviennent le temps où ils prononcent des sanctions des « tribunaux ».

*Proposition n°36 : Concernant l'impératif d'effectivité du Principe de Personne, mettre la notion de « danger » au même niveau que la notion de « risque » dans la perspective systémique du Droit de la Compliance*

## 2. L'internalisation dans les opérateurs numériques cruciaux de la qualité des messages au regard des dangers pour les personnes

Dans le même souci unitaire de la personne, le Droit peut internaliser dans les opérateurs numériques cruciaux une fonction quant au contenu des messages, par principe lorsqu'ils ne sont pas cryptés, par exception lorsqu'ils le sont<sup>129</sup>. La protection de la personne vise aussi bien l'émetteur du message que d'autres que celui-ci. C'est pourquoi un message représentant un « danger » pour la personne doit pouvoir être repéré par l'opérateur, notamment grâce à l'intelligence artificielle.

L'on peut distinguer trois types de messages suivant leur émetteur et leur destinataire.

Il peut s'agir d'un message dangereux pour la personne elle-même, comme l'a montré l'expérience de Facebook ayant repéré les messages pouvant faire penser que l'émetteur est sur la voie d'un acte suicidaire, ce qui amène l'opérateur à donner l'alerte. L'on voit bien dans une telle initiative que la notion centrale est bien le souci de la personne, la notion technique est bien celle de « danger » (qui peut donc déclencher une crise irréparable et requiert une prévention, voire une action), la solution après le repérage interne étant l'alerte vers l'extérieur, comme cela s'opère dans les Droits de la compliance en matière bancaire (déclaration de soupçon à Tracfin) ou de santé (risque de maladie contagieuse et alerte).

Ce type de repérage, dans une société où les personnes sont de plus en plus isolées, et parce que celles-là même recourent au numérique, pourrait s'appuyer sur les incitations contenues dans le Droit de la Compliance.

Il peut s'agir d'un message qui n'est pas dangereux pour la personne qui l'émet mais pour son destinataire. Il s'agit d'invectives, insultes et menaces, émises, souvent à répétition, contre une

---

<sup>129</sup> V. section précédente.

personne particulière. Les violences faites aux femmes en sont hélas un bon exemple. Les organismes qui sont chargés de prévenir le passage du risque à la crise (par exemple la mort de la personne destinataire) ont du mal à enrayer le passage à l'acte, sans doute faute de moyens et d'éducation.

Là encore, l'internalisation dans les opérateurs d'incitations contenues dans le Droit de la Compliance, pour agir en venant en alerte et soutien des systèmes classiques serait bienvenue.

Il peut s'agir encore d'un message qui est dangereux pour un ensemble de destinataires. Il ne s'agit plus alors tant de « violence » mais de « haine », notion que le Droit cerne moins nettement. Ces messages, souvent conçus par des émetteurs anonymes<sup>130</sup>, consistent à promouvoir la détestation et le mépris d'une catégorie de personnes. L'extrême pouvant être le souhait de destruction de toute personne qui n'appartient pas au même groupe que l'émetteur. Certains sont prohibés par le Droit pénal, comme les messages et comportements antisémites, homophobes ou d'appel à la haine raciale, l'appel aux actes terroristes, d'autres relèvent de l'interdiction plus générale mais de nature civile d'atteinte au principe d'égalité, par exemple celle entre les hommes et les femmes.

Il est très difficile de lutter en Ex Ante contre de tels comportements. Deux perspectives complémentaires s'offrent. En premier lieu une collaboration active avec les Autorités publiques, services de l'État et organisations internationales dédiées, le secret en ce qu'il alimente le risque ne pouvant plus bloquer des interventions internes en Ex Ante (comme le montre les mécanismes Ex Ante déjà en place à propos de la prévention et la lutte contre le terrorisme, notamment chez Facebook) ni les mécanismes d'alerte, qui doivent compléter – comme en finance – le Droit Ex Post classique.

En cela, les opérateurs numériques sont en position de concrétiser le droit subjectif fondamental de n'être pas mis en danger, forme nouvelle du droit classique à la sécurité de chacun, que la liberté du monde numérique est en train de compromettre.

En second lieu, et à l'inverse du caractère

*Proposition n°37 : Pour l'effectivité du droit subjectif négatif des Personnes de n'être mises en danger par le monde digital, le Droit de la Compliance doit doter les opérateurs numériques cruciaux des moyens d'aider les Autorités publiques dont le but est la sécurité publique, miroir de ce droit subjectif*

contraignant de ce Droit Ex Ante Internalisé (comme le devoir d'alerte), l'enjeu majeur est sans doute dans l'expression la plus pure de l'Ex Ante : l'information et l'éducation des personnes. En effet, l'on peut prendre comme postulat qu'une personne « informée » ne mettrait pas de bonne foi des propos antisémites, racistes, homophobes, car ceux-ci sont non seulement interdits mais ils sont aussi faux.

---

<sup>130</sup> V. *supra* le rapport entre le « masque » de la personnalité juridique et le mécanisme liée de l'identité connue de tous de la personne, inscrite à l'état civil tenu par l'Etat ; v. *infra* la question de « l'identité réelle » dans le monde numérique.

On lit dans la masse des messages écrits ou visuels haineux qu'un être humain n'est pas égal à un autre en raison de sa race, de son orientation sexuelle, ou du fait qu'il s'agit d'une femme. Beaucoup d'émetteurs et de relayeurs considèrent que c'est la vérité. Il y a donc une question de principe : la diffusion massive par capillarité de messages trompeurs, qui sont aussi souvent des messages de haine. Il convient de généraliser ce qui a été déjà fait d'une façon épars.

### 3. L'internalisation dans les opérateurs cruciaux du numérique de la garde de la qualité des messages pour qu'ils coïncident aux critères de l'information

L'information et l'opinion sont deux notions distinctes. L'information vise à reproduire l'état du monde tandis que l'opinion consiste à exprimer une conception propre de l'émetteur sur cet état. L'expression répandue de « société post-vérité » revient à confondre les deux, réduisant l'information à n'être qu'une opinion. Cette réduction était opérée par les sophistes pour que seule l'habileté au débat gagne sans considération pour la solidité de ce dont on débat.

Le monde numérique pullule d'opinions, qui doivent demeurer librement exprimées (c'est le principe) et ne buter que sur les exceptions, qui sont les interdictions faites par le Droit européen classique. Mais cela ne doit pas entamer la distinction entre l'opinion et la vérité (par exemple la terre n'est pas plate, c'est faux, l'on ne peut pas le dire comme étant une opinion).

*Proposition n°38 : En rappelant la distinction entre la vérité et l'opinion, donner aux opérateurs numériques cruciaux l'obligation générale de lutter contre les fausses informations*

L'Europe et les États-Unis n'ont pas la même culture, au regard de la liberté d'expression. Il n'y a pas de raison forte de le déplorer. En

effet, la liberté est ce qui unit, à travers la Constitution, les personnes aux États-Unis. En Europe, sans doute aussi parce qu'elle a vécu une seconde guerre mondiale plus profondément et plus atrocement que ne l'ont vécue les États-Unis, la protection de l'être humain et le souci de ne plus jamais le déposséder des droits qu'il détient parce que le Droit l'a établi comme une Personne - quoi qu'il arrive et qui elle soit - , ne partage pas la conception absolutiste de la liberté, se suffisant à elle-même, notamment grâce à la vigueur du Droit ex post de la responsabilité (*Tort Law*) qui lui fait face.

Ainsi, les opérateurs n'ont pas à opérer un contrôle sur les opinions. Cette « censure » n'a pas de raison d'être car il ne s'agit en rien de brider la liberté d'expression, pas plus que ne le fait le droit positif européen.

L'information est une autre notion. Or de nombreuses informations inexactes sont diffusées. Pour ne prendre qu'un exemple, bien connu, dire qu'un chef de l'État est un très mauvais président est une opinion qui ne justifie aucun contrôle, ni mesure, ni pouvoir particulier à conférer à l'opérateur technique grâce auquel cela est dit ; mais dire qu'il est né dans un autre pays que celui-ci dont il est président, ce qui est inexact, est une information fautive.

La notion de « fautive information » est une notion systémique, comme le montre le Droit de la Régulation bancaire et financière – la diffusion de fautes informations sur les marchés financiers étant sanctionnée pénalement aussi bien aux États-Unis qu'en Europe-, les fautes informations détruisant ce qu'il convient de désigner comme « l'intégrité » du monde numérique, bien commun sans lequel la confiance, autre bien public, se perd<sup>131</sup>.

