



CONSEIL D'ÉTAT

DROITS ET DÉBATS

La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?

Un colloque organisé par le Conseil d'État
le 6 février 2015



La
documentation
Française

de non respect, permet de créer une forme de conflit de lois obligeant *de facto* à un accord transnational qui garantisse le caractère ciblé, proportionné et adéquat de l'accès aux données personnelles. À ce moment-là, on retrouve des critères qui sont les nôtres, même s'ils sont activés au bénéfice de pays tiers.

En conclusion, vous avez sans doute compris que je suis assez convaincu que le droit européen est encore souverain et peut s'appliquer, et que la protection des données personnelles en est une illustration essentielle. Elle l'est d'autant plus qu'elle représente à mon sens un « droit d'infrastructure » : dans le numérique, l'atome de base est la donnée personnelle. Elle conditionne la liberté de pensée, la liberté d'expression, dans certains cas la liberté de vote ; elle conditionne parfois la liberté d'aller et venir. Toutes ces libertés impliquent une protection adaptée qui ne s'efface pas lorsque les données passent les frontières. Cela est techniquement possible, juridiquement nécessaire et philosophiquement consubstantiel à ce que nous sommes.

Bénédicte Fauvarque-Cosson

*Professeur à l'université Panthéon-Assas,
présidente de la Société de législation comparée*

Merci pour ces propos précis et fermes qui représentent la vision européenne. Je me tourne vers M. Maxwell qui, tout en exerçant en France, connaît sans doute beaucoup mieux que nous la manière dont les Américains appréhendent cette question. Est-ce que la protection des données personnelles est perçue de la même manière en Europe et aux États-Unis ? N'y a-t-il pas d'autres droits fondamentaux, peut-être encore plus importants ?

Winston Maxwell

Avocat associé à Hogan Lovells

La question de la protection des données personnelles aux États-Unis est un sujet important. Je vais cependant me concentrer aujourd'hui sur la liberté d'expression qui entre souvent en frottement avec les politiques européennes de contenu, notamment pour ce qui concerne le droit à l'oubli. Je vais ainsi vous exposer brièvement les dispositions du premier amendement et ses conséquences au sujet de l'expression sur Internet, pour ensuite parler de la territorialité.

1. Le premier amendement est très similaire au principe européen sur la liberté d'expression¹⁶⁹, il interdit toute restriction de la liberté d'expression *par l'État*. J'insiste sur la formule « *par l'État* » car, dès le début, il existe dans la philosophie américaine une grande méfiance envers l'État ; c'est le sens de notre Déclaration des droits (« *Bill of Rights* »)¹⁷⁰. La liberté d'expression aux États-Unis comme en

169 « Le Congrès ne fera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis », 1^{er} amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

170 La Déclaration des droits (« *Bill of Rights* ») est l'ensemble constitué des dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique.



Europe n'est pas absolue. Il y a des cas où les propos diffamatoires, les publicités mensongères et les menaces sont interdits. Pour appliquer ce grand principe de liberté d'expression, les tribunaux utilisent une approche qui ne s'appelle pas test de proportionnalité mais « *balancing test* ».

Mais parce que les valeurs sociétales évoluent avec le temps, l'appréciation de la liberté d'expression dépend également de l'époque. Au moment de la Seconde Guerre mondiale, en 1940, le Congrès a adopté une loi qui interdisait tout propos incitant le renversement du Gouvernement des États-Unis et qui obligeait tout résident américain étranger à s'inscrire auprès des autorités. Cette loi qui s'appelle le *Smith Act*¹⁷¹ a été utilisée après la guerre pour poursuivre les communistes dans la période de Mc Carthy. Elle a été déclarée inconstitutionnelle à la fin des années 1950. En même temps, il y avait une loi de l'État de l'Illinois qui était très similaire à la loi sur la presse en France qui interdisait la publication de propos incitant à la haine raciale, et la Cour suprême a validé cette loi comme étant parfaitement conforme avec la liberté d'expression.

Avec le temps, les choses ont évolué. En 1992, la Cour suprême des États-Unis a pris une décision très importante¹⁷² qui a invalidé un arrêté municipal qui interdisait toute manifestation néonazie ou du Klu Klux Klan et interdisait également l'utilisation de croix gammées. La Cour suprême a ainsi changé complètement de cap et a interdit à l'État de faire des choix idéologiques, avec comme principe qu'il faut permettre l'expression de toutes les idées, même les plus affreuses. En revanche, il reste possible à l'État de réguler les circonstances d'expression de ces idées. Par exemple, un arrêté municipal pourrait interdire toute manifestation publique après vingt-deux heures ou délimiter le périmètre de la manifestation, à condition que cette régulation reste neutre par rapport au contenu mais vise juste ses modalités d'application. C'est ce que l'on appelle les *restrictions horaire, lieu et manière* (en anglais, « *time, place and manner restrictions* »).