L'analogie avec la Régulation et la Compliance bancaire et financière est d'autant plus pertinente qu'un des abus de marchés réprimé pénalement et administrativement pour préserver l'intégrité des marchés est la « manipulation », par exemple des cours et des indices », terme de « manipulation » qui, à juste titre, a été repris par la loi du 22 décembre 2018 *relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

Bien que cette loi ait un objet relativement étroit, à savoir garantir l'intégrité des informations qui sont mises sur les plateformes numériques pendant les périodes de campagne électorale, il est remarquable que d'une part la notion juridique de « fautive information » soit reprise, et que d'autre part le CSA est expressément doté du pouvoir de suspendre l'émission, de résilier la convention<sup>132</sup>. La loi internalise par l'expression d'un « devoir de coopération » une série d'obligation à l'intérieur des entreprises dans la gestion de la plateforme<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> *V. supra*.

<sup>132</sup> Référence faite aux « intérêts fondamentaux de la Nation » : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut, après mise en demeure, prononcer la sanction de résiliation unilatérale de la convention conclue en application du I de l'article 33-1 de la présente loi avec une personne morale contrôlée, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par un Etat étranger ou placée sous l'influence de cet Etat si le service ayant fait l'objet de ladite convention porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, dont le fonctionnement régulier de ses institutions, notamment par la diffusion de fautes informations. Pour apprécier cette atteinte, le conseil peut tenir compte des contenus que la société avec laquelle il a conclu la convention, ses filiales, la personne morale qui la contrôle ou les filiales de celle-ci éditent sur d'autres services de communication au public par voie électronique, sans toutefois pouvoir fonder sa décision sur ces seuls éléments. »

<sup>133</sup> I. - Les opérateurs de plateforme en ligne mentionnés au premier alinéa de l'article L. 163-1 du code électoral mettent en œuvre des mesures en vue de lutter contre la diffusion de fautes informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité d'un des scrutins mentionnés au premier alinéa de l'article 33-1-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Ils mettent en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à leurs utilisateurs de signaler de telles informations, notamment lorsque celles-ci sont issues de contenus promus pour le compte d'un tiers.

Ils mettent également en œuvre des mesures complémentaires pouvant notamment porter sur :

1° La transparence de leurs algorithmes ;

2° La promotion des contenus issus d'entreprises et d'agences de presse et de services de communication audiovisuelle ;

3° La lutte contre les comptes propageant massivement de fautes informations ;

4° L'information des utilisateurs sur l'identité de la personne physique ou la raison sociale, le siège social et l'objet social des personnes morales leur versant des rémunérations en contrepartie de la promotion de

Ce qui est conçu pour une période électorale pourrait être pensé d'une façon plus générale. Certes, dans la décision du Conseil constitutionnel et pour répondre aux requérants se plaçant sur le terrain de la liberté d'expression, le Conseil a souligné que ces diverses interventions n'avaient lieu que pour une courte durée. Mais l'on peut aussi justifier le mécanisme de Compliance (et non pas seulement de coopération avec les Autorités publiques face à un risque politique de manipulation d'une élection politique) par un risque systémique de désinformation dans un monde numérique qui se définit comme un espace d'information et qui doit être constamment protégé de l'intérieur contre ce qui – comme pour les marchés financiers – le détruit : l'information fausse.

*Proposition n°39 : Ne pas renoncer à l'idéal de l'éducation, menant à ce que la haine ne soit plus ressentie, le vol de l'œuvre d'autrui ne soit pas désiré, et solliciter l'aide des opérateurs numériques cruciaux pour cet objectif éducatif de nature politique*

A lire le projet de Communication du CSA du 25 avril 2019, cette extension est en train de s'opérer<sup>134</sup>. Il s'appuie sur du droit souple élaboré au niveau européen. Il convient d'accélérer cette cristallisation en train de se faire.

#### 4. Aller plus loin et internaliser dans les opérateurs cruciaux du numérique le souci de « civilité » du monde numérique, par la « tenue » des messages et leurs auteurs ?

Comme le montra Roland Barthes<sup>135</sup>, les messages ne sont pas tous d'information ou d'opinion, ils ont souvent pour seul objet d'exalter à l'égard d'autrui ou devant autrui ce que l'on ressent, d'une façon répétitive.

Ainsi, dans ce monde idéal auquel pensaient ceux qui lancèrent ce monde qui semble échapper à tous, beaucoup de textes, d'images, de films ou de sons n'ont pas d'autre objet que d'exprimer un sentiment. Cela ne relève pas ni de l'information ni de l'opinion. Ainsi, la « haine » relève davantage d'un sentiment que d'une opinion.

Dans une société classiquement organisée, les sentiments sont rarement exprimés publiquement, relèvent plutôt de l'intimité et du secret, cela même dont les opérateurs du numérique doivent être les gardiens de l'absence de diffusion. Les sentiments restent à l'intérieur des personnes ou

---

contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général ;

5° L'information des utilisateurs sur la nature, l'origine et les modalités de diffusion des contenus ;

6° L'éducation aux médias et à l'information.

Ces mesures, ainsi que les moyens qu'ils y consacrent, sont rendus publics. Chaque opérateur adresse chaque année au Conseil supérieur de l'audiovisuel une déclaration dans laquelle sont précisées les modalités de mise en œuvre desdites mesures.

<sup>134</sup> [Projet de recommandation du 25 avril 2019 du CSA aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations](#). Sur son analyse, v. *infra*.

<sup>135</sup> *Fragments d'un discours amoureux*, Le Seuil, 1977.

du cercle familial ou amical car les personnes sont éduquées par le mécanisme de la politesse à ne pas exprimer de sentiments négatifs, voire à être aimables. Cela relève de la « civilité ».

La masse de message de sentiments négatifs, allant de la haine, au mépris, à la déconsidération, au harcèlement, etc., dont nous avons tous de fait vocation à être victime, contre lesquels il faut que le Droit nous arme de « droits subjectifs négatifs »<sup>136</sup> tient en premier lieu à l'anonymat. Or, la liberté et l'anonymat ne sont pas synonymes, alors que la notion juridique de « personne », sujet de droit synonyme d'aptitude à agir dans le commerce juridique – par exemple par l'émission de messages, implique l'identité. Cette question de l'anonymat a déjà été traitée à travers la nécessité de la création d'un droit à connaître celui qui s'adresse à soi<sup>137</sup>.

Pour internaliser dans les opérateurs du numérique le souci des droits d'autrui, il faut aller au-delà des soucis systémiques que sont l'intégrité de l'information et la confiance, pour aller vers le souci des droits des personnes, à chaque instant méconnues en tant que personne.

Pour cela, il faudrait obtenir plus seulement que de tels messages soient bloqués mais que les potentiels émetteurs cessent d'émettre les sentiments négatifs qu'ils éprouvent (l'affirmation que les femmes ne sont que des objets, par exemple, ce qui constitue la haine des femmes et la dénégation corrélée de leur statut de personne). La révélation de l'identité de l'émetteur peut y contribuer, par le mécanisme de « honte », auto-sanction morale, mais on peut avoir quelque doute sur cette efficacité morale.

Plus encore, il faudrait que les potentiels émetteurs cessent d'éprouver ces sentiments négatifs et non pas seulement soient contraints de ne pas les diffuser, par la censure ou par la honte, mais parce qu'ils ne les éprouveraient plus ...

A cela, seule l'éducation peut y parvenir. C'est pour cela que l'information non faussée est un élément essentiel. Mais l'éducation ne se résume pas à une mise à disposition d'informations. Dans les Droits de la Compliance bancaire et financière, des obligations d'éducation ont été internalisées dans les établissements bancaires et financiers.

Il faut le concevoir de la même façon en matière numérique.

---

<sup>136</sup> V. *supra*.

<sup>137</sup> V. *supra*.

5. Demander toujours plus aux opérateurs numériques cruciaux, notamment dans le souci de « civilité » du monde

*Proposition n°40 : Internaliser par Compliance (obligation de moyens) l'éducation, à la fois pour lutter contre l'enfermement (communautarisme) et l'isolement (notamment géographique)*

numérique :  
éduquer à  
respecter  
aussi bien la  
Liberté que la  
Personne,  
dans une  
obligation

éducative

Si l'on veut bénéficier d'une fonction « éducative », qui se situe donc en Ex Ante, celle-ci est indissociable de la fonction disciplinaire. A force d'accroître les fonctions, les charges et les obligations, par ce seul fait l'on accroît les pouvoirs et la centralité des opérateurs numériques cruciaux.

C'est ce que l'on a accompli à propos des banques et opérateurs financiers lorsqu'ils tiennent des places financières par exemple. En Droit, il convient toujours mieux de reconnaître l'existence d'un pouvoir, surtout si l'on veut prendre appui sur celui-ci pour créer des obligations (ce qui est le but du Droit de la Compliance) que de le nier l'existence de ce pouvoir de fait.

Ainsi, si les enfants sont de fait éduqués par les opérateurs numériques cruciaux, autant qu'ils le soient de droit. L'éducation entre alors dans leur système de Compliance. En effet, si l'on prend l'exemple des régulateurs bancaires et financiers, leur fonction non seulement d'information mais de formation est très forte. Accroître l'aptitude des personnes à comprendre le maniement des outils fait partie intégrante de la régulation du système. Cela se comprend d'autant plus que cela diminue les risques de système (risque d'erreur) et que cela accroît la confiance par la connaissance. Les régulations par les « coups de pouce » des Régulateurs qui visent à accroître l'aptitude de l'utilisateur final sont désormais ancrés dans les régulations bancaires et financières.

Elles sont internalisées dans les entreprises. L'exemple peut être pris ici de la Compliance en matière de médicament, qui vise non pas tant le respect par les laboratoires de la réglementation qui leur est applicable (ce que vise la simple exigence de « conformité ») mais le but que le patient suive la posologie de la manière la plus efficace possible, ce qui est bénéfique et pour lui et pour le système de santé.

Pour cela, les laboratoires pharmaceutiques qui supportent au titre de la Compliance une obligation au bénéfice d'autrui doivent mettre en œuvre des mécanismes d'éducation, dont le « mode d'emploi » du médicament est l'ancêtre.

Si l'on transpose dans le monde numérique, l'on peut repérer des opérateurs qui sont en contact avec les utilisateurs finaux et sont susceptibles de les éduquer pour que ceux-ci se comportent de la façon adéquate dans le monde numérique par le maniement des outils qui lui sont propres et dans le monde digitalisé.

Le numérique est parfois le seul lien avec l'extérieur qu'ont des personnes qui sont dans certaines situations ou dans certains territoires. Le numérique peut soit accroître cet enfermement, soit lutter contre cet enfermement.

Les opérateurs cruciaux numériques n'ont pas à rester neutres par rapport à leur puissance à l'égard de ces deux phénomènes et ils n'ont pas à agir seuls, car il s'agit de questions politiques qui relèvent des Autorités publiques. La **lutte contre le communautarisme accrue par le numérique** est une question politique, qui peut être internalisée via le Droit de la Compliance (à travers le but monumental des droits humains). L'action pour l'éducation grâce au numérique des populations isolées géographiquement ou dans leur famille peut être technologiquement internalisée de la même façon.

*Proposition n°41 : S'appuyer sur le contact permanent et parfois unique qu'ont les opérateurs numériques cruciaux avec une population isolée pour une éducation plus égale, en lien avec les Autorités publiques*

Par le partage des contenus, le monde digital est par nature un monde éducatif et un monde de création, de transmission et de conservation des savoirs, ce qui correspond à la définition classique de l'éducation publique. Mais c'est une éducation sans programme et sans habilitation préalable de celui qui éduque les autres par l'émission et la diffusion d'un contenu.

Si l'on crée des droits subjectifs nouveaux, comme le droit subjectif de n'avoir pas accès à un contenu nocif quand on est un enfant, le droit subjectif à n'être pas harcelé, le droit de n'être pas injurié, il est possible de désigner les opérateurs numériques en mesure de participer à l'effectivité Ex Ante de ces droits<sup>138</sup>.

Ces opérateurs peuvent aussi devenir éducateurs.

Mais il faut tirer les conséquences de tant d'obligations – et tant de nouveaux pouvoirs nécessaires pour les satisfaire, pouvoirs de droit qui viennent s'ajouter aux pouvoirs de fait nés de l'usage fait du Principe de Liberté, notamment de la liberté constitutionnelle d'entreprendre.

En effet, il faut reconnaître à ces opérateurs le statut de « Régulateurs de second niveau ».

---

<sup>138</sup> Sur le détail de ces droits, v. *infra*.

## B. RECONNAÎTRE AUX OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX COMME RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU

**Annnonce de plan et résumé.** Les obligations accrues des opérateurs numériques cruciaux, en raison de leur position, justifient que leur soit reconnu le statut de « Régulateur de second niveau » (1). Cela justifie la titularité et l'exercice de leur pouvoir disciplinaire nécessaire Ex Ante (2). Cela ouvre une perspective nouvelle pour des opérateurs numériques cruciaux BtoB (3). Cela les soumet à toutes les obligations, notamment d'impartialité, inhérentes au statut de « Régulateur » (4).

1. Du fait de leur position et de leurs obligations, reconnaître aux opérateurs numériques cruciaux le statut de « Régulateur de second niveau »

De la même façon qu'en Finance l'entreprise privée qui tient une place de marché (NYSE, Euronext, etc.) est un régulateur de second niveau, supervisée par les régulateurs publics (SEC, AMF, ESMA, etc.), ou qu'en énergie par exemple, le gestionnaire du réseau de transport et/ou de distribution est un régulateur de second niveau (RTE, Enedis, etc.), supervisé par le régulateur public (en France, CRE).

Il en résulte à la fois des charges et des pouvoirs internalisés ; le Droit de la Compliance étant ici le prolongement et le renforcement du Droit de la Régulation. En effet, que l'entreprise soit publique ou privée et quelle que soit sa nationalité, du fait de sa position, elle est dotée par exemple de pouvoirs disciplinaires et de contrôle permanent sur ses clients.

*Proposition n°42 : Reprendre à propos des opérateurs numériques cruciaux la qualification, très courante en Droits sectoriels de la Régulation, de « Régulateur de second niveau », appliquée à l'opérateur crucial qui tient une partie du système (par exemple le réseau de transport ou la place financière)*

Ainsi, alors que sur un marché ordinaire, un offreur ne peut pas refuser une demande, parce qu'ici l'identité exacte des émetteurs et des récepteurs est requise pour éviter les risques systémiques et pour participer à la « discipline » et à la « sécurité » du système. On peut se référer par analogie à la Régulation énergétique, dans laquelle le gestionnaire du réseau de transport peut a priori et pendant tout le temps d'exécution faire des contrôles vis-à-vis du producteur de l'énergie qu'il doit transporter.

Cela est encore plus vrai en matière bancaire et en matière financière. L'entreprise de marché financier exerce un très fort contrôle pour une mise sur le marché d'un produit, dispose de pouvoir de sanctions et peut radier de la côte un titre. La même palette de pouvoirs complémentaires doit être accordée aux opérateurs numériques cruciaux, pouvoirs qu'ils ne doivent pas prétendre tenir de leurs chartes mais du Droit, en raison de leur position.

En effet, il est acquis en finance que ces pouvoirs résultent de la mission qui leur est confiée, étant en première ligne pour assurer l'intégrité de leur place et protéger l'épargne publique, le Régulateur public étant au-dessus et contrôlant lui-même l'entreprise de marché. Il en est de même pour les opérateurs numériques cruciaux.

Cela prend déjà forme. On peut prendre comme exemple le « projet de recommandation » du 25 avril 2019 que le CSA présente concernant le contenu des informations sur les réseaux sociaux, recommandation qui s'appuie à la fois sur le droit national (loi du 22 décembre 2018, plus contraignante mais dont la portée est plus restreinte) et sur le droit communautaire (recommandations et codes dont la portée est plus large mais la contrainte moins forte) pour élaborer un série complet de supervision (comprenant une partie éducative) sur l'action des opérateurs sur les contenus<sup>139</sup>.

Si l'on constate que des réseaux sociaux ont une telle ampleur, de nature systémique, qu'il est nécessaire et bienvenu qu'ils exercent des missions de contrôle en Ex Ante et en continu des informations, notamment sur l'identité des personnes, excluent les fausses informations, et contrôlent le contenu pour que ne se diffusent pas des contenus « inadmissibles », l'internalisation de ces buts les cristallisent en régulateur de second niveau.

Un tel statut aurait pour conséquence que les contraintes exercées sur les utilisateurs ne viendraient pas de l'adhésion automatique à une charte au statut juridique incertain dont la quasi-totalité des personnes n'a pas lu une ligne, notamment pas les clauses donnant compétence juridictionnelle exclusive à des tribunaux américains et donnant pleine disponibilité des informations de l'internaute à l'opérateur.

*Proposition n°43 : Les régulateurs de second niveau tiennent leurs pouvoirs du Droit objectif et non pas de chartes ou de leur relations contractuelles, et sont supervisés par un Superviseur public*

En effet, cela serait parce que l'opérateur numérique crucial joue un rôle de « régulateur de second niveau », gardien des impératifs systémiques de l'intégrité des informations et du bien public de la confiance qui, par définition, ne leur appartient pas, qu'il est en droit d'exiger de l'internaute de connaître son identité, d'exclure des fausses informations<sup>140</sup>, de supprimer des comptes, de signaler aux différents services de l'État tel ou tel comportement, telles ou telles personnes, notamment à son propre superviseur, lequel ne peut être qu'une autorité publique, puisque les questions systémiques relèvent de l'ordre public.

<sup>139</sup> [Projet de recommandation du 25 avril 2019 du CSA aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations.](#)

<sup>140</sup> Au-delà du cas restreint visé par la loi du 22 décembre 2018.

Cela signifierait que, la source de la contrainte étant de cette nature-là, c'est celle-ci qui en donne la légitimité et les limites et non les chartes. Ainsi, les standards européens pourraient d'une façon unifiée s'appliquer – comme en matière européenne pour l'obligation de Compliance en matière d'information -.