Ce revirement de la jurisprudence traduit une méfiance extrême vis-à-vis de l'État comme régulateur des points de vue et du marché des idées. C'est un aspect culturel important des Américains par rapport à l'approche européenne. Pour les Américains, l'État est peut être le plus mal placé pour choisir ce qui est une bonne ou une mauvaise idée. Car, si l'on s'engage dans cette voie, l'État pourrait en profiter pour favoriser des idées qui assurent le *statu quo* politique, avec le risque de conflit d'intérêt de la part des décideurs politiques. Certains affirment même que l'État représente le monopole le plus dangereux ; cette philosophie est omniprésente dans la jurisprudence sur la liberté d'expression aux États-Unis.

Le deuxième grand cas s'est produit en 1996 avec la loi sur la décence dans les communications (« *Communication Decency Act* »). Au début de l'Internet, le Congrès américain avait voté une loi imposant aux éditeurs de site de s'assurer que les contenus indécentes ou sexuellement explicites ne soient pas accessibles aux mineurs. Loi que le ministre de la Justice avait soutenue devant la Cour suprême, en arguant du fait qu'une telle régulation existait déjà pour la télévision. Mais la

171 *The Alien Registration Act of 1940 (Smith Act)*, 76th United States Congress, 3rd session, ch. 439, 54 Stat. 670, 18 U.S.C. § 2385.

172 *U.S. Supreme Court*, 22 juin 1992, *R.A.V. vs St. Paul*, n° 90-7675.



Cour suprême a refusé de valider cette loi¹⁷³ en expliquant qu'Internet n'est pas comme la télévision, un service audiovisuel intrusif où il existe une rareté des fréquences, mais est similaire à la distribution de tracts sur une place publique. C'est une forme d'expression où chacun peut communiquer et publier son point de vue. Avec l'Internet, on est au cœur même de la liberté d'expression et celle-ci doit être entourée de la plus haute protection. Dans ces conditions, il est impossible d'adapter la régulation de l'audiovisuel à Internet.

Dans cet arrêt, la Cour a précisé qu'en matière de liberté d'expression sur Internet, aucun *effet réfrigérant* (« *chilling effect* ») n'est toléré. La première conséquence d'un tel effet, comme l'a soutenu la CJUE dans l'arrêt *Sabam Scarlet* de 2011¹⁷⁴, peut se résumer ainsi : une règle visant un contenu illicite de type A, risque de déborder et de bloquer certains contenus licites de type B. Dans ce cas, cela constitue une restriction excessive de la liberté d'expression. En d'autres termes, aucun effet de débordement n'est toléré.

L'autre aspect de l'effet réfrigérant est plus subtil. Pour le comprendre, il faut utiliser l'image de la « marmite ». Le marché des idées est une grande marmite bouillonnante dont la température doit rester élevée pour continuer d'offrir aux citoyens tous les ingrédients nécessaires à un débat libre. En conséquence, tout règlement de l'État qui tend à contraindre les moyens d'expression des citoyens entraîne une baisse de la température de la marmite en créant un effet réfrigérant sur le bon fonctionnement du marché des idées. L'effet réfrigérant peut se manifester à travers le comportement des intermédiaires techniques, qui vont, par peur des conséquences, s'autocensurer et réduire ainsi leur niveau d'activité, entraînant par là-même un appauvrissement du marché des idées. Les lois limitant la responsabilité des intermédiaires techniques visent à réduire ces effets d'autocensure.

2. Qu'en est-il en matière de territorialité ? Les États-Unis sont souvent critiqués pour l'effet extraterritorial de certaines lois (par exemple : « *antitrust, sanctions or discovery laws* »). Généralement, ces lois visent à réprimer des crimes ou des délits commis à l'intérieur des États-Unis ; mais leurs effets peuvent se sentir en dehors des États-Unis, comme le montre l'exemple récent des sanctions prises à l'encontre des banques de certains pays. En matière d'administration de la preuve devant les juridictions américaines (« *discovery* »¹⁷⁵), les tribunaux américains commencent à tenir compte des principes européens de protection de données personnelles. En application du principe de *courtoisie internationale* (« *international comity* »), les tribunaux américains doivent tenir compte des lois et des intérêts de pays étrangers lorsqu'ils adoptent une décision ayant un effet extraterritorial. Ces lois étrangères ne s'imposent pas nécessairement aux tribunaux américains, mais ceux-ci doivent en tenir compte et, si possible, rendre une décision qui n'est pas en contradiction avec elles.