L'Europe est préparée à mettre en place ces systèmes complexes de Droit de la Compliance venant en appui de la Gouvernance d'Internet, parce qu'elle est déjà mature et en matière de Régulation et en matière de Compliance. Il faut mais il suffit de s'appuyer sur ce qu'a déjà construit l'Europe d'une façon fragmentée, pour la généraliser et l'unifier dans le monde digital autour de la considération de la Personne et de l'effectivité de ses droits.

## 2. En tant que Régulateurs de second niveau, les opérateurs numériques cruciaux doivent disposer de pouvoirs disciplinaires Ex Ante pour concrétiser les droits fondamentaux des personnes

De ce fait, les opérateurs numériques cruciaux exercent un pouvoir de régulation pour satisfaire un but systémique : l'intégrité du monde digital, qui est d'autant plus requise en raison de la digitalisation du monde, par l'effectivité et du Principe de Liberté et du Principe de Personne (à travers l'effectivité de ses droits)<sup>141</sup>. Pour atteindre cette intégrité, et sur le modèle du principe d'intégrité des marchés financiers, les opérateurs numériques doivent pouvoir exercer légitimement des pouvoirs de contrôle Ex Ante et des pouvoirs de « police », ce à quoi l'on associe souvent la puissance d'un Régulateur.

Ainsi, la détection des fausses informations, en ce qu'elles détruisent la confiance dans le monde digital, le refus de l'anonymat en ce qu'il brise le principe même du débat qui suppose un « face-à-face », le blocage d'accès à des sites illicites, sont des pouvoirs de régulation dont les entreprises cruciales numériques doivent être pleinement titulaires pour d'une part que l'écosystème soit « intègre » et pour concrétiser les droits subjectifs dont les internautes sont titulaires.

Comme on l'observe en droit financier, si l'entreprise qui tient une place de marché – laquelle est assimilable à un espace d'échanges d'informations – peut à la fois prendre des dispositions pour éliminer des manquements qui portent atteinte à la protection de l'épargnant et saisir les juridictions.

De la même façon, les entreprises numériques cruciales doivent exercer ce même pouvoir de discipline, contre lequel la personne qui en est l'objet – par exemple en étant exclu par la suppression de son compte numérique – doit pouvoir protester, soit selon un mécanisme de règlement des conflits (médiation, ou règlement des conflits internalisé, comme dans l'ICANN) ou en saisissant le superviseur.

Cette discipline doit s'exercer à la fois sur les personnes qui bénéficient des prestations en les contraignant à n'être pas masquées<sup>142</sup>, à ne pas pouvoir revenir à la seconde qui suit l'exclusion, la technologie permettant l'effectivité de l'exclusion, et sur les personnes qui, même extérieures au

---

<sup>141</sup> V. *supra*.

<sup>142</sup> Sur le lien entre personnalité et identité, v. *infra* ; sur la notion de « bénéficiaire effectif » dans le Droit de la Compliance, qui rejoint la notion de « identité réelle », v. Frison-Roche, M.-A., *Compliance et Personnalité*, 2019.

monde digital, peuvent être touchées par la puissance de celui-ci, en étant systématiquement informées lorsqu'on lui parle ou que l'on parle d'elle, ce qui la place en position de répondre.

Si l'on prend acte de cette position de « régulateur de second niveau » par l'internalisation du but d'un Internet intègre, l'on peut emprunter au Droit de la Régulation financière une obligation d'éducation

*Proposition n°44 : Rattacher les obligations de compliance des opérateurs numériques cruciaux à leur statut de Régulateur de second niveau, leurs documents internes ne faisant que reproduire ces obligations*

des usagers. L'on a précédemment vu qu'elle pouvait aller plus ou moins loin, l'opérateur, en tant qu'il est

aussi un opérateur privé, pouvant alors plus loin que les obligations qui lui sont internalisées par les Autorités publiques, lesquelles ne fixent que les buts et les principes.

A ce titre et par exemple, les activités pour l'effectivité du droit à n'être pas l'objet d'un discours de haine ou pour l'effectivité du droit à n'être pas destinataire d'une fausse information est une conséquence de cette position de Régulateur et non pas une décision prise par l'effet d'une bonté et générosité d'une entreprise bénévoles qui pourrait cesser d'être aimable ou qui pourrait choisir les bénéficiaires de programme ou qui pourrait demander quelque chose en échange de cela.

Pour prendre l'exemple du droit financier, cette fonction de faire en sorte qu'il n'y ait pas de fausse information sur les marchés financiers – qui est par exemple confiée au Régulateur financier au premier niveau mais aussi aux entreprises privées qui tiennent les marchés financiers au second niveau, au bénéfice des investisseurs et transitivement correspond à ce schéma. Les modalités d'information, voire d'éducation des investisseurs, par la place de marché doivent être validées par le superviseur du monde financier. Un tel mécanisme de supervision pourrait être reproduit sur les opérateurs numériques cruciaux, régulateurs de second niveau<sup>143</sup>.

### 3. Admettre plus largement la notion de Régulateurs de second niveau pour les opérateurs numériques se posant comme cruciaux en matière de porteurs de projets industriels ou sociétaux

Dans le Droit de la Compliance, l'entreprise qui est l'opérateur crucial qui est le « sujet de droit médiat »<sup>144</sup> n'est donc en rien « l'ennemi » du Droit ou de la Personne puisque, sans être jamais le

<sup>143</sup> Sur la question du « superviseur », v. *infra*.

<sup>144</sup> V. *infra* lui sur cette notion.

« maître » de l'espace : l'entreprise cruciale est bien celle sans laquelle tout s'écroulerait et grâce à laquelle tout prospère<sup>145</sup>.

Dans une façon plus prospective encore, puisque par nature le Droit de la Compliance dans son lien avec le Droit de la Régulation appartient à l'Ex Ante<sup>146</sup> (ce que n'est pas le Droit de la concurrence), la conception comme quoi l'on se contente de constater l'existence d'opérateurs cruciaux, de constater qu'ils agissent comme régulateurs et d'en tirer des conséquences (exigence d'impartialité, supervision, obligation de concrétiser des buts monumentaux – ici la protection de la Personne) peut être considérée comme étant encore trop statique.

Dans une façon plus dynamique, et parce que le Principe de Liberté doit toujours demeurer à l'œuvre en Ex Ante dans le monde digital et le monde digitalisé<sup>147</sup>, il convient d'admettre que des plateformes se mettent en place entre des entreprises d'une même chaîne de valeur (BtoB) pour mettre en commun des informations en formulant expressément un but systémique. Il peut s'agir de

*Proposition n°45 : Si les droits subjectifs de la Personne ne sont pas en jeu, les opérateurs numériques cruciaux doivent pouvoir se développer en Ex Ante de comportements marchands, notamment en BtoB, sous la supervision d'une Autorité publique et au regard de la finalité ; supervision européenne pouvant constituer une alternative à l'absence d'une forme traditionnelle de politique industrielle européenne*

l'innovation, laquelle n'est pour l'instant prise en charge que par le Droit de la concurrence, qui le fait le mieux qu'il peut, mais d'une façon généralement Ex Post, étant observé que le Droit de la propriété intellectuelle, branche du droit qui a vocation à protéger l'innovation est de fait nié par l'économie numérique et peu protégée, voire contestée, par le Droit de la concurrence.

Cela ne peut se faire que si de tels opérateurs numériques manient les informations sans porter atteinte aux droits subjectifs qui constituent les personnes, lesquelles sont toujours concernées. Comme l'on ne connaît pas l'avenir, l'on pourrait demander dans un traitement juridique Ex Ante de l'innovation (qui ne réduit pas à l'accès à l'innovation des autres) que les entreprises voulant mettre en commun des informations BtoB en informe par avance le superviseur<sup>148</sup>, en ne supportant qu'une « charge de l'allégation », c'est-à-dire qu'il soit vraisemblable que les droits subjectifs des personnes ne seront pas affectés par ce rassemblement BtoB d'information pour un usage et une finalité précisés.

---

<sup>145</sup> Sur la notion même d'« opérateur crucial », v. Frison-Roche, M.-A. Proposition pour une notion : l'opérateur crucial, 2006.

<sup>146</sup> Frison-Roche, M.-A., Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance, 2017.

<sup>147</sup> V. *supra*.

<sup>148</sup> Qui serait plutôt la DG Connect, laquelle devrait prendre un « avis déterminant » de la DG concurrence ; sur cette technique de l'avis déterminant, v. *infra*.

Un tel système Ex Ante, comprenant un système probatoire léger et mettant dès le départ en place le superviseur légitime qu'est la DG Connect pourrait être l'alternative à ce qui est pour l'instant une absence dont la gravité a été maintes fois soulignée : l'absence de politique industrielle européenne.

Si des entreprises le font, elles devront donc le faire sous cette forme d'opérateur numérique crucial, fonctionnant comme un régulateur de second niveau, c'est-à-dire en étant supervisé<sup>149</sup> et suivant le régime juridique attaché à tout Régulateur, qui va être rappelé ici.

#### 4. En tant que Régulateurs de second niveau, les opérateurs numériques cruciaux doivent donner à voir leur impartialité dans leur organisation structurelle et leur comportement

Par ailleurs, en internalisant dans les opérateurs numériques cruciaux le but systémique de garder l'intégrité du monde digital afin qu'y demeure le bien public de la confiance, - ce qui est analogue à la Régulation et à la Compliance bancaire, un tel système légitime le pouvoir de maîtrise de ces opérateurs sur ce monde digital et dans le monde digital.

Cela éloigne d'autant par exemple les perspectives parfois évoquées de démantèlement de ces opérateurs par le Droit de la concurrence, parce que « trop » puissantes. Au contraire, plus l'on va dans une perspective de Droit de la Compliance, laquelle consiste à internaliser des buts de régulation dans des opérateurs cruciaux en veillant à ne plus laisser qu'un Superviseur public au-dessus d'eux<sup>150</sup>, et plus la puissance des opérateurs est bienvenue.

Pour ne prendre qu'un exemple, l'internalisation de la fonction de régulation contre les fausses informations (cœur des abus de marché en Droit de la Régulation financière) suppose que l'on incite les opérateurs à accroître la puissance et l'adéquation de leur contrôle des informations, puisqu'elles sont de type beaucoup plus varié dans le monde digital que sur les marchés financiers.

*Proposition n°46 : En même temps que la puissance des opérateurs numériques cruciales est accrue, afin qu'elles remplissent leurs obligations nouvelles de Compliance, les contraindre aux obligations procédurales corrélées à leur statut de Régulateur, rendant supportable leur puissance accrue*

Pour l'admettre, et l'admettre sans réticence parce que les entreprises numériques cruciales sont les mieux « en position » pour le faire, il faut non seulement mettre en place une Autorité publique de supervision mais encore qualifier ces opérateurs lorsqu'ils pénètrent ainsi dans les messages, excluent l'anonymat, utilisent un pouvoir de sanction (bannissement, par exemple), de « régulateurs » ; et cela afin de les soumettre au régime juridique attaché au statut de ceux-ci.

---

<sup>149</sup> V. *supra*.

<sup>150</sup> Sur cette articulation, v. Frison-Roche, M.-A. (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, 2017.

Il suffit de renvoyer ici au corps du Droit de la Régulation qui, depuis 30 ans, élabore les obligations de toute structure qui exerce des fonctions de régulation. L'on n'en prendra ici que quelques exemples.

**L'on peut à la fois être régulateur et opérateur. Les entreprises de marchés le sont. Mais il ne faut pas être en conflit d'intérêts. La théorie des conflits d'intérêts est au cœur du Droit de la Compliance.**

Cela signifie que **l'opérateur en charge légitime de pouvoir de régulation par l'internalisation de buts qui le dépassent et dont un texte contraignant lui a confié la réalisation doit donner à voir qu'il n'utilise pas ses pouvoirs pour servir en outre ses intérêts d'opérateur.**

*Proposition n°47 : Pour ne prendre qu'un exemple, les opérateurs numériques cruciaux lorsqu'ils agissent comme des Régulateurs de second niveau, doivent « donner à voir » leur absence de « conflits d'intérêts », souci commun au Droit de la Régulation et au Droit de la Compliance ; lorsqu'ils exercent un pouvoir disciplinaire pour exécuter leur obligation de compliance, l'opérateur doit donner à voir son « impartialité » puisqu'il agit comme un Tribunal, l'ensemble de ses décisions pouvant être contestées en matière civile et en matière pénale*

Pour l'instant, c'est le Droit de la concurrence qui a surtout veillé à cela à travers de l'Ex Post, avec les outils qui sont les siens, par exemple à propos de la publicité en ligne ou bien à propos des achats d'apparition dans les recherches via *Google*.

L'obligation pourrait être formulée concernant les opérateurs numériques cruciaux de donner plus nettement à voir par l'ensemble des citoyens, au titre de la confiance que ceux-ci doivent avoir à l'égard de toute entité qui exerce des pouvoirs de régulation, notamment de sanction (suivant en cela expressément la jurisprudence de la CEDH).

## V. DESSINER UNE SUPERVISION EUROPÉENNE DES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX SANS MODIFIER LES INSTITUTIONS ET EN INSERTION DANS L'INTERMALLAGE EXISTANT, SECTORIEL ET INSTITUTIONNEL, NATIONAL ET EUROPÉEN

**Annonce de plan et résumé.** Une telle internalisation par le Droit de la Compliance d'un ensemble de mission dans les opérateurs numériques cruciaux pour que face au Principe de Liberté soit préservée le Principe de Personne grâce à l'effectivité des droits de celle-ci, transformant ces opérateurs en

Régulateurs de second niveau suppose qu'ils soient eux-mêmes en permanence supervisés par des Autorités publiques, garantes qu'à travers cette concrétisation se dessine une Gouvernance de l'Internet correspondant à la conception que l'Europe en a. Pour cela, il faut concevoir la DG Connect comme étant, au nom de la Commission européenne, le superviseur des opérateurs numériques cruciaux (A). Cette mission doit être insérée dans le maillage européen et des États-membres des mécanismes de supervision (B).

## A. L'ACCROISSEMENT LOGIQUE DE LA MISSION ET DES POUVOIRS DE LA DG CONNECT AU SEIN DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, CONSTITUÉE AU NOM DE LA COMMISSION EN SUPERVISEUR DES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX RECONNUS COMME RÉGULATEURS DE SECOND NIVEAU

L'Union européenne a progressé par son Plan d'action pour une « Europe digitale ». Mais elle l'a conçu davantage selon le modèle pur et simple du marché que sur l'ambition d'un monde digital « civilisé », c'est-à-dire un espace dans lequel les droits et les libertés coexistent et s'articulent. Pour l'instant, il s'agit principalement de constater que les prestations digitales sont d'un nouveau type et

*Proposition n°48 : Désigner la DG Connect comme superviseur, au nom de la Commission, des opérateurs numériques cruciaux, dans la mise en œuvre de l'effectivité du Principe de Personne, c'est placer l'humain au centre de la Gouvernance de l'Internet et du marché des industries numérique, et non en périphérie*

qu'organiser un marché digital est une nécessité pour l'Europe. Le souci des personnes et de leurs droits ne prend qu'une forme institutionnelle très résiduelle, alors qu'il doit être central.

Ce but d'un marché européen des prestations digitales est légitime mais cela méconnaît le fait que le Digital est aussi un « monde », monde qui a digitalisé le monde. Cette lacune est d'autant plus grave que le marché est un échange de prestations en adéquation avec les demandes et l'incitation à de nouvelles offres, mais sans considération de la personne. Alors que le nouveau Monde Digital a pour effet de remettre en cause la personne et que la digitalisation du monde détruit de ce fait la considération de la personne<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> V. *supra*.

Parce que l'identité de l'Europe est libérale, c'est-à-dire consiste à être un espace d'échange dans lequel la personne est au centre, il est impératif que la Commission européenne remédie à cela. Si elle le fait, elle ne se contredira pas, parce que le libéralisme met la personne au centre, en tant qu'elle n'est pas une chose disponible, en tant qu'elle est titulaire de droits fondamentaux.

A ne pas le faire, c'est le Principe de Liberté que l'Europe va perdre. En confiant à la Commission européenne la garde du Principe de Liberté, par le Droit de la concurrence, et du Principe de la Personne, par la Supervision des Régulateurs de second niveau que sont devenus les opérateurs numériques cruciaux dans lesquels le Droit a internalisé par Compliance le but d'effectivité des droits subjectifs de la Personne, l'on peut préserver le Principe de Liberté, dont on peut se demander s'il est aujourd'hui si nettement acquis ...

Par le Droit de la Compliance, cette conception libérale, c'est-à-dire humaniste, du monde numérique, est concrétisée par les entreprises numériques cruciales, à partir d'un texte européen fondateur, qui pourrait être un règlement et une directive. Un groupe d'experts de haut niveau pourrait être constitué par la Commission européenne pour les préfigurer. Des lignes directrices pourraient en résulter, l'ensemble pouvant se faire en même temps, car droit souple et droit dur s'élaborent désormais en même temps et non plus successivement<sup>152</sup>.

La Commission européenne, comme elle l'a montré dans tous les secteurs réglementés, est la plus à

*Proposition n°49 : Concevoir des pouvoirs de la DG Connect sur les opérateurs numériques cruciaux de droit souple (encouragement, appui, aide) dans un continuum sur des instruments de visite, collaboration, engagement, préfigurant du droit dur, sur des modèles comme les relations entre l'ESMA et les agences de notation, par exemple.*

même, d'être le superviseur des opérateurs numériques cruciaux, comme la Banque centrale européenne est le Superviseur des opérateurs bancaires cruciaux.