173 U.S. Supreme Court, 19 Mars 1997, *Reno vs American Civil Liberties Union*, n° 96-511.

174 CJUE, aff. C-70/10, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*.

175 La procédure de « *discovery* » est une procédure d'avant-procès conçue pour permettre la révélation d'informations entre demandeur(s) et défendeur(s) à travers des questions orales ou écrites, ou d'autres dispositifs (demande de production de documents, témoignages, etc.).



Dans ce contexte, *quid* de la territorialité en matière d'Internet ? Nous allons traiter cet aspect à travers un exemple connu. Tout le monde a entendu parler de l'affaire *Yahoo* où le tribunal de grande instance français enjoignit à cette société de retirer des objets nazis d'une vente en ligne¹⁷⁶. C'était le premier cas de frottements de ce type. Comme le siège de *Yahoo* est aux États-Unis, la société a saisi la justice américaine pour plaider que la décision française était contraire à la liberté d'expression. Le tribunal de première instance américain a rejeté la demande de *Yahoo* pour des raisons de procédure, mais a validé l'idée selon laquelle la décision française était contraire à la Constitution américaine¹⁷⁷.

La décision de la Cour d'appel du neuvième district était plus réfléchie et nuancée¹⁷⁸ : les juges d'appel américains ont, en 2004, annulé le jugement rendu par la Cour de San José pour des questions procédurales puis, sur le fond, en 2006, ont refusé d'étendre la liberté d'expression américaine au territoire français en relevant que « *la France est un pays souverain* » et que *Yahoo* « *doit faire face à ses responsabilités en cas de violation des législations étrangères* ». Cette affaire fait ainsi apparaître le concept de respect des décisions étrangères dès lors qu'elles ne contreviennent pas fortement à des principes de lois de police américaines. Ainsi, si la règle étrangère est *répugnante* (en anglais, « *repugnant* ») par rapport aux principes américains, on ne peut pas l'exécuter. En revanche, s'il existe une certaine compatibilité on l'applique.

Cela nous conduit à la question du droit à l'oubli et à l'arrêt *Google Spain*. La première question est de savoir si un tel droit est compatible avec le droit des États-Unis. Pour cela, il faut se référer à la notion d'*effet réfrigérant*. Existe-t-il un risque de baisse de la température de la marmite où bouillonnent les idées ? La plupart des universitaires qui étudient la question pensent que le droit à l'oubli, tel qu'il est exprimé par la CJUE, serait contraire au premier amendement car il viserait des contenus qui sont parfaitement licites, même s'ils sont gênants pour la personne concernée (étant rappelé que le droit à l'oubli concerne des informations qui sont licites mais qui créent des effets négatifs pour la personne concernée).

Mais le débat n'est pas clos pour autant. Le droit à l'oubli n'est pas compatible avec le droit interne américain, mais pouvons-nous reconnaître une décision européenne qui imposerait à un moteur de recherche d'appliquer ce droit à l'oubli ? La réponse est dans l'affaire *Yahoo* : si les effets se cantonnaient à l'Europe, un tribunal américain pourrait reconnaître la décision. En revanche, si la décision prétendait limiter le droit à l'information d'internautes américains, ou prétendait limiter la liberté d'expression d'un éditeur situé aux États-Unis, la réponse serait clairement non.

On en revient à la question des barrières techniques et de l'étanchéité des prestataires de l'Internet. Chacun sait qu'il existe des *murs* qui permettent de filtrer des contenus pour certaines populations. Ces murs sont rapidement franchissables par les internautes. En revanche des murs vraiment infranchissables ça n'existe pas, sauf dans des pays totalitaires où tout le trafic Internet passe par une seule porte d'accès.

176 Ordonnance du TGI de Paris du 20 novembre 2000.

177 Cour fédérale de San José (Californie du nord), décision du 7 novembre 2001.

178 Cour d'appel du neuvième district de Californie, arrêts des 23 août 2004 et 12 janvier 2006, *Yahoo! Inc. vs la LICRA et l'UEJF*.