La DG *Connect* est la plus à même d'exercer cela, y compris en ayant des pouvoirs de sanction (comme le fait l'ESMA sur les agences de notation), des *boards* spécifiques pouvant être intégrés dans des organismes plus larges, comme le *supervisory board* l'est en matière bancaire dans la BCE par exemple.

Ce faisant, l'on veillerait à ne pas opposer protection de la personne et dynamisme économique, qui ne le sont en rien puisque les deux concourent à l'enjeu systémique d'intégrité du monde numérique européen : c'est pourquoi désigner comme Superviseur européen la Commission européenne et plus particulièrement sa direction qui construit l'Europe numérique en Ex Ante, en enrichissant son projet par le placement de la personne en son centre, paraît le plus adéquat.

---

<sup>152</sup> Sur toute cette question méthodologique, v. *supra*.

## B. L'INSERTION DE LA MISSION ET DES POUVOIRS DE SUPERVISION SUR LES OPÉRATEURS NUMÉRIQUES CRUCIAUX DANS LE MAILLAGE DÉJÀ PRÉSENT, EN HORIZONTAL ET EN VERTICAL

Comme dans tous les systèmes de supervision européens, il convient tout d'abord d'organiser un maillage horizontal, au niveau européen (1), et un maillage vertical entre l'Europe et les Autorités des États-membres (2).

### 1. L'intermaillage horizontal, européen

En revanche, une innovation plus forte consiste à mettre en place un maillage horizontal. De trois types.

En premier lieu, comme il a été précédemment souligné, il est temps d'accélérer la réunification des deux Europe, l'Europe de l'économie et l'Europe des droits humains, leur distinction ayant nui à l'Europe. Ainsi, les grands arrêts rendus par la Cour de justice en matière numérique l'ont été sur la base de la Charte des droits fondamentaux, analogue à la Convention européenne des droits de l'homme et après l'arrêt la Cour de justice a repris les droits humains comme parts entières du corpus du Droit de l'Union européenne en tant que celui-ci est pleinement un « État de Droit ».

*Proposition n°50 : Pour produire un intermaillage horizontal européen, permettre des échanges d'information entre la CEDH et la DG Connect pour obtenir une vision plus unifiée et fortement européenne d'un monde digital civilisé par la supervision publique Ex Ante et Ex Post*

Il convient d'organiser plus fortement les relations entre la Commission européenne, qui est assez éloignée de la Cour de justice, notamment parce qu'elle la ressent comme son censeur, et la CEDH, pour faire progresser l'idée générale d'un marché où la personne est au centre.

Cela produirait le mouvement inverse du mouvement délétère de décivilisation auquel nous assistons actuellement, d'un monde digital qui méconnaît la personne, ce qui conduit à un monde où, d'une façon plus générale, celle-ci disparaît sous les insultes ou l'indifférence de l'irrespect par autrui de ses droits.

En effet, si l'on rapproche à propos du sujet qui nous occupe, par exemple en organisant techniquement le mécanisme du lancement d'alerte la Commission européenne et la CEDH, alors la conception générale d'un espace économique dont la personne est au centre, définition européenne du marché, pourrait entrer dans le monde numérique. Parce qu'il s'agit d'internaliser par le Droit de la Compliance l'obligation pour tout opérateur numérique crucial la concrétisation des droits de

cette personne, cette définition européenne du libéralisme économique pourrait prendre pied et

*Proposition n°51 : Donner au Procureur européen le pouvoir de transmettre un dossier pour que la DG Connect exerce au nom de la Commission européenne son pouvoir de supervision*

appui grâce au monde digital, en étant opposable à tout opérateur du digital, même non-européen.

En deuxième lieu, le procureur européen en chef est en train de se mettre en place. Il constitue une révolution en ce qu'il élève au niveau européen un mécanisme de poursuite, apanage jusqu'ici de l'Etat. Ce procureur européen pourrait être doté d'un pouvoir de transmission d'un dossier à la DG Connect pour que celle-ci exerce son pouvoir de supervision sur tel ou tel opérateur, pour tel ou tel sujet.

Il montre que le propre de l'Autorité publique peut être construit en Europe, alors même que les États-membres ont quelque mal à progresser de concert. Sa compétence vise effectivement et potentiellement le Droit de la Compliance. Dès lors, en croisant le Droit de la Compliance, qui donne de fait un effet extraterritorial au Droit européen avec des liens à construire immédiatement entre ce parquet européen et la DG Connect, un maillage horizontal de type régalien sans État peut construire

*Proposition n°52 : au titre du « private enforcement » intégrer la technique du lancement d'alerte vers la DG Connect sur le modèle de la loi française dite « Sapin 2 », exemple d'équilibre d'effectivité de Droit de la Compliance , pour que la DG exerce effectivement son pouvoir de supervision*

un modèle inédit, dans lequel c'est encore l'Autorité publique et politique, qui parle et qui choisit, tandis que les entreprises, même étrangères, exécutent et exercent les pouvoirs nécessaires en second rang, en étant supervisées.

Pourraient la saisir au titre du *private enforcement* les personnes concernées, comme les lanceurs d'alerte et les personnes, même non encore victimes, mais en tant que titulaires d'un droit subjectif à n'être pas victime (par exemple d'un message haineux), afin de répondre au souci systémique de l'intégrité du monde digital, la confiance étant le bien que la Gouvernance de l'Internet, ainsi renforcée par le Droit de la Compliance, doit préserver.

En troisième lieu, si l'Union bancaire a pu naître, c'est notamment grâce au dynamisme de la DG Marché intérieur et à sa conception d'une Europe intégrant sur un modèle plutôt continental un système bancaire certes concurrentiel mais avant tout robuste et construit sur l'Ex Ante, la surveillance et les garanties. En cela, la DG Marché intérieur est entré en équilibre avec la DG Concurrence, laquelle avait participé activement au sauvegarde de l'Europe d'une perspective de

faillite en 2008 en levant à bon escient la prohibition des aides d'État dans ce secteur. Ainsi, la DG Concurrence a agi comme il convient, mais par nature et sans qu'il ne soit en rien question de lui reprocher elle conçoit l'Europe par le prisme concurrentiel. Or, le numérique ne peut être gouverné par ce seul prisme. Notamment pas lorsqu'une concentration a lieu, c'est-à-dire qu'une décision Ex

*Proposition n°53 : Concevoir en cas de concentration d'opérateurs numériques cruciaux de déclencher une technique juridique nouvelle, « l'avis déterminant », formulé par la DG Connect, que la DG Concurrence devra reprendre ou réfuter dans le traitement qu'elle élabore de la concentration envisagée, les offices de « supervision » et de « régulation » étant ainsi rapprochés comme en matière bancaire*

Ante est requise.

En effet, les décisions prises par la DG Concurrence en Ex Post sur les comportements des opérateurs numériques ont montré leur robustesse et leur efficacité. Mais l'examen – et cela n'est pas un reproche – qui est mené l'est sous l'angle concurrentiel. Or, le monde digital ne doit pas être réduit à cela, parce que c'est un enjeu de civilisation qu'il pose et que la « Gouvernance » doit intégrer celui-ci.

Il convient d'emprunter au Droit de la Régulation bancaire le mécanisme aujourd'hui actif en matière de concentration, là où les autorités de concurrence exercent un pouvoir Ex Ante. En effet, en droit français, depuis la loi du 4 août 2008, c'est l'Autorité de la concurrence qui opère ce contrôle lorsqu'il y a une concentration entre des établissements bancaires, et non plus l'Autorité de supervision (à l'époque la Commission bancaire). Mais l'autorité de supervision bancaire (l'ACPR) fournit à l'Autorité de la concurrence son « avis » sur la perspective de concentration à l'aune de ses propres critères (notamment les critères prudentiels, les effets sur la solidité du système, etc.). Il serait tout à fait adéquat de reprendre cette technique ici, parce que le numérique n'est pas qu'un marché mais une civilisation nouvelle.

L'on sait que si les décisions sont prises par la Commission, elles sont plutôt endossées par celles-ci, la DG concurrence, dont la compétence, la loyauté et l'impartialité ne sont pas en cause étant maîtresse du dossier. Si l'on organisait une telle technique d'avis, non seulement l'on restituerait au dossier sa « plénitude », comblant là-encore un peu le vide préoccupant d'une politique industrielle européenne, mais encore l'on pourrait sortir de la remise en cause de la légitimité de la DG concurrence de trancher sur des concentrations qui comprennent des dimensions qu'elle ne veut pas connaître.

Pour que cela soit efficace, il faut adopter non seulement la technique de l'avis, mais encore la technique de **l'avis déterminant**. Dans une telle technique procédurale proposée, différente de l'avis conforme ou de l'avis non-liant, il s'agit d'un avis formulé par un autre organe (ici la DG Connect) que celui qui emporte la décision (ici la DG Concurrence) : si l'avis s'avère coordonnant, il n'y a pas de difficulté procédurale, et l'avis est repris, venant renforcer la position de la DG Concurrence ; si l'avis s'avère discordant, alors la DG Concurrence doit formuler des « raisons » qui justifient de ne pas suivre un tel avis, étant rappelé que la décision est prise non pas par elle mais par la Commission, décision qui est attaquée devant une Cour de justice qui a une vision de l'État de Droit dans l'Union qui ne se réduit pas à la concurrence.

*Proposition n°54 : Sans modification substantielle, insérer le dispositif dans l'intermaillage déjà très dense vertical entre le niveau européen, les régulateurs et Autorités nationales et leurs réseaux nationaux, le secrétariat des rencontres, manifestations, voire « prises de position », étant assuré par la DG Connect*

## 2. L'intermaillage vertical entre la supervision européenne et les supervisions nationales

L'intermaillage vertical est relativement facile à mettre en place, parce qu'il est en quelque sorte déjà en place. Du fait même que le numérique ne constitue pas un secteur, les différents Régulateurs en ont déjà tiré la conséquence institutionnelle de droit, par des « pôles communs » ou de fait par des rencontres régulières, cette « interrégulation »<sup>153</sup> venant toujours vers l'Union européenne, via le plus souvent la Commission européenne.

En effet, tous les régulateurs concernés, de différents secteurs, sont déjà tous en réseaux européens (BEREG pour les télécom ; ACER pour l'énergie, etc.), et c'est le plus souvent la Commission européenne qui tient le secrétariat de ces réseaux, qui prennent de plus en plus le statut d'« agences ».

Il s'agit donc davantage d'une cristallisation que d'une innovation, l'accélération de ce qui se fait, les réunions se faisant avec différents cercles (comme cela se fait à Bâle, le comité de Bâle n'étant qu'informel).

Le superviseur formel que serait la DG *Connect* n'aurait pas à davantage formaliser ce maillage.

Car il paraît irréaliste de vouloir par exemple dupliquer l'Union Bancaire, très institutionnalisée, qui n'a pu naître qu'en 2014, ainsi que les trois nouveaux Régulateurs européens bancaires, financiers et assurantiels (Règlements du 23 novembre 2010) que comme bénéficiaires secondaires d'une crise catastrophique mondiale débutée en 2008. Ce n'est ni le cas, ni à souhaiter.

L'idéal serait en l'état, et dans une simple amélioration du maillage, d'obtenir des « positions communes » à la fois en horizontal et en vertical, ou à tout le moins s'enrichissant ou – ce qui peut

---

<sup>153</sup> Sur la notion même d'interrégulation, v. Frison-Roche, M.-A., La notion d'interrégulation, 2006 ; *Internet, espace d'interrégulation*, 2016.

être résolu par la Cour de justice – ne se contredisant pas les unes les autres. Mais, comme nous le savons, cela est le plus souvent une question de personnes davantage que de schéma institutionnel.

# Annexe 1 : listes des personnes rencontrées pour élaborer le rapport

## INSTITUTIONS PUBLIQUES

### Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution

Edouard Fernandez-Bollo, secrétaire général

### Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information

Guillaume Poupard, directeur général

Charly Berthet, conseiller

### Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes

Sébastien Soriano, président

Stéphane Lhermitte, directeur « Economie, marchés et numérique »

Agate Rossetti, cheffe de l'unité « infrastructures et réseaux ouverts »

Laurent Toustou, chef de l'unité « régulation par la donnée »

### Autorité de la Concurrence

Isabelle de Silva, présidente

Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint

Stanislas Martin, rapporteur général

Mathias Pigeat, chef du service de la présidence

Elodie Vandenhende, chargée de mission

### Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

Marie-Laure Denis, présidente

Jean Lessi, secrétaire général

Gwendal Le Grand, directeur des technologies et de l'innovation

### Cour de Cassation

François Molins, procureur général

CSA

Roch-Olivier Maistre, président

Fédération Bancaire Française

Marie-Anne Barbat-Layani, directrice générale

Jérôme Raguénès, directeur du département Numérique et Moyens de paiements

Fédération du commerce et de la distribution

Jacques Davy, directeur des affaires juridiques

Fédération Française des Assurances

Bernard Spitz, président

Mariette Bormann, Directrice juridique

Philippe Poiget, délégué général

Haut comité juridique de la place financière de Paris

Gérard Rameix, président

Unifab

Delphine Sarfati, directrice générale

David Saussinan, directeur des affaires juridiques et publiques

**ENTREPRISES**

Atos

Hubert Tardieu, co-président de la communauté scientifique d'Atos et conseiller du président

Bouygues Groupe

Arnauld Van Eeckout, secrétaire général

Juliette Lallemand, responsable Ethique & Compliance

Facebook

Laurent Solly, vice-président Europe du Sud  
Anton Battesti, responsable des Affaires Publiques

Google

Benoît Tabaka, Directeur des Relations Institutionnelles

IBM

Alain Bénichou, vice-président, Stratégie et Solutions

Idemia

Yann Delabrière, président

La Française des Jeux

Stéphane Pallez, présidente-directrice générale  
Valérie Berche, directrice de l'audit  
Elisabeth Monegier du Sorbier, directrice juridique

Microsoft

Marc Mossé, directeur des affaires juridiques

Orange

Nicolas Guérin, secrétaire général  
Pierre Petillault, directeur adjoint des affaires publiques

SACEM

Jean-Noël Tronc, directeur général

Safran

Ross McInnes, président

## CABINETS D'AVOCATS

### Cabinet August & Debouzy

Gilles August  
Olivier Attias  
Florence Chafiol

### Cabinet Darrois Villey

Jean-Michel Darrois  
Marcus Billam  
Jean-François Guillemin

### Cabinet Hertslet Wolfer & Heintz

Dominique Heintz

### Cabinet Jones Day

Philippe Goutay  
Olivier Haas  
Elie Kleiman

### Cabinet Linklaters

Sonia Cissé

## UNIVERSITAIRES

Yann Algan, professeur d'économie, Sciences Po (Paris)

Laurent Benzoni, professeur d'économie, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Pierre-Yves Gautier, professeur de droit, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Michel Vivant, professeur de droit, Sciences Po (Paris)

## Annexe 2 : Les 54 propositions du rapport

1. *Distinguer le Droit américain de la Compliance à but parfois et effet mondial, critiquable et contre lequel réagir, du Droit de la Compliance, ici concerné par le numérique, à effet global naturel parce qu'à but global*
2. *Promouvoir par une culture de la Compliance numérique ce qui est commun au Droit Occidental : principe de la Liberté et principe de la Personne*
3. *Promouvoir et achever de construire un Droit et une Culture occidentale de la Compliance, adéquate au monde digital*
4. *Prendre acte de l'appropriation de fait des données par certains opérateurs*
5. *Récuser la conception abstraite de la « donnée », comme bien neutre*
6. *Demeurer attaché au pragmatisme du Droit européen qui, en transparence de la « donnée », s'attache « concernant la personne » à son origine concrète, à son usage concret et à la finalité de l'usage*
7. *Même si la circulation de la donnée produit d'un ordre de transmettre issu par exemple d'un système de Compliance, encore faut-il qu'il ne heurte pas la protection de la « personne concernée » par la donnée à transmettre*
8. *Demander à celui-ci qui ordonne la circulation forcée d'une donnée au titre d'un programme de Compliance la preuve qu'elle ne « concerne » pas une personne, sauf consentement réel de celle-ci*
9. *L'usage de l'Intelligence Artificielle permettra à l'opérateur numérique crucial de respecter l'obligation de montrer que l'information qu'elle fait circuler et dont elle est gardienne, ne « concerne » pas une personne*
10. *Exprimer le second principe, la Personne, à travers l'effectivité de ses droits, articulé au principe de Liberté*
11. *Associer la population à l'édiction du Principe de Personne à travers l'effectivité de ses droits, articulé au Principe de Liberté*
12. *Consulter sur les « questions de principe », par exemple l'anonymat*
13. *Consulter la population, consulter les réseaux des juridictions et autorités, établir un groupe d'experts de haut niveau, sans jamais perdre de vue le but : un principe simple et intelligible = la personne à travers le respect effectifs de ses droits*

14. *Organiser des rencontres régulières entre la CEDH et la Commission Européenne sur la question des « comportements » digitaux, débouchant sur du droit souple*
15. *Intégrer les juridictions et les autorités de poursuite dès le début des réflexions, l'Ex Ante et l'Ex Post n'étant qu'un continuum*
16. *Lorsqu'une œuvre ou chose, apparaît en violation d'un droit de propriété intellectuelle, est signalée à l'opérateur, non seulement il doit être contraint de la retirer (droit positif actuel) mais encore il doit en Ex Ante faire en sorte qu'elle n'apparaisse plus sur le média, ni en soi ni en référence*
17. *Il faut reconnaître aux opérateurs cruciaux numériques un pouvoir Ex Ante autonome de retrait de tout contenu ou accès contraire au droit de propriété intellectuelle, correspondant à une obligation d'effectivité des droits de propriété intellectuelle rendus inefficaces par le digital*
18. *Ne conférer un tel pouvoir Ex Ante de censure aux opérateurs numériques cruciaux sur l'accès aux contenus qu'en y associant un mécanisme immédiat de déblocage au bénéfice du titulaire du droit illégitimement bloqué*
19. *Organiser un contentieux différé au bénéfice de la personne bloquée, celle-ci pouvant saisir un « tiers de confiance »*
20. *Si l'opérateur qui a refusé d'insérer le contenu ou l'a retiré en Ex Ante et persiste à ne pas l'insérer, une procédure contentieuse peut s'ouvrir au titre du « droit d'accès »*
21. *Cette procédure ex post très rapide doit débuter par une demande de restauration de visibilité dans l'espace numérique, demande formée auprès de l'opérateur numérique*
22. *Comme dans tout Droit de la Compliance, le but visé – l'effectivité des droits de la Personne – ne saurait constituer une obligation de résultat pour l'opérateur numérique crucial*
23. *Seule l'obligation structurelle de s'organiser pour l'effectivité des droits de propriété intellectuelle est une « obligation de résultat », performante Ex Ante, indépendamment de la diligence des tiers*
24. *Développer la catégorie générale des « droits subjectifs négatifs » dont le « droit à l'oubli » n'est qu'un exemple (droit à n'être pas retrouvé)*
25. *Inclure dans les obligations de moyens des opérateurs numériques cruciaux la charge d'éduquer les internautes à la bonne utilisation des outils en vue d'une inclusion numérique*

26. Développer des « droits subjectifs négatifs », comme le « droit à n'être pas l'objet de fausse information », dont l'effectivité doit être immédiate, par l'intervention Ex Ante des opérateurs qui ne diffusent pas l'information
27. Le fait de l'anonymat doit être contré par l'existence du droit des Personnes de connaître qui s'adresse à elles, l'anonymat devenant l'exception
28. Créer le droit subjectif à l'identité réelle de l'interlocuteur numérique, droit subjectif dont l'opérateur numérique crucial est comptable, ce qui n'exclut pas l'anonymat mais exige qu'il soit justifié par celui qui veut s'en prévaloir
29. Le droit subjectif de savoir qui a mis les contenus est le socle du droit subjectif fondamental de pouvoir y répondre, relève des droits de la défense, droit fondamental pulvérisé par le numérique, qui doit être restauré dans son principe
30. Le droit à la modération des propos de l'autre lorsqu'il y a échange relève d'une nature identique, car ce sont des contenus analogues qui sont insérés ; ils doivent engendrer les mêmes obligations pour l'opérateur numérique crucial
31. Proposer un cumul de l'exercice d'une obligation Ex Ante de contrôle des commentaires qui ne diffère des obligations sur les contenus et d'une incitation à exercer une « modération » des commentaires, opérée par des humains dans les cas-limites, se prêtant elle-même à discussion
32. Les « commentaires » doivent faire l'objet d'obligations de résultat et de moyens de même nature et de même portée que pour les messages originaux
33. Poser le principe de la garde par les opérateurs numériques cruciaux des informations concernant les Personnes ; les exceptions au principe de garde (mise à disposition d'autrui, transformation, etc.) doivent être justifiées
34. Dans des cas-limites, certains opérateurs télécoms peuvent devenir opérateurs numériques cruciaux, devenant redevables du Droit de la Compliance sur les contenus, en raison de la massification ou systématisme des messages
35. L'activité de messagerie « en principe » privée de justifiant pas de mécanisme de Compliance, c'est par des procédés Ex Post et sur demande d'un dommage vraisemblablement allégué que l'opérateur doit être soumis concernant le message au mécanisme de Compliance

36. *Concernant l'impératif d'effectivité du Principe de Personne, mettre la notion de « danger » au même niveau que la notion de « risque » dans la perspective systémique du Droit de la Compliance*
37. *Pour l'effectivité du droit subjectif négatif des Personnes de n'être mises en danger par le monde digital, le Droit de la Compliance doit doter les opérateurs numériques cruciaux des moyens d'aider les Autorités publiques dont le but est la sécurité publique, miroir de ce droit subjectif*
38. *En rappelant la distinction entre la vérité et l'opinion, donner aux opérateurs numériques cruciaux l'obligation générale de lutter contre les fausses informations*
39. *Ne pas renoncer à l'idéal de l'éducation, menant à ce que la haine ne soit plus ressentie, le vol de l'œuvre d'autrui ne soit pas désiré, et solliciter l'aide des opérateurs numériques cruciaux pour cet objectif éducatif de nature politique*
40. *Internaliser par Compliance (obligation de moyens) l'éducation, à la fois pour lutter contre l'enfermement (communautarisme) et l'isolement (notamment géographique)*
41. *S'appuyer sur le contact permanent et parfois unique qu'ont les opérateurs numériques cruciaux avec une population isolée pour une éducation plus égale, en lien avec les Autorités publiques*
42. *Reprendre à propos des opérateurs numériques cruciaux la qualification, très courante en Droits sectorielle de la Régulation, de « Régulateur de second niveau », appliquée à l'opérateur crucial qui tient une partie du système (par exemple le réseau de transport ou la place financière)*
43. *Les régulateurs de second niveau tiennent leurs pouvoirs du Droit objectif et non pas de chartes ou de leur relation contractuelle, et sont supervisés par un Superviseur public*
44. *Rattacher les obligations de compliance des opérateurs numériques cruciaux à leur statut de Régulateur de second niveau, leurs documents internes ne faisant que reproduire ces obligations*
45. *Si les droits subjectifs de la Personne ne sont pas en jeu les opérateurs numériques cruciaux doivent pouvoir se développer en Ex Ante de comportements marchands, notamment en BtoB, sous la supervision d'une Autorité publique et au regard de la finalité, supervision européenne pouvant constituer une alternative à l'absence d'une forme traditionnelle de politique industrielle européenne*

46. *En même temps que la puissance des opérateurs numériques cruciales est accrue, afin qu'elles remplissent leurs obligations nouvelles de Compliance, les contraindre aux obligations procédurales corrélées à leur statut de Régulateur, rendant supportable leur puissance accrue*
47. *Pour ne prendre qu'un exemple, les opérateurs numériques cruciaux lorsqu'ils agissent comme des Régulateurs de second niveau, doivent « donner à voir » leur absence de « conflits d'intérêts », souci commun au Droit de la Régulation et au Droit de la Compliance ; lorsqu'ils exercent un pouvoir disciplinaire pour exécuter leur obligation de compliance, l'opérateur doit donner à voir son « impartialité » puisqu'il agit comme un Tribunal, l'ensemble de ses décisions pouvant être contestées en matière civile et en matière pénale*
48. *Désigner la DG Connect comme superviseur, au nom de la Commission, des opérateurs numériques cruciaux, dans la mise en œuvre de l'effectivité du Principe de Personne, c'est placer l'humain au centre de la Gouvernance de l'Internet et du marché des industries numérique, et non en périphérie*
49. *Concevoir des pouvoirs de la DG Connect sur les opérateurs numériques cruciaux de droit souple (encouragement, appui, aide) dans un continuum sur des instruments de visite, collaboration, engagement, préfigurant du droit dur, sur des modèles comme les relations entre l'ESMA et les agences de notation, par exemple.*
50. *Pour produire un intermaillage horizontal européen, permettre des échanges d'information entre la CEDH et la DG Connect pour obtenir une vision plus unifiée et fortement européenne d'un monde digital civilisé par la supervision publique Ex Ante et Ex Post*
51. *Donner au Procureur européen le pouvoir de transmettre un dossier pour que la DG Connect exerce au nom de la Commission européenne son pouvoir de supervision*
52. *Au titre du « private enforcement » intégrer la technique du lancement d'alerte vers la DG Connect sur le modèle de la loi française dite « Sapin 2 », exemple d'équilibre d'effectivité de Droit de la Compliance, pour que la DG exerce effectivement son pouvoir de supervision*
53. *Concevoir en cas de concentration d'opérateurs numériques cruciaux de déclencher une technique juridique nouvelle, « l'avis déterminant », formulé par la DG Connect, que la DG Concurrence devra reprendre ou réfuter dans le traitement qu'elle élabore de la concentration envisagée, les offices de « supervision » et de « régulation » étant ainsi rapprochés comme en matière bancaire*
54. *Sans modification substantielle insérer le dispositif dans l'intermaillage déjà très dense vertical entre le niveau européen, les régulateurs et Autorités nationales et leurs réseaux*

*nationaux, le secrétariat des rencontres, manifestations, voire « prises de position », étant assuré par la DG Connect.*